



COMISSÃO EDITORIAL

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes
Profa. Dra. Marinella Machado Araújo
Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Profa. Dra. Angela Issa Haonat
Prf. Dr. Antonio José de Mattos Neto
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

EDITORES DE SEÇÃO

Profa. Me. Yollanda Faznezes Soares Bolonezi
Prof. Me. Gabriel de Souza Salema
Profa. Mariella Guerra Moreira de Castro

SUMÁRIO

INDICE

SUMMARY

EDITORIAL	1-2
Artigos de Fluxo Contínuo	
ESTUDO DE DECISÕES JUDICIAIS: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DEFINIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL NAS DECISÕES DE ESTERILIZAÇÃO EM MULHERES COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL	3-33
<i>STUDY OF JUDICIAL DECISIONS: OBJECTIVE CRITERIA FOR DEFINING CIVIL CAPACITY IN STERILIZATION DECISIONS IN WOMEN WITH INTELLECTUAL DISABILITIES</i>	
Ana Beatriz de Mendonça Barroso Eduardo Rocha Dias	
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS: UMA ANÁLISE PARA SUPERAÇÃO DO DISCURSO DA PRISÃO IMEDIATA NO JÚRI	34-55
<i>PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE SOVEREIGNTY: AN ANALYSIS FOR OVERCOMING THE DISCOURSE OF IMMEDIATE IMPRISONMENT IN THE JURY</i>	
Fernando Augusto Risso Lucas Paulo Fernandes Paulo Cesar Corrêa Borges	
IMPACTOS DO GARIMPO ILEGAL NO TERRITÓRIO INDÍGENA DA POPULAÇÃO YANOMAMI NA PERSPECTIVA DA NECROPOLÍTICA	56-75
<i>IMPACTS OF ILLEGAL MINING ON THE INDIGENOUS TERRITORY OF THE YANOMAMI POPULATION FROM THE PERSPECTIVE OF NECROPOLITICS</i>	
Fernanda Analú Marcolla Sabrina Lehnén Stoll Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth	
AS FINTECHS ENQUANTO INSTRUMENTO DE FOMENTO AO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO: SEGURANÇA JURÍDICA E DESBUROCRATIZAÇÃO	76-103
<i>FINTECHS AS A TOOL FOR PROMOTING BRAZILIAN AGRIBUSINESS: LEGAL CERTAINTY AND REDUCING BUREAUCRACY</i>	
Raul Lemos Maia Victor Hugo Gonçalves Gimenez Edilson Vitorelli	
MUSEU AMBIENTAL ITINERANTE: UM PROJETO DO BATALHÃO DE POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL	104-118

*ITINERANT ENVIRONMENTAL MUSEUM: A PROJECT OF THE MILITARY
ENVIRONMENTAL POLICE BATTALION OF THE FEDERAL DISTRICT*

Grace Ladeira Garbaccio

Florent Pratlong

Gisele da Mata Santos

**THE CONSEQUENCES OF THE 1947 PARIS PEACE TREATY
ON CITIZENSHIP ITALIAN LAW** 119-144

*AS CONSEQUÊNCIAS DO TRATADO DE PAZ DE PARIS NA LEI ITALIANA DA
CIDADANIA*

Luca Bussotti

**A COOPERAÇÃO PROCESSUAL E O CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015** 145-172

THE PROCEDURAL COOPERATION AND THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira

**A UTILIZAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM
DESCUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL: UMA
SOLUÇÃO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS** 173-199

*THE USE OF PUBLIC PROPERTIES IN BREACH OF THEIR SOCIAL FUNCTION: A
SOLUTION FOR PUBLIC HOUSING POLICIES*

Arthur Votto Cruz

Ricardo Hermany

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEÚDO DA ELEMENTAR
TÍPICA “VANTAGEM INDEVIDA” NOS DELITOS DE
CORRUPÇÃO (ATIVA E PASSIVA) E NO ILÍCITO PREVISTO
NO ART. 5º, INCISO I, DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA** 200-220

*CONSIDERATIONS ABOUT THE CONTENT OF THE TYPICAL ELEMENTAR
“UNDUE ADVANTAGE” IN THE CRIMES OF CORRUPTION (ACTIVE AND
PASSIVE) AND IN THE ILLEGAL ACTION PROVIDED FOR IN ARTICLE 5, INCISE
I, OF THE BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW*

Rafael Barros Bernardes da Silveira

**A REGRA DE DISCLOSURE NO PROCESSO PENAL E SUA
RELEVÂNCIA PARA A PROVA DIGITAL** 221-250

*THE DISCLOSURE RULE IN CRIMINAL PROCEEDINGS AND ITS RELEVANCE TO
DIGITAL EVIDENCE*

Jamilla Monteiro Sarkis

Nereu José Giacomolli

**DA ESPIRAL DO SILÊNCIO À BARBÁRIE DIGITAL: OS
DESAFIOS JURÍDICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO
FRENTE À IMUNIDADE DAS PLATAFORMAS E À
INTERMEDIÇÃO PRIVADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
NO BRASIL** 251-272

*FROM THE SPIRAL OF SILENCE TO DIGITAL BARBARISM: THE LEGAL
CHALLENGES OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FACE OF PLATFORM
IMMUNITY AND PRIVATE INTERMEDIATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN
BRAZIL*

Luziane de Figueiredo Simão Leal
Brychtn Ribeiro de Vasconcelos

Editorial

O presente sempre se renova como desafio. Entre a memória que nos ancora e as expectativas que nos projetam, o tempo presente se revela como campo de tensões, incertezas e possibilidades. O Direito, imerso nesse movimento, não apenas reage às mudanças sociais, mas também as produz. Esta edição da *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, a primeira de ano 2025, oferece a leitores e leitoras reflexões que, cada uma a seu modo, enfrentam a complexidade do nosso tempo, desvelando dilemas e apontando alternativas.

O artigo “Estudo de decisões judiciais: critérios objetivos para definição da capacidade civil nas decisões de esterilização em mulheres com deficiência intelectual”, de Ana Beatriz de Mendonça Barroso e Eduardo Rocha Dias, examina criticamente a ausência de parâmetros claros nas decisões judiciais sobre esterilização compulsória, revelando a fragilidade dos fundamentos que sustentam a restrição de direitos fundamentais.

Em “Presunção de inocência e soberania dos veredictos: um debate sobre a repercussão geral do Tema 1068 do STF”, Fernando Augusto Risso, Lucas Paulo Fernandes e Paulo Cesar Corrêa Borges analisam a tensão entre dois princípios constitucionais – a soberania dos veredictos e a presunção de inocência –, demonstrando que não há contradição normativa que autorize a execução antecipada da pena no Tribunal do Júri.

O trabalho “Impactos do garimpo ilegal no território da tribo Yanomami na perspectiva da necropolítica”, de Fernanda Analú Marcolla, Sabrina Lehen Stoll e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, evidencia como a omissão estatal diante do garimpo ilegal opera como forma de necropolítica, ao permitir a destruição das condições de existência da comunidade Yanomami.

Já Raul Lemos Maia, Victor Hugo Gonçalves Gimenez e Edilson Vitorelli, em “As fintechs enquanto instrumento de fomento ao agronegócio brasileiro: segurança jurídica e desburocratização”, destacam o papel das tecnologias financeiras na democratização do crédito rural, demonstrando como inovação e segurança jurídica podem impulsionar o setor agrícola.

No artigo “Museu Ambiental Itinerante: um projeto do Batalhão de Polícia Militar Ambiental do Distrito Federal”, Grace Ladeira Garbaccio, Florent Pratlong (autor francês) e Gisele da Mata Santos apresentam uma experiência singular de educação ambiental, que alia sustentabilidade, conscientização social e atuação policial na preservação do bioma cerrado.

Redigida em idioma estrangeiro, a pesquisa de Luca Bussotti, intitulada “As consequências do Tratado de Paz de Paris na lei italiana da cidadania”, reconstrói o processo de transição jurídica após a Segunda Guerra Mundial, mostrando como a legislação italiana de

cidadania permaneceu atrelada a antigas normas, mesmo diante das transformações políticas e sociais do período.

O estudo “A cooperação processual e o Código de Processo Civil de 2015”, de Carlos André Maciel Pinheiro Pereira, analisa o princípio da cooperação como expressão da democratização do processo civil, ressaltando sua vinculação com os direitos fundamentais e sua importância para a legitimação das decisões judiciais.

No artigo “A utilização de imóveis públicos em descumprimento de sua função social: uma solução para políticas públicas habitacionais”, Arthur Votto Cruz e Ricardo Hermany discutem a destinação de imóveis públicos subutilizados como alternativa concreta para a redução do déficit habitacional e efetivação do direito à moradia.

Rafael Barros Bernardes da Silveira, em “Considerações sobre o conteúdo da elementar típica ‘vantagem indevida’ nos delitos de corrupção (ativa e passiva) e no ilícito previsto no art. 5º, inciso I, da Lei Anticorrupção brasileira”, enfrenta a dificuldade de delimitar juridicamente o conceito de vantagem indevida, propondo critérios mais claros para sua interpretação.

Em “A regra de disclosure no processo penal e sua relevância para a prova digital”, Jamilla Monteiro Sarkis e Nereu José Giacomolli refletem sobre a importância da disclosure como garantia do contraditório, especialmente no tratamento das provas digitais, cuja complexidade técnica exige transparência e acesso efetivo pela defesa.

Por fim, Luziane de Figueiredo Simão Leal e Brychtn Ribeiro de Vasconcelos, em “Da espiral do silêncio à barbárie digital: os desafios jurídicos da liberdade de expressão frente à imunidade das plataformas e à intermediação privada de direitos fundamentais no Brasil”, exploram as tensões entre liberdade de expressão, imunidade das plataformas e regulação digital, defendendo a necessidade de um marco normativo que preserve direitos fundamentais sem sufocar o debate público.

Este conjunto de reflexões revela a pluralidade do Direito enquanto prática e pensamento. A presente edição da *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, sempre atenta à exogenia regional e de gênero, além das metas de internacionalização, é um convite ao reconhecimento dos paradoxos do presente e ao pensamento de alternativas para o futuro, reafirmando seu compromisso com a produção crítica e responsável do conhecimento jurídico.

Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes

Editora da Revista da Faculdade Mineira de Direito

ESTUDO DE DECISÕES JUDICIAIS: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DEFINIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL NAS DECISÕES DE ESTERILIZAÇÃO EM MULHERES COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

STUDY OF JUDICIAL DECISIONS: OBJECTIVE CRITERIA FOR DEFINING CIVIL CAPACITY IN STERILIZATION DECISIONS IN WOMEN WITH INTELLECTUAL DISABILITIES

Ana Beatriz de Mendonça Barroso¹
Eduardo Rocha Dias²

Resumo:

A esterilização compulsória em mulheres com deficiência intelectual não possui respaldo jurídico suficiente para caracterizar discussões sobre como as decisões judiciais são redigidas e se principalmente há critérios objetivos pré-estabelecidos para definir se há ou não a incapacidade no caso específico. Sendo assim, torna-se essencial para a discussão, abordar o livre convencimento na fundamentação de decisões sobre esterilização, na perspectiva de 2 casos de repercussão em 2017; explicar e descrever como se desenvolveu a coleta de amostra de a ser analisada para responder à problemática. A abordagem adotada é qualitativa-quantitativa, mediante dados secundários obtidos com a verificação dos relatórios e fundamentos de decisões judiciais sob a perspectiva da Metodologia da Análise de Decisões (MAD). As decisões judiciais são oriundas dos Tribunais de Justiça dos 27 Estados da Federação e Tribunais Superiores que estão dispostas no site oficial de cada Tribunal. Conclui-se pela ausência de critérios objetivos que contribuem na construção dos julgamentos, principalmente em razão da falta de regulamentação da Lei de Planejamento Familiar. Dentre as 27 decisões entre as 112 analisadas, apenas 3 apontam de forma clara as justificativas para definição da (in)capacidade da mulher com deficiência intelectual, quais sejam: laudo por perito oficial para atestar condição física e mental; laudo médico e estudo social.

Palavras-chave:

Estudo de decisões Judiciais. Esterilização em mulheres com deficiência intelectual. Capacidade Civil. Planejamento Familiar.

Abstract:

The compulsory sterilization of women with intellectual disabilities lacks sufficient legal support to characterize discussions about how judicial decisions are drafted and whether there are, primarily, pre-established objective criteria to determine if there is incapacity in the specific case. Therefore, it becomes essential for the discussion, how the model of rational persuasion is adopted in the judicial decision-making process when it comes to sterilization, in the perspective of 2 highly publicized cases in 2017; explain and describe how the sample of decisions was collected in order to answer the problem. As methodology is concerned, it was adopted a qualitative-quantitative approach, using secondary data obtained from the verification of reports and grounds considered in judicial decisions that were examined from the perspective of the Decision Analysis Methodology (MAD). Judicial decisions studied were issued by State Courts of the 27 States of the Federation and Superior Courts that are available on the official website of each Court. It points out the absence of objective criteria that

¹ Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas – Direito Constitucional nas Relações Existenciais pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, pesquisadora-bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP (2020-2021). MBA em Gestão e Governança Pública (2022-2023). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora convidada de Pós-Graduação em Processo Civil da Universidade de Fortaleza e professora da Escola Superior do Parlamento Cearense – Unipace. Advogada.

² Mestre em Direito – Ordem Jurídica e Constitucional – pela Universidade Federal do Ceará (1997) e Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Concluiu estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2022). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (1992). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal – categoria especial – da Advocacia-Geral da União.

contribute to the construction of judgments, mainly due to the lack of regulation of the Family Planning Law. Only 3 decisions presented thorough justifications for identifying (in) capacity in women with intellectual disabilities, namely: report by an official expert to certify physical and mental condition; medical report, and social work assessment.

Keywords:

Study of judicial decisions. Sterilization in women with intellectual disabilities. Civil Capacity. Family planning.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca responder ao seguinte **problema de pesquisa**: Há critérios objetivos aplicados nas decisões judiciais autorizadoras de esterilização compulsória em mulheres com deficiência intelectual para definição da (in) capacidade? Para isso, é necessário tratar dos seguintes temas: decisões judiciais que autorizam a realização do ato cirúrgico de esterilização, como se dá a construção da fundamentação das decisões e coleta e metodologia aplicada para busca das decisões objeto do estudo. Diante disso, tem-se como **objetivo** estabelecer um parâmetro comparativo entre os critérios utilizados em decisões judiciais autorizadoras da esterilização em mulheres com deficiência intelectual e se são juridicamente aceitáveis à luz da legislação em vigor para assim responder ao problema norteador descrito acima.

Como **hipótese**, aponta-se a ausência de amostra considerável de decisões judiciais sobre esterilização em mulheres com deficiência intelectual que descreva critérios objetivos para definir a capacidade civil da pessoa na qual se conecta o procedimento cirúrgico, pois, a própria lei de planejamento familiar não descreve critérios e não foi criada a lei específica citada por referido diploma para regulamentar a situação. Para confirmar ou não a hipótese e responder ao problema de pesquisa, adota-se como **metodologia** a abordagem qualitativa-quantitativa, mediante dados secundários obtidos a partir da verificação dos relatórios e fundamentos de decisões judiciais sob a perspectiva da Metodologia da Análise de Decisões (MAD), para aferir possíveis contradições entre julgados para buscar responder ao problema de pesquisa em questão. A base de dados é construída a partir das decisões judiciais oriundas dos Tribunais de Justiça dos 27 Estados da Federação e Tribunais Superiores que estão disponíveis nos sítios oficiais de cada Tribunal.

No que diz respeito à **construção** do estudo, o trabalho se divide em três tópicos. O primeiro examina a construção da fundamentação de decisões judiciais e o princípio do livre convencimento atribuído aos magistrados, dentro da perspectiva dos casos envolvendo autorização judicial de realização de esterilização. Busca-se identificar uma base teórica em tal construção, considerando casos de grande repercussão, decididos em 2017, sobre duas

mulheres que foram esterilizadas de forma compulsória após autorização concedida por juízo da comarca de Mococa em São Paulo. Ambos os casos originaram intensos debates sociais e jurídicos, além de reclamação disciplinar acionada pela OAB de São Paulo. Em seguida, passa-se a descrever a Metodologia de Análise de Decisões (MAD) e quais filtros e variáveis foram utilizadas para a construção do banco de dados para posterior coleta e análise, a qual é feita no último tópico deste artigo, buscando, assim, a resposta ao problema apresentado no início do estudo.

A **relevância** deste trabalho, tanto teórica como prática, encontra-se na descoberta dos possíveis critérios justificadores de decisões judiciais que autorizam ou não a esterilização, sendo relevante para a atuação jurisdicional, dada a comparação entre os fundamentos das decisões analisadas, possibilitando a compreensão de como a capacidade é dimensionada na limitação dos direitos reprodutivos de mulheres com deficiência intelectual e como deve ser considerada. O intuito da análise é tanto descritivo quanto normativo, portanto.

2 FUNDAMENTAÇÃO E LIVRE CONVENCIMENTO: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE REALIZAÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO

Em 2017, dois casos ganharam notoriedade em razão da esterilização compulsória em duas mulheres em virtude de decisões judiciais inaudita altera pars proferidas pelo juízo da Comarca de Mococa, interior do estado de São Paulo.

O primeiro caso se iniciou por provocação do Ministério Público Estadual por Ação Civil Pública em face do Município de Mococa, requerendo a realização de esterilização por laqueadura tubária em T.M.D³. A parte à época possuía 24 anos e era diagnosticada com deficiência mental. Alegou-se a ausência de condições de reger a própria vida e a de seus filhos, de modo que seu primeiro filho já estaria sob cuidado dos avós e o seu segundo também seria.

O segundo caso seguiu os mesmos procedimentos, determinando-se a o ato cirúrgico a J.A.Q, sob fundamento de evitar gravidez posterior e falta de condições de cuidar de si e de seus filhos, já que J.A.Q tinha 36 anos e já tinha 5 filhos (todos menores à época), era drogadita, e alcoólatra. A esterilização ocorreu no momento do parto do seu 8º filho.

No caso de T.M.D foi concedida tutela de urgência para a realização do procedimento no momento do seu segundo parto e aqui já se percebe a primeira contradição. Pois, de acordo

³ Por mais que os nomes das mulheres esterilizadas tenham sido compartilhados na mídia, no presente trabalho se adota o uso de siglas para preservação de sua intimidade.

com o artigo 300, §3º do Código de Processo Civil/2015, a tutela de urgência não pode ser concedida quando há possibilidade de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão e, tratando-se da laqueadura de procedimento com pequena possibilidade de reversão, não havendo possibilidade de revogação da tutela (Gonçalves; Godoy, 2018, p.11).

Assim, mesmo diante da proibição legal, a medida foi deferida sob o argumento de presença de consentimento da parte e da urgência da situação, em razão da parte estar internada em decorrência do parto do seu segundo filho.

Além disso, não houve manifestação por parte do curador de T.M.D, dado o fato dela estar interditada. Na fundamentação da decisão se referiu ainda o direito à saúde e que o Município deveria cumprir com o seu dever e efetivar o procedimento. Mas, como visto, se descurou da devida obtenção do consentimento da parte.

Quanto a J.A.Q, o Ministério Público aduziu que todos os seus filhos menores já teriam passado por casas de acolhimento, ressaltando a ausência de condições de cuidar destes como também a possibilidade de colocá-los em risco em razão de sua condição de dependente. Ainda, apontou presença de manifestação de vontade de J.A.Q para a realização do procedimento. Contudo, denotou-se em diversos momentos no processo o contrário a isso, sendo percebido certo desinteresse de J.A.Q. em aderir a tratamentos e de proceder com o ato cirúrgico. Mas até essa labilidade foi utilizada como fundamento pelo MP, ao apontar falta de discernimento da parte para avaliar as consequências de uma nova gestação.

Ressalta-se que para constatar a condição de discernimento e proceder à laqueadura tubária houve uma avaliação por psicólogo. Como laudo, a sugestão da psicóloga judiciária foi da realização do procedimento e que como amparo para comprovação da aprovação de J.A.Q seria assinado uma certidão demonstrando o consentimento. A referida certidão foi assinada em 20 de junho de 2015. Diante disso, na data 05 de outubro de 2017, foi proferida sentença pelo citado juízo determinando a realização da laqueadura tubária pelo Município de Mococa na parte no momento do parto do seu então 8º filho.

Em ambas as decisões da 2ª Vara da Comarca de Mococa foi adotado como fundamento legal o art. 10, §6º, da Lei nº 9.263/1996, que dispõe que: “A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei”.

Com isso, alguns pontos devem ser discutidos: 1) com a reforma do regime das incapacidades do Código Civil, pessoas com deficiência não são mais consideradas como absolutamente incapazes; 2) diante a reforma citada, houve a revogação tácita do parágrafo 6º

e 3) não há Lei que regule como a autorização judicial para esterilização cirúrgica pode ocorrer e como se deve considerar o consentimento da pessoa afetada.

Essa modificação do Código Civil adveio primeiro com a aprovação e a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nesta se reconhece que as pessoas com deficiência, independentemente de seu impedimento, possuem dignidade e direitos de personalidade tal como as demais pessoas sem impedimentos. Assim, há maior inclusão daquelas na vida social, civil e política, sendo permitido e assegurado o direito ao casamento, à convivência familiar, ao planejamento familiar e a conservar a fertilidade, ressaltando-se a vedação à realização de esterilização compulsória (Menezes; Teixeira, 2016; Menezes, 2018).

Assim, para reforçar e complementar as disposições da Convenção, foi aprovado e em 2015 passou a vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no qual tais direitos são reafirmados, conduzindo a um novo regime das incapacidades no Código Civil. Diante disso, a esterilização, como medida excepcional e até irreversível capaz de eliminar a capacidade de reprodução de uma pessoa, só poderá ser realizada respeitando os limites da lei (Albuquerque, 2013, p.21).

Para contextualização, segundo a lei de planejamento familiar (nº 9.263/96), a esterilização pode ocorrer de forma voluntária e involuntária. Aquela exige para que sua realização seja permitida que se trate de homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade ou que tenham ao menos 2 filhos vivos, respeitando o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico. A involuntária ocorre quando há risco à vida ou à saúde da mulher ou do conceito, sendo necessário o testemunho de dois médicos de forma escrita e assinada. Há também a previsão da condição de que, se houver vigência de sociedade conjugal, a esterilização dependerá do consentimento de ambos os cônjuges. Assim, conforme Nielsson (2020, p.329-330), a esterilização pode sim decorrer de solicitação da própria pessoa, mas pode ocorrer de resultar de situação na qual não havia outras alternativas, de modo que a esterilização pode ser vista tanto como uma escolha como uma imposição.

É essencial, independente do caso, a presença de registro expresso de manifestação de vontade por escrito, firmado após todas as informações sobre a cirurgia, incluindo seus riscos, dificuldades e outras modalidades de contraceptivos reversíveis. Ou seja, o adequado consentimento informado.

No caso da esterilização compulsória, esta não está expressa na lei e sua prática é legalmente proibida. Voltando-se para o foco do presente trabalho, nos casos de esterilização

de mulher com deficiência intelectual, conforme Concha e Ferrer Pérez (2019, p.386, tradução livre), a esterilização por determinação judicial será dita compulsória quando se constatar a ausência do consentimento por falta de informação da parte ou ausência de oportunidade da mesma em consentir.

A própria lei confirma se tratar de medida ilícita quando aponta no seu artigo 10 que não se considerará a manifestação de vontade exarada durante momentos de alterações na capacidade de agir por influência de álcool, drogas, condição emocional ou limitação mental temporária ou permanente.

Assim, já é possível perceber a ilegalidade das decisões proferidas pelo juízo da comarca de Mococa, vindo tal entendimento a ser reafirmado quando a OAB de São Paulo ingressou com representação disciplinar perante o Conselho Nacional de Justiça. Apontou-se como argumento a violação aos artigos 3º do Código de Ética da Magistratura e 35 da LOMAN (Lei orgânica da magistratura nacional), frente à falta de prudência na apreciação do pedido que não possui respaldo legal. Além disso, ressaltou-se ocorrência de condução coercitiva de J.A.Q para a esterilização, diante da falta de consentimento.

Diante dos deveres decorrentes do art. 35 da LOMAN, Moriggi (2018, p.35-45) traz a ideia de atitude ‘decisionista-ativista-voluntarista’ que deve ser evitada pelo órgão julgador, pois se trata de comportamento prejudicial ao Estado Democrático de Direito. Deve-se evitar também, segundo o autor, o decisionismo, reflexo de uma decisão pessoal, autoritária e soberana, afastada das regras de formação de uma decisão e que resulta no atraso do Direito, na predominância da linguagem e no mau protagonismo judicial, tornando seu ato discricionário.

Assim, o CPC/15 no seu artigo 489, § 1º, traz as condições nas quais as decisões não serão consideradas fundamentadas, quais sejam: I) não explicar a relação do ato normativo com a causa ou questão decidida; II) não explicar os conceitos jurídicos e o motivo da sua relação com o caso; III) utilizar de justificativas que se remetem a qualquer outra decisão em que não há correlação; IV) não enfrentar todos os argumentos trazidos no processo que possam interferir na conclusão da decisão; V) invocar precedente ou enunciado de súmula sem apontar os fundamentos que dão conexão com o julgamento e; VI) não seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a ausência de conexão ou superação de entendimento.

Mas o aspecto no qual se identificou a maior omissão quanto à fundamentação nas decisões proferidas pelo juízo de Mococa decorre da consideração da previsão dos parágrafos segundo e terceiro, que complementam as condições apontadas acima: colisão de normas,

necessidade de justificar o objeto e critérios de ponderação e a interpretação dada a decisão deve ser baseada pela conjugação de todos os elementos e respeitando a boa-fé.

Dito isso, vê-se que fundamentar não significa necessariamente que se pode livremente convencer, no entanto, o que se denota é que este princípio adquiriu o caráter epistemológico da filosofia da consciência, de modo que o interprete, no caso o julgador, ampara-se no voluntarismo e subjetividade (Moroggi, 2018, p.52). Esse não pode ser o posicionamento a ser adotado, espera-se que haja prudência e comportamentos racionais com base no Direito, ressalvas feitas pelo Código de Ética da Magistratura Nacional, caso contrário, resultará em responsabilização.

No entanto, há ainda um contraponto, pois, mesmo que se preze por prudência, racionalidade, imparcialidade etc., os magistrados também devem ser independentes e ter sua liberdade de convencimento, como apontado, por isso, corrobora o artigo 41 da LOMAN ao dispor que “salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”.

Alcança-se aqui a dualidade entre atividade judicial e proteção do direito do jurisdicionado, espera-se uma atuação livre na construção de sua convicção, respeitando sua independência e autonomia, mas sem extrapolar limites. Tem-se isto pois competência também leva a responsabilidade (Cléve; Franzoni, 2012, p.112-113).

E toda essa construção possui relevante peso na construção da fundamentação. E para isso se deve ressaltar a distinção entre ato de motivar e ato de fundamentar, pois, nem todo motivo apresentado pelo juiz alcança a fundamentação substancial devida, podendo inclusive resultar na perda da normatividade e possibilitando a abertura de corrupção do ordenamento, fragilizando direitos (Pedron, 2018, p.758-761).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar apelações das decisões, entendeu, principalmente no caso da J.A.Q, pela ausência de fundamentação e cumprimento do ordenamento e de direitos fundamentais e de personalidade, pois identificou ausência de pleno consentimento autônomo da parte para o ato cirúrgico, a ilicitude da esterilização compulsória, falta de validade e eficácia na verificação da capacidade de discernimento da parte (TSJP, 2018, p.160-168).

Assim, não se efetivou a devida fundamentação da decisão, ao se fundar na ausência de condições para gerir a própria vida e capacidade, na esterilização como medida mais apropriada e não excepcional (não se apresentaram outras formas de contracepção) e na garantia ao direito de saúde das partes, tanto T.M.D e J.A.Q. No entanto, a decisão do TJSP

quanto à improcedência dos pedidos do MP para a realização da esterilização chegou tarde, pois ambas as partes já tinham passado pelo procedimento cirúrgico.

Quanto às reclamações disciplinares, as mesmas não prosperaram e foram arquivadas, sob alegação de ausência de prova de desídia, omissão ou irregularidade. Logo, a decisão e a fundamentação conduzida não teriam resultado em descumprimento do ordenamento jurídico ou ferido a dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha das interessadas, nem se reconheceu imprudência ou abuso de autoridade. Diferente desse entendimento, observou Nielsson (2020, p.337) nos seus estudos que, o Poder Judiciário, ao proferir decisões autorizando a esterilização, veiculou a ideia simbólica de que se tratava de úteros indesejáveis à reprodução e passíveis de inutilização, a partir de um recorte de classe, raça, sexualidade, deficiência etc.

Mesmo com a confirmação pelo CNJ da legitimidade das decisões, os casos demonstram a ocorrência de violação de direitos reprodutivos, em específico ao planejamento familiar, além de disposição sobre o próprio corpo. E, como observa Barboza e Almeida Junior (2017, p.245-254), os atos de disposição sobre o próprio corpo ainda enfrentam limites legais, principalmente quando se adentra nos chamados bons costumes, sendo a mulher, seu corpo e sua sexualidade os mais afetados em tais casos.

Para aprimorar a discussão e compreender como se desenvolvem as fundamentações no âmbito judicial no tocante à esterilização, até para evitar enviesamento, e buscar a resposta ao problema de pesquisa, o trabalho se volta para o estudo das decisões judiciais que tratam do tema no tocante a mulheres com deficiência intelectual mediante a aplicação da MAD, como será detalhado a seguir.

3 METODOLOGIA DA ANÁLISE DE DECISÕES (MAD): COLETA DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO ESTERILIZAÇÃO EM MULHERES COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Para o estudo das decisões judiciais foco deste trabalho, referentes a autorização judicial de realização de esterilização em mulheres com deficiência intelectual, utiliza-se como ponto de partida os filtros metodológicos construídos pela Metodologia de Análise de Decisões (MAD), de autoria de Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima.

Esta metodologia une 3 fases: análise jurisprudencial, estudo de caso e análise de decisões. E este estudo se baseia em filtros, sendo eles: 1) Relevância institucional; 2)

Relevância objetiva; 3) Pertinência temática e; 4) Relevância decisória (Freitas Filho; Lima, 2010).

Assim, tem-se como filtro, inicialmente, o recorte objetivo, ou seja, o problema de pesquisa do trabalho se volta para a investigação quanto à aplicação do conceito jurídico (in)capacidade nos processos judiciais envolvendo autorização para realização de esterilização, principalmente nos casos que se podem denominar de esterilização compulsória. Diante disso, a questão-problema é: quais são os critérios objetivos adotados para definir a (in)capacidade de mulheres com deficiência intelectual em decisões judiciais que autorizam a esterilização compulsória, em consonância com o art. 10, §6º da Lei nº 9.236/1996 nos tribunais de justiça do país no período de fevereiro de 1996 a outubro 2020? Pretende-se examinar se os juízes adotam entendimento que considere a capacidade, o discernimento e a autonomia das mulheres de forma adequada, em conformidade com a legislação, em especial as Leis 9.236/1996 e 13.146/2015.

Outro filtro é o recorte institucional: a pesquisa possui como contexto da descoberta a própria questão problema apresentado acima em forma de pergunta. Em resumo, quais são os critérios para definir a (in)capacidade de MDI nas decisões judiciais que autorizam a esterilização, principalmente a compulsória.

O contexto de justificação se encontra nos 2 (dois) casos de esterilização compulsória ocorridos em 2017 no Município de Mococa no Estado de São Paulo que tiveram grande repercussão na mídia brasileira, já discutidos. De forma objetiva, o presente estudo se volta para a investigação de decisões judiciais de mais de um órgão colegiado que possuem a mesma hierarquia funcional e inseridos no mesmo sistema normativo.

A base de dados é construída a partir das decisões judiciais oriundas dos Tribunais de Justiça dos 27 Estados da Federação e Tribunais Superiores. A pesquisa deve envolver um número expressivo de amostras, justamente, para evitar eventual viés de seleção.

Para embasar o recorte institucional, deve-se apresentar de forma clara a pertinência temática e relevância decisória. A pertinência temática se identifica devido à necessidade de compreensão do posicionamento jurídico dos magistrados na fundamentação de decisões judiciais sobre esterilização cirúrgica em mulheres com deficiência intelectual, considerando o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, os Tribunais de Justiça possuem a competência e o banco de dados com decisões referentes a este assunto, embasando o recorte institucional. E os Tribunais de Justiça possuem competência e banco de dados que possibilitam tal busca.

E isto reflete na relevância decisória do tema, refletida na descoberta sobre os possíveis critérios justificadores de decisões judiciais que identificam a possibilidade de

esterilização, uma vez que, pela comparação entre os fundamentos das decisões analisadas, será possível compreender a forma pela qual a incapacidade absoluta é dimensionada na limitação de um direito reprodutivo.

Além dos filtros e variáveis demonstrados com a MAD, estabelecem-se outros filtros: temporal; de busca; recurso a ser coletado; temática de inclusão; temática de exclusão e; tópicos focais.

No tocante ao filtro temporal, a periodização escolhida compreende o mês de fevereiro de 1996 como marco inicial, justificando-se pela coincidência com o mês seguinte à publicação da Lei de Planejamento Familiar. E, como marco final, outubro de 2020, período no qual a pesquisa se realizou, considerando a disponibilidade dos dados e a atualidade do tema, além do impacto da Lei nº 13.146/2015. Busca-se também, a comparação entre o momento anterior e posterior à vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência que alterou o regime das incapacidades do Código Civil.

Como filtro de busca, a consulta junto aos Tribunais de Justiça foi realizada por meio da inserção de termos-chave como “esterilização”, “compulsória”, “contraceptivos”, “deficiência”, “intelectual”, e “incapacidade” na base de consulta de jurisprudência/acórdãos.

As combinações de termos são restritas às palavras descritas, assim, as possíveis variáveis a serem testadas são: “esterilização” e “contraceptivos” - esterilização e contraceptivos; “esterilização compulsória” – esterilização compulsória; “esterilização” e “deficiência” – esterilização e deficiência; “deficiência intelectual” e “esterilização” – deficiência intelectual e esterilização.

As variáveis vão considerar os termos expressos e as ferramentas disponibilizadas na aba de busca do sítio de cada Tribunal de Justiça. Caso o sítio possua restrições ou pouca acessibilidade, as adequações consideram os filtros destacados para reduzir o máximo de possibilidades de erro na coleta.

O filtro referente aos recursos a serem pesquisados: apenas Apelações e Agravos de Instrumentos, tanto de câmaras de direito público como de direito privado.

Filtro temático: serão incluídas as decisões que efetivamente se refiram à esterilização, tanto voluntária como involuntária de pessoas com deficiência, de preferência mulheres com deficiência intelectual. Considera-se como fator de exclusão/irrelevante: quando a decisão se tratar de realização do procedimento de esterilização, mas o foco for a ocorrência de gravidez posterior, por exemplo.

De forma primária, os pontos focais a serem buscados para melhor coleta são: 1) número do processo; 2) termo utilizado para localização do acórdão; 3) Data de julgamento;

4) Relator; 5) Pessoa com deficiência ou não; 6) Esterilização; 7) Princípios mencionados; 8) Realização do Procedimento; 9) Discernimento; 10) Consentimento; 11) Dilação probatória e; 12) (In)capacidade.

Em resumo, com a coleta e análise destas decisões com base na MAD, objetiva-se estabelecer um parâmetro comparativo entre os critérios utilizados em decisões judiciais autorizadoras da esterilização compulsória para pessoas com deficiência intelectual e se são juridicamente aceitáveis à luz da legislação em vigor. Em seguida, se buscará a resposta à questão-problema base deste trabalho.

Estabelecido os filtros e aspectos essenciais pré-coleta, passou-se para as buscas das decisões. Como estabelecido, buscaram-se os acórdãos, em específico as apelações e agravos de instrumentos, proferidos pelos 27 Tribunais de Justiça do país e Tribunais Superiores (STF e STJ). Cada tribunal possui um site eletrônico oficial com aba voltada apenas para consulta de jurisprudência e decisões judiciais, podendo conter a possibilidade de uso de filtros ou não, o que facilita mais a padronização dos resultados. No entanto, alguns tribunais terão mais restrições na busca, demandando maior cuidado com as decisões.

Assim, foram criados 27 quadros de Word correspondentes a cada Tribunal. Cada quadro possui o cabeçalho com o respectivo Tribunal e breve esquematização do passo a passo necessário dentro do sítio oficial até o banco de jurisprudência e decisões judiciais. A partir disso, colocaram-se todas as variáveis de termos de busca usados em todos os sítios, para que cada busca apontasse a quantidade de acórdãos encontrados.

Para cada resultado encontrado por variáveis usadas, fazia-se a impressão em PDF do espelho dos acórdãos para posterior checagem e para facilitar a contagem pós-coleta primária (coleta das decisões sem análise). Apenas não se realizou tal procedimento em casos cujos resultados eram extensos, o que resultaria em mais de 10 páginas de impressão. Esses são checados manualmente, após a verificação dos resultados das variáveis de menor quantidade.

Diante disso, a pré-coleta resultou no total de 627 acórdãos. Mas, ressalta-se, em algumas plataformas se chegou a valores muito amplos e não tinham o filtro “exata expressão”. Em outras se chegou a valores amplos e se permitia inserção de busca por palavras adicionais e termo exato, permitindo refinar a busca e direcionar melhor a pesquisa.

O total de coleta sem pré- trata dos dados pode conter falta de nivelção, mas com o uso de diversas variáveis e filtros apontados acima como forma de uniformização, permitiu-se a redução de erros, resultando em ao menos 01 acórdão por tribunal. No entanto, em certos Tribunais de Justiça nenhum dos termos chaves resultaram em decisões, mesmo utilizando (quando disponível) a busca por ementa e inteiro teor. Mas se deu preferência para as

ementas, dada a objetividade dos termos e sua ligação com foco do trabalho, pois se estiver na ementa se torna parte essencial e de destaque na discussão.

Diante disso, criou-se tabela descritiva da quantidade de acórdãos identificados em cada Tribunal, considerando a combinação dos termos com e sem aspas, sendo eles: A) “esterilização” e “contraceptivos”; B) “esterilização compulsória”; C) “esterilização” e “deficiência”; D) “deficiência intelectual” e “esterilização”; E) “esterilização” e “contraceptivos” e “esterilização compulsória” e “deficiência intelectual” e; F) esterilização, veja-se:

Quadro 01 – Pré-coleta de decisões nos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores por variáveis (Termos-chave):

TRIBUNAIS	A	B	C	D	E	F	Total analisadas
TJAC	04	00	01	00	00	00	01
TJAL	01	03	03	03	00	00	03
TJAP	00	00	00	00	00	00	00
TJAM	07	00	00	00	00	00	04
TJBA	00	05	04	03	00	00	03
TJCE	01	03	05	01	00	00	03
TJDEFT	03	00	05	00	00	00	06
TJES	00	01	01	00	00	00	01
TJGO	01	00	00	00	00	00	01
TJMA	01	00	00	00	00	00	01
TJMT	02	00	01	00	01	01	01
TJMS	05	01	06	01	00	00	05
TJMG	00	00	01	00	00	00	01
TJPA	03	00	00	00	00	00	01
TJPB	00	00	01	01	00	00	01
TJPR	01	00	01	00	00	00	01
TJPE	00	00	00	00	00	00	00
TJPI	00	00	00	00	00	00	00
TJRJ	00	00	00	00	00	00	00
TJRN	01	00	00	00	00	00	01
TJRS	05	03	08	00	00	00	08
TJRO	16	00	01	00	00	00	02
TJRR	02	00	02	00	00	00	00
TJSC	02	00	00	00	00	00	02
TJSP	259	76	123	23	02	00	62
TJSE	00	00	00	00	00	00	00
TJTO	05	00	02	00	00	00	02
STJ	00	00	01	00	00	09	01
STF	01	01	04	00	00	00	01

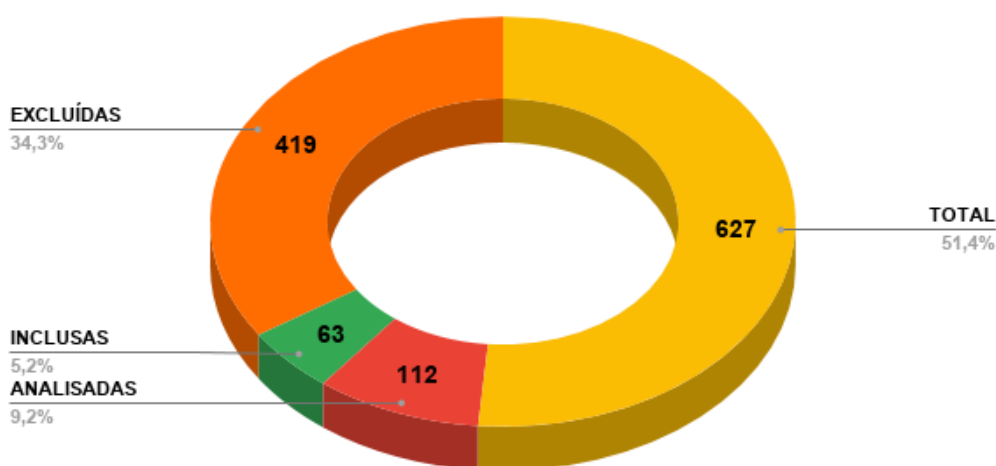
Fonte: Elaboração própria (2020).

Denota-se que entre os Tribunais Estaduais há um destaque no número de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo frente aos demais. No entanto, mesmo que o TJSP possua uma quantidade maior do que os demais tribunais, mantém-se a sua análise devido ao fato de se tratar de uma pré-coleta. Quando as decisões forem analisadas pode haver exclusões. Quanto às demais decisões, incluindo os Tribunais Superiores, os achados não ultrapassavam a quantidade de 20 acórdãos.

Realizada tal contabilização, abriu-se uma planilha Excel para averiguação de cada acórdão. Como apontado, a planilha foi dividida em colunas: Número do processo, câmara ou turma, relator, data do julgamento, requerente, pessoa com deficiência ou não (e qual o impedimento), discernimento, capacidade, consentimento, princípios, critérios, fundamentos e se o julgamento foi a favor ou contra a realização de esterilização cirúrgica.

Após o preenchimento dos filtros e variáveis, foi possível especificar de forma concreta quantas das decisões da pré-coleta seriam excluídas e quais seriam analisadas e incluídas dentro do objetivo da pesquisa. Alcançou-se a seguinte proporção:

Gráfico 01 – Delimitação dos acórdãos a serem analisados após a pré-coleta:



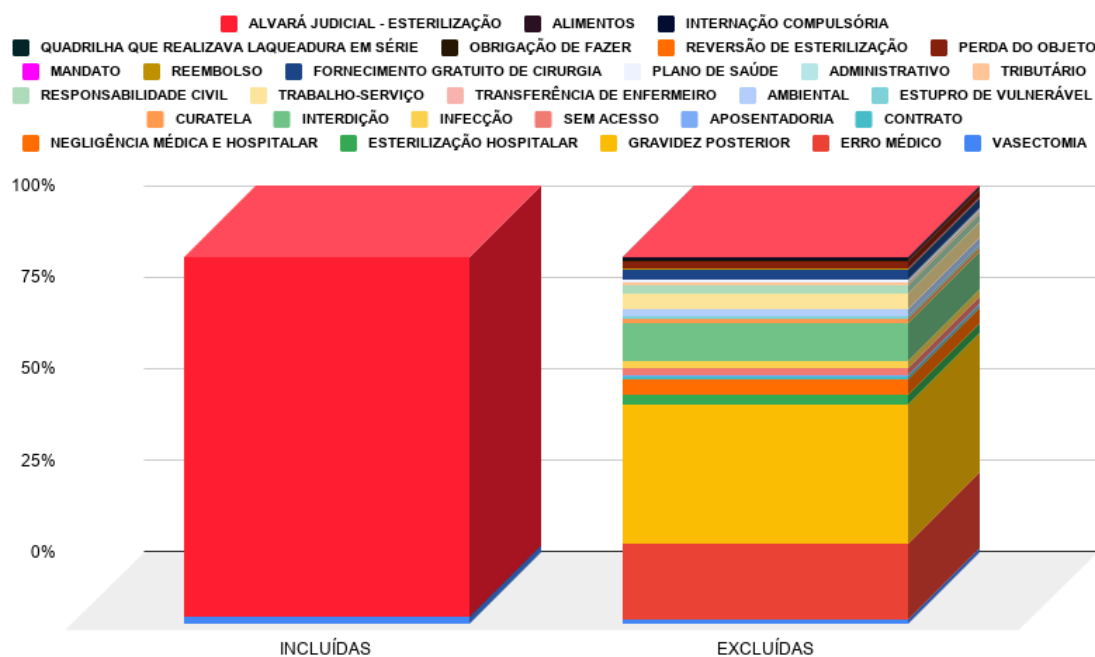
Fonte: Elaboração própria (2020).

Observa-se que das 627 decisões encontradas na fase de pré-coleta, 419 acórdãos foram excluídos (na realidade, o resultado de exclusão seria de 422, no entanto, verificou-se que 3 decisões estavam repetidas. Por isso o valor de 419). Assim, restaram 112 decisões para

estudo, mas delas apenas 63 acórdãos correspondiam à proposta do trabalho. Dentre as 63 decisões, apenas 27 envolviam pessoas com deficiência.

Para apontar o motivo das exclusões, utilizou-se como base os assuntos dos acórdãos, mas para certificar a necessidade de exclusão, fez-se a leitura integral dos mesmos. Os assuntos que motivavam o afastamento da decisão eram: internação compulsória; ambiental; infecção; interdição; curatela; negligência médica e hospitalar; esterilização hospitalar; gravidez posterior; erro médico; vasectomia; trabalho-serviço dentre outros. Para melhor identificação, segue gráfico:

Gráfico 02 – Especificação dos assuntos/classes que geraram a exclusão e inclusão na coleta dos acórdãos:



Fonte: Elaboração própria (2020).

Ainda quanto às decisões excluídas, deve-se ressaltar que mesmo sendo dividido em gravidez posterior e erro médico, as decisões que tratavam sobre gravidez após realização de esterilização cirúrgica também foram consideradas como erro médico. Contudo, como na classe de erro médico nem todas correspondiam à gravidez posterior, decidiu-se por distinguir os assuntos.

Nas decisões incluídas verifica-se a presença de única decisão referente à vasectomia, assunto apontado como motivo de exclusão. Porém, tal decisão, como será posteriormente apontada, tratava-se de vasectomia em homem com deficiência intelectual e no intuito de

contribuir com apontamentos e comparativos com as decisões referentes à esterilização em mulheres com deficiência intelectual, ela foi inserida entre as incluídas. Já se verifica aqui um predomínio absoluto de mulheres nas decisões examinadas, o que permite considerações de gênero que, no entanto, não serão aprofundadas neste trabalho. O corpo feminino aparece como território para intervenções ablativas com frequência muito maior que o masculino.

Realizadas as especificações e acompanhamento das variáveis necessárias, passa-se ao estudo e análise dos acórdãos, para, por fim, responder à questão-problema.

4 ESTUDO DE DECISÕES: RESULTADOS OBTIDOS

Com a pré-coleta e o tratamento efetivo dos acórdãos, foi possível fazer uma correlação entre as informações presentes no inteiro teor das 112 decisões analisadas apontadas no tópico anterior. Com isso, foca-se então nas 27 decisões que tratam diretamente de mulheres com deficiência e no único caso de vasectomia em homem com deficiência intelectual para comparação.

Então, como apontado, de tais decisões, foram registrados os órgãos julgadores, os relatores, data de julgamento, requerentes, fundamentos, discussão sobre capacidade/discernimento/consentimento, princípios utilizados para fundamentação e se o julgamento foi a favor ou contra a esterilização. Seguem então as 27 decisões coletadas:

Quadro 02 – Decisões coletadas referentes à esterilização em Pessoas com deficiência intelectual:

Nº Processo	Dta. J	Impedimento	Disc	Cap	Con	Prin	Crítéri	Fund	Julg
					s.	c.	o		
20110310175 194APC	29/08/201 2	Distúrbios psiquiátricos	NF	I	N	DP H	N	A1 A2 A3 A4 A5	N
00099165520 158070004	24/10/201 8	Não específica	NF	RC	NF	DP HA UT, PR	N	A1 A9 A10 A11 A12 A13 A14 A16 A17	N
20060125481	15/09/200	Oligofrenia	NF	I	NF	DP	N	A18	N

8	6					H L P		A19 A20 A4 A21	
1000380- 36.2018.8.11. 0020	19/08/202 0	Esquizofreni a paranoide	NF	RC	S	DP H	N	A22 A23	S
1185762- 68.2009.8.13. 0471	11/08/201 1	Retardo mental	N	AI	NF	P	N	A25 A15 A13 A26 A27 A28	S
70076795871	28/03/201 8	Não específica	NF	C	NF	DP HP	N	A1 A9 A29 A25 A24 A16 A30 A27 A10	N
70061015814	23/09/201 4	Transtorno afetivo bipolar	N	AI	NF	DP H	S	A16 A25 A27 A30	S
70022682439	14/05/200 8	Retardo mental moderado e esquizofrenia paranoide	NF	AI	NF	DP H	N	A1	N
70022295364	20/02/200 8	Transtorno global de desenvolvim ento	NF	AI	NF	DP H	N	A1	N
70072208580	09/03/201 7	Não especificado	NF	C	NF	-	N	A10	N
70080712946	17/10/201 9	Retardo mental moderado e transtorno afetivo bipolar	NF	C	NF	-	N	A10 A15 A27 A30	N
70008448276	28/10/200 4	Esquizofreni a crônica	NF	AI	N	-	N	A15 A16 A27	N
7009667- 69.2018.8.22.0 001	12/03/201 9	Esquizofreni a	NF	I	NF	DP H	N	A10 A28 A1	N

0003050- 22.2014.8.27. 0000	09/07/201 4	Esquizofreni a com sinais de cronicidade	N	I	N	-	N	A24 A28 A16	S
1001521- 57.2017.8.26. 0360	23/05/201 8	Drogadita	N	I	N		N	A16 A25 A26	S
0000134- 13.2013.8.26. 0312	05/05/201 8	Retardo mental e epilepsia	N	RC	NF	PR DP H	N	A16 A25 A13 A30	S
1006852- 85.2017.8.26. 0597	28/01/202 0	Retardo mental	NF	C	N	-	N	A1 A10 A9 A7	N
1004380- 64.2017.8.26. 0451	07/10/201 9	Retardo mental moderado	NF	RC	S	DP H	N	A14 A16 A24 A28 A30	S
0006336- 97.2012.8.26. 0099	06/02/201 8	Não específica	NF	C	N	-	N	A1 A10 A9 A7	N
0918969- 58.2012.8.26. 0506	07/03/201 7	Retardo mental leve e moderado	NF	AI	NF	DP H	N	A31	N
0909325- 43.2012.8.26. 0037	16/12/201 4	Retardo mental leve	NF	C	NF	-	S	EV	S
0004421- 04.2008.8.26. 0115	31/08/201 1	Não específica	NF	AI	NF	-	N	A13 A14 A16 A19 A24 A28 A30	S
0003239- 03.2014.8.26. 0396	31/08/201 6	Epilepsia	NF	C	NF	DP H	N	EV	S
0002191- 87.2010.8.26. 0383	28/08/201 3	Transtorno bipolar e esquizofrenia grave	NF	SI	NF	DP HI U	N	A14 A15 A24	S
9001457- 36.2009.8.26. 0506	13/06/201 2	Comprometi mento cognitivo e dificuldades de	NF	AI	NF	-	S	A6	N

comportamen to									
1.022.017	15/08/2017	Transtorno mental orgânico permanente e deficiência auditiva	NF	NF	NF	-	N	-	N

Fonte: Elaboração própria (2020).

Devido à proporção da tabela, adotou-se o método de siglas para melhor preenchimento. Quanto aos títulos dos filtros: N^a do processo, Data de julgamento (Dta. J.), Impedimento, Discernimento (Disc.), Capacidade (Cap.), Consentimento (Cons.), Princípios (Prin.), Critérios (Critério), Fundamentos (Fund.) Julgamento (Julg.).

Para as informações referentes a discernimento, consentimento, critérios e julgamentos, foram usados os termos S (SIM), N (NÃO) e NF (NÃO FALA). Para capacidade: C (CAPAZ), RC (RELATIVAMENTE CAPAZ) e AI (ABSOLUTAMENTE INCAPAZ), I (INCAPAZ), NF (NÃO FALA). A classificação se deu de acordo com a decisão e como apresentavam a capacidade da parte.

Os fundamentos foram registrados mediante a estrutura A+número para evitar que, caso sejam utilizados apenas números, se possa gerar algum erro de digitação ou registro que traga algum erro. Assim, 32 tipos de fundamentos foram encontrados, mas apenas foram numerados até 31, pois o fundamento de nº32 foi registrado como EV (Esterilização voluntária), devido à forma que constava na decisão. Para compreensão dos significados dos fundamentos, fez-se tabela com o referido código e fundamento correspondente:

Quadro 03 – Significado dos códigos para cada fundamento:

CÓDIGO	FUNDAMENTO
A1	Autorização judicial para esterilização em incapaz é medida excepcional
A2	Quadro clínico potencialmente reversível
A3	Ausência de suprimento de consentimento
A4	Razoabilidade de aplicação de demais métodos contraceptivos
A5	Lucidez (mesmo que momentânea) quanto à vida sexual
A6	Ausência de prova documental sobre autorização para o procedimento
A7	Ausência de consentimento concreto
A8	Ausência de encaixe com as situações de emergência do artigo 10

A9	Lesão a direito de personalidade
A10	Artigo 6º da lpf
A11	Ausência de consciência e compreensão sobre o procedimento
A12	Possibilidade de infertilidade
A13	Peso e responsabilidade para parentes/familiares
A14	Imprescindibilidade da intervenção para preservar direitos básicos
A15	Possibilidade de gerar prole saudável/ não saudável
A16	Condição de gerir a própria vida de forma autônoma
A17	Afasta-se o §6 do artigo 10 da lpf, pois pcd não é mais absolutamente incapaz
A18	Esterilização acarreta em crime pelo art. 129, §1º do CP
A19	Ofensa à intimidade, intangibilidade do corpo e integridade
A20	Síndrome pós-laqueadura
A21	Ausência de amparo normativo suficiente regulatório do caso concreto
A22	Não há provas suficientes que justifiquem a não fertilidade
A23	Pessoa relativamente incapaz e que pela lpf tem direito à esterilização voluntária
A24	Necessidade de laqueadura pois os demais métodos foram ineficazes
A25	Ausência de discernimento para optar por ter filhos ou não
A26	Possui apenas capacidade física reprodutora
A27	Desejo sexual aflorado
A28	Esterilização como forma de proteção da mãe deficiente e da eventual prole
A29	Proibição de esterilização compulsória
A30	Evitar gravidez indesejada
A31	Não se enquadrou nos requisitos mesmo havendo laudo médico recomendando

Fonte: Elaboração própria (2020).

Os princípios presentes na tabela 7, também foram registrados como siglas:

Quadro 04 – Significado dos códigos referentes aos princípios apontados nas decisões:

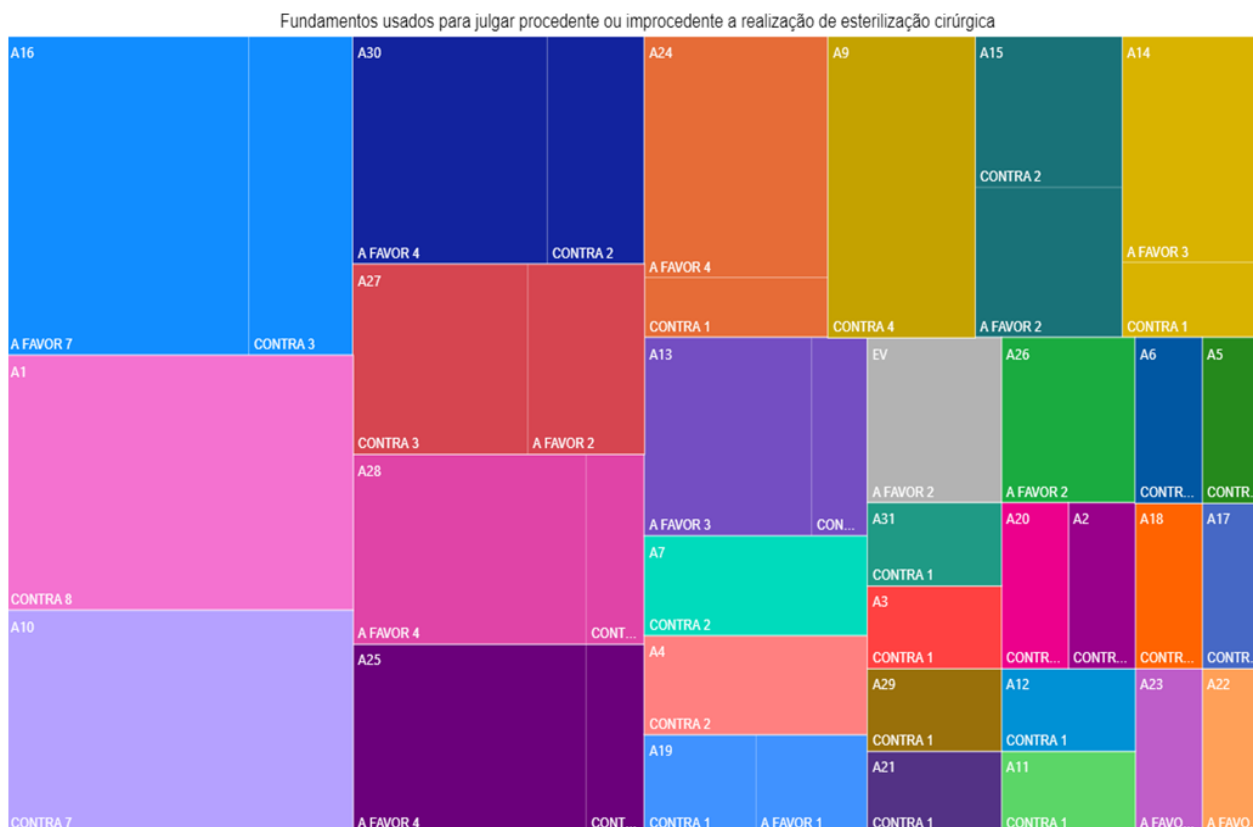
CÓDIGO	SIGNIFICADO
DPH	Dignidade da pessoa humana
AUT	Autonomia

PR	Paternidade responsável
L	Liberdade
P	Ponderação
NA	Necessidade - adequação
I	Igualdade
U	Universalidade

Fonte: Elaboração própria (2020).

Para entender quais os fundamentos mais utilizados nas decisões, criou-se um gráfico estilo “*treemap*” para apontar os argumentos usados para julgar procedente (a favor) ou improcedente (contra) a realização de esterilização cirúrgica:

Gráfico 03– Fundamentos usados para julgar procedente ou improcedente a realização de esterilização cirúrgica:



Fonte: Elaboração própria (2020).

Para compreender a disposição da tabela, deve-se atentar a 3 fatores. Cada setor dividido por cores apresenta 3 informações. Na parte superior consta o código correspondente ao fundamento identificado. Na parte inferior, apresenta-se o número de decisões que foram a favor ou contra a realização de esterilização com amparo no fundamento utilizado. Nos casos

de fundamentos que não apresentam um número, considera-se que apenas uma decisão utilizou tal fundamento.

A leitura do gráfico deve ser feita da esquerda para direita. Assim, identifica-se quais os 7 principais fundamentos utilizados nas 27 decisões, quais sejam: A16 (Condição de gerir a própria vida de forma autônoma); A1 (Autorização judicial para esterilização em pessoa incapaz é medida excepcional); A10 (Artigo 6^a da Lei de Planejamento Familiar); A30 (Evita gravidez indesejada); A27 (Desejo sexual aflorado); A28 (Esterilização como forma de proteção da mãe deficiente e da eventual prole); A25 (Ausência de discernimento para optar por ter filhos ou não).

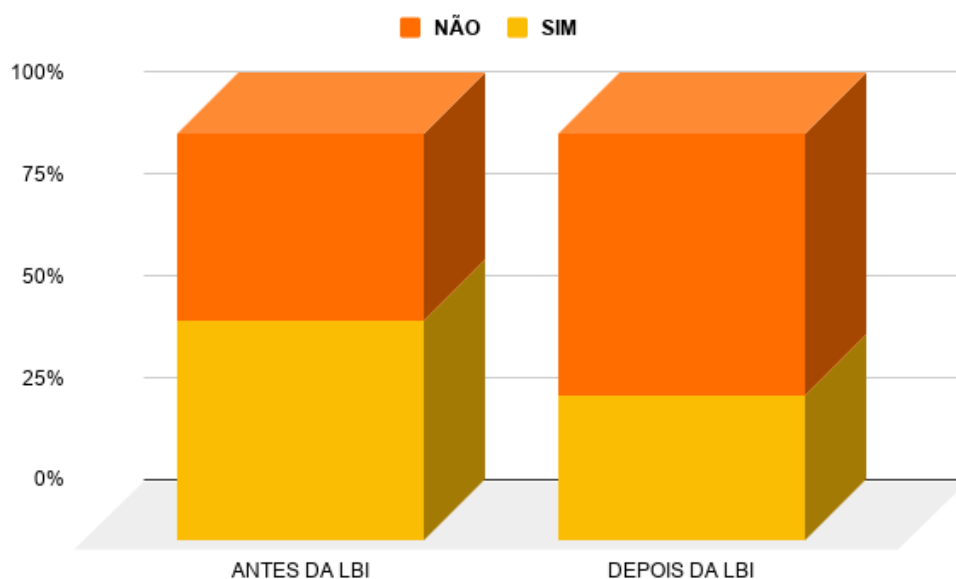
Como se observa, os fundamentos A16, A30, A28 e A25 foram usados para julgar procedente a realização do procedimento cirúrgico, sob o fundamento de que corroboram a incapacidade das pessoas nas quais a esterilização seria realizada, como também sob o fundamento de que a prática médica tem o intuito de resguardar e proteger esta pessoa e seus possíveis filhos.

Já os fundamentos A1, A10 e A27 se voltam para decisões que julgaram improcedente a esterilização cirúrgica. Assim, manifestaram que a esterilização deve ser considerada como procedimento último, medida excepcional. Além disso, considerou-se a redação do artigo 6^a da Lei de Planejamento Familiar que trata das formas de esterilização. Ressalta-se também que o fundamento de “desejo sexual aflorado”, reflexo de estereótipos, foi refutado para julgar improcedente o procedimento.

E, de acordo com a tabela 7, estes fundamentos foram apoiados no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tanto para decisões de procedência ou de improcedência. O que reforça o caráter aberto do princípio, que tanto pode levar a decisões que afirmem a autonomia da pessoa quanto a decisões que a desconsideram, sob o pretexto de defendê-la de si própria, a partir de uma visão paternalista. Daí porque alguns se referem ao caráter “esquizofrênico” da ideia de dignidade humana (Bottini, 2013) ou da possibilidade de se afirmar a dignidade humana contra os direitos fundamentais (Novais, 2018, p. 103).

Denota-se também que entre as 27 decisões analisadas, quando comparadas entre aquelas julgadas antes e depois da Lei Brasileira de Inclusão, que trouxe a mudança do regime da capacidade civil presente no Código Civil Brasileiro de 2002, houve pequena diferença entre julgamentos procedentes ou improcedentes. No entanto, inegável que os votos contrários à esterilização foram mais numerosos após a LBI:

Gráfico 04 – Quantidade de julgamentos que julgaram procedente (SIM) ou improcedente (NÃO) o pedido de autorização de esterilização cirúrgica antes e depois da vigência da LBI:

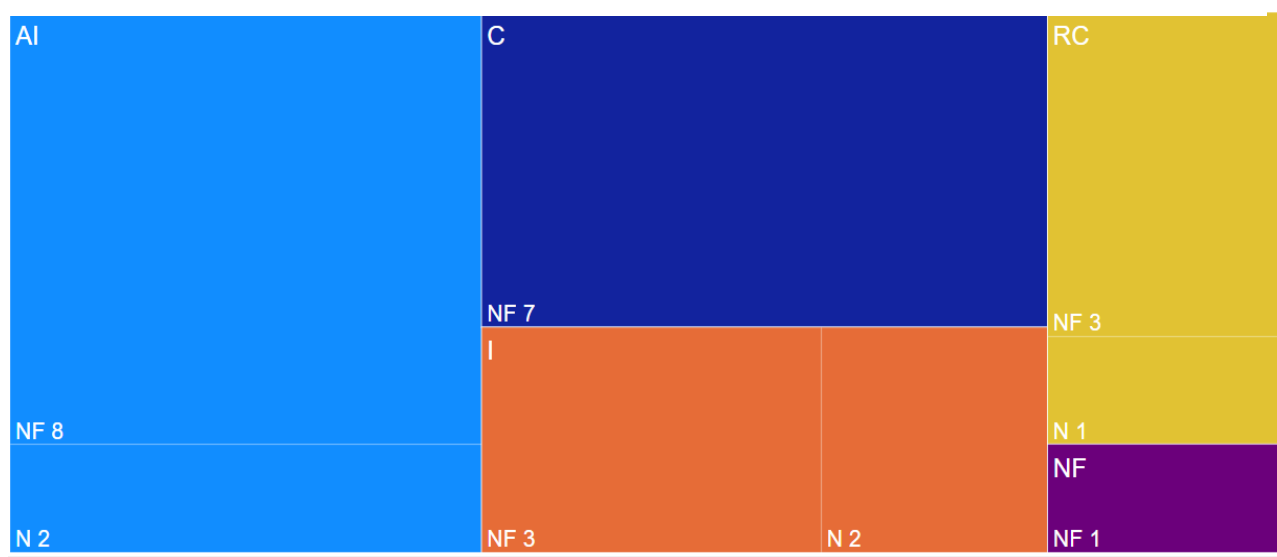


Fonte: Elaboração própria (2020).

É possível também identificar decisões que consideraram a capacidade e o discernimento dos interessados. Neste caso, podem-se verificar quais as considerações presentes nas 27 decisões estudadas quanto à capacidade da pessoa e se houve identificação da presença ou não de discernimento da mesma.

Considerou-se tal relação, pois, como tratado anteriormente, a lei de planejamento familiar não aborda a realização da esterilização apenas considerando se a pessoa é ou não capaz civilmente. Entende-se também a necessidade da presença do discernimento.

O que, inclusive, constava como uma forma de argumento, sendo ele: A25 (Ausência de discernimento para optar por ter filhos ou não). O fundamento foi usado 4 vezes em julgamentos a favor da esterilização e 1 vez contra. Assim, quanto à correlação entre capacidade e discernimento, identificou-se:

Gráfico 05 – Contagem de julgamento por capacidade e discernimento:

Fonte: Elaboração própria (2020).

Para essa contagem, também se utilizou o gráfico “treemap”. Assim, a informação presente na parte superior de cada divisão remete à capacidade civil da pessoa parte no processo no qual será realizada ou não a esterilização por autorização judicial. Logo: AI (Absolutamente incapaz); C (Capaz); I (Incapaz); RC (Relativamente capaz) e NF (Não fala). A descrição abaixo remete a discernimento conectado à capacidade, sendo descrita a quantidade e pelas siglas N (não – não tem discernimento); S (sim – possui discernimento) e NF (não fala).

Assim sendo, verifica-se que 8 decisões tratam de pessoas absolutamente incapazes e em que não se menciona seu discernimento. E 2 pessoas foram ditas absolutamente incapazes e sem discernimento. Sete (7) pessoas foram ditas capazes, mas não foi abordado o tema do discernimento delas.

Houve 5 decisões que apenas apontavam como incapazes, sendo 2 delas sem discernimento e nas 3 restantes não se abordou no inteiro teor. Quatro decisões apontaram as partes como sendo relativamente capazes, 3 não abordaram o discernimento e 1 dita sem discernimento. Houve uma decisão na qual não se fala nem sobre a capacidade e nem quanto ao discernimento.

Frente a isso, verifica-se que a maioria das decisões não correlacionavam ou tratavam a capacidade com o discernimento, mesmo utilizando a Lei de planejamento familiar nos argumentos. O processo que trouxe nos seus argumentos o discernimento junto à capacidade foi o processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360 proferida pelo TJSP, que tratava diretamente de caso de esterilização compulsória requerida pelo Ministério Público frente a uma mulher

drogadita e alcoólatra, no qual o Ministério Público suscitou que a parte já era mãe de 5 (cinco) filhos, todos menores e já teriam passado por casas de acolhimento, ressaltando assim a ausência de condições de cuidar destes, como também a colocação dos mesmos em risco.

Inclusive, a inexistência de critérios é utilizada como argumento no acórdão nº 200601254818, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no qual o relator aponta que “a esterilização cirúrgica, além de autorização judicial, precisa obedecer a critérios técnicos, dependentes da regulamentação na forma da Lei 9.263/1996, artigo 10, § 6” (2006, p.01). Denota-se então que uma decisão proferida antes da mudança da LBI já abordava a necessidade de critérios.

Assim, voltando-se para a tabela 7, vê-se que apenas 3 decisões adotaram algum critério objetivo para caracterizar a capacidade civil. São eles: Processo nº 70061015814 – TJRS; 0909325-43.2012.8.26.0037 – TJSP e; 9001457-36.2009.8.26.0506 – TJSP.

No Processo nº 70061015814 (TJRS), julgado em 23 de setembro de 2014 (antes da LBI), se apontou que o impedimento da parte se tratava de transtorno afetivo bipolar, não possuindo discernimento. Não se abordou quanto à presença de consentimento e a pessoa foi declarada absolutamente incapaz em razão de realização de interrogatório em juízo, laudo médico pericial e estudo social.

O segundo processo, nº 0909325-43.2012.8.26.0037 – TJSP, foi julgado em 16 de dezembro de 2014. A parte possuía retardo mental leve, não se falou em discernimento ou consentimento. Ela foi considerada civilmente capaz, pois, em laudo médico psiquiatra do corpo médico do município relatou que esterilização só é cabível em casos em que a mãe faz uso de remédios crônicos e podem prejudicar o desenvolvimento de futura prole ou ela apresenta transtorno mental severo ou persistente ou retardo mental grave (2014, p.03-04).

E, no acórdão de nº 9001457-36.2009.8.26.0506 – TJSP, julgado em 13 de junho de 2012, no qual também não se tratou quanto ao discernimento ou presença de consentimento, a parte foi declarada como absolutamente incapaz, mas o desembargador apontou a impossibilidade de realização da esterilização devido à necessidade de retorno dos autos para produção de prova pericial por perito oficial e dois médicos sobre a real condição física e mental da parte. E, a depender da perícia, fazer uma segura subsunção frente à legislação referente à matéria (TJSP, 2012, p.05-08).

Destas 3 decisões nas quais se apontavam de forma mais direta as justificativas para definição e declaração de uma pessoa quanto à sua capacidade, tem-se como critérios objetivos: necessidade de laudo médico por perito oficial e por outros 2 médicos; laudo psiquiátrico, para atestar a condição física e mental.

Além disso, requereu-se um estudo social, sendo este um acompanhamento mais detalhado de aspectos da vida da pessoa para determinar a capacidade civil em aspectos quanto à sua condição física e mental para decidir quanto ao planejamento familiar.

Deve-se ressaltar que em certas decisões se encontrou a consideração da capacidade em diferentes aspectos, por exemplo, no processo nº 1185762-68.2009.8.13.0471 proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2011, no qual se aponta que a pessoa possuía apenas capacidade reprodutiva, mas é absolutamente incapaz.

Nenhuma das decisões em que se encontram critérios objetivos na definição da capacidade civil foi proferida após a Lei Brasileira de Inclusão. No entanto, permitem a identificação de critérios para a objetivação da construção das decisões objeto deste estudo.

E, voltando-se para decisões proferidas após a LBI, tem-se o questionamento: como as pessoas com deficiência são consideradas capazes e houve a revogação do parágrafo 10º do artigo 6º da LPF, o pedido deve ser feito com base em quais requisitos? É possível admitir ainda hipóteses de esterilização?

Sendo assim, observa-se que além da necessidade de regulamentação de norma com critérios objetivos que contribuam na construção das decisões envolvendo autorização de esterilização em pessoas com deficiência, deve-se também fazer uma reanálise dos quesitos presentes na esterilização voluntária, já que pessoas com deficiência não seriam mais consideradas incapazes e assim, não haveria “amparo” ou “suposição” de que há necessidade de autorização judicial nesses casos. Somente quando houvesse consentimento da própria pessoa ela poderia ocorrer. Ou então quando não fosse possível obter tal consentimento e adotar medidas menos drásticas para evitar uma gravidez indesejada, como utilização de métodos contraceptivos. Percebe-se a importância de reavaliação de conceitos e necessidade de compreensão da capacidade unida a discernimento e consentimento, sem desconsiderar os demais quesitos tanto presentes nas normas como princípios que embasam os direitos da pessoa no caso concreto, afastando a generalidade e a idealização da pessoa quando se trata de direitos existenciais.

Quanto à única decisão de vasectomia identificada, na Apelação Cível – nº 00099165520158070004/TJDFT, julgada em 2018, salienta-se, de acordo com o quadro 02, que não foi especificado o impedimento do homem no qual ela foi efetivada. Ele foi considerado relativamente incapaz e nada foi mencionado quanto ao seu consentimento e discernimento. Quanto aos fundamentos, a esterilização foi considerada como medida excepcional, logo, o julgamento foi pela improcedência, contra a realização do ato cirúrgico. Apontou-se também se tratar de lesão a direito de personalidade, violação ao artigo 6º da Lei

de planejamento familiar e que o ato poderia resultar em infertilidade. Foi dito também que não se aplicaria a tal caso por não se tratar de pessoa absolutamente incapaz.

5 CONCLUSÃO

Em resposta ao problema de pesquisa, conclui-se pela ausência de critérios objetivos que contribuam na construção do julgamento, fato este amparado pela ausência de regulamentação exigida pela própria Lei de Planejamento Familiar. Entre as 27 decisões judiciais selecionadas, apenas 3 acórdãos apontavam de forma clara as justificativas para a definição da capacidade/incapacidade da mulher com deficiência intelectual. Sendo eles: laudo médico; laudo por perito oficial vinculado ao Poder Judiciário para atestar a condição física e mental e; estudo social, um acompanhamento mais detalhado dos aspectos da vida da pessoa.

Observou também, com a única decisão de vasectomia estudada para fins de comparação, que, mesmo que tal decisão não apresente critérios objetivos para definição da capacidade, percebe-se que as fundamentações para não realização foram mais benéficas para a parte. O que não se denota nos casos apontados referentes às mulheres com deficiência intelectual. Houve aspectos positivos e negativos nessa decisão, mas, conforme descrição dos aspectos da fundamentação da decisão do TJDF, o direito de personalidade e à reprodução, e a liberdade de disposição do próprio corpo foram resguardados de forma mais efetiva do que as demais partes das outras ações judiciais examinadas.

Com isso, focando apenas nas 3 decisões supramencionadas, além da identificação de falta de critérios, viu-se que a capacidade ao ser definida não pode ser desvinculada de outros conceitos como discernimento e consentimento. E pelas 27 decisões estudadas, identificou-se que a maioria delas não tratava de tais aspectos, principalmente quando se trata de realização de esterilização em pessoas com deficiência intelectual, independente do impedimento. Com as decisões analisadas se percebe a necessidade de promover uma minuciosa e diversificada dilação probatória, tais como: prova técnica (laudos médicos, periciais, psicossociais), provas orais (depoimentos, testemunhas), estudos sociais e técnicos. Feita essa produção de provas, volta-se para os requisitos presentes na norma. E, assim, fica o questionamento, como as pessoas com deficiência são ditas capazes pela Lei Brasileira de Inclusão e o §6º do artigo 10 da Lei nº 9.236/1996 está revogado, consideram-se os requisitos da esterilização voluntária?

Sendo a resposta positiva, na ausência de critérios objetivos, os magistrados podem realizar um passo a passo essencial de verificação somado a procedimentos específicos que possam importar no caso concreto devido à particularidade de cada pessoa.

Assim, o passo a passo seria: 1) pessoa capaz (elaboração de laudos periciais por peritos vinculados ao Judiciário e também por peritos indicados pela pessoa; coleta de depoimento da própria parte e de testemunhas); 2) maioria ou presença de filhos; 3) manifestação de vontade efetiva; 4) aconselhamento e repasse de informações à pessoa.

Além destes aspectos descritos pela norma, também se deve verificar (5) a possibilidade de outros métodos contraceptivos, nos casos em que não se constate a possibilidade de manifestação da vontade efetiva da pessoa. Evita-se assim um ato mais drástico – a esterilização – em proveito de outro proporcionalmente menos invasivo. Ainda, é válido ressaltar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou LBI, criou o instituto da Tomada de decisão apoiada (Artigo 1.783-A do Código Civil de 2002), mecanismo pelo qual a pessoa com deficiência, ao invés de curadores, poderá escolher pessoas em que confia que lhes apoiem na tomada de decisões, quando necessário expressar suas vontades. Com isso, essa forma de auxílio, ou suporte, pode ser uma forma de auxiliar nos casos envolvendo planejamento familiar.

Na averiguação destes quesitos, tem-se que ter consciência da existência de diferentes níveis de impedimentos quando se trata de deficiência intelectual e quando a pessoa não possui informação, assistência médica suficiente e informação quanto à saúde sexual e reprodutiva, isso torna mais difícil a tomada de decisões apropriadas quando se trata de esterilização, por isso a imprescindibilidade de promoção e cuidado na produção de provas.

Diante disso, tem-se o estudo das decisões judiciais alcançadas, sendo estas limitantes dada a falta dos aspectos que se tornaram objetivo desta pesquisa. Não há um estudo complementar do caso de pessoas com deficiência intelectual, muito menos no caso de esterilização. A capacidade, bem regulada pelo Código Civil e Estatuto da Pessoa com Deficiência, encaixa-se nas decisões judiciais estudadas, mas não de maneira que se delimite e desenvolva critérios objetivos.

É o caso de promover pesquisas que junto a magistrados, promova-se a elaboração desses critérios objetivos que possam respaldar a temática, a aproximação judicial nesse momento é de suma importância, estabelecendo um entendimento sobre tema nada discutido.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, A. A. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. **Bioethikos**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des) Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 240-271, 2017.

BOTTINI, Fabien. C'est grave docteur? À propos du character "schizophrenique" de la notion de "dignité humaine". **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 98-121, jan/abr 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47 jan.-mar. 2012.

CONCHA, Andrea Yupanqui; FERRER PÉREZ, Victoria A. Análisis de la producción científica mundial sobre esterilización forzada de mujeres con discapacidad entre 1997 y 2016. **Gaceta Sanitaria**, v. 33, p. 381-388, 2019.

GONÇALVES, Luís Eduardo Ribeiro; GODOY, Sandro Marcos. Uma nova perspectiva acerca da tutela provisória de urgência no código de processo civil de 2015. **Etic-encontro de iniciação científica**-ISSN 21-76-8498, v. 14, n. 14, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, p. 299-346, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago, 2016.

MORIGGI, Lucas Ribeiro. A incompatibilidade entre o novo código de processo civil e os fundamentos que sustentam o decisionismo, o ativismo e o voluntarismo judicial. **Direito Público**, [S.l.], v. 14, n. 79, jan. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2685>. Acesso em: 23 maio 2020.

NIELSSON, Joice Graciele. Planejamento familiar e esterilização de mulheres no Brasil: a ambivalência entre a retórica dos direitos humanos e a prática do controle reprodutivo sobre o corpo das mulheres. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 45, p. 2318-7999.2020, 2020.DOI: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2020v23n45p318-345>

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Volume I. Dignidade e direitos fundamentais. Almedina: Coimbra, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. Que críticas da teoria do direito como integridade de Dworkin pode fazer contra a tese do livre convencimento motivado do magistrado? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 754-774, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30920>. Acesso em: 23 mai. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369430920>.

REVISTA FORUM. **Processo judicial Janaina Aparecida Quirino – Esterilização-completo**. Disponível em: <https://cdn.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2018/06/caso-janaina-laqueadura.compressed.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2020.

TJDFT. **Apelação Cível** – nº 0 0099165520158070004. Ementa: civil. Constitucional. Alvará judicial. Cirurgia de vasectomia. Incapaz. Pedido judicial para portador da síndrome de willians. Indeferimento. Medida extremada. Direito fundamental e personalíssimo. Violação. Provimento negado. Sentença mantida [...]. Relator (a): ROMEU GONZAGA NEIVA. Órgão Julgador: 7ª Turma Cível. Brasília – Distrito Federal. Data de julgamento: 24/10/2018. Data de publicação: 06/11/2018.

TJDFT. **Apelação Cível** – nº 20110310175194APC. Ementa: civil. Constitucional. Alvará judicial. Cirurgia de laqueadura tubária. Incapaz. Supressão de consentimento. Desarrazoável [...]. Relator (a): José Divino de Oliveira. Órgão Julgador: 6ª Turma Cível. Brasília – Distrito Federal. Data de Julgamento: 29/08/2012. Data de publicação: 06/09/2012.

TJGO. **Apelação Cível** – nº 200601254818. Ementa: apelação cível. esterilização de incapaz. impossibilidade. princípio da dignidade da pessoa humana, direito de personalidade e incolumidade física da incapaz [...]. relator (a): des. Alfredo Abinagem. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Goiânia. Data de Julgamento: 31/10/2006. Data de publicação: 07/12/2006.

TJMG. **Apelação Cível** nº - 1185762-68.2009.8.13.0471. Ementa: apelação cível - jovem incapaz - distúrbios mentais - interdição - pedido formulado pela curadora - expedição de alvará judicial - cirurgia de laqueadura tubária para esterilização - conflito de direitos fundamentais - princípio da ponderação - recurso a que se nega provimento [...]. Relator (a): Desa. Áurea Brasil. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Pará de Minas – Minas Gerais. Data de Julgamento: 11/08/2011. Data de publicação: 09/09/2011.

TJMT. **Apelação Cível** nº 1000380-36.2018.8.11.0020. Ementa: rac – pedido de alvará judicial para realização de cirurgia de laqueadura tubária – esterilização voluntária manifestada por pessoa diagnosticada com esquizofrenia – interditada e considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil – riscos à saúde da futura gestante e do feto – prescrição médica de impossibilidade do uso de anticoncepcional – pedido em sintonia com o art. 6.º, inciso iv, do estatuto da pessoa com deficiência – sentença reformada – recurso provido [...]. Relator (a): Clarice Claudino da Silva. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado. Cuiabá- Mato Grosso. Data de julgamento: 19/08/2020. Data de Publicação: 19/09/2020.

TJRO. **Apelação Cível** nº 7009667-69.2018.822.0001. Ementa: Alvará judicial. Autorização para esterilização compulsória. Doença grave. Desproporcionalidade da medida pretendida. Inexistência de norma jurídica.

Considerando que a realização da cirurgia de laqueadura tubária constitui procedimento cirúrgico dotado de irreversibilidade, não constitui meio adequado para a proteção da mulher incapaz, não contribuindo em nada para a sua preservação moral ou para a sua saúde [...]. Relator (a): Des. Raduan Miguel Filho. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Porto Velho – Rondônia. Data de julgamento: 12/03/2019. Data de Publicação: 02/04/2019.

TJRS. **Apelação Cível** nº - 70076795871. Ementa: alvará judicial. Pedido de autorização para cirurgia de esterilização (laqueadura tubária). Descabimento [...]. Relator(a): Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. Data de Julgamento: 28/03/2018. Data de publicação: 02/04/2018.

TJRS. **Apelação Cível** nº - 70008448276. Ementa: tubária [...]. Relator (a): Des. Antônio Carlos Stangler Pereira. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. Data de julgamento: 28/10/2004.

TJRS. **Apelação Cível** nº - 70022295364. Ementa: ação de interdição. Pedido liminar de autorização para cirurgia de laqueadura tubária. Descabimento[...]. Relator(a): Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Órgão Julgador: 7ª Câmara Civil. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. Data de julgamento: 20/02/2008.

TJRS. **Apelação Cível** nº - 70022682439. Ementa: ação ordinária. Pedido de autorização para cirurgia de esterilização (laqueadura tubária). Descabimento. Relator (a): Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Órgão Julgador: 7ª Câmara Civil. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. Data de julgamento: 14/05/2008.

TJRS. **Apelação Cível** nº - 70072208580. Ementa: apelação cível. Família. Curatela. Pedido de expedição de alvará judicial para realização de laqueadura tubária em pessoa submetida à curatela. Indeferimento do pedido. Alterações no código civil promovidas pelo estatuto da pessoa com deficiência. Submissão à curatela que não implica a absoluta incapacidade. Expressa vedação de realização de esterilização compulsória [...]. Relator (a): Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. Data de julgamento: 09/03/2017.

TJRS. **Apelação Cível** nº - 70080712946. Ementa: apelação cível. interdição c/c pedido de alvará judicial para procedimento de esterilização. preliminar de nulidade do processo, ante a ausência de prova pericial. rejeição. mérito. Pleito de interdição para todos os atos da vida civil. Descabimento [...]. Relator (a): Des. José Antônio Daltoé Cezar. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. Data de Julgamento: 17/10/2019.

TJRS. **Apelação Cível** nº 70061015814. Ementa: apelação cível. Laqueadura tubária em jovem absolutamente incapaz, portadora de grave e irreversível doença psiquiátrica [...]. Relator (a): Desa. Sandra Brisolara Medeiros. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Porto Alegre – Rio Grande do Sul. Data de julgamento: 23/09/2014. Data de publicação: 26/09/2014.

TJSP. **Apelação Cível/Remessa Necessária** 0002191-87.2010.8.26.0383. Relator (a): Luciana Bresciani. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Foro de Nhandeara - Vara Única. Data do Julgamento: 28/08/2013. Data de Registro: 04/09/2013.

TJSP. **Apelação Cível** 0000134-13.2013.8.26.0312; Relator (a): Leme de Campos. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Juquía - Vara Única. Data do Julgamento: 05/03/2018. Data de Registro: 12/03/2018.

TJSP. **Apelação Cível** 0003239-03.2014.8.26.0396; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Foro de Novo Horizonte - 1ª Vara. Data do Julgamento: 31/08/2016. Data de Registro: 01/09/2016.

TJSP. **Apelação Cível** 0004421-04.2008.8.26.0115. Relator (a): A.C.Mathias Coltro. Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado. Foro de Campo Limpo Paulista - 1ª. Vara Judicial. Data do Julgamento: 31/08/2011. Data de Registro: 01/09/2011.

TJSP. **Apelação Cível** 0006336-97.2012.8.26.0099. Relator (a): Enéas Costa Garcia. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Foro de Bragança Paulista - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 06/02/2018. Data de Registro: 06/02/2018.

TJSP. **Apelação Cível** 0909325-43.2012.8.26.0037. Relator (a): Renato Delbianco. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público. Foro de Araraquara - 1º Vara da Fazenda Pública. Data do Julgamento: 16/12/2014. Data de Registro: 18/12/2014.

TJSP. **Apelação Cível** 0918969-58.2012.8.26.0506. Relator (a): Cristina Cotrofe. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público. Foro de Ribeirão Preto - 2ª. Vara da Fazenda Pública. Data do Julgamento: 07/03/2017. Data de Registro: 07/03/2017.

TJSP. **Apelação Cível** 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público. Foro de Mococa - 2ª Vara. Data do Julgamento: 23/05/2018. Data de Registro: 25/05/2018.

TJSP. **Apelação Cível** 1004380-64.2017.8.26.0451. Relator (a): Fernão Borba Franco. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público. Foro de Piracicaba - 1ª Vara da Fazenda Pública. Data do Julgamento: 07/10/2019. Data de Registro: 08/10/2019.

TJSP. **Apelação Cível** 1006852-85.2017.8.26.0597. Relator (a): Penna Machado. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 28/01/2020. Data de Registro: 30/01/2020.

TJSP. **Apelação Cível** 9001457-36.2009.8.26.0506. Relator (a): Rebouças de Carvalho. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Foro de Ribeirão Preto - 2ª. Vara da Fazenda Pública. Data do Julgamento: 21/03/2019. Data de Registro: 21/03/2019.

TJTO. **Apelação Cível** nº 0003050-22.2014.8.27.0000. Ementa: apelação cível ação de obrigação de fazer – esterilização cirúrgica de incapaz método contraceptivo indicado por laudo médico - pessoa que demonstra incapacidade para gerir sua vida civil – eficácia e necessidade do procedimento – questão social e humanitária sentença confirmada – recurso estatal a que se nega provimento [...]. Relator (a): Des. Ronaldo Eurípedes. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Palmas – Tocantins. Data de Julgamento: 13/06/2014.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS: UMA ANÁLISE PARA SUPERAÇÃO DO DISCURSO DA PRISÃO IMEDIATA NO JÚRI

PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE SOVEREIGNTY: AN ANALYSIS FOR OVERCOMING THE DISCOURSE OF IMMEDIATE IMPRISONMENT IN THE JURY

Fernando Augusto Risso¹
Lucas Paulo Fernandes²
Paulo Cesar Corrêa Borges³

Resumo:

O artigo verifica se o princípio da soberania dos veredictos legitima a execução antecipada da pena no âmbito do Tribunal do Júri, a despeito do também constitucional princípio da presunção de inocência. Trata-se da questão controvertida que irá ser debatida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 1068. Para este objetivo, realiza-se uma análise a respeito de ambas as normas principiológicas dentro das doutrinas processualista penal e constitucionalista. Ao final, demonstra-se que não há incompatibilidade entre os princípios, eis que não se verifica nenhuma contradição normativa que os contraponha. A soberania dos veredictos versa sobre matéria de competência constitucional, traduzindo que a decisão de mérito dos jurados não pode ser substituída por uma de mesma natureza proferida pelos tribunais. Não autoriza, porém, que a pena no júri seja executada de forma antecipada, pois neste âmbito incide a presunção de inocência, princípio-fundante do processo penal brasileiro, o qual estabelece o marco definitivo para o término do estado de inocência do acusado: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Visa-se, com esta conclusão, contribuir para a efetivação da presunção de inocência e do direito à liberdade pessoal do jurisdicionado submetido à persecução penal.

Palavras-chave:

Presunção de Inocência. Soberania dos Veredictos. Tribunal do Júri. Princípios.

Abstract:

The article examines whether the principle of the sovereignty of verdicts legitimizes the early execution of the penalty within the scope of the Jury Trial, despite the also constitutional principle of the presumption of innocence. This is the controversial issue that will be debated by the Supreme Federal Court in Theme 1068. To achieve this goal, an analysis is carried out regarding both principled norms within the doctrines of criminal procedural and constitutional law. In the end, it is demonstrated that there is no incompatibility between the principles, as no normative contradiction that opposes them is identified. The sovereignty of verdicts pertains to a matter of constitutional competence, indicating that the merits decision of the jurors cannot be replaced by a similar one issued by the courts. However, it does not authorize the early execution of the penalty in the jury, as the presumption of innocence, a foundational principle of Brazilian criminal procedure, applies in this context. This principle establishes the definitive milestone for the end of the accused's state of innocence: the final judgment of the convicting criminal sentence. With this conclusion, the aim is to contribute to the enforcement of the presumption of innocence and the right to personal freedom of the individual subjected to criminal prosecution.

Keywords:

Presumption of Innocence. Sovereignty of The Verdicts. Jury Court. Principles.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Legale (2022) e em Jurisprudência Penal pelo CEI. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Advogado.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP/FDRP). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Advogado e Professor.

³ Mestre (1998) e Doutor (2003) em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Sevilla (2012) e na Universidade de Granada (2019). Graduado em Direito pela UNESP (1990). Professor Assistente de Direito Penal e Promotor de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

Em 1989, o saudoso professor Antônio Magalhães Gomes Filho (1989, p. 6) já observava o aumento do discurso punitivista na sociedade brasileira. Clamava-se pelo recrudescimento das penas e por uma ideia de justiça sumária contra o sujeito passivo da persecução penal. O discurso, claro, alinhava-se à tese de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, como se estes constituíssem “regalias” judiciais; como se o direito e o dever de punir pudessem ser alcançados sem a observância de um processo penal democrático e civilizatório.

Pouco mais de três décadas depois, a sociedade ainda parece vivenciar idêntico quadro relatado pelo professor. Diante do aumento da criminalidade, são propostas as mesmas “soluções”: criação de novos tipos penais, aumento do tempo de pena, inserção de delitos no rol dos crimes hediondos, banalizando-os; e, no âmbito do processo penal, a mitigação das garantias fundamentais do réu.

Dentre essas garantias fundamentais, a presunção de inocência parece ser a mais afetada. Inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, o princípio-fundante deveria servir como parâmetro para um processo penal justo, democrático e de cunho acusatório, que visasse limitar o poder estatal. Todavia, nos últimos anos, as diversas mudanças de interpretação promovidas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do momento de início do cumprimento da pena pelo acusado têm tornado instável aquela norma principiológica.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº. 126.292, no ano de 2016, o Pretório Excelso reviu a sua até então posição e autorizou a execução antecipada da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição (Brasil, 2016), afrontando o princípio constitucional, que possui um marco bem definido para o término do estado de inocência do réu: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em 2019, porém, o entendimento foi revertido no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54: foi declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal⁴ e, por consequência, a impossibilidade de execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da condenação criminal (Brasil, 2019c; Brasil, 2019d; Brasil, 2019e).

O tema parecia, enfim, consolidado. Mas, no mesmo ano, a Lei n.º 13.964/19 inseriu o artigo 492, inciso I, alínea e, ao Código de Processo Penal, tornando possível a execução

⁴ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

antecipada da pena do réu condenado pelo júri a uma pena igual ou superior a 15 anos. O Poder Legislativo criou hipótese legal de execução antecipada da pena já em primeiro grau de jurisdição, em completa desarmonia com o texto constitucional.

Como se não bastasse o dispositivo supramencionado, o Supremo Tribunal Federal debate, em sede de Repercussão Geral, o Tema n.º 1068, qual seja, se o princípio constitucional da soberania dos veredictos autorizaria o início do cumprimento da pena após a condenação do réu no Tribunal do Júri.

O debate se diferencia da questão trazida pelo art. 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal, pois, neste caso, qualquer condenação proferida no âmbito do Tribunal do Júri poderá ser imediatamente iniciada após o julgamento pelo Conselho de Sentença, independentemente do tempo de pena fixado.

Tendo como objeto o Tema n.º 1068 do STF, o presente artigo visa verificar se há incompatibilidade entre os princípios da presunção de inocência e da soberania dos veredictos, ambos previstos na Constituição Federal de 1988, bem como se o segundo autorizaria o início de cumprimento de pena já em primeiro grau de jurisdição.

A pertinência do objetivo decorre da possibilidade de o direito à liberdade pessoal do acusado, consagrado na Constituição e em diversos tratados internacionais assinados pelo Brasil, ser consideravelmente restringido em decorrência de uma sentença condenatória de primeiro grau, a despeito da possibilidade de interposição de recursos contra a decisão.

Para concretização desta finalidade, realiza-se análise sobre ambos os princípios em questão, através do tratamento dado pela doutrina processualista e pela leitura constitucional das normas principiológicas, a fim de delimitar sua natureza e alcance e, ao final, verificar se são incompatíveis.

2 O TEMA N.º 1068 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No ano de 2019, o Ministério Público de Santa Catarina interpôs o Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC em face de acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça⁵, o qual assegurou a liberdade do réu que fora condenado pelo Tribunal do Júri, mas

⁵ Trata-se do Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* n.º 111.960/SC, cuja ementa do julgado está na sequência: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DO JÚRI. FEMINICÍDIO QUALIFICADO E POSSE DE ARMA DE FOGO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO OU CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a negativa do direito de recorrer em liberdade somente fundada na premissa de que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser

cuja sentença ainda não transitara em julgado.

Com base nos precedentes firmados naquela corte, o Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2019b) decidiu que era ilegal a execução provisória da pena fundamentada pelo mero fato de que a decisão oriunda do Conselho de Sentença deveria ser executada de forma imediata, a despeito da pendência do julgamento de recursos⁶:

No Recurso Extraordinário n.º 1.235.340/SC, o Ministério Público sustentou que a decisão do Tribunal da Cidadania contrariava o princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal. Para o órgão ministerial, a norma principiológica legitimaria a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri, sem que isto significasse violação ao princípio da presunção de inocência, o que justificaria, inclusive, a repercussão geral do caso:

[...] imprescindível sua apreciação para uniformizar o entendimento de que o princípio da soberania dos veredictos legitima a imediata execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso, inexistindo violação ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. (Ministério Público Federal, 2019, n.p.)

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Formou-se, assim, o Tema 1068, qual seja, “Constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri” (Brasil, 2019h). O Recurso Extraordinário questiona “à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal se a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença” (Brasil, 2019h).

De fato, destacam-se os impactos da controvérsia ventilada na corte constitucional no Tema n.º. 1068. Conforme o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2019a, p. 16-17), entre 2015 e 2018 – período que antecede a afetação da Repercussão Geral pelo STF –, houve a condenação de réus em 48% dos casos decididos nos tribunais do júri brasileiros. Esse número representa a maior parcela da amostragem, já que, no percentual restante, incluem-se as absolvições e os desfechos processuais com extinção de punibilidade (Brasil, 2019a, p. 14).

Daí porque, havendo a fixação do entendimento pela execução imediata da condenação de primeira instância no Tribunal do Júri, observando a mesma tendência do período

executada prontamente, sem qualquer elemento do caso concreto para justificar a custódia cautelar, não transitada em julgado ou não confirmada a condenação por Colegiado de segundo grau, torna a prisão ilegal. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.” (Brasil, 2019b).

⁶ Vide nota de rodapé anterior.

mencionado, os réus condenados já iniciariam o cumprimento da pena imediatamente após a sessão de julgamento. Inevitável a problematização dessa questão diante do falido sistema prisional brasileiro, cujo estado de coisas inconstitucional já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal⁷. Com isso, importa que o cotejo da questão controvertida na Corte, que ora também se analisa, observe o compromisso constitucional de proteção dos direitos e liberdades individuais.

Nesse contexto, é necessário verificar se há incompatibilidade entre os princípios constitucionais da presunção de inocência e da soberania dos veredictos. Isto é, se o direito à liberdade pessoal poderá ser imediatamente restringido em razão de sentença condenatória de primeira instância, a despeito da possibilidade de interposição de recursos e da ausência de fundamentos para imposição de prisão cautelar.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ORIGEM, CRÍTICAS E PANORAMA ATUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É certo que os princípios constitucionais da presunção de inocência e da soberania dos veredictos – quer pela localização topográfica no texto, quer pela temática normativa – são garantias fundamentais do sujeito. A bem da verdade, parecem estar entrelaçados com a noção de Democracia (Ferreira Filho, 2010). Como colocam Mendes e Branco (2012, p. 573), talvez não exista nenhum “exagero na constatação de que esses direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito”.

Cada qual exerce sua função de proteção do sujeito de direito. A propósito, a própria ideia de democracia aparece a partir da contraposição política ao regime absolutista, na qual a noção sobre o Estado transmuda-se para o ideal republicano (Beçak, 2014) e passa a se consolidar nos textos constitucionais mundo afora. Beçak (2014) destaca a assimilação hegemônica da ideia democrática como fundamento da forma de Estado, o que se deveu, sobremaneira, ao alargamento do direito ao voto ao longo dos séculos XIX e XX.

O grande traço distintivo nesse caminho evolutivo foi a “fixação da representação como

⁷ O Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 (Brasil, 2023), o estado de coisas inconstitucionais no sistema carcerário brasileiro. A decisão, sem trânsito em julgado até a finalização desta pesquisa, julgou procedente em parte o pedido inicial para determinar uma série de medidas a serem tomadas em searas administrativo-governamentais diversas e estabelecer planos de ações trienais com o objetivo de mitigar as realidades de precarização de direitos fundamentais às quais os indivíduos em privação de liberdade são submetidos nos estabelecimentos penais brasileiros.

condição fática de participação de todos no processo político” (Beçak, 2014, p. 58). O indivíduo foi alçado ao centro da *politiké* e da organização estatal, de modo que os arranjos estatais foram assim funcionalizados. A centralidade do sujeito-cidadão, ora partícipe das decisões políticas, tornou-o sujeito de direito, o que culminou na proteção de garantias fundamentais, as quais foram estabelecidas como princípios constitucionais estruturantes da própria Democracia (Ferreira Filho, 2010), pelo que com ela se confundem.

Originado no direito romano, por meio da máxima do *in dubio pro reo*, o princípio da presunção de inocência é um dos postulados fundamentais da revolução liberal do século XVIII, que se insurgiu contra o sistema inquisitorial do Antigo Regime. Naquele modelo, era natural que o réu fosse considerado culpado antes mesmo de iniciado o processo e, por essa razão, medidas de privação de liberdade, com propósitos evidentemente punitivos, lhes eram impostas durante o curso processual (Gomes Filho, 1989, p. 15-18).

A partir da Revolução Francesa, a presunção de inocência é, então, estampada no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, permitindo extrair dois mandamentos principais: (1) o acusado não deve ser obrigado a produzir provas contra si mesmo; e, o que mais interessa para este trabalho, (2) deve-se evitar ao máximo a imposição de medidas restritivas de liberdade contra o réu, antes de que a sua culpabilidade seja devidamente declarada pelo magistrado, salvo em casos de absoluta necessidade, os quais podem ser interpretados, hoje, como aqueles que demandem a adoção de uma medida cautelar (Gomes Filho, 1989, p. 15-18).

Mais tarde, a Escola Positiva Italiana do século XIX foi a responsável por tecer os ataques mais contundentes à presunção de inocência, cujos principais argumentos constituem os fundamentos das atuais teses de defesa da antecipação da pena.

O jurista Raffaele Garofalo sustentava que, na verdade, “a presunção mais razoável é de culpabilidade, porquanto na maioria dos casos o julgamento é antecipado pela opinião pública e o réu já comparece a juízo com maior possibilidade de condenação” (Gomes Filho, 1989, p. 24). Defendia, ainda, a prisão preventiva obrigatória para os acusados dos delitos mais graves (Ferrajoli, 2010, p. 507). Já Enrico Ferri sugeria que a presunção de inocência não fosse observada em “casos de crime flagrante ou confissão, ou ainda relativamente aos reincidentes, delinquentes profissionais, natos e loucos” (Gomes Filho, 1989, p. 24).

A crítica determinante à presunção de inocência, porém, foi elaborada por Vincenzo Manzini (Gomes Filho, 1989), expoente da Escola Técnico-Jurídica do direito penal italiano. Para ele, o objetivo principal do processo penal era verificar a procedência da pretensão punitiva do Estado, a qual, pela ordem natural das coisas, era presumível, tendo em vista que, se o Estado

se ocupou de investigar e processar o cidadão, a presunção só poderia ser de culpabilidade, e não de inocência.

O pensamento de Manzini fundamentou a construção do Código Rocco, do período fascista italiano, que não previa a presunção de inocência. O diploma processual italiano, por sua vez, serviu de inspiração para o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, vigente até os dias atuais.

Todos esses argumentos se aproximam do atual discurso favorável à antecipação da pena. Nele, defende-se a reserva da presunção de inocência apenas para certos “tipos” de pessoas e delitos, enquanto a prisão preventiva (com finalidade punitiva) deveria ser quase que obrigatória para os crimes mais graves, como os delitos dolosos contra a vida, julgados pelo Tribunal do Júri.

Em casos midiáticos, a “condenação” proferida pela opinião pública e pela imprensa gera uma demanda de punição instantânea, geralmente quando nem sequer há um processo criminal iniciado. Não raro, portanto, a prisão do sujeito passivo é utilizada como medida para aplacar os ânimos sociais. Da mesma forma, o veredicto condenatório proferido no Tribunal do Júri, com a possibilidade de que o réu recorra da decisão em liberdade, faz parecer aos olhos da sociedade que a lei penal não estaria sendo aplicada, imperando, então, a impunidade⁸.

O professor Aury Lopes Jr. (2020) leciona que a presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político, pois não há como se conceber um Estado Democrático de Direito cujo processo penal não seja de cunho acusatório e que se guie pela presunção de inocência e pelo respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que enuncia que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, também assegura em seu artigo 8, “2”, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (CADH, 1969).

O dispositivo constitucional é explícito: o Brasil possui um marco legal exato para o

⁸ Poder-se-ia supor que, em casos não submetidos ao Tribunal do Júri, haveria uma maior aceitação de que o réu pudesse recorrer em liberdade. No entanto, o ideal punitivista da necessidade de um imediato cumprimento da pena parece imperar como modelo de justiça penal, muitas vezes ligado ao aparente ideal de efetividade do Judiciário na repressão delitiva (Gomes Filho, 1989). Ocorre que o destaque feito é o de que, nas lides submetidas ao júri popular, observa-se uma maior expectativa em torno do cumprimento instantâneo da pena imposta, o que pode ser explicado pela significativa relevância do bem jurídico protegido, também em razão do dolo na realização da conduta delitiva e, até mesmo, pela aquiescência de um entendimento do corpo de jurados da própria sociedade pela prática do crime imputado ao réu (Streck, 2001). Estes motivos parecem redimensionar a importância social dada ao cumprimento imediato da pena privativa de liberdade.

término do estado de inocência do acusado, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes disso, isto é, enquanto couber recurso em face da decisão condenatória, o réu é presumidamente inocente. Significa dizer que este indivíduo, enquanto protegido pelo manto da presunção de inocência, não pode sofrer as consequências impostas a alguém cuja condenação tornou-se definitiva, como a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Mas essa conclusão não deriva somente do marco legal do trânsito em julgado determinado pela Constituição brasileira. O princípio também se desdobra em norma de tratamento direcionada ao Estado. Durante o curso da persecução criminal, as autoridades estatais devem tratar o sujeito passivo como inocente, a despeito do juízo que fizerem a respeito de eventuais indícios de autoria e materialidade do crime. Dessa forma, é incongruente se falar em prisão-pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois o Estado, ao impor a prisão, não estaria tratando aquele indivíduo como inocente.

Exercendo a função de intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a liberdade do acusado no processo penal é a regra dentro de um Estado Democrático de Direito. O direito à liberdade pessoal somente pode ser restringido quando o sujeito, através de uma conduta concreta e tangível, coloque em risco o regular desenvolvimento do processo ou sinalize que pretende se furtar à aplicação da lei penal. Ou seja, a prisão deve ter uma finalidade cautelar.

No caso *Bayarri vs. Argentina*, a Corte registrou que a prisão durante o curso do processo, que não esteja vinculada a um propósito cautelar, como a “necessidade de assegurar que o detido não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem eludirá a ação da justiça”, viola o princípio da presunção de inocência:

Efetivamente, em ocasiões anteriores, o Tribunal considerou que ao privar da liberdade, de forma desnecessária ou desproporcional, pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida, o Estado incorre em uma violação do direito de toda pessoa a que se presume sua inocência, reconhecida no artigo 8.2 da Convenção Americana. (CIDH, 2008).

Portanto, no Brasil, a prisão durante o processo somente é admitida de forma excepcional, a título de prisão provisória (flagrante, temporária ou preventiva), e não com propósito punitivo. A decretação de prisões cautelares, por sua vez, para coexistirem com a presunção de inocência, devem observar seus princípios, fundamentos e requisitos, previstos na legislação processual penal (Lopes Jr., 2020, p. 109).

Nesse sentido é a lição de Julio B. J. Maier (1981, p. 25):

Una vez reconocido que el imputado es inocente hasta la sentencia firme de condena que hace nacer el poder sancionatorio penal del Estado, debe reconocerse también que la custodia preventiva y las medidas de coerción ejercidas contra el imputado, sólo pueden tener como objeto asegurar ou hacer posibles los fines del proceso penal – averiguar la verdad y actuar la ley penal – y ser aplicadas en la medida de la más estricta necesidad; cualquier exceso que tienda a convertirla en una pena anticipada, trasladando a ella los fines de prevención general y especial que caracterizan a ésta, atenta contra la inocencia admitida del imputado mientras el castigo no le sea impuesto por sentencia firme.

Por fim, destaca-se que, no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou procedentes as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC's) nº. 43, 44 e 54, declarando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁹ e, com isso, a impossibilidade de execução provisória da pena.

Dessa forma, se o réu acusado de crime doloso contra a vida – submetido, então, ao julgamento pelo Tribunal do Júri – não colocar em risco, por meio de uma conduta concreta, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal ou até mesmo as abstratas ordens pública e econômica, sua prisão não poderia ser admitida, pois o propósito do encarceramento será, na verdade, punitivo; mas não, cautelar.

Se o réu é presumido inocente, “claro está que su libertad sólo puede ser restringida a título de cautela, y no de pena anticipada a dicha decisión jurisdiccional” (Mariconde, 1986, p. 325), mas é necessário investigar se o princípio constitucional da soberania dos veredictos poderia configurar uma exceção à regra da impossibilidade de execução provisória da pena.

4 O CONTEÚDO NORMATIVO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

O artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição de 1988 reconhece a instituição do júri como garantia constitucional, “assegurando a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (Mendes; Branco, 2012, p. 531).

Nem o texto constitucional, nem a legislação ordinária definem o conteúdo normativo do princípio da soberania dos veredictos, cabendo à doutrina defini-los. Um primeiro ponto importante é que a norma principiológica, bem como a própria instituição do júri, está inserida no Título II da Constituição, que elenca os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão.

⁹ Código de Processo Penal, artigo 283: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

Em razão dessa localização topográfica, o júri constitui cláusula pétrea do texto constitucional (Badaró, 2012, p. 465).

Antonio Pedro Melchior (2020, p. 1066) leciona que a soberania dos veredictos, por constituir uma garantia individual do cidadão submetido à persecução penal, não pode ser utilizada em seu desfavor, pois o titular do direito fundamental relacionado à matéria penal é o acusado:

Em primeiro lugar, a instituição do júri (e *soberania dos veredictos*), na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não em outra, está formalmente incluída entre os direitos e garantias *individuais* em matéria criminal, o que significa serem titularizados por cidadãos submetidos à persecução penal pelo Estado brasileiro. Dito de outra forma, os destinatários dos direitos e garantias fundamentais *em matéria penal*, previstas no art. 5º da CR88, não são os “cidadãos, não acusados, a quem foi dado o direito de participar da administração da justiça”, como tampouco o são as eventuais vítimas de delitos.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. (2020, p. 920) dispõe que “tanto a instituição do júri como a soberania dos jurados estão inseridos no rol de direitos e garantias individuais, não podendo servir de argumento para o sacrifício da liberdade do próprio réu”.

José Frederico Marques (1997, p. 81) explica que o conteúdo normativo do princípio da “soberania dos veredictos traduz, *mutatis mutandis*, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem esta base”. A soberania, portanto, reside no fato de somente os jurados poderem dizer se é procedente ou não a pretensão punitiva estatal relacionada a um crime doloso contra a vida: “sobre a existência de crime e responsabilidade do réu, só o Júri pode pronunciar-se, o que faz através de veredictos soberanos” (Marques, 1997, p. 80).

O princípio da soberania dos veredictos foi inserido na Constituição pelo legislador constituinte originário com o intuito de conferir às decisões do Júri um caráter de inalterabilidade, a fim de impedir intervenções por parte do Poder Judiciário e também do próprio Poder Legislativo, que poderia, no futuro, promover alterações na lei que enfraquecesse a garantia constitucional (Viveiros, 2003, p. 24)

Portanto, a consequência natural do princípio da soberania dos veredictos é a impossibilidade de cortes togadas julgarem o mérito de um caso de crime doloso contra a vida (Nucci, 2011, p. 29):

Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredicto, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredicto, proferindo outro, quanto ao mérito.

A impossibilidade de julgamento do mérito pelas cortes togadas, enquanto consequência da soberania dos veredictos, também se relaciona com outras garantias constitucionais do júri, como o sigilo das votações: “mira assegurar independência aos juízes leigos e a prevalência do julgamento de consciência, algo vital para a existência do júri” (Zveibil, 2023). Isto é, a proclamação dos veredictos pelos jurados estaria, ao menos em tese, protegida de pressões midiáticas, populares e políticas, assegurando ainda a independência em relação aos próprios juízes profissionais, que não são competentes para julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Além disso, no Tribunal do Júri, os jurados decidem, respondendo aos quesitos, a partir de sua própria consciência, de sua íntima convicção imotivada. A decisão condenatória é proclamada sem a demonstração de seus fundamentos, o que, aliás, gera severas críticas à instituição do júri¹⁰. De acordo com o artigo 472 do Código de Processo Penal, os jurados devem proferir a decisão com base em sua própria consciência e em consonância com os ditames da justiça. No entanto, as razões que a fundamentam podem ser atécnicas, uma vez que são juízes leigos e sem conhecimento jurídico. Em razão da carência de motivação, os tribunais não conseguem visualizar os fundamentos que lastrearam a decisão, impossibilitando a revisão de mérito.

A soberania dos veredictos, porém, não é absoluta. Nenhuma sentença ou decisão judicial de um Estado Democrático de Direito deve ser imutável. Há limites, pois, caso contrário, o ordenamento jurídico brasileiro estaria autorizando julgamentos e veredictos que pudessem estar eivados de ilegalidades (Badaró, 2020, p. 765). José Frederico Marques (1997, p. 76) aponta que esse controle judicial da decisão do júri é previsto em diversos países, como França, Alemanha, Portugal e Espanha. A decisão proferida pelo conselho de sentença pode ser cassada pelos tribunais, sem que isto signifique violação ao princípio da soberania dos veredictos, uma vez que o mérito da causa continuará sendo julgado pelo júri, agora com um novo corpo de jurados. O objeto recursal dos tribunais superiores se restringe à apreciação sobre a regularidade do veredicto, sem o substituir e sem decidir sobre a pretensão punitiva estatal (Marques, 1997, p. 80).

Portanto, decorre do princípio da soberania dos veredictos que a decisão de mérito sobre a acusação de crime doloso contra a vida, submetida ao plenário do Tribunal do Júri, será

¹⁰ De acordo com Aury Lopes Jr. (2020, p. 928), “a decisão dos jurados no sistema atual é carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência e não se legitima. Certamente até os jurados se sentiriam melhor e mais legitimados se pudessem fundamentar e expor as razões que os levaram a decidir de tal ou qual forma”.

proferida pelo conselho de sentença. O mérito da decisão – absolvição ou condenação – não poderá ser revisto por juízes togados ou pelos tribunais responsáveis pelo julgamento dos recursos. Estes, no entanto, poderão dar provimento ao recurso de apelação do réu condenado e, com isso, determinar que seja realizado novo julgamento pelo júri (Código de Processo Penal, artigo 593, inciso III, alínea “d”).

O professor Lenio Luiz Streck (2001, p. 164) leciona que a previsão de interposição de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri é um mecanismo garantista que busca assegurar maior segurança na tomada de decisão, considerando a gravidade dos crimes imputados e as penas elevadas.

Além disso, a possibilidade de interposição de recurso contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri se compatibiliza com a garantia do duplo grau de jurisdição, prevista de forma implícita na Constituição de 1988 e de forma explícita no artigo 8.2, alínea “h”, segundo a qual toda pessoa tem o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (CADH, 1969). Gustavo Badaró (2012, p. 33) argumenta que há um fundamento político sustentador da garantia do duplo grau de jurisdição: “toda decisão estatal deve estar sujeita a reexame. A ausência de controle daria ao titular de tal decisão um poder ilimitado e absoluto, o que não pode ser aceito em um Estado de Direito”.

A possibilidade recursal, portanto, ao mesmo tempo em que assegura o axioma do duplo grau de jurisdição, limitando eventuais arbitrariedades da decisão, não viola a soberania dos veredictos, tendo em vista que o mérito do caso continuará sendo julgado pelo Tribunal do Júri.

Fixado o conteúdo normativo do princípio da soberania dos veredictos, é o caso de avançar na esteira da hermenêutica constitucional para aferir a suposta incompatibilidade entre ambas as normas. Nas linhas seguintes é o que se fará, encaminhando para o encerramento da pesquisa.

5 HÁ INCOMPATIBILIDADE¹¹ ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

O exame de uma suposta incompatibilidade entre princípios exige a análise, primeiro, de sua própria natureza e depois de seu conteúdo. Isso porque, se a norma jurídica é uma proposição enunciativa de um modo comportamental ou de uma conduta, que impõe sua

¹¹ O exame de incompatibilidade que se pretende fazer nessa seção restringe-se, exclusivamente, à hipótese fática discutida na repercussão geral – Tema 1068, no caso concreto de cumprimento imediato da pena condenatória após a decisão de primeira instância do tribunal do júri.

observância objetiva e obrigatória (Reale, 2001, p. 88), parece natural a existência de um certo abaloamento entre essas diferentes enunciações, cada qual imperativa em si mesma.

Isto é, se cada norma jurídica vale em si própria, também as normas valem entre si, o que pode resultar em conflitos normativos num mesmo ordenamento, sobretudo naqueles mais complexos (Bobbio, 1994).

Como a complexidade de um ordenamento jurídico aparece no entrelace normativo que o compõe, pressupõe-se a interdependência entre as normas e os elementos não normativos que o integram, o que não implica necessária harmonia entre esses componentes (Bobbio, 1994). Já que a perspectiva lógico-prepositiva de um ordenamento não é suficiente, os elementos constitutivos articulam-se uns aos outros num mesmo sistema (Reale, 2001). Por isso, sistematicamente, cogitar-se da existência de conflitos entre normas parece inesperado.

De toda maneira, no que circunscreve a esta investigação, envolve-se um argumento da existência de uma suposta incompatibilidade entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência. Para além da discussão sobre a indistinção entre regras e princípios¹², vale a pena explorar a *ratio* de cada tipo normativo, a fim de subsidiar a averiguação dos antagonismos entre normas com a mesma natureza principiológica. Isso porque, seguindo a distinção que se apresentará, não se poderia falar numa eventual incompatibilidade sem se entender a natureza jurídica das normas principiológicas.

5.1 Incompatibilidades entre normas principiológicas

Na distinção mormente difundida, inaugurada pelas contribuições de Dworkin e Alexy, embora com distinções entre si, haveria um marco nítido de diferenciação entre princípios e regras, inclusive, sob o ponto de vista estrutural. Silva (2003, p. 609) destaca que a diferenciação feita pelos autores possui natureza lógica¹³, já que partem de uma mesma percepção qualitativa da norma jurídica.

¹² Não se pretende, aqui, debruçar-se sobre a suposta indistinção entre regras e princípios, tampouco às críticas feitas aos modos de diferenciação das normas. Para isso, remete-se o leitor a: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 612–630, 2003. Nesta pesquisa, assume-se a distinção apresentada como pressuposto para o exame da suposta incompatibilidade aqui versada, eis que o argumento central ora analisado funda-se num presunçoso conflito entre normas principiológicas, a partir da ideia de diferenciação das regras jurídicas.

¹³ Sobre a diferença interpretativa entre regras e princípios, Silva (2003, p. 617–618) faz a seguinte ressalva: “Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los.”. Neste artigo, não se aborda o sopesamento de princípios pelas razões metodológicas constantes na nota seguinte.

Na concepção de Dworkin (1977, p. 31), a diferença entre princípios e regras se dá pelo fato de que os primeiros, além de possuírem a dimensão da validade, apresentam uma segunda esfera, o peso. Partindo desse caráter diferenciador, havendo colisão entre normas principiológicas, a validade não se torna um critério de eleição para sobreposição de um ao outro. Nessa sistemática, se sobressai aquele com maior relevância para determinado caso concreto (Dworkin, 1977, p. 43).

Já na concepção de Alexy (1993, p. 98), os princípios ordenam um comando normativo que deve ser realizado na maior medida possível, representado por um conteúdo intermitente, ora dependente das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto. Com isso, espera-se uma contraposição entre princípios, já que carecem de definitividade semântica. Os enunciados principiológicos, desta forma, podem ter seus conteúdos condicionados a partir de determinado escopo argumentativo (Alexy, 1993, p. 101), então oponível a outras razões diversas dele mesmo.

Apesar dos pontos de contato e do pressuposto comum entre as teorias desenvolvidas pelos autores, Silva (2003, p. 610) destaca que a contribuição de Alexy foi em “desenvolver a idéia de princípios como mandamentos de otimização”. A conflituosidade entre normas principiológicas é decorrente da natureza delas mesmas e constitui a própria condicionante da diferenciação proposta em relação às regras. Por isso, poder-se-ia falar numa colisão entre princípios quando houvesse contradição normativa entre os enunciados principiológicos (Alexy, 1993, p. 91).

De qualquer maneira, cabe afirmar que os princípios implicam, ao menos, diversidade de significado, no que são relevantemente diferentes das regras. Com isso, a própria plasticidade inerente a esses enunciados – observável no campo semântico-normativo – gera colisões entre eles mesmos. Isto é, a realização plena de um princípio é obstada por outro. Diante disso, conforme Alexy (1993, p. 90), as colisões entre os princípios seriam resolvidas por meio de uma ponderação¹⁴ entre as normas, a fim de chegar ao resultado mais otimizado diante de determinada condição fático-jurídica concreta.

Como destaca Silva (2003, p. 612–613), a ideia de princípio para o jurista alemão não se assemelha àquela da literatura jurídica brasileira, para a qual os princípios representam os elementos fundamentais do sistema jurídico. De qualquer forma, prevalece a possibilidade de

¹⁴ Aqui não se avançará sobre a técnica da ponderação proposta por Alexy, eis que excede o objeto da pesquisa. Como adiante se demonstrará, sequer é possível falar em colisão entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência. Desta sorte, tampouco torna-se necessário discorrer sobre a eventual solução de colisão entre princípios. Para o tema da ponderação, indica-se: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 95–98.

colisão entre normas principiológicas, eis que condição inata a essa natureza normativa. No entanto, a colisão entre princípios não é automática ou necessariamente verificável. Ao contrário, exige um nítido campo de tensão e conflituosidade entre normas jurídicas, impondo a inegociável cessão de uma em relação à outra (Alexy, 1993, p. 89).

A contradição entre as normas deve ser representante de uma incompatibilidade não apenas aparente – inobstante possa ser derivada de uma carga argumentativa – que implique necessária impossibilidade de coexistência semântico-normativa entre os enunciados principiológicos incidentes num mesmo caso concreto (Alexy, 1993, p. 101).

Por isso, não basta a simples narrativa discursiva sobre uma suposta contradição normativa para que se observe uma colisão entre princípios. A oposição entre normas principiológicas exige explícita verificação, não se presumindo; mas, ao invés, constituindo exceção no sistema jurídico-normativo.

Nesse mesmo sentido, seguindo as ideias de Bobbio (1994), o ordenamento jurídico funda-se na unidade e completude, o que permite a superação de antinomias e lacunas normativas, ao mesmo passo em que é garantida a autonomia sistêmica. Por isso, pode-se afirmar que um ordenamento jurídico pressupõe a existência de uma coerência endógena. Aliás, esse mesmo atributo é requisito de validade e eficácia do sistema normativo, cuja essencialidade da característica surge para garantir funcionalidade e integridade ao sistema jurídico.

Assim, a colisão entre as normas não pode derivar, indistintamente, de qualquer cogitação de oposição normativa. Isso porque, se diverso fosse, o ordenamento jurídico se tornaria disfuncional, justamente, em razão da descaracterização dos atributos de certeza e justiça, os quais são princípios fundantes do Estado e condicionantes da já referida unidade normativo-sistêmica (Bobbio, 1994). Já que a coerência entre as normas de um mesmo sistema jurídico é essencial, qualquer incompatibilidade deve ser exceção.

Há um pressuposto lógico e de figuração unitária que impõe uma arregimentação entre as normas de um mesmo sistema de normas, de modo a fundarem-no na conformação normativa (Bobbio, 1994). Desta sorte, não se pode cogitar de incompatibilidades entre princípios constitucionais como características típicas, decorrentes ou inatas aos ordenamentos jurídicos. Em verdade, a unidade sistêmica mais afasta do que se aproxima de dissensões entre as normas que o compõem.

É a partir dessa premissa estrutural, então, que a suposta incompatibilidade entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência, sob a qual ora se debruça, deve ser analisada. Nestes fins, é com o que se segue na parte final da pesquisa.

5.2 Da ausência de incompatibilidade entre a soberania dos veredictos e a presunção de inocência

Diante do que se expôs – no caso concreto de cumprimento imediato da pena após a decisão de primeira instância do Tribunal do Júri –, não parece crível afirmar a incompatibilidade entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência: falta entre as normas uma nítida contraposição inexorável. Como se verificou do conteúdo normativo de ambos, não se observa uma inegociável intransigência. Exatamente por esse motivo, sequer há que se falar numa suposta necessidade de sopesamento ou ponderação entre as duas normas.

Nesta lógica, sustentar uma incompatibilidade entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência parece firmar-se apenas no âmbito retórico. Tanto é verdade que, partindo da argumentação – isto é, não apenas da mera técnica verbal, mas sob a forma de lógica de persuasão (Reale, 2001, p. 82) –, não é possível verificar qualquer incompatibilidade. Não se observa nenhuma carga argumentativa, nos termos usados por Alexy (1993, p. 100), capaz de colocar as duas normas em disputa de contraposição, pelo que sequer seria o caso de uma suposta divergência de argumentação.

Seguindo no intento que ora se pretende, também é o caso de explorar sobre uma eventual antinomia normativa entre as normas em análise. Ferraz Jr. (2003, p. 205) aponta que a antinomia jurídica se verifica na “oposição que ocorre entre duas normas contraditórias”, emanadas de uma autoridade no mesmo âmbito normativo, “que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”.

O autor (Ferraz Jr., 2003, p. 205–208) aponta para a existência de três classificações de antinomias jurídicas¹⁵, todas as quais exigem, necessariamente, uma contradição normativa. Como demonstrado, já que não subsiste uma contraposição entre as normas principiológicas, portanto, também sequer há que se falar em antinomia jurídica entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência.

Seguindo as classificações de Ferraz Jr. (2003, p. 201), o que se pode afirmar é que os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência, inclusive, possuem funções

¹⁵ Na definição de Ferraz Jr. (2003, p. 205), a antinomia jurídica caracteriza-se pela “oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”.

diferentes. Enquanto o primeiro possui uma função de programa, já que impõe o objetivo de garantir a autoridade e primado do julgamento realizado pelo conselho de sentença (Ferraz Jr., 2003, p. 201), o segundo figura na função de bloqueio, porque impede a culpabilidade do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (Ferraz Jr., 2003, p. 201). No entanto, esta diferença não é suficiente para impor uma colisão entre os princípios, sequer do ponto de vista funcional, eis que igualmente ausente a mesma contradição normativa. Isto é, no caso concreto, a norma de programa não se contrapõe à norma de bloqueio.

Apesar da diferença funcional, os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência não são contraditórios, pelo que não colidem, sequer são antinômicos entre si. Daí porque, ausente a contradição, não se observa nenhuma incompatibilidade entre as referidas normas no caso concreto de cumprimento imediato da pena condenatória após a decisão de primeira instância do Tribunal do Júri.

Inobstante o caráter semântico-axiológico expansivo das normas principiológicas, sobremaneira alicerçadas na dialética fático-valorativa (Reale, 2001, p. 62), não se mostra possível impor, discursivamente, uma contradição entre os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência. Aliás, essa pretensão é a que parece subsistir na suposta contraposição normativa examinada nesta pesquisa, cuja temática resta judicializada sob o Tema n.º 1068, de repercussão geral, no STF.

Para além de se observar a ausência de incompatibilidade entre os princípios aqui tratados, não se verificam sequer convergências na hipótese fática examinada. É certo que as duas normas fazem parte de um elenco de proteções do indivíduo no processo judicial (Mendes; Branco, 2012, p. 571), embora não seja possível extrair uma relação imediata ou condicionante entre o conteúdo normativo de ambas.

A presunção de inocência é garantia fundamental de que o sujeito passivo da persecução penal não será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já a soberania dos veredictos exprime que o mérito da decisão tomada pelos jurados, no âmbito do Tribunal do Júri, não poderá ser reformado pelo tribunal *ad quem*.

O princípio da soberania dos veredictos, na realidade, está muito mais relacionado a uma norma de competência constitucional. Melchior (2020, p. 1067) compreende o princípio como “o direito do acusado, em processos por crimes dolosos contra a vida, de se defender perante ‘pessoas comuns’, ‘leigas’ e ser por elas julgado” e “esta especificidade responde por uma opção constituinte segundo a qual o cidadão, processado por crime doloso contra a vida, está melhor protegido [*sic*] quando julgado por juízes não togados”.

Ambos os princípios são garantias constitucionais que não se confundem e não colidem.

Portanto, como lecionam os professores Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa (2022), a soberania dos veredictos não pode ser manejada, retoricamente, como argumento para privar a liberdade do sujeito passivo da persecução criminal:

Tanto a instituição do júri como a soberania dos jurados estão inseridos no rol de direitos e garantias individuais, não podendo servir de argumento para o sacrifício da liberdade do próprio acusado, até porque incidem em espaços e lugares distintos (não se confundem, nem se sobrepõem). (Lopes Jr.; Rosa, Alexandre Moraes da, 2022).

O poder constituinte brasileiro decidiu que a presunção de inocência protegeria o cidadão “até que a responsabilidade criminal esteja juridicamente resolvida e não faticamente determinada. Por isso, o dispositivo constitucional não traz ressalvas à instituição do Júri, condenação em segunda instância ou qualquer outra” (Melchior, 2020, p. 1071).

Ressalta-se que o artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal prevê quatro hipóteses de apelação contra a decisão do Tribunal do Júri: (a) em caso de nulidade posterior à pronúncia; (b) quando a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; (c) em caso de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; (d) e, por fim, na hipótese de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos.

Caso o recurso de apelação fundado nas alíneas “a” e “d” seja provido, a consequência inevitável será a realização de novo julgamento. Portanto, é inadmissível que o acusado inicie o cumprimento de pena oriunda de um processo que poderá ser considerado nulo ou cuja condenação não encontre amparo nas provas dos autos. Nesta segunda hipótese, vale dizer, o Tribunal não absolve o acusado, tomando para si o dever de decidir o mérito do processo, apenas cassa a decisão e submete o réu a novo julgamento.

Há de se destacar ainda os direitos fundamentais de recorrer da condenação a um tribunal superior (artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) e ao duplo grau de jurisdição (artigo 8.2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Ora, se o direito de recorrer constitui uma garantia judicial do acusado, derivado do corolário do devido processo legal, impor-lhe a prisão logo após uma condenação em primeira instância, além de violar o texto constitucional, afronta também os tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a cumprir.

A tentativa de imposição da prisão automática após o veredicto condenatório proferido pelo Conselho de Sentença se mostra uma medida arbitrária e populista, que tem como propaganda “coibir a impunidade” e que se assemelha às críticas proferidas pelos juristas italianos do século passado, a despeito de toda a sistemática civilizatória do processo penal –

colimado ao progresso axiológico da democracia (Ferreira Filho, 2010) –, lido sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O réu pode sim ser preso durante o curso do processo, mas desde que a título de prisão cautelar, amparada nos requisitos de *fumus commissi delicti* e de *periculum libertatis*. Ausentes tais fundamentos, o réu possui o direito constitucional e convencional de responder ao processo em liberdade e de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A tese de execução antecipada da pena, agora atualizada para logo após a sentença de primeira instância, possui efeitos concretos na realidade brasileira: “prende pessoas, antecipa a resposta violenta do Estado, enfim, fragiliza as ferramentas de proteção individual em face do poder punitivo” (Melchior, 2020, p. 1062).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência se tornou um princípio constitucional bastante convertido nos últimos anos, devido às mudanças jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e às alterações legislativas advindas da Lei n.º 13.964/2019, que visam mitigá-la.

O julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade n.º 43, 44, 54 parecia ter consolidado o entendimento da inadmissibilidade do início da execução provisória da pena. Todavia, o Pretório Excelso agora discute, em sede de repercussão geral, o Tema n.º 1068, qual seja, se o princípio da soberania dos veredictos autorizaria o início da pena logo após a condenação pelo Tribunal do Júri, a despeito da possibilidade de interposição de recursos.

O presente artigo expôs que a presunção de inocência no Brasil vigora até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impedindo, portanto, a adoção de medidas restritivas de liberdade contra o réu durante o curso processual, que tenham propósitos punitivos.

Já a soberania dos veredictos também deve ser lida como uma garantia fundamental do cidadão, justamente por estar inserida neste rol constitucional, de que o acusado de crime doloso contra a vida será julgado por seus pares. Apesar de ser “soberano”, este veredicto não é absoluto, pois, caso contrário, o ordenamento jurídico brasileiro estaria tornando imutáveis decisões que pudessem ser ilegais e arbitrárias. O veredicto pode ser cassado pelos tribunais, determinando a realização de novo júri, sem que isto signifique avocação de competência para julgar o mérito dos processos de crimes dolosos contra a vida.

No exame de uma suposta incompatibilidade do princípio da soberania dos veredictos com o da presunção de inocência verificou-se que não existe uma inegociável intransigência

normativa entre ambos. Sequer sobre a lógica argumentativa parece resistir uma contraposição ao ponto de exigir o sopesamento ou a ponderação entre as referidas normas. Apontou-se, em verdade, a existência de um esforço retórico numa suposta oposição entre as normas, mas distante de uma verificabilidade fático-normativa.

Também sobre o espectro da antinomia jurídica, observou-se que os princípios não são antinômicos entre si, eis que falta um pressuposto definidor: a contradição normativa. De fato, inobstante figurem como normas de funções distintas, compõem um plexo de garantias processuais do indivíduo, estabelecendo-se numa relação que mais se aproxima à composição ao invés da contraposição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BEÇAK, Rubens. **Democracia**: hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: EdUNB, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri**. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n.º 111.960/SC**. Brasília: Relator: Ministro Nefi Cordeiro. J. em 04 jun. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1834260&num_registro=201901195953&data=20190611&peticao_numero=201900298771&formato=PDF>. Acesso em 20 dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43**. Brasília: Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 7 nov. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 20 de dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**

n.º 44. Brasília: Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 07 nov. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em 20 de dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 54. Brasília: Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 07 nov. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em 20 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Brasília: Relator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. J. em 04 out. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 20 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n.º 126.292. Brasília: Relator: Ministro Teori Zavascki. J. em 17 fev. 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em 12 de nov. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema 1068 - Constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>>. Acesso em 14 dez. 2022.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bayarri vs. Argentina. San José: CORTE IDH, 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

DA ROSA, Alexandre Moraes; LOPES JR., Aury. O erro lógico da prisão automática no júri: Tema 1.068 do STF. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/limite-penal-erro-logico-prisao-automatica-juri-tema-1068-stf>>. Acesso em 23 dez. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. 1989. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAIER, Julio. **Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación em el processo penal**. Buenos Aires: Ed. LEA, 1981.

MARICONDE, Vélez. **Derecho procesal penal**: t. I. 3. ed. Córdoba: Lerner, 1986.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **Crítica científica de “Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri”**. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 2, Porto Alegre, 2020, p. 1059-1078.

MENDES, Gilmar Ferreira. V – Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 571 – 878.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Subprocuradoria-Geral da República. **Parecer n.º 21.561/2019/GAB/AM, de 09 de outubro de 2019**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341443086&ext=.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José da Costa Rica”), 1969.

Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966**. 1966.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607 – 630, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ZVEIBIL, Daniel. Conteúdo jurídico da soberania dos veredictos e a execução provisória da pena. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-29/daniel-zveibil-conteudo-juridico-soberania-veredictos2/>> Acesso em 21 de nov. 2023.

IMPACTOS DO GARIMPO ILEGAL NO TERRITÓRIO INDÍGENA DA POPULAÇÃO YANOMAMI NA PERSPECTIVA DA NECROPOLÍTICA¹

IMPACTS OF ILLEGAL MINING ON THE INDIGENOUS TERRITORY OF THE YANOMAMI POPULATION FROM THE PERSPECTIVE OF NECROPOLITICS

Fernanda Analú Marcolla²

Sabrina Lehnen Stoll³

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth⁴

Resumo:

O artigo busca avaliar os impactos causados pelo garimpo ilegal no território indígena da população Yanomami como uma modalidade de necropolítica. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: o garimpo ilegal pode ser considerado uma forma de necropolítica? Como objetivo geral, a pesquisa buscou avaliar como o garimpo ilegal se transforma em uma modalidade da ação estatal necropolítica. Para dar concretude ao objetivo geral, os objetivos específicos do texto se refletem em três seções: a) analisar a partir do contexto histórico, a necessidade de um clima saudável para que haja a manutenção existencial das tradições Yanomami; b) analisar se o garimpo ilegal é uma modalidade de necropolítica. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado, considerando os dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas, torna-se possível afirmar que o Estado ao assumir uma gestão política de escolha entre quais pessoas importam e quais não importam, ele se caracteriza necropolítico. O fato de “fazer ou deixar morrer” integrantes do território indígena Yanomami por desnutrição e outras doenças ocasionadas pelo garimpo ilegal, sem qualquer intervenção política de preservação da vida, caracteriza-se a necropolítica.

Palavras-chave:

Garimpo ilegal. Necropolítica. Território indígena Yanomami.

Abstract:

The article seeks to evaluate the impacts caused by illegal mining in the territory of the Yanomami tribe as a form of necropolitics. The problem that guides the research can be summarized in the following question: is illegal mining in the territory of the Yanomami tribe a form of necropolitics? As a general objective, the research sought to evaluate how illegal mining becomes a modality of necropolitical state action. To give concreteness to the general objective, the specific objectives of the text are reflected in three sections: a) analyze

¹ Artigo produzido a partir de pesquisa financiada pelo Programa de Desenvolvimento da Pós-Graduação (PDGP) Emergencial de Consolidação Estratégica dos Programas de Pós-Graduação (PPGs) stricto sensu acadêmico com notas 3 e 4 da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior (CAPES) – Processo nº 88887.710405/2022-00.

² Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (2023) e pela Universidade de Sevilha (Espanha). Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB (2022). Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra (Portugal) e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. Advogada.

³ Doutoranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ. Mestra em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau – FURB (2022), com especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela AMATRA/FURB (2018) e em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, em parceria com a Fundação Universidade Regional de Blumenau (2015). Advogada.

⁴ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2023). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2014). Mestre em Direito pela UNISINOS (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (2008). Professor.

from the historical context, the need for a healthy climate for the continuity of Yanomami traditions; b) Investigate whether illegal mining is a form of necropolitics. The research method employed was hypothetical-deductive, through the use of bibliographical and documental research techniques. As a result, considering the data collected from a set of researches, it becomes possible to affirm that the State, when assuming a political management of choice between which people matter and which do not, is characterized as necropolitical. The fact of “letting die” members of the Yanomami tribe from malnutrition and other diseases caused by illegal mining, without any political intervention to preserve life, characterizes necropolitics.

Keywords:

Illegal mining. Necropolitics. Yanomami Indigenous Territory.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo pretende avaliar o impacto ocasionado pelo garimpo ilegal no território indígena do povo Yanomami, na região Norte do Brasil, na perspectiva na necropolítica. Os territórios indígenas possuem e necessitam de proteção estatal, em decorrência da necessidade de preservar a cultura, a tradição e, conseqüentemente, a subsistência desses povos. O art. 231 da Constituição Federal de 1988 assegura aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, determinando a competência da União em demarcar essas terras, proteger os indígenas “e fazer respeitar todos os seus bens” (Brasil, 1988).

No entanto, em gestões governamentais que priorizam o capital econômico, o capital humano e o capital ambiental acabam sendo colocados em risco. Em prol de uma minoria elitizada, o Estado enfraquece os órgãos de fiscalização e as legislações ambientais, o que possibilita a exploração de minérios, da flora, das plantas e da caça etc.

O ato de “deixa” ou “fazer morrer⁵” representa uma manifestação extrema da soberania, na qual o Estado exerce controle decisivo sobre a vida e a mortalidade, definindo quem vive e quem morre conforme suas próprias estratégias e interesses de poder. Em contextos onde o Estado enxerga vantagens econômicas significativas em determinadas

5 O conceito de biopoder, desenvolvido por Foucault, refere-se ao exercício de poder sobre a vida, caracterizado pelo controle, regulação e otimização da população, orientado principalmente para a gestão e promoção da vida em nível coletivo. Foucault argumenta que o biopoder opera por meio de práticas que visam “fazer viver” e, quando necessário, “deixar morrer”, sendo a morte - direta ou indireta, ou seja, enquanto exposição à morte - uma das facetas inextricáveis da biopolítica. Em contraste, Mbembe propõe a necropolítica, que não se limita ao “deixar morrer”, mas adentra uma esfera de poder que “faz morrer” de forma ativa e intencional, principalmente em contextos de extrema violência e marginalização, nos quais a morte se torna um objetivo explícito de controle. Enquanto o biopoder foucaultiano está vinculado à manutenção e regulação da vida dentro de certos parâmetros de normalização, a necropolítica se ocupa da soberania sobre a vida e a morte, em um diagrama de exercício de poder sobre corpos e populações marcado pela desumanização e pela possibilidade de serem descartados. Em comum, ambas as teorias exploram a relação entre poder e vida, mas diferem no que se refere à centralidade da morte: para Foucault, ela é uma consequência do poder que se exime da responsabilidade sobre certas vidas, enquanto para Mbembe, a morte é um instrumento ativo de soberania e opressão (Foucault, 2012; 2022; Mbembe, 2018).

ações, como desmatamento, poluição de rios e exploração de áreas ambientais protegidas, ele frequentemente adota políticas que priorizam o lucro em detrimento da preservação da vida e do bem-estar das populações afetadas. Essa postura, que privilegia o interesse econômico sobre a proteção de vidas, configura o que o filósofo camaronês Achille Mbembe (2018) denomina como necropolítica: uma política da morte, em que o exercício do poder se manifesta diretamente na capacidade de decidir quem deve sobreviver e quem pode ser abandonado ao sofrimento, à violência e à destruição. Em outras palavras, a necropolítica se realiza na prática quando o Estado não apenas tolera, mas ativamente promove condições de morte, abandono e vulnerabilidade para certos grupos ou territórios, instrumentalizando a morte como um mecanismo de controle e dominação.

Com efeito, na medida em que a exploração de recursos naturais possui como consequência o aumento do capital econômico e a geração de empregos – mesmo que de modo ilegal e em situações, muitas vezes, análogas à escravidão –, os povos originários adoecem e morrem em decorrência dos impactos ambientais que afetam o seu sistema e sua cultura. Uma comprovação deste fato foi a recente crise humanitária no território dos povos Yanomami na região Norte: em decorrência dos danos ambientais gerados pelo garimpo ilegal, produziu-se a morte de muitos indígenas⁶.

Diante desta delimitação temática, o presente artigo foi construído tendo por problema de pesquisa a seguinte pergunta: em que medida as consequências do garimpo ilegal no território indígena do povo Yanomami configuram-se como uma manifestação necropolítica?

Como hipótese inicial, levando-se em consideração os dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema na área do Direito Constitucional e Direito Ambiental, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar que, a partir do momento que o Estado assume uma gestão política de escolha entre quais pessoas importam e quais não importam, coloca-se em execução uma política de morte (necropolítica) alicerçada em cesuras biopolíticas. Efetivamente, o fato de o Estado brasileiro, mesmo diante de inúmeras notícias e denúncias das consequências nefastas do garimpo ilegal na região, “deixar e/ou fazer morrer” integrantes do território indígena Yanomami por desnutrição e outras doenças ocasionadas pela degradação ambiental decorrente do garimpo ilegal, sem qualquer intervenção política de preservação da vida,

⁶ Crise humanitária decorrente das mortes por desnutrição ocorridas em territórios Yanomami em 2023 (FUNAI, 2023).

evidencia uma perspectiva necropolítica. Como objetivo geral, a pesquisa busca avaliar como o garimpo ilegal se transforma em uma modalidade da ação estatal necropolítica.

Para dar concretude ao objetivo geral, os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em três seções, são: a) analisar a partir de estudos já realizados no âmbito do Direito e da Ciência Ambiental e do contexto histórico, a necessidade de um clima saudável para a manutenção das tradições do povo Yanomami; b) Investigar de que forma o garimpo ilegal é uma modalidade de necropolítica.

Utilizou-se, na pesquisa, do método de abordagem hipotético-dedutivo, que compreende um conjunto de análises que partem das conjecturas formuladas para explicar as dificuldades encontradas para a solução de um determinado problema de pesquisa. Sua finalidade consiste em enunciar claramente o problema, examinando criticamente as soluções passíveis de aplicação (Marconi; Lakatos, 2022). Sobre o método em questão, convém salientar que as hipóteses, construídas em resposta ao problema de pesquisa formulado, consistem em “respostas provisórias diante dos quadros problemáticos aos quais se dedicam”, de modo que, para serem consideradas consistentes, precisam ser submetidas a um “rigoroso processo de falseamento ou refutabilidade” (Mezzaroba; Monteiro, 2019, p. 90). Nesse sentido, o estudo parte da premissa de que as soluções nele apresentadas ao problema de pesquisa formulado são temporárias, na medida em que, se “uma eventual nova teoria responder de forma diferente, ou melhor, ao problema suscitado” as hipóteses aqui construídas restarão refutadas (Mezzaroba; Monteiro, 2019, p. 91). Tal perspectiva metodológica parece adequada e suficiente à análise da temática central deste estudo, a qual se encontra em processo de avaliação/mensuração por diversos pesquisadores no cenário brasileiro.

Os procedimentos adotados envolvem a seleção da bibliografia que forma o referencial teórico deste estudo, sua identificação como produção científica relevante, leitura e reflexão, a fim de atingir possíveis respostas ao problema proposto. Nesse sentido, a pesquisa foi conduzida a partir de levantamento de produções científicas (livros, artigos científicos publicados em periódicos, relatórios de pesquisa, teses e dissertações) e legislação/regulação já existentes sobre a temática.

2 DEGRADAÇÃO AMBIENTAL, MUDANÇAS CLIMÁTICAS E SEUS IMPACTOS NA CULTURA DO TERRITÓRIO INDÍGENA DO POVO YANOMAMI

A população indígena brasileira, conforme dados do último Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, era de 896.917 indivíduos, dos quais 572.083 encontram-se na zona rural e 324.834 nas zonas urbanas. Esses povos estão espalhados por todo o território brasileiro. De acordo com os dados apurados, a Região Norte é aquela que concentra o maior número de indígenas, ou seja, 305.873 mil indivíduos, o que representa aproximadamente 37,4% do total, sendo que o Estado do Amazonas concentra 55% do total. O conjunto dos dez municípios com maior população indígena reúne 126,6 mil indivíduos, correspondendo a 15,5% do total do país; metade desses municípios possuem população superior a 10 mil indígenas. À época da coleta dos dados, os cinco municípios mais populosos desse conjunto eram: São Gabriel da Cachoeira (Amazonas), São Paulo de Olivença (Amazonas), Tabatinga (Amazonas), São Paulo (São Paulo) e Santa Isabel do Rio Negro (Amazonas) (FUNAI, 2022).

A população Yanomami, possui na atualidade uma média 36.000 membros, os quais, são divididos em 665 aldeias, sendo que aproximadamente 291 estão localizadas no extremo noroeste da Amazônia brasileira e 374 no sul da Venezuela, compreendendo seu território aproximadamente 23 milhões de hectares de floresta. São conhecidos por viverem em uma sociedade formada por caçadores e agricultores. Constituem um conjunto cultural e linguístico composto de, pelo menos, cinco subgrupos que falam línguas da mesma família: Yanomam, Yanomami, Sanöma, Ninam e Yaroamë, sendo que o contato com a sociedade ocidental é relativamente recentemente (Ferreira, 2011).

Importante destacar que é por intermédio da cultura que as sociedades se distinguem e se classificam dentro de uma delimitação espacial. A preservação da cultura é uma forma de propiciar “meios pelos quais podemos dar sentido ao mundo social e construir significados. Há entre os membros de uma sociedade, um certo grau de consenso sobre como classificar as coisas a fim de manter alguma ordem social” (Silva; Hall; Woodward, 2014, p. 42).

Para a população Yanomami, a preservação cultural está interligada às condições climáticas do meio ambiente e com sua própria subsistência. A cultura e a identidade indígena são marcadas por meio de símbolos, os quais descrevem a história originária de

tradições seculares. Por este motivo, as florestas, o clima e a biodiversidade são tão importantes para a condição existencial desse grupo (Silva; Hall; Woodward, 2014, p. 9-10).

A parte do território Yanomami que está localizada no Brasil compreende uma das maiores áreas de floresta tropical do mundo, caracterizada pela relevante importância no que se refere à conservação do meio ambiente e da biodiversidade, o que, conseqüentemente, serve de instrumento para a proteção climática. No aspecto cultural, as tradições ancestrais decorrentes da terra-floresta, ou urihi, é pensada de maneira holística e focalizada como uma entidade viva inserida numa complexa rede de interação entre seres humanos e não-humanos (Albert; Milliken, 2009).

Ao contrário do que se vislumbra nas sociedades ocidentais, para os Yanomamis inexistente distinção entre o animal e o homem. Desta feita, os animais, chamados de varopë, são percebidos como uma modalidade de arquétipo dos antepassados míticos homens/animais considerados como primeira humanidade. No que se refere às linhas divisórias da urihi, de um lado existem as cidades urbanas, onde se escondem inúmeros seres obscuros e malignos⁷ (në waripë), que machucam, torturam e caçam os Yanomami, causando ainda doenças e mortes da população. Há ainda a parte alta da floresta, em especial no cume das montanhas, onde residem as imagens (utupë) dos ancestrais-animais, que caracterizam os espíritos “xamânicos xapiripë”, deixados por Omama para cumprir a função de guardiões dos humanos (Albert; Kopenawa, 2003).

Por isso, é fundamental a proteção desse território, não apenas para a garantia dos recursos necessários para a sua sobrevivência, mas também para o equilíbrio ecológico e climático do planeta - a estabilização da época de chuvas, a regularidade da alternância do dia e da noite, seca, caça e colheitas. Hoje, a proteção do território Yanomami depende da sua própria existência, a qual tem sido ameaçada pelo garimpo ilegal, pelo avanço do agronegócio na região e pela falta de políticas públicas eficazes e inclusivas dos povos originários. Há de se destacar, ainda, os graves problemas de origem sanitária, violência física e psicológica e toda problemática social que envolve esses indígenas (Albert; Kopenawa, 2003).

O povo Yanomami possui uma definição de natureza que dista muito daquela proposta pela sociedade branca e ocidental, que a concebe exclusivamente como um bem

⁷ Para os Yanomamis os seres obscuros e malignos seriam a população ocidental branca (Albert; Kopenawa, 2003).

gratuito que tem como finalidade a exploração econômica. Na perspectiva do líder Yanomami, Davi Kopenawa:

A terra-floresta só pode morrer se for destruída pelos brancos. Então, os riachos sumirão, a terra ficará friável, as árvores secarão e as pedras das montanhas racharão com o calor. Os espíritos xapiripë, que moram nas serras e ficam brincando na floresta, acabarão fugindo. Seus pais, os xamãs, não poderão mais chamá-los para nos proteger. A terra-floresta se tornará seca e vazia. Os xamãs não poderão as fumaças-epidemias e os seres maléficos que nos adoecem. Assim, todos morrerão (Urihipë, 2019, n. p.).

Hodiernamente, um dos principais problemas que o Brasil enfrenta no que se refere ao combate às mudanças climáticas é a demarcação de terras indígenas. Isto porque as florestas possuem grande estoque de carbono. Por esse motivo, existe a necessidade de manter a floresta em plena harmonia, pois, quando ela é suprimida, o gás carbônico existente é liberado diretamente para a atmosfera terrestre, gerando o efeito estufa e, por consequência, influenciando no aquecimento global. Importante destacar, ainda, que a Amazônia é um ente regulador do clima e do período de chuvas que rege o funcionamento do agronegócio no Brasil central. Ela também é conhecida por seus rios voadores que realizam serviços ecossistêmicos para regulação do Brasil e do mundo. No topo das árvores há cerca de 100 *gigatons* de carbono (Nobre, 2014).

O desmatamento e a degradação florestal são atividades que emitem gases causadores do efeito estufa (GEE), sobretudo gás carbônico (CO₂), que causam a mudança do clima. De acordo com o Painel Intergovernamental sobre mudança do clima, o setor de florestas e outros usos da terra teve participação de 12% nas emissões globais no período de 2000 a 2009. Neste contexto, é importante que sejam reconhecidos os conhecimentos tradicionais, posto que têm muito a contribuir para combater o aquecimento global e a preservação da “floresta em pé” (Nobre, 2014).

Além de contribuir para o efeito estufa, o desmatamento gera outros impactos negativos para a sociedade e o meio ambiente. O desmatamento ameaça a sobrevivência das espécies da fauna e da flora com a destruição de seu *habitat*, fator este que afeta diretamente o meio de vida de milhões de pessoas. Ademais, o desmatamento e as queimadas afetam a condição climática local, fator este, que reduz a umidade nas áreas atingidas, podendo afetar o fluxo das chuvas no território (Nobre, 2014).

A Redução de Emissões de gases de efeito estufa provenientes do Desmatamento e da Degradação florestal (REDD+) foi criado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) para incentivar países em desenvolvimento a

conservar e a recuperar suas florestas. A conservação e a recuperação de florestas trazem benefícios para a mitigação e adaptação à mudança climática, frente a seus efeitos adversos, ao mesmo tempo em que proporcionam benefícios para a conservação da biodiversidade. Desta forma, tem-se o oferecimento de serviços ecossistêmicos para os povos que vivem na floresta, assim como para as populações que vivem nos centros urbanos com o intuito de regular o clima (Nobre, 2014).

É necessário pontuar que o Brasil é marcado por um processo histórico de dominação, sendo primeiramente uma colônia portuguesa de exploração, composta pela lógica da economia capitalista imposta pelo ocidente. Logo, é orientada por um viés mercantilista, como se os recursos naturais fossem infinitos e como se o meio ambiente não sofresse degradação. Essa lógica predatória foi imposta pelos colonizadores aos colonizados, que exploraram, degradaram e dominaram o meio ambiente, anulando a cultura originária e a existência identitária (Dussel, 1993).

Importante destacar que a identidade de um povo está vinculada às condições sociais e materiais. Logo, “se um grupo é simbolicamente marcado como inimigo ou como tabu, isso terá efeitos reais porque o grupo será socialmente excluído e terá desvantagens materiais”. Dentro de um sistema simbólico, existem algumas formas de compreender a valorização humana e a expectativas das divisões sociais, o que acaba por gerar, um aumento da desigualdade social e a exclusão de alguns grupos da participação cidadã (Silva; Hall; Woodward, 2014, p. 14).

Deste modo, certos indivíduos ou grupos “tem negada sua subjetividade humana e são reclassificados pura e simplesmente como objetos, localizados de modo irrevogável na ponta receptora dessa ação” (Bauman, 2013, p. 77-78). Em uma sociedade marcada pelo capitalismo, como é o caso brasileiro, o consumo exacerbado fragiliza a empatia com os povos originários, que são observados como um impeditivo ao livre comércio de minerais.

Apesar da historicidade colonizadora e predatória, o que se espera do Sul Global, é que ele se liberte, não seja mais produto do imperialismo, mas sim uma voz contra a hegemonia. Para os efeitos deste estudo, parte-se do conceito de “Sul global” enquanto metáfora do sofrimento humano ocasionado pelo capitalismo, pelo colonialismo e pelo patriarcado, bem como pela ausência de alternativas diante da atual crise global e da hegemonia continuada dos padrões econômicos, sociais, culturais e políticos que conduziram o mundo a este momento histórico. Nesse sentido, trata-se de um conceito que se apresenta, fundamentalmente, como forma de resistência diante dessas formas de

opressão, de modo que “as Epistemologias do Sul são uma proposta de expansão da imaginação política para lá da exaustão intelectual e política do Norte global, traduzida na incapacidade de enfrentar os desafios deste século, que ampliam as possibilidades de repensar o mundo a partir de saberes e práticas do Sul Global e desenham novos mapas onde cabe o que foi excluído por uma história de epistemicídio” (Santos; Araújo; Baumgarten, 2016, n. p.).

Joaquim Torres Garcia, artista uruguaio, ilustrou essa utopia em um mapa “invertido” da América do Sul. Para o artista:

Nosso Norte é o Sul. Não deve haver norte, para nós, senão por oposição ao nosso Sul. Por isso agora pomos o mapa ao revés, e então já temos a exata ideia de nossa posição, e não como querem no resto do mundo. A ponta da América, desde agora, prolongando-se, assinala insistentemente o Sul, nosso Norte (Kern, 2013, n. p.).

O que se percebe, é a necessidade da existência de uma metamorfose na forma de se relacionar com o capital, ou seja, é preciso haver um outro olhar para preservar os escassos recursos naturais (Beck, 2018). Logo, é fundamental para o enfrentamento das mudanças climáticas a criação de um novo modelo econômico que seja mais “verde” e “social”, pautado pelo equilíbrio ecológico, pois a natureza é o suporte vital para a humanidade.

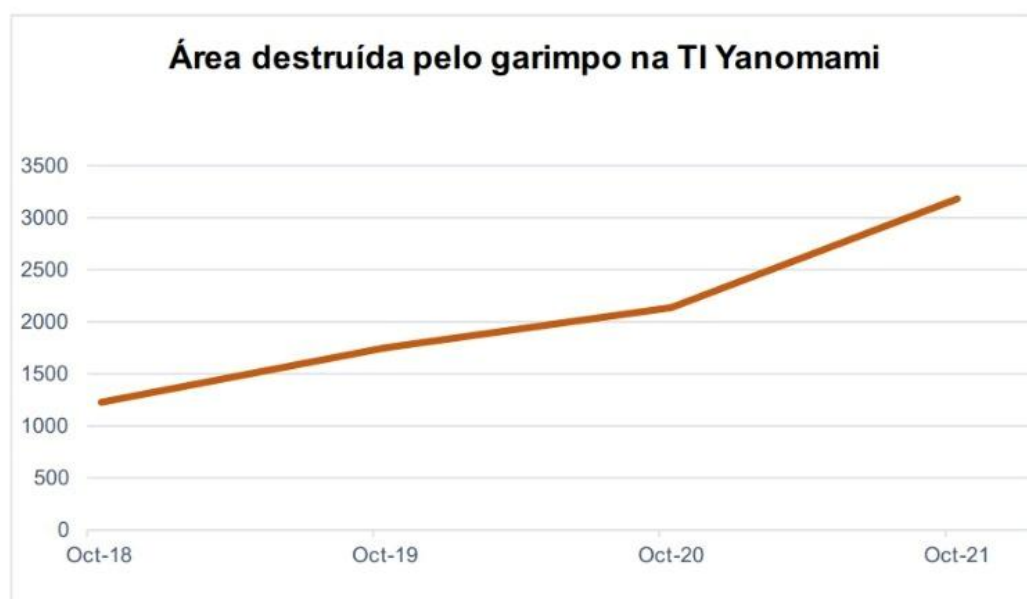
Todo o comportamento humano se origina do uso de símbolos decorrentes de sua ancestralidade, e, nesse sentido, a relação entre a o povo Yanomami com o meio ambiente se caracteriza como um pacto de identidade e sobrevivência. Por esta razão, o garimpo ilegal se torna uma espécie de necropolítica, conforme será abordado no tópico a seguir, haja vista que a preservação do clima, das matas e da biodiversidade são mecanismos de continuidade da vida.

3 O AUMENTO DO GARIMPO ILEGAL EM TERRAS YANOMAMI COMO NECROPOLÍTICA

O ano de 2021 apresentou uma das piores taxas de invasão do garimpo nas terras indígenas dos povos Yanomami. A presença do garimpo nessas comunidades causa preocupantes desequilíbrios ambientais – já analisados no tópico precedente – além de sistemáticas violações de direitos humanos, por meio da violação das mulheres, da proliferação de doenças infectocontagiosas, da violência perpetrada contra os indígenas etc. (Hutukara Associação Yanomam, 2021, p. 9).

O garimpo ilegal de minérios, no Brasil, é um movimento de longa data. No entanto, sua escala e intensidade cresceram de forma alarmante nos últimos cinco anos. Segundo estatísticas, entre os anos de 2016 a 2020 houve um aumento de 3350% de garimpo ilegal nas terras indígenas Yanomami:

Imagem 1 - Área destruída pelo garimpo (2018 a 2021).



Fonte: Hutukara Associação Yanomami, 2021, p. 9.

A Hutukara Associação Yanomami (2021) iniciou suas atividades de monitoramento do território Yanomami no ano de 2018. Naquele período, houve a constatação de que o garimpo ilegal havia destruído em torno de 1.200 hectares concentrados nas calhas do rio Uraricoera e no rio Mucajá. Desde então, a exploração ilegal dessas áreas aumentou significativamente. Em 2021, por exemplo, a área destruída em decorrência do garimpo ilegal atingiu o montante de 3.272 hectares.

Conforme se pode observar no gráfico referenciado (Figura 1), a partir do ano 2020, o índice de área destruída do território Yanomami aumentou significativamente. Vários são os fatores que contribuíram para esse resultado. Entre esses fatores, pode-se destacar:

- 1) O aumento do preço do ouro no mercado internacional; 2) Falta de transparência na cadeia produtiva do ouro e falhas regulatórias que permitem fraudes na declaração de origem do metal extraído ilegalmente; 3) Fragilização das políticas ambientais e de proteção a direitos dos povos indígenas e, conseqüentemente, da fiscalização regular e coordenada da atividade ilícita em Terras Indígenas; 4) Agravamento da crise econômica e do desemprego no país, produzindo uma massa de mão de obra barata à ser explorada em condições de alta precariedade e periculosidade; 5) Inovações técnicas e organizacionais que permitem as estruturas do garimpo ilegal se comunicar e se locomoverem com muito mais

agilidade; e 6) A política do atual governo de incentivo e apoio à atividade apesar do seu caráter ilegal, produzindo assim a expectativa de regularização da prática (Hutukara Associação Yanomami, 2021, p. 9).

O garimpo ilegal se configura como um tipo penal ambiental que está previsto na Lei nº 9.605/98 e que também pode se desdobrar “no crime de usurpação mineral, em que são extraídos bens pertencentes à União (minérios) sem a devida permissão. Assim, é possível afirmar que o garimpo ilegal apresenta diversos reflexos no cotidiano, entre eles os danos ambientais” (Ribeiro; Iasbik, 2019, n. p.).

Existe uma tentativa de “apagamento da presença indígena ao longo da história do Brasil”, e por meio dessa violência simbólica, a qual almeja os recursos minerais presentes em território indígena, esse povo é silenciado e ignorado pelo Estado (Santos; Mattioni; Falcão, 2021, p. 109). Para Rodrigues (1996), a mineração enquanto fenômeno social, que busca o aumento do capital na “corrida pelo ouro”, representa parte desse conflito social, ou seja, capitalismo vs dano ambiental. Logo, pensa-se em políticas públicas com uma roupagem que possibilita a exploração ambiental, mesmo que para isso haja impactos nas sociedades indígenas.

O enfraquecimento das políticas ambientais⁸, ou a simples falta de fiscalização na legislação ambiental, fez com que o garimpo ilegal se tornasse uma fórmula eficaz para o aumento do capital econômico. Desde o início do governo Bolsonaro, em 2018, não houve interesse político com as questões ambientais e climáticas, tampouco com medidas voltadas à proteção dos povos originários. Fatores como estes sustentam a nomenclatura intitulada por especialistas ao referido governo, que ficou conhecido pelo “desmonte da agenda ambiental” (Ferreira, 2021, p. 24).

Nesta perspectiva, algumas ações governamentais tentaram desequilibrar as estruturas das organizações que prestavam apoio à esfera ambiental. A exemplo do ocorrido, houve o intuito de fundir o Ministério do Meio Ambiente ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Entretanto, em decorrência da grande repercussão social negativa que tal iniciativa gerou, o projeto precisou ser reavaliado. Outro fator que apresentou um impacto negativo à pasta do meio ambiente foi a nomeação do ministro Ricardo de Aquino Salles, que também não era bem quisto por ambientalistas. Esse posicionamento decorre do fato que o referido ministro era “alvo de ação de improbidade

⁸ Entende-se por políticas ambientais o conjunto de normas, acordos, convenções e leis, que possuem a finalidade de promover o equilíbrio entre recursos naturais e desenvolvimento econômico, de modo que as sociedades possam se desenvolver sem impactar de forma irreversível na natureza (Ferreira, 2021, p. 19).

administrativa, acusado de manipular mapas de manejo ambiental no rio Tietê” além de descumprir leis ambientais” (Ferreira, 2021, p. 24).

Após Salles assumir o Ministério do Meio Ambiente, houve a extinção da Secretaria de Mudanças do Clima e Florestas, assim como ocorreram mudanças na agenda ambiental que transferiu a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), da Secretária Nacional de Segurança Hídrica (SNSH) e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) para o Ministério de Desenvolvimento Regional (MRD). Ambos os setores pertenciam ao Ministério do Meio Ambiente e tinham como responsabilidade, a segurança híbrida do país (Greenpeace, 2019).

Segundo relatório do Greenpeace (2019) muitas mudanças negativas foram realizadas no Ministério do Meio Ambiente, o que enfraqueceu a legislação e a fiscalização ambiental. A exemplo disso:

O MMA proibiu as áreas de comunicação do Ibama e do ICMBio de divulgarem qualquer informação sem antes ouvir o MMA. A comunicação direta com jornalistas está vedada pela chamada "Lei da Mordça". Além disto, o MMA tem interferido nas competências das autarquias. Transferência da FUNAI do MJ para o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Transferência da Identificação, Delimitação, Demarcação de terras indígenas da FUNAI para a SEAF/MAPA. Transferência do Licenciamento Ambiental de TIs da FUNAI para a SEAF/MAPA. Liberação pelo MAPA, até o momento, de 121 novos agrotóxicos, inclusive parte deles classificados como produtos extremamente/altamente tóxicos (50 ao total - 41% dos produtos liberados). Criação de núcleo de conciliação com poderes para analisar, mudar o valor e até anular cada multa aplicada pelo Ibama por crimes ambientais. Esse núcleo atuaria no início do processo sancionador, antes de os servidores responsáveis pelo julgamento do Ibama se manifestarem no processo. Alteram-se as regras da conversão de multas substancialmente. Extingue-se a modalidade indireta, que abrange projetos de recuperação ambiental com grandes dimensões. Concentra-se poder decisório sobre a conversão de multas no MMA, com aplicação apenas da modalidade direta, em que o próprio autuado realiza o serviço ambiental (Greenpeace, 2019, n. p.).

De todos os atores impactados pelo enfraquecimento das políticas ambientais, os mais prejudicados são os povos originários. Os garimpeiros se apropriam ilegalmente dos territórios indígenas por intermédio do emprego de força, ameaça e coação. Muitos Yanomamis morrem nesses confrontos e, conseqüentemente, suas famílias são dominadas, suas mulheres estupradas e os homens escravizados (Hutukara Associação Yanomami, 2021, p. 31).

O garimpo ilegal em territórios indígenas danificou o meio ambiente que antes era utilizado como fonte de recursos vitais para os povos indígenas. A ausência ou enfraquecimento da legislação ambiental, nesse sentido, representa, em relação aos povos

indígenas, uma espécie de política de extermínio. Por meio dela, o Estado e suas instituições, na modalidade comissiva ou omissiva, deixa a população indígena à mercê de sua própria subsistência.

No caso específico do povo Yanomami, o governo não só enfraqueceu a legislação ambiental, o que desencadeou um aumento de garimpo ilegal no território indígena, como também ignorou as crises sanitárias e humanitárias que levaram inúmeros indígenas à morte. Em 2022, por exemplo, foram registradas 41 mortes em decorrência da desnutrição, sendo que os maiores afetados foram os idosos e as crianças (Fellet; Prazeres, 2023).

O território indígena Yanomami, por ser uma região com grandes reservas de metais preciosos, como o ouro e outros minerais, desperta grande interesse industrial, sendo que o garimpo ilegal é uma prática habitual para suprir essa necessidade de mercado. Segundo Fernanda Simões, coordenadora de nutrição do Instituto Fernando Figueira (IFF), entidade vinculada à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), a desnutrição observada entre os Yanomami tem relação direta com o avanço do garimpo:

Os yanomami vivem, basicamente, da caça e da pesca. Os garimpos causam desmatamento e destroem os cursos d'água. Dessa forma, a caça fica mais escassa porque os animais fogem e os rios ficam poluídos, especialmente pelo uso do mercúrio durante o processo de extração de ouro.

A desnutrição que a gente observa entre eles é pela escassez de alimento. Os indígenas precisam passar muito mais tempo na mata atrás da caça e ela não vem na mesma quantidade que vinha antes. Isso afeta toda a comunidade (Fellet; Prazeres, 2023, n. p.).

Importante destacar, ainda, que nos últimos quatro anos foram registradas 570 mortes de crianças no território Yanomami. A principal causa está associada com casos de desnutrição e doenças como a malária e a pneumonia (Aguiar; Vilela, 2023). É nesse aspecto que a biopolítica está presente, na forma de omissão, de invisibilidade perante o Estado, de necropolítica, portanto.

O povo Yanomami sofre uma espécie de morte simbólica⁹, pois a ausência do Estado em cuidar e proteger o povo originário, em completo desacordo com a própria

⁹ Wermuth, Rosa e Marcolla (2024, p. 191-192) conceituam “morte simbólica” como um processo de “mortificação do eu” que ocorre por meio de práticas institucionais sistemáticas, com o objetivo de despojar o indivíduo de sua autonomia, identidade pessoal e conexão com o mundo externo. Esse processo não envolve a eliminação física, mas a anulação da agência e da singularidade do indivíduo, promovendo uma espécie de “morte” psicológica ou existencial em que o sujeito é reduzido a uma condição de submissão e alienação. Esse conceito de morte simbólica se refere à perda do “eu” autônomo, transformando a identidade e a personalidade do indivíduo de forma a reforçar a tutela e o controle institucionais, limitando drasticamente sua capacidade de expressão e de vinculação com o mundo exterior. É, portanto, uma “morte” que ocorre na esfera

Constituição Federal, é responsável diuturnamente por deixá-los morrer, seja por fome, desnutrição, doenças ou por não fiscalizar garimpos ilegais e enfraquecer a legislação ambiental. Como bem afirma Ribeiro (2021, p. 42) “a história tem nos mostrado que a invisibilidade mata”, ou seja, a omissão do Estado frente às necessidades humanitárias dos povos indígenas mata.

Essa ideologia de justificar e legitimar as políticas em favor estatal de acordo da importância que cada grupo social representa ao Estado, decorre de uma prática social antiga. Agamben (2004) apresenta a reflexão “quanto à atuação moderna de controle das vidas para manutenção do poder, sobretudo daquelas que se caracterizam como possível ameaça ao poder soberano”. Desta feita, gerenciar a vida ou a morte simbólica da sociedade é forma de se manter no poder, sendo que “os instrumentos utilizados muitas vezes, decorrem de atos que, a princípio, são aceitáveis pela grande massa com serenidade e legalidade” (Wermuth; Cardin; Wolowski, p. 281-282).

Neste diapasão, “o conceito de biopolítica nomeia, de modo geral, as relações de poder que envolvem a vida biológica, indicando a indiferenciação entre a vida do homem como ser vivo e a vida política, conforme a clássica distinção aristotélica” (Souza, 2017, p. 16).

É nesse cenário que a biopolítica se caracteriza, por excelência, com uma modalidade de necropolítica. De acordo com Mbembe (2018), a necropolítica, seja na sua versão clássica ou dos neocolonialismos da atualidade, esteve na base de constituição de países periféricos nos quais as formas de soberania têm como projeto central não a luta pela autonomia, mas a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações. Para designar tais dispositivos de morte, o autor passa a fazer referência aos conceitos de necropolítica e necropoder, referindo os modos pelos quais, na contemporaneidade, se produzem “mundos de morte”, formas novas e únicas da existência social, nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o status de “mortos-vivos”.

Nesta estrutura, os indígenas Yanomami, diante do garimpo ilegal tolerado pelo Estado, sentem na pele as escolhas necropolíticas de gestão da vida, e da morte. Neste

subjetiva, onde o ser humano é despojado de suas particularidades e subjetividades, tornando-se um ser cuja existência é controlada e definida pela instituição que o tutela.

cenário, produzem-se vidas supérfluas, cujo preço é tão baixo que não equivalem a nada, nem sequer a mercadorias e, ainda menos, à dignidade humana.

A vida do povo Yanomami, não possui valor econômico estatal, correspondendo apenas ao tipo de morte que se lhe inflige. Muitas dessas vidas, inclusive, são tão invisibilizadas para as contas “oficiais”, que não é possível verdadeiramente dimensionar o enorme contingente de mortes produzidas, em território Yanomami, pelo garimpo ilegal.

O povo Yanomami não representa ao ente Estatal uma potência capital, mas suas terras sim, fator este que favoreceu o garimpo ilegal em busca de metais preciosos, mesmo que para isso a morte fosse uma consequência previsível. De acordo com Duarte (2010, p. 227), “não há contradição entre o poder de gerência e incremento da vida” – dimensão biopolítica – “e o poder de matar aos milhões para garantir as melhores condições vitais possíveis” – dimensão necropolítica.

É comum, inclusive, em governos comprometidos com o capital, que haja o enfraquecimento da legislação ambiental para que, assim, seja possível explorar com maior produtividade os recursos ambientais. A busca por esse tipo de “produto” resultou na grave crise humanitária vivenciada pelo povo Yanomami, que teve suas terras invadidas e devastadas por garimpeiros que estavam à procura de minerais valiosos (Aguilar; Vilela, 2023).

O contexto vivenciado pelos povos Yanomami, é uma consequência histórica de um racismo¹⁰ estrutural, o que legitima o Estado a exercer o direito de deixar morrer. Esse direito, na perspectiva foucaultiana (2012, p. 216), não se manifesta necessariamente por meio do assassinio direto, mas pode ser representado pela mera exposição diferencial à morte: “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição”.

Os recursos naturais possuem cada vez mais um valor econômico de mercado inestimável. Por este motivo, as florestas nativas são destruídas em busca de madeiras, animais silvestres são mortos ou capturados para serem vendidos no mercado clandestino, plantas nativas são extraídas pelas indústrias farmacêuticas e o garimpo ilegal destrói as nascentes, o clima e produz grande impacto ambiental, caracterizando, assim, uma espécie de necroambientalismo, no qual “faz-se morrer” (Mbembe, 2018) em prol do capital financeiro.

¹⁰ Nas palavras de Foucault (2012, p. 52-53), o racismo de Estado é exercido pela sociedade sobre ela mesma, ou seja, “sobre seus próprios elementos, sobre os seus próprios produtos”.

Nessa perspectiva, compreende-se por necroambientalismo um ato de “fazer ou deixar morrer”¹¹ os atores ambientais em prol, unicamente, do aumento e investimento do capital econômico. É justamente dentro desse sistema que os povos Yanomami se encontram, lutam contra o capitalismo ambiental, pela sua própria sobrevivência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva da tradição e cultura Yanomami, o meio ambiente se faz presente como modalidade essencial de sobrevivência. A pesca, a caça, a agricultura familiar e os recursos naturais fazem parte não somente da identidade cultural, mas também, mantêm a ancestralidade e as condições existenciais de seu povo.

A cultura Yanomami se desenvolveu simultaneamente com o próprio contexto biológico amazônico, caracterizado pela própria tradição cultural da espécie. As condições climáticas tornam-se essenciais para que os territórios indígenas possam sobreviver em contato pleno com seu *habitat*.

Entretanto, o consumismo desenfreado alinhado com o capitalismo selvagem, representam um grande inimigo ao povo Yanomami. Deste modo, o garimpo ilegal alimenta um mercado luxuoso com minérios preciosos, unicamente, com fins de capital econômico. Para alcançar tais produtos, os garimpeiros destroem as nascentes, a biodiversidade, as matas, que consequentemente alteram o clima e a condição de sobrevivência dos povos que residem nessas regiões.

O governo, por sua vez, que também possui interesse na exploração de minerais, também participa de forma omissiva desse processo ao não fiscalizar e ao enfraquecer normativas de proteção ao território indígena. Desta forma, a partir do momento que o ente Estatal deixou o povo Yanomami morrer, em prol do aumento do capital econômico, ele praticou a necropolítica, ou seja, ele valorou quem são as pessoas que merecem a proteção do estado, que no caso concreto, não é a população Yanomami.

¹¹ No contexto dos crimes contra os povos indígenas devido ao garimpo ilegal, a diferença entre deixar morrer (Foucault, 2022) e fazer morrer (Mbembe, 2018) torna-se evidente: enquanto uma abordagem foucaultiana poderia ver a omissão do Estado como um “deixar morrer” através da falta de proteção e descaso, a necropolítica de Mbembe permite enxergar essa situação como um “fazer morrer” intencional, no qual a vulnerabilidade, o sofrimento e o extermínio das comunidades indígenas tornam-se ferramentas deliberadas de dominação e exploração econômica.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGUIAR, Ana Graziela. VILELA, Pedro Rafael. **Crise humanitária: mais uma criança yanomami morre em Roraima**. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-02/crise-humanitaria-mais-uma-crianca-yanomami-morre-em-roraima>. Acesso em: 26 fev. 2023.

ALBERT, Bruce. KOPENAWA, Davi. **A terra-floresta Yanomami**. São Paulo: Instituto Socioambiental/IRD, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9605&ano=1998&ato=dd5kXRE1EeNpWTdda>. Acesso em: 15 mar. 2023.

DUARTE, André. **Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault**. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2010.

DUSSEL, Enrique. **O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993.

FACHINI, Elaine Cristina Sotelo; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e Biopoder como forma de Intervenção na Ordem Econômica e de Controle Social: a lei geral de proteção de dados como inibitória da manipulação social. **Revista Direito UFMS**, v. 5, n. 2, p. 226-246, 2019. Disponível em: <https://trilhasdahistoria.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9153>. Acesso em: 04 fev. 2023.

FELLET, João; PRAZERES, Leandro. **Sob Bolsonaro, mortes de Yanomami por desnutrição cresceram 331%**. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cw011x9rpldo>. Acesso em: 26 fev. 2023.

FERREIRA, Gabriela Felipe. **Políticas ambientais em chamus: uma análise sobre as políticas ambientais no governo Bolsonaro e suas consequências para o Brasil e suas Relações Internacionais.** 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/24702/1/TCC%20-%20Gabriela%20Ferreira%20-%20Rela%cc3%a7%cc3%b5es%20Internacionais.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2023.

FERREIRA, Helder Perri. **Dicionário de verbos Português-Yanomama.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber.** Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica:** curso dado no collège de France. 2 ed. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

FUNAI. Fundação nacional dos povos indígenas. **Nota oficial da Funai sobre o deslocamento à terra indígena Yanomami dos senadores da comissão temporária externa do Senado Federal.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/nota-oficial-da-funai-sobre-o-deslocamento-a-terra-indigena-yanomami-dos-senadores-da-comissao-temporaria-externa-do-senado-federal>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FUNAI. Fundação nacional dos povos indígenas. **Último censo do IBGE registrou quase 900 mil indígenas no país:** dados serão atualizados em 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2022-02/ultimo-censo-do-ibge-registrou-quase-900-mil-indigenas-no-pais-dados-serao-atualizados-em-2022>. Acesso em: 17 mar. 2023.

GREENPEACE. **Ações efetivadas e promessas nos primeiros 100 dias do Governo Bolsonaro.** 2019. Disponível em: <https://www.greenpeace.org.br/hubfs/atos-medidasbolsonaro-100dias.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2023.

GREENPEACE. **Estrada ilegal ameaça povo isolado na terra indígena Yanomami.** 2022. Disponível em: https://www.greenpeace.org/brasil/blog/estrada-ilegal-ameaca-povo-isolado-na-terra-indigena-yanomami/?appeal=21057&utm_source=google&utm_medium=paid&utm_campaign=flor%20estas&utm_content=aq_20230206_grants&utm_term=crian%C3%A7as%20yanomami&utm_campaign=&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=7235609613&hsa_campaign=19664562138&hsa_grp=142863627341&hsa_ad=647895344786&hsa_src=g&hsa_tgt=kwd-1957598518270&hsa_kw=crian%C3%A7as%20yanomami&hsa_mt=b&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gclid=Cj0KCQjw2cWgBhDYARIsALggUhpBiev_8S6wAlxPQvOt6YqIuElhJcDy44YYu5SbQ1rWg4gZhWfPLiYaAlLpEALw_wcB. Acesso em: 15 mar. 2023.

HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAM. **Yanomami sob ataque:** garimpo ilegal na terra indígena yanomami e propostas para combatê-lo. 2021. Disponível em:

<https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/yanomami-sob-ataque-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami-e-propostas-para>. Acesso em: 25 fev. 2023.

KERN, Maria Lúcia Bastos. O construtivismo de Joaquín Torres García e suas projeções estéticas para a América Latina. **Brazilian Journal of Latin American Studies**, v. 12, n. 23, p. 86-96, 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 edições, 2018.

NOBRE, Carlos. **Vulnerabilidade, impactos e adaptação à mudança do clima**. Mudanças climáticas. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3SvyKsB>. Acesso em: 13 mar. 2023.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**: feminismos plurais. São Paulo: Jandaíra, 2021.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; IASBIK, Thaís Aldred. O garimpo ilegal e sua (in) significância no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 20, n. 1, p. 165-184, 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/596>. Acesso em: 16 mar. 2023.

RODRIGUES, Francilene dos Santos. Garimpando a sociedade roraimense: uma análise da conjuntura sócio-política. **Núcleo de altos estudos da Amazônia**. Belém: Universidade Federal do Pará, 1996.

SANTOS, Eder Rodrigues; MATTIONI, José Victor Dornelles; FALCÃO, Márcia Teixeira. Extração Mineral e Conflitos: Ensaio Geo-Histórico do Garimpo Ilegal nas Terras Indígenas no Extremo Norte Brasileiro. **Geographia Opportuno Tempore**, v. 7, n. 1, p. 104-119, 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza; ARAUJO, Sara; BAUMGARTEN, Maíra. **As Epistemologias do Sul num mundo fora do mapa**. Sociologias, Porto Alegre, v. 18, n. 43, p. 14-23, 2016.

SILVA, Tomaz Tadeu da; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SOUZA, Danigui Renigui Martins de. **A biopolítica em Giorgio Agamben**: estado de exceção, poder soberano, vida nua e campo. Dissertação de Mestrado. UFRN, 2017.

URIHIPÊ, Kami Yamaki. **Povos indígenas Brasil**: Yanomami. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Yanomami>. Acesso em: 16 mar. 2023.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CARDIN, Valéria Silva Galdino; WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. Biopolítica e novas tecnologias: direitos humanos sob ameaça? **Rei-revista estudos institucionais**, v. 7, n. 1, p. 276-296, 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ROSA, Milena Cereser da; MARCOLLA, Fernanda Analú. A interseccionalidade entre solidão, morte simbólica e as instituições totais: a redução do outro à totalidade em oposição a metafísica da ética da alteridade. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [S. l.], v. 16, n. 1, 2024. DOI: 10.21680/1982-310X.2023v16n1ID36002. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/36002>. Acesso em: 13 nov. 2024.

AS *FINTECHS* ENQUANTO INSTRUMENTO DE FOMENTO AO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO: SEGURANÇA JURÍDICA E DESBUROCRATIZAÇÃO

FINTECHS AS A TOOL FOR PROMOTING BRAZILIAN AGRIBUSINESS: LEGAL CERTAINTY AND REDUCING BUREAUCRACY

Raul Lemos Maia¹
Victor Hugo Gonçalves Gimenez²
Edilson Vitorelli³

Resumo:

Diante da relevância econômica e social do agronegócio brasileiro e as dificuldades enfrentadas pelo setor, principalmente no tocante à aquisição de crédito, o presente artigo objetiva analisar a implicação jurídica das regulamentações burocráticas do ordenamento pátrio e relacionar o modelo das *Fintechs* à viabilização de segurança jurídica e desburocratização, utilizando-se de plataformas digitais e análises de dados avançadas na busca pela democratização do acesso ao crédito. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, baseando-se em uma pesquisa bibliográfica de cunho descritivo, informando-se a natureza das *Fintechs* e como se revela como uma abertura ao financiamento do agronegócio. Conclui-se, nesses termos, a viabilidade das *Fintechs* ao fomento do crédito às atividades agrícolas por apresentarem instrumentos de inovação e segurança jurídica.

Palavras-chave:

Agronegócio. Empresa. Fomento ao Crédito. Regulamentação. Segurança jurídica.

Abstract:

Facing the economic and social importance of Brazilian agribusiness and the difficulties faced by the sector, especially in terms of acquiring credit, this article aims to analyze the legal implications of bureaucratic regulations in the country's legal system and relate the Fintech model to enabling legal certainty and reducing bureaucracy, using digital platforms and advanced data analysis in the quest to democratize access to credit. To this end, the deductive method is used, based on a descriptive bibliographical survey, informing the nature of Fintechs and how they reveal themselves as an opening to agribusiness financing. The conclusion is that fintechs are viable for promoting credit for agricultural activities because they offer innovative instruments and legal certainty.

Keywords:

Agribusiness. Companies. Credit promotion. Regulation. Legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

O agronegócio brasileiro é uma das principais engrenagens que movem a economia do país. Com vastos territórios agricultáveis e clima favorável, o Brasil se consolidou como um dos maiores produtores e exportadores agrícolas do mundo. Em 2020, o agronegócio representou cerca de 21% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, demonstrando sua relevância na composição da economia nacional.

¹ Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, bolsista CAPES. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de São Vicente (2022).

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF).

³ Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law (Luxembourg). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Historicamente, o financiamento rural brasileiro tem sido caracterizado pela forte presença do setor público. O governo federal, por meio de instituições como o Banco do Brasil, tem desempenhado um papel central no fornecimento de crédito ao setor. Atrelado a isso, o Plano Safra, programa governamental criado com o objetivo de planejar e fornecer recursos para o financiamento da safra agrícola, é uma das principais ferramentas de apoio ao produtor rural, disponibilizando mais de R\$ 364 bilhões em créditos para o setor, com foco em pequenos, médios e grandes produtores.

Entretanto, apesar da robustez do apoio estatal, há desafios inerentes ao modelo tradicional de financiamento. Limitações de recursos, burocracia na obtenção de créditos e juros nem sempre atrativos são algumas das dificuldades enfrentadas pelos produtores. Ademais, a concentração do crédito em grandes produtores, em detrimento dos pequenos agricultores, tem sido objeto de críticas e debates. Nesse contexto, a necessidade de diversificação das fontes de financiamento torna-se evidente. O mercado busca alternativas mais ágeis, flexíveis e adaptadas às diversas realidades do produtor brasileiro. É nesse cenário que emergem novos modelos de financiamento, protagonizados por agentes privados e, mais recentemente, pelas *fintechs*, que prometem revolucionar a forma como o agronegócio é financiado no Brasil.

Este panorama atual do financiamento do agronegócio evidencia a relevância de estudar e compreender as mudanças em curso, bem como as implicações jurídicas que delas decorrem. A integração entre o tradicional e o inovador, entre o público e o privado, e entre o rural e o tecnológico, traz consigo desafios e oportunidades que merecem atenção e reflexão profunda.

Os desafios do financiamento agrícola, agravados pela burocracia e pelas limitações dos modelos tradicionais, encontram nas *fintechs* um possível alívio. Por meio de plataformas digitais, estas *startups* estão democratizando o acesso ao crédito. Ao utilizar análises de dados avançadas, bem como a implementação e regulamentação do *Open Finance*, as *fintechs* podem avaliar riscos e oferecer linhas de crédito mais ajustadas às realidades e necessidades dos agricultores, sejam eles grandes produtores ou pequenos agricultores familiares. Não somente, as *fintechs* trazem consigo a promessa de inclusão financeira. Para muitos produtores rurais, especialmente em áreas mais remotas, o acesso a serviços financeiros tradicionais é limitado ou inexistente. As soluções digitais, acessíveis por meio de *smartphones* e conexões de *internet* básicas, podem romper essa barreira, trazendo uma vasta gama de produtores para o sistema financeiro formal.

Em síntese, as *fintechs* estão posicionadas na encruzilhada entre a inovação tecnológica e as demandas financeiras do agronegócio. A fusão desses dois mundos tem o potencial de

impulsionar o setor agrário brasileiro, oferecendo soluções financeiras mais alinhadas com as necessidades do século XXI e fortalecendo a posição do Brasil como potência agrícola global.

Tendo em vista a significativa contribuição do agronegócio para a economia brasileira e a emergente influência das *fintechs* na redefinição da paisagem financeira, este artigo se propõe a analisar a intersecção desses dois domínios. O principal objetivo é compreender como as *fintechs* estão moldando o financiamento do agronegócio e quais são as implicações jurídicas decorrentes desse novo paradigma.

A conexão entre o agronegócio e as *fintechs* não é meramente financeira. Ela representa uma transformação na maneira como os produtores rurais acessam e utilizam recursos financeiros, oferecendo potenciais soluções para os desafios inerentes ao financiamento tradicional. No entanto, essa transformação também levanta questões complexas no âmbito jurídico. A ausência de uma regulamentação clara e específica para as *fintechs* no contexto agrário pode gerar incertezas e riscos para ambas as partes envolvidas: os produtores que buscam financiamento e as instituições que oferecem esses serviços.

Em resumo, este artigo busca contribuir para a literatura jurídica ao explorar as nuances do financiamento do agronegócio mediado por *fintechs*, enfatizando as implicações jurídicas e as possíveis regulamentações necessárias para garantir um equilíbrio entre inovação financeira e segurança jurídica. A pesquisa proposta visa não apenas elucidar os desafios e oportunidades presentes nessa intersecção, mas também fornecer premissas valiosas para legisladores, reguladores, produtores rurais e empresas de *fintech*, auxiliando na construção de um ambiente de financiamento agrícola mais robusto e resiliente para o futuro.

Partindo da hipótese de que há uma intersecção entre as *fintechs* e o agronegócio e que esse novo modelo de financiamento ao agronegócio brasileiro oferece soluções mais ágeis, flexíveis e adaptadas às diversas realidades dos produtores, atuando, quando necessário, em questões e demandas pontuais do setor e, assim, suprimindo a lacuna estatal e das instituições tradicionais, levantam-se complexas relacionadas à falta de regulamentação específica para esse novo contexto de financiamento.

Assim, o estudo busca responder à questão “em que medida as *fintechs* estão transformando o financiamento do agronegócio brasileiro e quais são as implicações jurídicas desse novo paradigma? O Estado, enquanto ente burocrático, deve intervir e regular essa nova modalidade de acesso ao crédito ou mercado possui os elementos necessários para se autorregular?”.

Nessa linha, como objetivo geral, o estudo analisará como as *fintechs* estão moldando o financiamento do agronegócio e investigará as implicações jurídicas decorrentes desse novo

modelo, valendo-se dos modelos de financiamentos já testados pelo mercado e, sem surpresa, já regulados pelo Estado, com foco em oferecer subsídios para a construção de um ambiente regulatório mais adequado, seja com a promulgação de lei nova, portaria ou resolução, seja na simplificação e revogação de normas obsoletas.

Como objetivo específico, buscar-se-á (i) conceituar o papel das *fintechs* no contexto do financiamento do agronegócio; (ii) localizar as implicações jurídicas dessa relação no ordenamento jurídico brasileiro; (iii) identificar os desafios e oportunidades presentes na intersecção entre *fintechs* e agronegócio.

Dessa feita, para a elaboração deste artigo, adotar-se-á uma metodologia que se alinhe ao propósito de analisar profundamente a intersecção entre as *fintechs* e o financiamento do agronegócio, bem como suas implicações jurídicas. O método dedutivo será empregado, partindo de premissas gerais e conceitos já estabelecidos sobre o agronegócio e *fintechs* para chegar a conclusões específicas e detalhadas acerca do tema. A abordagem será qualitativa, concentrando-se na compreensão das características e particularidades das relações entre *fintechs* e agronegócio, em vez de quantificar dados. Essa escolha permite uma análise mais aprofundada e interpretativa dos fenômenos estudados.

Nessa perspectiva, o estudo será descritivo, visando detalhar e explicar as características do financiamento do agronegócio via *fintechs* e suas implicações no contexto jurídico. A pesquisa será essencialmente bibliográfica e documental, baseada em uma revisão extensa de literatura acadêmica, artigos, livros, e documentos oficiais, bem como outros materiais que tratem do tema. Por fim, é importante destacar que a pesquisa tem natureza aplicada. Isso significa que, além de contribuir para o avanço do conhecimento teórico, o artigo busca oferecer subsídios práticos para a atuação de profissionais, reguladores e demais *stakeholders* envolvidos nesse contexto em constante evolução.

2 BREVE HISTÓRICO DO FINANCIAMENTO RURAL NO BRASIL

A agricultura sempre ocupou papel de destaque na economia brasileira. Desde os primórdios da colonização, passando pela fase do café e chegando ao atual *status* de grande *player* global no agronegócio, o Brasil vivenciou diversas transformações no financiamento agrícola. Entender esse histórico é crucial para compreender as limitações e desafios do modelo atual e vislumbrar as oportunidades futuras.

No princípio do Brasil como nação, o modelo econômico agrícola nacional era essencialmente extrativista, e com a modernização urbano-industrial, o campo passou a

fornecer recursos para a industrialização. No entanto, foi somente em 1931, no governo de Getúlio Vargas, que surgiu o primeiro mecanismo oficial de financiamento rural no Brasil, mediante a Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI) do Banco do Brasil e o Departamento do Café (Reis, 2021).

O regulamento inicial da CREAI, ratificado pelo Ministro da Fazenda em 02 de outubro de 1937 e divulgado no Diário Oficial da União em 27 de novembro de 1937, estabeleceu as bases para o início das operações da carteira de crédito. Organizado em cinco seções principais, o regulamento detalha a finalidade, as operações, os contratos e garantias, os recursos e a gestão da Carteira (Redivo, 2018, p.74).

O artigo inicial deste regulamento destaca de maneira explícita o propósito da CREAI em relação ao financiamento das atividades econômicas brasileiras. Conforme expresso no Artigo 1º: “A Carteira de Crédito Agrícola e Industrial, instituída com o objetivo de fomentar o incremento da riqueza nacional, prestará assistência financeira direta à agricultura, à pecuária e às indústrias” (Banco do Brasil, 1952a). O artigo subsequente define as áreas específicas que receberiam tal assistência financeira, evidenciando a abrangência e o foco da instituição em fortalecer pilares essenciais da economia nacional, veja-se:

a) aquisição de adubos, sementes, gado destinado à criação e melhora de rebanho e animais de serviço para os trabalhos rurais; b) aquisição de matérias primas; c) custeio de entressafra; d) aquisição de reprodutores e máquinas agrícolas; e) reforma ou aperfeiçoamento de maquinaria das indústrias de transformação; f) reforma, aperfeiçoamento ou aquisição de maquinaria para outras indústrias que possam ser consideradas genuinamente nacionais, pela utilização de matérias primas do país e aproveitamento de recursos naturais, ou que interessem à defesa nacional. Parágrafo único – não são permitidos empréstimos para a aquisição de imóveis ou a instalação inicial de aparelhagem industrial (Banco do Brasil, 1952a).

Arnaldo Rizzardo destaca que a Lei nº 454 de 21 de julho de 1937, foi a gênese de uma regulamentação para a concessão de crédito ao agronegócio:

A regulamentação do crédito rural iniciou com a Lei 454/1937, que autorizou o Tesouro Nacional a subscrever novas ações do Banco do Brasil, e a emitir bônus para financiamento da agricultura, da criação pecuária e de indústrias ligadas ao setor, ou seja, permitiu ao Poder Executivo conceder ao Banco do Brasil licença para operar no financiamento da agricultura, da industrialização de produtos agrícolas, da pecuária, da compra de insumos, e em outros setores da produção rural (Rizzardo, 2015, p.518)

Todavia, na década subsequente, a intervenção estatal no setor rural foi escassa, culminando em uma retração de 15% da atividade agrícola na renda interna entre 1948 e 1970 (Reis, 2021, p.3-4).

O panorama começou a mudar em 1965 com a instituição da Lei 4.829/65, que criou o Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR). Este sistema visava, entre outros objetivos, estimular o investimento em armazenagem, industrialização, custeio e comercialização de produtos agropecuários, fortalecer pequenos e médios produtores e incentivar a modernização da agricultura. Por meio do SNCR, a agricultura brasileira experimentou uma modernização sem precedentes nas décadas de 1960 e 1970, com subsídios significativos ao setor (Reis, *op. cit.*).

Entretanto, os recursos do SNCR, em grande parte provenientes de bancos estatais, enfrentaram desafios. Em 1975, empréstimos oficiais chegaram a representar 74% do produto interno da agricultura. Em 1976, esse número saltou para 90%. Ainda que benéficos a curto prazo, os subsídios pesados e a dependência do financiamento estatal trouxeram distorções. Grandes produtores, com maior capacidade de pagamento, foram os mais beneficiados, deixando pequenos e mini produtores em situação vulnerável.

Sob tal perspectiva, postula Marcus Reis:

Operação comum nessa época eram os empréstimos concedidos pelo Banco do Brasil a grandes produtores que, em vez de aplicar o dinheiro recebido no financiamento da produção, o reaplicavam no próprio Banco, percebendo rendimentos muito superiores àqueles previstos nos próprios contratos de empréstimo.

O programa previa taxa de juros de 15% a.a., sem correção monetária, contra 50% cobrados pelo mercado financeiro privado, que era obrigado a se posicionar defensivamente na tentativa de se proteger da desvalorização monetária provocada pela galopante inflação da época, o que também justificava a especulação financeira ora praticada internamente junto ao Banco do Brasil.

Em razão disso, o uso do crédito subsidiado cresceu vertiginosamente na década de 1970, e, com o aumento da inflação, verificou-se que essa taxa de juros real (15%) restava negativa.

[...]

Como os grandes e médios produtores detinham maior capacidade de pagamento, foram esses os maiores beneficiados pelo programa, descaracterizando um dos seus objetivos propostos, o de atendimento aos pequenos e mini produtores rurais.

[...]

Com isso, os recursos repassados ao setor experimentaram drástica redução.

Com o sucateamento do SNCR, o mercado partiu em busca de soluções alternativas de financiamento, passando a lançar mão de recursos próprios (Reis, 2021, p. 05).

A década de 1980 trouxe desafios adicionais, principalmente com a aceleração inflacionária e a crise fiscal, levando a uma retração dos subsídios. O mercado, então, buscou soluções alternativas de financiamento.

Em 1994, o Banco do Brasil introduziu a Cédula de Produto Rural (CPR), e uma década depois, a Lei 11.076/04 instituiu títulos como o Certificado de Depósito Agropecuário (CDA) e o *Warrant* Agropecuário (WA), que se tornaram instrumentos valiosos para os produtores (Reis, 2021, p.6).

Diante desse panorama, é nítido que a história do financiamento agrícola no Brasil é marcada por desafios, inovações e adaptações. Os bancos e instituições financeiras tradicionais desempenharam papel fundamental nessa trajetória, mas também evidenciaram as limitações do modelo centrado no financiamento estatal. Ao observar o cenário contemporâneo, nota-se a emergência de novos atores no financiamento do agronegócio: as *fintechs*. Estas *startups* financeiras prometem revolucionar o modo como o setor agrícola é financiado.

3 O PAPEL DAS *FINTECHS* NO FINANCIAMENTO DO AGRONEGÓCIO

As *fintechs* têm emergido como agentes revolucionários no cenário financeiro global, e sua influência no financiamento do agronegócio não é exceção. Em um setor tradicionalmente atendido por instituições financeiras convencionais, as *fintechs* introduziram mecanismos de financiamento inovadores, adaptados às especificidades e volatilidades do campo.

Conectando o financeiro e o digital, oferecem soluções ágeis, menos burocráticas e, muitas vezes, com taxas mais competitivas em comparação aos bancos tradicionais. No entanto, é essencial analisar os mecanismos específicos oferecidos no contexto agrário, bem como ponderar os benefícios e desafios que essa modalidade de financiamento apresenta para o agronegócio.

A esse respeito, Caroline Roque e Faria, Carlos Eduardo da Silva Faria e Brunno Roque de Faria, definem *fintech* como:

[...] segmento das startups que criam inovações na área de serviços financeiros, com processos baseados em tecnologia. Normalmente, estas startups criam novos modelos de negócio, em áreas como conta corrente, cartão de crédito e débito, empréstimos pessoais e corporativos, pagamentos, investimentos e seguros (Faria et al, 2019, p.233-243).

Os autores complementam que as *fintechs* prometem revolucionar o sistema financeiro, melhorando os serviços oferecidos e reduzindo custos da operação:

A *fintech* é reconhecida como uma das inovações mais importantes da indústria financeira e está evoluindo rapidamente, impulsionada em parte pela economia compartilhada, regulamentação favorável e tecnologia da informação. Essas *startups* prometem remodelar a indústria financeira cortando custos, melhorando a qualidade de serviços financeiros, criando assim um cenário financeiro mais diversificado e estável (The Fintech, 2015).

Do ponto de vista classificatório, as *fintechs* no Brasil se diversificam em múltiplas categorias, abrangendo áreas como crédito, pagamento, gestão financeira, investimento, seguro, entre outras (Valor Econômico, 2022).

Tal diversidade, por si só, evidencia a ampla gama de soluções que estas empresas são capazes de fornecer, atendendo a nichos específicos e demandas anteriormente negligenciadas pelo sistema financeiro tradicional. No entanto, a atuação dessas *startups* financeiras não ocorre em um vácuo normativo. Ao contrário, o Brasil estabeleceu marcos regulatórios para garantir a segurança dos usuários e a estabilidade do sistema financeiro.

De acordo com as resoluções 4.656 e 4.657 do Conselho Monetário Nacional (CMN) de abril de 2018, determinados tipos de *fintechs*, especificamente as Sociedades de Crédito Direto (SCD)⁴ e as Sociedades de Empréstimo entre Pessoas (SEP)⁵, necessitam de autorização do Banco Central do Brasil (BACEN) para operar. Tal medida não apenas legitima suas operações, mas também assegura padrões de conduta e operação (Banco Central, 2020).

Outrossim, a Lei 12.865 de 2013, art. 6º, incisos, parágrafos e alíneas, introduziu o regime jurídico das Instituições de Pagamento (IP), uma categoria à qual muitas *fintechs* se enquadram, como exemplo da Nubank, até meados de 2018, e Pic Pay. Estas IPs podem oferecer contas de pagamento que se assemelham às contas correntes, mas, em contraste com os bancos, não têm autorização para captar depósitos dos clientes para *funding* ou oferecer empréstimos de maneira direta.

De todo modo, os benefícios das *fintechs* são inegáveis. Sua estrutura enxuta, desprovida de agências físicas e outros encargos tradicionais, permite-lhes reduzir custos operacionais. Isso se traduz em vantagens tangíveis para os clientes, como a ausência de taxas e a oferta de produtos financeiros inovadores. Ou seja, na busca por desburocratizar o modelo tradicional, este modelo de negócio, orientado pela eficiência e pela inovação, tem potencial para revolucionar o acesso e a oferta de serviços financeiros, principalmente em áreas cujo sistema bancário tradicional é limitado.

Sendo o principal exemplo, o setor do agronegócio brasileiro tem testemunhado uma revolução silenciosa, mas impactante, na forma como o crédito é concedido. Estas entidades,

⁴ O modelo de negócio da SCD caracteriza-se pela realização de operações de crédito, por meio de plataforma eletrônica, com recursos próprios. Ou seja, esse tipo de instituição não pode fazer captação de recursos do Poder Público.

⁵ Neste caso, a *fintech* atua apenas como intermediária dos contratos realizados entre os credores e os tomadores de crédito. Os recursos são de terceiros que apenas utilizam a infraestrutura proporcionada pela SEP para conectar credor e tomador.

com sua capacidade de inovação e flexibilidade, estão reconfigurando o cenário de financiamento rural, oferecendo soluções mais alinhadas às demandas dos produtores rurais.

Todavia, apesar da entrada de novos meios de custeio da atividade agrária, dados recentes da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA, 2022) lançam luz sobre um desafio persistente: cerca de 38% dos produtores rurais ainda enfrentam obstáculos significativos no acesso ao crédito. Dos 4.336 produtores entrevistados pela CNA, apenas 26,6% contrataram crédito rural em 2020. O relatório também aponta para a questão do acesso ao crédito pelos produtores, destacando que, quanto menor a faixa de renda, maiores são os entraves enfrentados na contratação do financiamento.

Esta estatística alarmante é um reflexo das inúmeras barreiras, sejam elas burocráticas, geográficas ou informacionais, que os produtores enfrentam ao tentar acessar financiamentos por meios tradicionais.

As *fintechs*, por outro lado, sem as barreiras geográficas impostas por agências físicas, com uma abordagem centrada no cliente e uso intensivo de tecnologia, estão preenchendo esse vácuo, democratizando o acesso ao financiamento rural e proporcionando ao pequeno e médio produtor meios de custear a produção e investir em novos maquinários.

Uma das maiores inovações trazidas por estas *startups* financeiras é a capacidade de oferecer plataformas digitais ágeis e amigáveis, projetadas para simplificar e acelerar o processo de solicitação de crédito, eliminando as barreiras tradicionais, como a necessidade de extensa documentação e visitas presenciais às agências bancárias. A título exemplificativo, a *agritech* TerraMagna, uma das maiores *fintechs* do agro da América Latina, com taxas de juros mais atrativas e agilidade no processo de liberação de crédito, tem atraído cada vez mais a atenção do campo.

Sob essa perspectiva, considerando o formato de operação das *fintechs*, Faria *et al.* ressalta que as *fintechs* por “não terem as despesas tradicionais do negócio, poderão oferecer juros ainda menores que suas congêneres e, porventura, praticar serviços à taxa zero como os bancos digitais” (2019, p. 233-243).

Ao digitalizar e otimizar processos, as *fintechs* estão reduzindo significativamente o tempo e o esforço necessários para obtenção do financiamento. Com uma estrutura enxuta e sem os gastos de uma instituição financeira tradicional, ofertam soluções de baixo custo e juros mais atrativos que os financiadores convencionais.

Caroline Roque e Faria *et al.* destaca:

ofertando serviços financeiros a um custo baixo em termos de taxas e tarifas, por possuírem uma infraestrutura enxuta e na nuvem, não precisando de agências físicas, de um exército de funcionários, carros forte, portas giratórias e guardas armados, o que faz com que não tenham um grande custo de capital que os seus concorrentes do setor financeiro tradicional precisam remunerar (Faria et al, 2019, p.233-243).

A tecnologia também desempenha um papel crucial na maneira como as *fintechs* avaliam e gerenciam riscos. Através da integração de inteligência artificial, *machine learning* e análise de *big data*, estas empresas são capazes de processar uma vasta quantidade de informações em tempo real.

Segundo relatório da Federação Brasileira de Bancos, impulsionados pelo *open finance* intensificou os investimentos em tecnologia, direcionando um orçamento superior a R\$ 35 bilhões para modernização de sistemas e melhorando da experiência do usuário, destacando-se no estudo que:

A indústria bancária é um dos setores que mais investe em tecnologia, tanto no Brasil quanto no mundo. Em levantamento realizado pela Gartner, o setor bancário fica apenas atrás dos governos na composição dos dispêndios em tecnologia em 2021.

[...]

O Open Finance é um dos impulsionadores do crescimento dos orçamentos dos bancos para tecnologia em 2021, na medida em que demanda aportes relevantes em cloud, inteligência artificial e segurança cibernética para responder à quantidade de dados compartilhados entre os participantes do sistema e apoiar as instituições financeiras na geração de valor aos clientes (Febraban, 2022).

A utilização de tecnologias avançadas de validação de transações, como o *blockchain*, abrirá oportunidades para a integração de *Application Programming Interfaces* (APIs) abertas, expandindo assim as possibilidades de atuação das *fintechs* no fornecimento de serviços financeiros e bancários.

Bellini Balduino Fonseca salienta a mudança premente da estrutura tradicional do sistema bancário nacional, diz o autor:

O sistema *open banking* mudará a estrutura tradicional de verticalização de serviços e produtos tradicionais, fazendo com que o ecossistema do mundo financeiro seja “mais aberto”. Como consequência, promoverá a competição no mercado, hoje concentrado, levando ao aumento da eficiência e à diminuição do custo de prover serviços financeiros. Isso é uma ótima notícia para o produtor rural que precisa de crédito, pois, além de ter uma possível redução da taxa de juros, ele poderá beneficiar-se, por exemplo, do maior acesso às linhas de crédito, de menores prazos para a liberação dos recursos e da disponibilização de informações de forma mais acessível e precisa (Fonseca, 2020, p.27).

Isso permite uma avaliação de crédito mais precisa, levando em consideração variáveis específicas do agronegócio, como sazonalidade, variações climáticas e ciclos de produção.

Nesse contexto, a simplificação dos processos e a análise mais eficiente e inteligente dos dados bancários do cliente possibilitaram a concessão de crédito em tempo recorde, diminuindo o prazo em mais de 60 dias (Fonseca, 2020).

Além disso, a adoção da tecnologia *blockchain* tem proporcionado um nível sem precedentes de transparência e segurança nas transações financeiras. Ao criar um registro imutável de todas as operações, o *blockchain* garante a integridade dos dados e fortalece a confiança entre as partes envolvidas. Esta confiança é fundamental, especialmente em um setor como o agronegócio, onde os montantes envolvidos são significativos e os prazos de reembolso podem ser extensos.

Outra área em que as *fintechs* estão se destacando e revelando seu espaço é na criação de produtos financeiros personalizados. Ao contrário dos pacotes de crédito genéricos oferecidos por bancos tradicionais, muitas *fintechs* estão desenvolvendo soluções adaptadas às especificidades do agronegócio.

Nessa perspectiva, a Nagro, *fintech* mineira criada para oferecer linhas de crédito ao produtor rural, após a testagem do projeto-piloto 100% digital, concedendo crédito de até R\$ 15 mil aos produtores rurais (pessoa física), passou a ofertar duas linhas de crédito exclusivas para o produtor rural: (i) Crédito Produtor e (ii) Giro Agro, concedendo linhas de créditos de R\$ 150 mil a R\$ 750 mil (Nagro, 2023).

Em seu sítio eletrônico, a Nagro diferencia e indica a quem as linhas de crédito são destinadas:

CRÉDITO PRODUTOR: É um crédito de capital de giro para despesas pontuais da fazenda. Você não precisa dar garantias e muito menos pagar algo antecipado. Todo processo é 100% digital, sem papeladas e projeto técnico.

GIRO AGRO: Limite de até R\$ 750 mil reais com pagamento personalizado (até 2 anos) de acordo com a atividade. Ideal para custear as atividades de produção, é um crédito com garantias e sem necessidade de projeto técnico. Todo processo é 100% digital e não precisa pagar nada antecipado (Nagro, 2023).

Seja por meio de empréstimos indexados a *commodities*, financiamento baseado em recebíveis ou linhas de crédito ajustadas ao ciclo de cultivo, estas inovações estão garantindo que os produtores rurais tenham acesso a fundos que se alinham perfeitamente às suas operações. Isso, inclusive, evidencia não somente a facilidade de acesso do produtor à tecnologia, mas a proximidade e maior informação do produtor ao indexador, eis que tem maior integração com sua realidade.

Neste contexto, atentando-se as necessidades momentâneas do campo, a TerraMagna, demonstrou agilidade e eficiência ao disponibilizar uma linha de crédito de R\$ 500 milhões para as distribuidoras de insumos, garantindo, em parte, o abastecimento nacional.

Um exemplo foi o Programa Nacional de Fertilizantes TerraMagna, considerada uma das maiores fintechs do agronegócio na América Latina, que disponibilizou R\$ 500 milhões para as distribuidoras de insumos de todo o Brasil. O programa auxiliou o setor em um momento delicado em virtude da guerra no Leste Europeu, que trouxe risco de escassez de insumos, além da alta nos preços (TerraMagna, 2022).

Em um contexto mais amplo, a atuação das *fintechs* no agronegócio representa uma evolução necessária no ecossistema financeiro brasileiro. Elas estão não apenas preenchendo lacunas, mas também estabelecendo novos padrões de eficiência, transparência e personalização.

E à medida que o setor agrícola continua a crescer e evoluir, é evidente que as *fintechs* desempenharão um papel cada vez mais central na forma como o agronegócio é financiado e sustentado.

Dessa forma, é imperativo explorar ainda mais as inovações em produtos e serviços financeiros no crédito rural, compreendendo como as *fintechs* estão moldando o futuro deste setor vital.

4 AS NOVAS MODALIDADES DE FINANCIAMENTO E A EXPANSÃO DE CRÉDITO AO AGRONEGÓCIO

A legislação brasileira, especialmente a partir da Lei 11.076/2004, demonstra uma evolução significativa nos mecanismos de financiamento do agronegócio. A introdução de instrumentos como o Certificado de Depósito Agropecuário (CDA), o *Warrant* Agropecuário (WA), o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA) representou uma resposta legislativa adequada às necessidades de modernização e expansão do crédito no setor agrícola.

Como postula Arnaldo Rizzardo em seu curso de Direito Agrário, “a criação [de novas formas de financiamento] teve como objetivo incentivar e incrementar a migração de parte do capital que circula no mercado financeiro para o agronegócio” (2015, p.580).

O CDA e o WA surgiram como respostas a uma lacuna específica no ciclo de comercialização dos produtos agrícolas. Enquanto o CDA garante a propriedade de produtos

agropecuários depositados em armazéns credenciados, o WA, atrelado ao CDA, possibilita ao depositante obter financiamentos, utilizando os produtos armazenados como garantia. Essa dinâmica proporciona uma liquidez crucial para os produtores rurais, permitindo que mantenham suas operações enquanto aguardam um momento mais propício para a venda.

O CDCA, uma novidade introduzida pela mesma legislação, consiste em um título vinculado a recebíveis do agronegócio. Este instrumento permite que cooperativas, agroindústrias e outros agentes do setor emitam títulos representativos de seus créditos, proporcionando uma alternativa de financiamento que antes dependia majoritariamente de empréstimos bancários tradicionais ou de recursos governamentais.

A LCA e o CRA, por outro lado, representam inovações no campo da securitização de recebíveis do agronegócio. A LCA, um título de investimento isento de Imposto de Renda para o investidor pessoa física, oferece um atrativo rendimento atrelado à segurança dos créditos do agronegócio. Já o CRA, igualmente, é um título de renda fixa que permite às empresas do setor agrícola converterem seus recebíveis em papéis negociáveis no mercado financeiro.

Rizzardo destaca que os títulos criados pela Lei 11.076/2004 são lastreados nos “direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e terceiros” (2015, p.580).

Renato Buranello, batiza a formação desse do novo modelo de financiamento rural, marcado pela intensificação do uso de recurso privados, de “Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio”, explica o autor:

A intervenção do governo no mercado de crédito serve para induzir o sistema financeiro a emprestar aos setores da economia que, de outra forma, não receberiam crédito em volume, prazo e custo eficientes ao contexto que esse setor exige. No contexto didático e estruturante do agronegócio, já se nota um conjunto sistematizado de normas que lhe dão identidade, diferenciando-o dos demais institutos, contratos e títulos dos ramos mais tradicionais do Direito, hoje destacados. Contudo, se não temos, ainda, o pressuposto da existência de princípios jurídicos que norteiem para um novo ramo do Direito, esse plexo parcial de normas jurídicas apresenta harmonia e identidade, e a esse todo unitário denomina-se Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio, ou seja, uma comunhão de regras ordenadas no cumprimento de função de princípios econômicos norteadores e reciprocamente harmônicos (Buranello, 2011, p. 487).

Esses instrumentos, coletivamente, ampliaram o escopo e a eficiência do sistema de financiamento disponível ao agronegócio. A diversificação dos meios de financiamento, indo além dos tradicionais empréstimos bancários, proporciona aos diversos agentes do setor maior flexibilidade e capacidade de adaptação frente às flutuações do mercado e às próprias demandas de produção e comercialização.

Além do impacto direto na liquidez e no acesso a recursos financeiros, essas inovações têm relevância estratégica. A possibilidade de usar produtos armazenados como garantia de financiamentos (via CDA e WA), ou de securitizar recebíveis (por meio do CDCA, LCA e CRA), introduz uma maior sofisticação no mercado financeiro rural e um alinhamento mais estreito com as práticas de mercado global, contribuindo para a robustez e competitividade do setor agrícola brasileiro no cenário internacional.

Rizzardo, por fim, esclarece:

Por outras palavras, cada título poderá ser vinculado aos direitos creditórios que o seu respectivo emissor possua, ou seja, é uma espécie de repasse destes recebíveis aos investidores privados antes dos seus vencimentos. Este repasse proporcionará maior disponibilidade de capital aos agentes do agronegócio que poderão aumentar a oferta de financiamento e crédito nas compras a prazo dos produtores rurais e cooperativas e reduzir o custo desses recursos.

O credor de tais recebíveis está legitimado a emitir o CDCA, a LCA e o CRA e a repassar ou vender para investidores privados, com a finalidade de capitalização. Por suas características, devem ser negociados em Bolsas de Valores e de Mercadorias e Futuros ou em mercados de balcão autorizados pela CVM - Comissão de Valores Mobiliários (Rizzardo, 2015, p.580).

Portanto, a evolução dos instrumentos de financiamento do agronegócio, conforme instituída pela Lei 11.076/2004, não apenas reflete uma adaptação às necessidades contemporâneas do setor, mas também estabelece um marco no desenvolvimento de uma infraestrutura financeira mais resiliente e adaptativa, essencial para o contínuo crescimento e sustentabilidade do agronegócio no Brasil.

Individualmente, os Certificados de Depósito Agropecuário (CDA) e *Warrants* Agropecuários (WA), surgidos pela Lei 11.076 de 2004, revolucionaram o financiamento no setor agropecuário brasileiro, incrementando segurança jurídica e diversificando as fontes de crédito.

Os CDAs, que são títulos representativos de promessa de entrega de produtos agropecuários, estabelecem uma mecânica de funcionamento que facilita a liquidez e a mobilidade desses produtos no mercado. Ao se basearem em produtos efetivamente armazenados, conforme rege a Lei 9.973/2000, conferem tangibilidade e certeza ao crédito, mitigando os riscos associados à volatilidade e à inadimplência. Essa tangibilidade é ampliada pelo uso do *Warrant* Agropecuário, que adiciona uma camada extra de segurança ao investidor ou financiador, ao conferir direito de penhor sobre os produtos.

Reis esclarece, em razão do modelo adotado pelo legislador ao regular o financiamento rural, não haver possibilidade de emissão de apenas um título, ou seja, do CDA ser desvinculado

do WA, sob pena de nulidade da transação. Nos dizeres do autor “a emissão de um título sempre implicará a emissão do outro” (Reis, 2021, p. 290).

Arnaldo Rizzardo, referenciado Lutero de Paiva Pereira (2010, p.110-111), conceitua e explica o CDA e o WA, veja-se:

O CDA, que corresponde ao antigo conhecimento de depósito, representa promessa de entrega de produto agropecuário depositado em armazém, sendo emitido pelo armazenador, em favor do depositante, que poderá ser produtor, cooperativa, comerciante, indústria ou exportador.

[...]

É título de crédito, pois, que confere ao credor o direito de penhor sobre o produto descrito no CDA correspondente. O proprietário do CDA ao negociar o WA, assume dívida perante o comprador do WA e a garantia dessa dívida é o penhor da mercadoria descrita no CDA (Rizzardo, 2015, p.581).

Importante ressaltar a imunidade dos produtos constantes nos CDAs e WAs a embargos e outras restrições judiciais, assegurando a livre circulação dos bens armazenados, aumentando, assim, sua atratividade como garantia e, conseqüentemente, facilitando a obtenção de financiamento pelo setor.

A possibilidade de negociação dos CDAs e WAs em mercados de bolsa e de balcão abre um leque de opções para investidores, permitindo uma maior fluidez do capital no setor.

Sobre a possibilidade de negociação dos títulos no mercado financeiro, Reis diz:

Os CDAs e os WAs poderão ser negociados em mercados de bolsa e de balcão como ativos financeiros; por ocasião da primeira negociação do WA separado do CDA, consignará o depositário central o valor da negociação, a taxa de juros e a data de vencimento ou, ainda, o valor a ser pago no vencimento ou o indicador que será utilizado para o cálculo do valor da dívida (Reis, 2021, p. 294).

A especificação, por parte do depositário central, de informações cruciais como valor da negociação, taxa de juros, data de vencimento e metodologia de cálculo da dívida, incrementa a transparência e a previsibilidade desses instrumentos, características essenciais para atrair investimentos e fomentar um ambiente de confiança. Vê-se, pois, que as CDAs e WAs são mais do que simples mecanismos de financiamento, são instrumentos estratégicos que facilitam a gestão e circulação de capital no agronegócio.

Por sua vez, os Certificados de Direito Creditórios do Agronegócio (CDCA), a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA) são títulos nominativos e de livre negociação, cada um apresenta características distintas, porém complementares, na provisão de recursos financeiros ao agronegócio e na estruturação de um mercado de capitais mais robusto e integrado às particularidades do setor.

O CDCA, de emissão exclusiva de cooperativas agropecuárias e outras entidades ligadas à comercialização, beneficiamento e industrialização de produtos, insumos e maquinários agrícolas, destaca-se, precipuamente, por sua utilização na estruturação financeira para alongamento de prazos e melhoria de taxas em financiamentos (Reis, 2021, p. 295). Caracteriza-se, também, pela possibilidade de variação do valor nominal alinhada aos direitos creditórios vinculados e pela automatização na substituição do penhor dos direitos creditórios, incrementando segurança e flexibilidade nas operações financeiras.

Em sentido complementar, assim ensina Marcus Reis:

O CDCA confere direito de penhor sobre os direitos creditórios a eles vinculados, independentemente de convenção, penhor esse que será extinto para o caso de substituição dos direitos creditórios vinculados ao CDCA, mediante acordo entre o emitente e o titular, constituindo-se, automaticamente, novo penhor sobre os direitos creditórios dados em substituição.

[...]

O CDCA poderá conter cláusula expressa de variação do seu valor nominal, desde que seja a mesma dos direitos creditórios a ele vinculados, e poderá ser distribuído publicamente e negociado em Bolsas de Valores, de Mercadorias e Futuros e em mercados de balcão organizados, autorizados a funcionar pela Comissão de Valores Mobiliários (Reis, 2021, p.297).

Em contraste, a LCA, de emissão exclusiva por instituições financeiras, e o CRA, emitido por companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio, fortalecem a diversificação de fontes de financiamento do setor. Enquanto a LCA vincula-se a direitos creditórios com a mesma dinâmica de penhor do CDCA, o CRA, de emissão privativa de sociedades seguradoras, introduz uma estrutura mais complexa.

Previsto na Lei 11.076/2004 e regulamentado pela Lei 14.430/2022 (Seção II), o CRA envolve a securitização de direitos creditórios, detalhada em Termo de Securitização que inclui a identificação do devedor, valor nominal, vencimentos e possíveis garantias adicionais, realçando a transparência e a segurança jurídica nas transações.

O art. 22, §6º da Lei 14.430/2022, prevê o lastreamento do CRA aos direitos creditórios a serem recebidos:

Art. 22

[...]

§ 6º A companhia securitizadora poderá celebrar com investidores promessa de subscrição e integralização de Certificados de Recebíveis, de forma a receber recursos para a aquisição de direitos creditórios que servirão de lastro para a sua emissão, conforme chamadas de capital feitas de acordo com o cronograma esperado para a aquisição dos direitos creditórios.

Daí, nos dizeres de Rizzardo “o CRA terá como lastro direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e terceiros” (2015, p. 589). Já acerca da LCA o objetivo é renegociar os direitos creditórios com investidores privados para captar recursos para novos investimentos, assim postula Rizzardo:

Seu objetivo é renegociar direitos creditórios com investidores privados para captar mais recursos para novos investimentos. Os direitos creditórios deve ser os originados de negócios com produtores rurais ou cooperativas, ou seja, a LCA é lastreada em recebíveis do agronegócio (2015, p. 587).

Todos estes instrumentos podem conter cláusulas de variação do valor nominal conforme os direitos creditórios relacionados, e são negociáveis em bolsas de valores e mercados de balcão organizados, sob a supervisão da Comissão de Valores Mobiliários. Dessa forma, o CDCA, a LCA e o CRA configuram-se como elementos-chave no financiamento do agronegócio brasileiro. Sua operacionalidade, aliada às especificidades legais e de mercado, não apenas assegura uma gestão financeira eficiente, mas também contribui significativamente para o desenvolvimento financeiro sustentável do setor.

Por fim, a Nota Comercial do Agronegócio (NCA) surge como um instrumento financeiro significativo para o setor agropecuário, oferecendo soluções de curto prazo em períodos de pouco crédito disponível no mercado, como a entressafra.

Prevista no art. 2º da Instrução 422, de 20/09/2005, da Consolidada da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) as NCAs assemelham-se às debêntures, mas com vencimentos menores, são destinadas a companhias, sociedades limitadas e cooperativas envolvidas na produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos agropecuários, incluindo máquinas e implementos utilizados no setor.

Adriano Boni Souza explica:

Trata-se de um título bastante semelhante à debênture, porém com prazo de vencimento menor que 1 ano. Por meio dela, a empresa emissora (uma S.A., uma limitada ou uma cooperativa) compromete-se a efetuar um pagamento em dinheiro ao seu titular, funcionando como um útil instrumento de captação no período de entressafra (Boni Souza, 2010, p.48).

Portanto, como principal vantagem da NCA, é possível verificar sua capacidade de fornecer recursos rápidos e potencialmente mais baratos em comparação com empréstimos bancários tradicionais, além de ser o único instrumento de crédito para agricultura passível de ser negociado internacionalmente.

Arelado aos demais instrumentos de crédito, ainda, surgem as chamadas operações de *Barter*. A prática tem ganhado cada vez mais espaço no financiamento de safras no agronegócio brasileiro. Ela não se configura como uma simples troca de produtos ou escambo tradicional, mas sim como um mecanismo altamente sofisticado e estratégico de aquisição de insumos agrícolas (Reis, 2021). Sua essência envolve a obtenção de insumos para plantio por parte do produtor rural junto a entidades como agroindústrias e distribuidoras, com a peculiaridade de que o pagamento por tais insumos é feito após a safra, utilizando como moeda o próprio produto colhido (Peccini, 2022).

Esmiuçando as operações de *barter*, observa-se que este, na verdade, consiste em uma engenharia financeira. Por vezes, envolve entidades conhecidas como *offtakers*⁶, interessadas nos produtos agropecuários. Estas, buscando a segurança da transação, fixam o preço das commodities por meio de *hedge*⁷ em bolsas de mercadorias, tanto nacionais quanto internacionais. Isso ocorre com frequente suporte de instituições financeiras, que fornecem liquidez antecipada, assegurando o fluxo de caixa necessário para os produtores até a efetiva venda da safra.

Reis sintetiza *barter* como estratégia de negócio reivindicada pelos produtores rurais em razão da segurança negocial e proteção contra oscilações cambiais. Reis explica:

Em resumo, *barter* é uma estratégia comercial que visa a troca de insumos por produção, com travamento de preços das commodities negociadas. Traduz-se, atualmente, em mecanismo muito reivindicado por produtores agrícolas, em função da segurança negocial e da proteção contra oscilações cambiais ou de preço das commodities agrícolas produzidas e previamente negociadas (Reis, 2021, p.431).

Tal modalidade é especialmente atrativa aos produtores agrícolas por uma série de benefícios inerentes. Como destaque, Reis cita a segurança, liquidez, câmbio e a taxa de juros, veja-se:

- a) Segurança – proteção contra as oscilações de preço dos produtos agrícolas a serem produzidos e entregues;
- b) Liquidez – como o financiamento ocorre desde a compra dos insumos até a entrega dos grãos, o agricultor não se preocupa com o refinanciamento de capital de giro;

⁶ Tomadores. Vendedores de insumos agrícolas. Como exemplo: cooperativas, *traders*, indústrias processadoras de alimentos e agroindústrias.

⁷ *Hedge* é um instrumento que visa a proteção dos riscos oferecidos pelas oscilações do mercado financeiro. *Hedge* pode ser traduzido em português como cobertura ou segurança e tem como objetivo proteger a operação financeira das variações de preço de um ativo, reduzindo o seu risco. A prática surgiu no século XIX, como forma de fixar os preços das commodities, limitando o risco corrido pelos produtores rurais. Na época, o instrumento foi chamado de “cerca e limite” (XP Inc., 2023).

- c) Câmbio – o financiamento é feito na mesma moeda do recebimento da produção agrícola. Portanto, independentemente da oscilação do câmbio ou do preço da *commoditie* negociada durante o prazo compreendido entre o plantio e a safra, o agricultor receberá o seu lucro predeterminado;
- d) Taxa de juros – a operação é travada desde o início. Assim, mesmo que haja aumento nos juros, o agricultor não terá que pagar pela ascensão de eventual nova taxa (Reis, 2021, p. 432-433).

Em termos práticos, o *barter* possibilita que o produtor empregue sua futura produção como moeda corrente. Esta metodologia permite trocas de *commodities* por outros insumos essenciais ao agronegócio sem desembolsos financeiros imediatos. Em um cenário em que o setor agrícola nacional é marcado por incertezas, essa abordagem proporciona maior liberdade ao produtor na negociação de sua produção, otimizando seus lucros no ato da venda.

As operações de *barter*, como destacado por Reis, não são reguladas por um regime próprio, prevalecendo, então, a autonomia da vontade entre os contratantes e a liberdade para escolha/adoção do título mais vantajoso para a transação a ser realizada. Diz Reis:

Portanto, de toda a conceituação e aspectos jurídicos que envolvem operações de *barter*, conclui-se que não há um regime jurídico próprio e específico para essas operações.

A criatividade e a necessidade de cada ente envolvido no negócio podem ser exploradas livremente (Reis, 2021, p. 434).

Diante das nuances e potencialidades do sistema de *barter*, é imperativo que todas as pessoas, empresas ou instituições que tenham interesse na gestão e nos resultados do importante setor do agronegócio estejam cientes de sua funcionalidade e vantagens. Esta modalidade representa uma inovação na gestão financeira agrícola, alinhada às demandas contemporâneas do setor, promovendo sustentabilidade e prosperidade econômica aos envolvidos.

5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO FINANCIAMENTO RURAL PRIVADO VIA *FINTECHS* E AS POSSÍVEIS REGULAMENTAÇÕES NO AGRONEGÓCIO

O financiamento rural privado, por intermédio das *fintechs*, tem se apresentado como uma alternativa inovadora e eficaz para o agronegócio brasileiro, não há dúvidas quanto a isso. Esta modalidade de financiamento, que se distancia diametralmente dos tradicionais mecanismos bancários, traz consigo uma série de implicações.

Inicialmente, é preciso compreender que as *fintechs* (ou *agritechs*), enquanto empresas de tecnologia voltadas para o setor financeiro, operam sob um arcabouço regulatório distinto das instituições financeiras tradicionais. No Brasil, a Resolução nº 5.050/2022 do Conselho

Monetário Nacional (CMN), com vigência a partir do dia 1º de janeiro de 2023, estabelece a “organização e o funcionamento de sociedade de crédito direto (SCD) e de sociedade de empréstimo entre pessoas (SEP) e disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica”, incluindo as *fintechs*.

Em artigo publicado na rede mundial de computadores, o escritório de advocacia Vaz, Buranello, Shingaki e Oioli (VBSO) destacou que a Resolução 5.050/2022 do CMN é um marco para as operações de empréstimo e financiamento.

De acordo com a nova Resolução, tanto a SCD quanto a SEP são instituições financeiras aptas a operar exclusivamente por meio de plataformas digitais, ou seja, por meio de sítio na internet ou aplicativo e têm como objeto a realização de empréstimos e financiamentos, além da aquisição de direitos creditórios, no caso da SCD. A principal diferença entre as entidades reside no fato de que a SCD só poderá atuar utilizando capital próprio, enquanto a SEP poderá captar recursos das partes envolvidas na operação – agindo como intermediário – sem reter o risco de crédito, se assemelhando às operações ativas vinculadas, realizadas por instituições financeiras tradicionais.

A Resolução estabelece ainda as diretrizes para a obtenção da autorização para funcionamento como SCD ou SEP, bem como os procedimentos das operações realizadas por elas. No caso da SCD, o empréstimo ou financiamento deve ser realizado sempre por meio de plataforma eletrônica, com utilização exclusiva de recursos próprios. Já com relação à SEP o empréstimo ou financiamento se iniciará com a manifestação inequívoca de vontade das partes (potenciais credores e devedores), em seguida, ocorrerá a disponibilização, pelos credores, dos recursos objeto da transação à SEP, que por sua vez celebrará instrumento representativo do crédito com os devedores e com os credores, para então ocorrer a transferência dos recursos aos devedores. Os devedores podem ser pessoas naturais ou jurídicas, residentes e domiciliadas no Brasil, enquanto que os credores deverão se enquadrar em um rol taxativo composto por (i) pessoas naturais; (ii) instituições financeiras; (iii) fundos de investimento em direitos creditórios cujas cotas sejam destinadas a investidores qualificados; (iv) companhias securitizadoras que distribuam seus ativos a investidores qualificados; e (v) pessoas jurídicas não financeiras, exceto companhias securitizadoras que não se enquadrem na hipótese anterior (VBSO, 2022).

Esta resolução, juntamente com outras normativas do Banco Central, delineiam o campo de atuação dessas *startups* financeiras, garantindo que operem de forma segura e transparente, considerando, conforme destacado por Marcus Reis, que a procura por financiamentos realizados pela via digital crescem a cada dia.

A procura por financiamentos realizados pela via digital cresce a cada dia. De posse das informações elementares sobre a transação, em especial o valor do empréstimo, sua finalidade, o histórico creditício do tomador e a capacidade de pagamento, entre outras informações, todas buscadas através de *softwares* de inteligência artificial, as *fintechs* e *startups* fazem uma análise profunda e apresentam aos financiadores a necessidade exata do cliente, pesquisando o crédito mais adequado e personalizado a cada situação (Reis, 2021, p. 426).

Como apontado por Reis (2021, p. 426), as *fintechs* têm a capacidade de oferecer soluções personalizadas para os produtores rurais, com base em análises de dados e algoritmos avançados. Esta característica, por si só, já traz consigo implicações jurídicas relevantes no que diz respeito ao uso e tratamento de dados. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, estabelece diretrizes claras sobre a coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais. Assim, as *fintechs* que atuam no financiamento rural devem garantir a proteção dos dados fornecidos para análise de crédito, bem como o enquadramento total da sociedade às normas e disposições previstas na LGPD, sob pena de sanções administrativas e judiciais.

Outro ponto de destaque é a relação contratual estabelecida entre as *fintechs* e os produtores rurais. Diferentemente dos contratos bancários tradicionais, que muitas vezes são padronizados e pouco flexíveis – assemelhando-se aos contratos de adesão, os contratos firmados com *fintechs* tendem a ser mais adaptáveis às necessidades específicas do produtor, embora possuam cláusulas fixas e comuns. No entanto, esta flexibilidade não pode contrariar os princípios e direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor⁸ (CDC), Lei nº 8.078/1990, e pela Lei nº 10.406/2002, que institui o Código Civil, sobretudo no que diz respeito as taxas de juros. Portanto, cláusulas abusivas ou que coloquem o produtor rural em desvantagem excessiva devem ser evitadas.

Roque Antonio Mesquita de Oliveira, em pesquisa que ressalta a proteção do consumidor em contratos bancários, diz:

O que deve ser examinado desde o início da relação jurídica é a existência do equilíbrio contratual, também conhecido como princípio da equidade contratual, que observa o equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, em busca da justiça contratual. Nesse sentido, o CDC criou normas imperativas, que proíbem a inserção de qualquer cláusula abusiva, que é caracterizada como aquela que assegura vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens ou serviços, ou que seja incompatível com a boa-fé e a equidade (artigo 51, inciso IV, do CDC).

[...]

A lei passa a proteger o vínculo contratual no sentido de harmonizar a vontade das partes com os legítimos interesses e as expectativas dos consumidores.

[...]

Mesmo se a cláusula for aceita pelo consumidor, mas apresentar vantagem excessiva para o fornecedor se for abusiva ou o resultado for contrário à ordem pública, ou mesmo contrariar as novas normas de proteção do CDC, que são de ordem pública, não prevalecerá a autonomia da vontade.

[...]

Para assegurar a equidade em busca da justiça contratual, mesmo diante dos métodos unilaterais de contratação em massa, procede-se a interpretação judicial dos contratos a favor do consumidor. Nesse sentido, o artigo 47 do CDC instituiu como princípio geral a chamada interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais, fundada no princípio da boa-fé, que vem formalizado no artigo 4º, inciso III, do CDC, fazendo

⁸ Súmula 297 do STJ - "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

com que a interpretação de todo o contrato de consumo deva sempre observar as imposições da boa-fé objetiva (Oliveira, 2016, p. 195-203).

É válido apontar que o financiamento rural privado via *fintechs* contribui significativamente para o desenvolvimento sustentável do agronegócio brasileiro. A possibilidade de acesso a crédito de forma ágil e desburocratizada pode impulsionar a adoção de práticas agrícolas inovadoras, mantendo a competitividade do setor em nível internacional.

A discussão sobre a regulamentação das *fintechs* no agronegócio brasileiro, especialmente no que tange ao financiamento privado deste setor, exige uma análise cuidadosa das políticas atuais e das possíveis reformas. A política de apoio financeiro ao setor agropecuário tem sido tradicionalmente dominada por créditos e garantias de preços, com um investimento significativo em modernização tecnológica e compartilhamento de informações.

Bruno César Araújo e Denise Leyi Li defendem que a política agrícola deve ser desempenhada e implementada de forma a integrar o sistema de financiamento rural, abrangendo tanto a concessão de crédito ao setor até a securitização de títulos. Destacam que “a política de apoio financeiro ao setor agropecuário precisa ser desempenhada e implementada de forma a integrar financiamento, seguro e apoio ao progresso tecnológico, reforçando suas complementaridades” (Araújo e Leyi Li, 2018, p. 253)

No entanto, a utilização de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), úteis para mitigação de riscos, ainda é incipiente, e há uma necessidade de aprimoramento para reduzir ineficiências e promover a produtividade e a gestão de riscos envolvidas na cadeia produtiva. Isso porque há certa limitação dos usos dos instrumentos informados de modo que se restringem às atividades iniciais, carecendo de evolução de tais institutos no tocante à gestão do produtor rural.

No que concerne a regulamentação, Renato Buranello esclarece que o “Estado, por intermédio de órgãos apropriados, orienta e fiscaliza as atividades bancárias no propósito de ajustar à sua política econômica a política monetária” (2015, p. 46). Ou seja, o Estado, a depender da ideologia econômica dominante, direciona a política econômica e monetária para a consumação de seus objetivos, destinando recursos para setores específicos a depender dos interesses momentâneos da União.

Nessa vertente, Renato Buranello diz:

No desempenho de suas funções, esses órgãos de controle do crédito baixam instruções normativas, sob a forma de resolução, e até de circulares, e aplicam sanções aos transgressores, influyendo na economia nacional através de medidas que o facilitem ou restrinjam. O controle não se limita aos contratos creditícios, estendendo-se, por

via reflexa, às atividades industriais e comerciais mediante processos que influem na sua expansão ou retratação (Buranello, 2015, p. 46).

Ainda, Buranello reforça que “a intervenção no mercado financeiro para subordiná-lo às diretrizes que lhe traça e às normas que impõe e fixa sua normalização, faz das instituições financeiras dóceis auxiliares de execução de sua política econômica” (2015, p. 47).

Deve-se ressaltar não haver diretamente críticas ao atual sistema de financiamento. Pelo contrário, reforça-se a importância da intervenção estatal ao oferecer linhas de crédito com taxa de juros mais baixas que as instituições privadas, sendo, portanto, necessária a manutenção do subsídio estatal ao setor.

Frisa-se, também, que o presente trabalho não é crítico aos subsídios e incentivos ao agronegócio. Tem-se, pela análise despendida, que o custeio estatal da atividade rural de outros Estados soberanos supera, em muito, os valores destinados ao agronegócio nacional. A crítica, todavia, é direcionada as extensas e burocráticas regulamentações que circundam o setor e as instituições financiadoras, gerando, em última análise, um entrave à competitividade do setor.

Nesse contexto, a perspectiva liberal argumenta contra regulações rígidas e burocráticas. Essa teoria defende que tais regulações tendem a restringir o progresso e a inovação tecnológica. Aplicando esses princípios ao cenário das *fintechs* no agronegócio, percebe-se que o arcabouço jurídico brasileiro atual, caracterizado por uma multiplicidade de instruções normativas, resoluções e legislações, cria um ambiente complexo e oneroso para as empresas do setor.

A simplificação desse arcabouço, com a unificação das normativas em um único dispositivo legal, poderia representar um avanço significativo. Tal medida facilitaria a compreensão e a aplicação das normas, incentivando a entrada de novos *players* no mercado e aumentando a competitividade e a inovação no setor. Além disso, a redução da burocracia e dos custos operacionais associados à conformidade regulatória permitiria que mais recursos fossem direcionados para o financiamento de atividades produtivas no agronegócio.

Um exemplo prático dessa necessidade é o crescimento do mercado de crédito rural no Brasil. Conforme dados do Banco Central do Brasil (2021), o volume de crédito destinado ao agronegócio tem crescido anualmente, destacando a importância do setor para a economia do país. No entanto, a participação das *fintechs* nesse mercado ainda é limitada, em parte devido às barreiras regulatórias existentes. Uma legislação mais flexível e simplificada poderia não apenas facilitar a atuação dessas empresas, mas também ampliar as opções de financiamento disponíveis para os produtores rurais.

A reformulação de resoluções e instruções normativas, vide resolução 5.050/2022 do CMN, com o objetivo precípuo de simplificar as barreiras impostas para formalização das sociedades de crédito direto e sociedade de empréstimos entre pessoas, buscando regulamentar apenas o essencial para garantir a segurança jurídica do setor a proteção ao usuário, representaria um avanço quanto ao melhoramento do ambiente de negócios pátrios, incentivando o empreendedorismo.

É imperativo, também, a reformulação da lei do agro, tornando mais acessível o crédito privado e removendo os entraves burocráticos para que a oferta de crédito ao setor aumente em razão do melhoramento do ambiente de negócios, sobretudo pela economia a ser gerada com a extirpação das barreiras burocráticas do ordenamento vigente.

Ademais, é crucial reconhecer o papel vital do agronegócio brasileiro na economia nacional e no contexto global de segurança alimentar. Medidas que visem ampliar e aperfeiçoar o financiamento desse setor podem ter impactos significativos além das fronteiras do país. A regulamentação mais flexível e simplificada para as fintechs no agronegócio, portanto, alinha-se com os princípios liberais de menor intervenção estatal e maior liberdade econômica, favorecendo o desenvolvimento tecnológico, a inovação, a eficiência econômica e o desenvolvimento sustentável do setor agrário.

Essa abordagem não apenas se alinha com a necessidade de modernização e eficiência no uso de recursos, mas também respeita os princípios de eficiência do gasto público. A separação do sistema de agricultura familiar do sistema da grande agricultura, a diversificação das fontes de financiamento e o uso intensivo de TICs são medidas que podem ser potencializadas por um ambiente regulatório mais enxuto e eficiente. A unificação da governança dos programas de proteção a riscos agropecuários e a estimulação da concorrência entre agentes seguradores, como sugerido no texto, também seriam facilitadas por uma regulamentação mais simplificada e integrada.

Portanto, a proposta de unificação das normativas em um único dispositivo legal não apenas se alinha com a visão liberal de economia e política, mas também atende às necessidades práticas e estratégicas do agronegócio brasileiro, promovendo um ambiente mais propício ao crescimento, à inovação e à sustentabilidade do setor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agronegócio brasileiro, embora tenha sido alvo frequente de comentários negativos e de comparação com a degradação ambiental e demais prejuízos ambientais, é o setor que

corresponde com mais de 20% do PIB nacional. Assim, indiscutível, o impacto positivo que o campo tem na geração de empregos e na preservação da renda de milhares de brasileiros.

No entanto, para que o campo mantivesse a produtividade e a competitividade frente a outros grandes mercados agrícolas, se fez necessária uma política agrícola consolidada e estruturada de apoio ao setor. O financiamento das atividades se apresentou como fator preponderante para o desenvolvimento sustentável e perene do agronegócio. Como visto, o Brasil partiu de um sistema de concessão de crédito predominantemente estatal para um sistema de financiamento compartilhado entre Estado e instituições privadas.

Dessa evolução, com a intensificação do uso da internet, surgiram as *fintechs*. Com um propósito de ofertar crédito em condições mais atrativas que o mercado tradicional, fizeram a ponte entre os produtores que encontravam dificuldade para acessar os meios tradicionais de financiamento rural com linhas de crédito que atendiam especificamente as demandas do produtor.

As *fintechs* representaram um marco significativo no fomento ao agronegócio brasileiro, introduzindo inovações que buscaram promover a segurança jurídica e desburocratização no financiamento rural. O histórico do financiamento agrícola no Brasil revelou a importância desse setor para a economia, mas também destacou os desafios enfrentados devido à burocracia e às limitações do sistema tradicional.

Nesse sentido, o papel das *fintechs* no financiamento do agronegócio assumiu uma relevância crucial, uma vez que essas instituições desempenharam um papel fundamental na superação de barreiras históricas. Ao oferecerem novas modalidades de financiamento e o uso de tecnologias como *blockchain* para garantir transparência e segurança nas transações, as *fintechs* contribuíram para uma expansão mais ágil e acessível do crédito ao setor agropecuário.

A introdução de novas modalidades de financiamento, muitas vezes baseadas em avaliação de risco mais eficiente e na utilização de dados alternativos, teve o potencial de impulsionar o desenvolvimento econômico e sustentável do agronegócio. A capacidade de alcançar pequenos produtores, antes excluídos do sistema financeiro, passou a representar uma transformação significativa.

No entanto, as implicações jurídicas dessa evolução não puderam ser negligenciadas. A necessidade de garantir a segurança jurídica nas transações, a proteção dos dados pessoais dos envolvidos e a conformidade com normas regulatórias foram desafios que precisaram ser endereçados. As autoridades reguladoras, em conjunto com as *fintechs* e demais *stakeholders*, tiveram que estabelecer diretrizes claras para assegurar que a expansão do crédito ao agronegócio ocorresse de maneira ética e realmente prática.

No cenário de financiamento rural privado via *fintechs*, foi crucial considerar a proteção do produtor rural contra práticas abusivas e a necessidade de mecanismos eficazes de resolução de conflitos. As regulamentações específicas para o agronegócio tiveram que ser desenvolvidas de forma a equilibrar a inovação e o desenvolvimento do setor com a devida proteção legal.

Em suma, a atenção cuidadosa à segurança jurídica, a busca por regulamentações claras e a promoção de uma parceria entre *fintechs*, produtores e reguladores foram elementos essenciais para garantir o sucesso promovido ao financiamento do agronegócio brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Bruno César, LI, Denise Leyi. Crédito Rural. In: DE NEGRI, João Alberto, ARAÚJO, Bruno César, BACELETTE, Ricardo (Org.). **Financiamento do desenvolvimento no Brasil**. Brasília: IPEA, 2018, p.225-258. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8820/1/Fiianciamento__do_deenvolvimento_no_Brasil.pdf. Acesso em: 23 out. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Open Finance**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openfinance>. Acesso em: 10 set. 2023.

BURANELLO, Renato Macedo. **Baixos subsídios e crédito privado no aumento da produtividade no agronegócio**. JOTA Info, 20 out. 2022, Seção Agronegócio. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/baixos-subsidios-e-credito-privado-no-aumento-da-produtividade-no-agronegocio-20102022>. Acesso em: 10 set. 2023.

BURANELLO, Renato Macedo. **Securitização do crédito como tecnologia para o desenvolvimento do agronegócio: proteção jurídica do investimento privado**. 2015. 250 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6839>. Acesso em: 23 out. 2023.

CAMPOS, Álvaro. **O que é fintech? Quais são os exemplos? O Nubank ainda é uma? Entenda**. Valor Econômico, São Paulo, 28 jan. 2022, Seção Finanças. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2022/01/28/o-que-e-fintech-quais-sao-os-exemplos-o-nubank-ainda-e-uma-entenda.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2023.

Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA). **Prioridades e principais dificuldades no acesso ao crédito e seguro rural plano agrícola e pecuário 2021/2022. Resultado da pesquisa com produtores atendidos pela ATeG Senar**, Brasília, 2022. Disponível em: https://www.cnabrazil.org.br/assets/arquivos/RESULTADO_PESQUISA_PRODUTORES_A_TEG-PAP2021_2022.pdf. Acesso em: 10 set. 2023.

FARIA, Carlos Eduardo da Silva; FARIA, Carolinne; FARIA, Brunno. **Fintech cooperativista de crédito rural: um estudo sobre a viabilidade de um startup digital “ganha-ganha”**. In: Anais do Simpósio Nacional de Tecnologia em Agronegócio, v.11, n.1, p.233-243, 23 out. 2019.

Faculdade de Tecnologia De Ourinhos-FATEC. Disponível em: https://www.fatecourinhos.edu.br/anais_sintagro/index.php/anais_sintagro/article/view/72. Acesso em: 13 set. 2023.

Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN). **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2022**, Volume 2: Investimentos em tecnologia. São Paulo, mai. 2022. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-2022-vol-2.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

FONSECA, Bellini Balduino. Efeito do open banking no agronegócio. **Agroanalysis**, v. 40, n. 3, p.26-27, mar. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/agroanalysis/article/view/86283>. Acesso em: 12 set. 2023.

NAGRO. **Fintech Agro: o que é, como funciona e qual a melhor opção**, 10 fev. 2022. Disponível em: <https://nagro.com.br/blog/fintech-agro-o-que-e-como-funciona-e-qual-a-melhor-opcao/>. Acesso em: 13 set. 2023.

NAGRO. **Linhas de Crédito**, 2023. Disponível em: <https://nagro.com.br/linhas-de-credito/>. Acesso em: 13 set. 2023.

OLIVEIRA, Roque Antonio Mesquita de. A proteção ao consumidor nos contratos bancários. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello, Malfatti, Alexandre David (Coord.). **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p.195-203. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/30611?pagina=2>. Acesso em: 23 out. 2023.

PICCINI, Marina. **Barter: entenda sobre a operação e como ela pode ajudar o negócio rural**. Santa Helena Sementes, 04 abr. 2022. Disponível em: https://santahelenasementes.com.br/santadica/arquivo/barter/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwqP2pBhDMARIsAJQ0CzrM8CjVtsYEz2b03BY-P6GeNvmHKD7wRAvucDo51IVGzs5hIYQ8DAAaAvUXEALw_wcB. Acesso em: 12 set. 2023.

REDIVO, André da Silva. **A Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI) e o modelo de financiamento do estado desenvolvimentista no Brasil entre 1937 e 1969. 2018**. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 24 ago. 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/187541>. Acesso em: 10 set. 2023.

REIS, Marcus. **Crédito rural: teoria e prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Curso de direito agrário**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHEDENFFELDT, Bruna Ferrari *et. al.* Instrumentos privados de financiamento do agronegócio. **Revista de Política Agrícola**, Brasília: EMBRAPA, v.30, n.1, 2021, p.70-84. Disponível em: <https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/1599>. Acesso em: 17 out. 2023.

SOUZA, Adriano Boni de. **Securitização de recebíveis da agroenergia: um estudo de caso baseado em títulos do agronegócio**. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) – Fundação

Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7784>. Acesso em: 17 out. 2023.

SOUZA, Wellington. **A lei do agro e a diversificação das possibilidades de financiamento do setor**. Insper, São Paulo, 07 mar. 2023. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/a-lei-do-agro-e-a-diversificacao-das-possibilidades-de-financiamento-do-setor/>. Acesso em: 10 set. 2023.

TERRAMAGNA. **Fintechs do agro: o que são e que soluções trazem?**, 2022. Disponível em: <https://terramagna.com.br/blog/fintechs-do-agro-o-que-sao-e-que-solucoes-trazem/>. Acesso em: 10 set. 2023.

VAZ, BURANELLO, SHINGAKI & OIOLI (VBSO) ADVOGADOS. **Banco Central divulga norma que regula a atuação das Fintechs**, 21 mai. 2018. Disponível em: <https://www.vbso.com.br/banco-central-divulga-norma-que-regula-a-atuacao-das-fintechs/>. Acesso em: 17 out. 2023.

WALENDORFF, Rafael. **Novas regras estimularam financiamento privado**. Valor Econômico, Brasília, 27 dez. 2022, Seção Agro. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2022/12/27/novas-regras-estimularam-financiamento-privado.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2023.

MUSEU AMBIENTAL ITINERANTE: UM PROJETO DO BATALHÃO DE POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL DO DISTRITO FEDERAL

ITINERANT ENVIRONMENTAL MUSEUM: A PROJECT OF THE MILITARY ENVIRONMENTAL POLICE BATTALION OF THE FEDERAL DISTRICT

MUSEO AMBIENTAL ITINERANTE: UN PROYECTO DEL BATALLÓN DE POLICÍA AMBIENTAL MILITAR DEL DISTRITO FEDERAL

Grace Ladeira Garbaccio¹

Florent Pratlong²

Gisele da Mata Santos³

Resumo:

O artigo apresenta o projeto inovador do Museu Ambiental Itinerante, uma iniciativa do Batalhão de Polícia Militar Ambiental do Distrito Federal (BPMA/DF), com o propósito de revitalizar as atividades de educação ambiental e promover a preservação do bioma cerrado. O estudo demonstra a singularidade do projeto no Distrito Federal, enfatizando seu potencial para contribuir significativamente para a educação ambiental e a economia circular, enquanto reduz os impactos ambientais no cerrado e combate os crimes ambientais na região. A pesquisa baseia-se em uma abordagem bibliográfica, utilizando o método dedutivo e uma análise descritivo-interpretativa para elucidar os conceitos de museu, museologia e sustentabilidade aplicados ao projeto do BPMA/DF. O Museu Ambiental Itinerante propõe-se a ser uma ferramenta dinâmica para a conscientização e a educação ambiental, não apenas para a comunidade local, mas também para visitantes e turistas. Além disso, busca-se reafirmar a importância do papel das instituições militares na promoção da sustentabilidade e na proteção dos recursos naturais. A implementação bem-sucedida deste projeto pode servir como um modelo inspirador para outras iniciativas similares em todo o país, destacando a relevância da integração entre as forças policiais e a sociedade civil na preservação do meio ambiente.

Palavras-chave:

Museu itinerante. Sustentabilidade. Batalhão militar ambiental. Educação ambiental. Economia circular.

Abstract:

The article presents the innovative project of the Itinerant Environmental Museum, an initiative of the Environmental Military Police Battalion of the Federal District (BPMA/DF), with the purpose of revitalizing environmental education activities and promoting the preservation of the cerrado biome. The study demonstrates

¹ Doutora em Direito Ambiental pela Université de Limoges. Mestra em Aménagement et Urbanisme pela Université de Limoges. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração pela Fundação João Pinheiro. Professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora convidada do Mestrado em Direito Ambiental da Università degli Studi di Roma La Sapienza e do programa internacional da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professora visitante da Université Laval. Professora de Pós-Graduação da PUCRS, da Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM) e da Faculdade FIA de Administração e Negócios.

² Doutor em Economia pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professor Lecturer em Estratégia e Negócios Econômicos na Université Paris 1 – Sorbonne Business School. Pesquisador do laboratório PRISM-Sorbonne. Diretor do *Mention Master Management of Innovation* e co-responsável pelos cursos de Mestrado IMT. Diretor Adjunto do Presidente de Pesquisa *Entrepreneurship Territory Innovation* no IAE Paris. Secretário Científico da Academia de Tecnologias. Professor Adjunto (FAço Paris, IESEG, ESCP-Europa, ENSAE, École Centrale Paris) e Professor convidado em instituições na Argentina, Brasil, Azerbaijão e Egito.

³ Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialista em Gestão Pública, Educação Ambiental e Gestão Estratégica. Graduada em Direito pelo UDF Centro Universitário e em Curso de Formação de Oficiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais. Oficial da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDf).

the uniqueness of the project in the Federal District, emphasizing its potential to contribute significantly to environmental education and the circular economy, while reducing environmental impacts in the cerrado and combating environmental crimes in the region. The research is based on a bibliographical approach, using the deductive method and a descriptive-interpretative analysis to elucidate the concepts of museum, museology and sustainability applied to the BPMA/DF project. The Itinerant Environmental Museum aims to be a dynamic tool for environmental awareness and education, not only for the local community, but also for visitors and tourists. Furthermore, it seeks to reaffirm the importance of the role of military institutions in promoting sustainability and protecting natural resources. The successful implementation of this project can serve as an inspiring model for other similar initiatives across the country, highlighting the relevance of integration between police forces and civil society in preserving the environment.

Keywords:

Itinerant museum. Sustainability. Environmental military battalion. Environmental education. Circular economy.

Resumen:

El artículo presenta el innovador proyecto del Museo Ambiental Itinerante, una iniciativa del Batallón de Policía Militar Ambiental del Distrito Federal (BPMA/DF), con el objetivo de revitalizar las actividades de educación ambiental y promover la preservación del bioma del cerrado. El estudio demuestra la singularidad del proyecto en el Distrito Federal, enfatizando su potencial para contribuir significativamente a la educación ambiental y la economía circular, al mismo tiempo que reduce los impactos ambientales en el cerrado y combate los delitos ambientales en la región. La investigación se basa en un enfoque bibliográfico, utilizando el método deductivo y un análisis descriptivo-interpretativo para dilucidar los conceptos de museo, museología y sostenibilidad aplicados al proyecto BPMA/DF. El Museo Ambiental Itinerante pretende ser una herramienta dinámica de sensibilización y educación ambiental, no sólo para la comunidad local, sino también para visitantes y turistas. Además, busca reafirmar la importancia del papel de las instituciones militares en la promoción de la sostenibilidad y la protección de los recursos naturales. La implementación exitosa de este proyecto puede servir como modelo inspirador para otras iniciativas similares en todo el país, destacando la relevancia de la integración entre las fuerzas policiales y la sociedad civil en la preservación del medio ambiente.

Palabras clave:

Museo itinerante. Sostenibilidad. Batallón militar ambiental. Educación ambiental. Economía circular.

1 INTRODUÇÃO

O Museu Itinerante representa um projeto inovador de divulgação do trabalho de educação ambiental desenvolvido pelo Batalhão de Polícia Militar Ambiental da Polícia Militar do Distrito Federal. O projeto tem a missão de gerar e disseminar o conhecimento científico para promover a melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável na capital federal. O Museu itinerante surge com o propósito de diversificar e ampliar o contato com o público, mantendo viva a essência do museu itinerante, levando arte, educação e cultura às escolas do Distrito Federal.

O museu itinerante busca estabelecer conexões não somente com seu público habitual, mas também com um segmento mais amplo, aqueles que, conforme Dawson (2014), são rotulados como os "outros" nas instituições de divulgação científica. Pesquisas recentes, revelam que certos espaços são frequentados, em sua maioria, por indivíduos de classes econômicas mais favorecidas, o que reflete um desafio latente de inclusão social. Diversos fatores, sejam eles financeiros, geográficos ou culturais, contribuem para essa disparidade, reforçando a necessidade de estratégias que considerem variáveis individuais, sociais e

estruturais na promoção da acessibilidade e representatividade nos espaços de comunicação científica (Humm e Schrögel, 2020).

Apesar dos desafios, o Museu Itinerante tem o intuito de gerar acesso à cultura e à educação ambiental de forma mais equitativa, com iniciativas direcionadas às áreas historicamente marginalizadas, tais como praças e eventos públicos e não somente às escolas públicas e privadas. Este projeto almeja não apenas fornecer uma visão mais interativa entre sociedade e polícia militar, mas também enfatiza a importância de considerar fatores como acessibilidade, versatilidade e interatividade na criação de novas abordagens e recursos que atendam a uma gama mais diversificada de público. Nesse contexto, os objetivos deste trabalho visam explorar as questões ambientais, sustentáveis, destacando sua relação com a acessibilidade, versatilidade e interatividade, apresentando os recursos materiais e humanos envolvidos em sua operação, e examinando os diferentes elementos internos e externos que influenciaram o desenvolvimento e os resultados deste projeto itinerante.

David Bayley (2001), afirma que são necessárias novas estratégias para a resolução dos problemas criminais e elas passam, em boa parte, pela participação da sociedade. A proximidade dos policiais em projetos que reforcem os pilares da educação e da arte-cultura pode auxiliar na diminuição dos índices de criminalidade nas diversas áreas de atuação policial.

Conforme a Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988, em seu artigo 225, inciso VI, temos: “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”, bem como a Lei nº 9.795, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental em 27 de abril de 1999, podemos auferir a importância jurídica de tal sistema de ensino, mecanismo este que, não somente a Polícia Militar do Distrito Federal, bem como as demais deveriam aplicar como mecanismo preventivo de danos e delitos perante à sociedade brasileira.

Como método de pesquisa utilizado neste artigo, temos a consulta bibliográfica, norteada pelo sistema dedutivo e mediada por uma abordagem descritivo-interpretativa. Buscou-se explicitar os conceitos de museu, museologia e sustentabilidade aplicados ao projeto de educação ambiental do Batalhão da Polícia Militar Ambiental do Distrito Federal.

2 MUSEU E MUSEOLOGIA

O desenvolvimento e criação de museus, ao longo da história, é um reflexo da evolução da sociedade e das mudanças nas percepções culturais. Inicialmente, os museus consistiam em locais privados durante o Renascimento na Europa, onde membros da elite reuniam objetos

raros, preciosos e curiosos para seu próprio deleite. Estes espaços, conhecidos como "Gabinetes de Curiosidades", surgiram para colecionar acervos de caráter científico, incluindo artefatos de povos tidos como "primitivos". Entretanto, tais coleções permaneceram privadas, não acessíveis ao público em geral.

Após a Revolução Francesa de 1789, surgiram os museus nacionais caracterizados pela instalação de bens patrimoniais em edifícios públicos, abertos ao público, como o *British Museum* e o Museu do *Louvre*. Com a abertura dessas coleções ao grande público, houve uma mudança significativa no conceito de museu, que passou da ideia de coleção para a noção de Patrimônio, representativo da identidade nacional e cultural, disciplinando os conhecimentos, comportamentos e linguagem dos visitantes para a fruição dos bens patrimoniais.

Ao longo do século XX, os museus foram se ampliando para incluir não apenas objetos, mas também sítios históricos, naturais e arqueológicos, considerando a preservação e estudo do ambiente e das espécies vivas, a partir daí os museus passaram a ser vistos como instituições permanentes, sem fins lucrativos, a serviço da sociedade e do desenvolvimento, que adquirem, conservam, estudam, comunicam e expõem materiais relacionados ao homem e ao meio ambiente, visando estudo, educação e fruição.

A Museologia, durante grande parte de sua história, esteve restrita ao estudo exclusivo dos museus, adotando uma perspectiva estática e limitada. Inicialmente associada a ações conservacionistas em relação aos objetos patrimoniais, parecia não conseguir refletir e representar adequadamente a evolução e a dinâmica da história das sociedades humanas, apesar de tais objetos denunciarem essas mudanças. No entanto, no terceiro quartel do século XX, houve uma alteração paradigmática significativa na Museologia, marcada pelo surgimento de uma abordagem renovada, então chamada de Nova Museologia, posteriormente denominada de Sócio museologia ou Museologia com um foco voltado para as preocupações sociais.

Essa nova compreensão da Museologia trouxe um enriquecimento substancial a essa ciência, gerando uma mudança radical na perspectiva dos acervos museológicos. Ao introduzir uma visão mais humanizada dos museus, estendendo-se naturalmente ao patrimônio, ocorreu um avanço notável ao envolver as comunidades e as pessoas na prática museológica. Com as comunidades participando ativamente, o museu assumiu o papel das entidades vivas e dinâmicas, refletindo todas as suas forças e fraquezas em vários aspectos de suas vivências: sociais, econômicos, políticos, culturais, filosóficos, simbólicos, científicos e tecnológicos.

O surgimento da Nova Museologia propôs trabalhar em estreita colaboração com as comunidades, alterando, assim, a compreensão do que constituía os acervos dos museus,

ampliando a noção de patrimônio não apenas para elementos com relevância cultural, mas também para aqueles que, pela sua localização, possuem enquadramento natural.

Essa abordagem da Nova Museologia se caracteriza pela mudança do foco das coleções para o indivíduo e a comunidade, pela consideração de que os museus têm uma função social a cumprir e pela ideia de que podem e devem desempenhar um papel no desenvolvimento da sociedade, utilizando o patrimônio dos museus como recurso e trabalhando de forma interdisciplinar.

A trajetória para essa formulação da Museologia envolveu etapas significativas, das quais se destacam a Mesa Redonda de Santiago do Chile, em 1972, que resultou na Declaração de Santiago do Chile, um documento fundamental para a reflexão sobre a Museologia e os museus. Outro momento crucial para a evolução para uma Nova Museologia foi a Declaração de Québec, que resultou no Movimento Internacional para uma Nova Museologia (MINOM), contribuindo para a consolidação dessa prática.

Tanto a Nova Museologia quanto a Sócio museologia demonstram um grande interesse pelas preocupações ambientais, considerando o ser humano integrado ao meio ambiente e reconhecendo-o como patrimônio. Assim, essas abordagens assumem a responsabilidade de garantir a preservação e a sustentabilidade do meio ambiente, utilizando formas tecnológicas e científicas para manter a qualidade ambiental a longo prazo.

A urgência em abordar questões ambientais é ressaltada pelo contexto histórico de profunda industrialização a partir do século XVIII, particularmente na segunda metade do século XIX, que provocou transformações drásticas nas sociedades e nas condições ambientais. A sociedade contemporânea revela um avanço científico e tecnológico notável, mas também com altos níveis de poluição e destruição dos ecossistemas, tornando-se evidente que o ser humano é parte integrante do meio ambiente e depende dele para sobreviver como espécie, conforme exposto pelo professor Doutor Florent Pratlong, no Curso Programa em Sustentabilidade/ESG, Liderança e Transformações Tecnológicas, realizado na Universidade Panthéon-Sorbonne, Paris-França, no dia 12/09/2023, ao tratar sobre a visão tecnológica: “o avanço da tecnologia também trará problemas ambientais”.

Parte do problema ambiental atual está relacionada à utilização de energias provenientes de combustíveis fósseis na indústria, o que resulta em graves consequências para a sobrevivência das espécies e ecossistemas. A transição para energias renováveis é considerada crucial para resolver essa crise ambiental.

3 MUSEU E ENERGIA RENOVÁVEL

A incorporação de fontes de energia renovável nos edifícios destinados aos museus apresenta-se como uma oportunidade significativa não apenas para a eficiência energética desses espaços, mas também para a preservação do meio ambiente. Esta perspectiva, aliada ao propósito original dos museus de servir à sociedade e contribuir para o seu desenvolvimento, coloca em foco a relevância de adotar e implementar soluções inovadoras e sustentáveis.

Nos últimos anos, temos testemunhado um avanço considerável no desenvolvimento das energias renováveis, tanto em termos de tecnologia para sua captação e distribuição quanto na ampliação da eficiência desses sistemas. Contudo, para garantir uma gestão eficaz dos consumos energéticos nas mais diversas edificações públicas e privadas, inclusive nos museus, é essencial a instalação de sistemas integrados e automatizados. Isso permitirá uma administração rigorosa do funcionamento dos equipamentos, utilizando tecnologias de mercado com custos acessíveis para a Administração Pública.

Energias renováveis referem-se às formas de energia cuja utilização é inferior à sua capacidade de renovação, sem causar deterioração ambiental significativa. Elas têm origens diversas, como energia geotérmica, energia das ondas e marés, energia solar térmica e fotovoltaica, energia hídrica, energia eólica e biomassa. Essas energias podem ser aplicadas em qualquer tipo de edifício, mas certas energias requerem uma rede de transporte e distribuição a partir do local de produção.

Embora uma parcela da energia consumida atualmente provenha de fontes renováveis, como é o caso da energia solar e eólica, ainda há muito a ser feito nessa área. Especificamente nos museus, equipamentos disponíveis no mercado respondem de forma vantajosa às exigências ambientais, funcionais e econômicas, permitindo uma maior integração de energias renováveis.

Em Portugal e em outros países, a implementação de energias renováveis em edifícios de museus ainda não é expressiva. É crucial sensibilizar os envolvidos na tomada de decisões para que os museus existentes ou em construção possam contribuir para a sustentabilidade do patrimônio ambiental ao incorporar uma ou mais fontes de energia renovável.

A integração de tecnologias que permitem o uso de energias renováveis nos edifícios destinados a museus é um desafio. O objetivo é conceber condições técnicas para a incorporação de sistemas que se adequem localmente e ao próprio edifício, transformando energia em fonte útil para esses espaços culturais. No entanto, é fundamental considerar não

apenas a introdução de fontes energéticas limpas, mas também a eficiência energética do edifício em si, seja durante a construção, reabilitação ou reconstrução.

Neste contexto, a ideia do museu itinerante, montado sobre uma carreta ambiental, movida por energia renovável e que traz recursos voltados para a educação ambiental, além de ser uma iniciativa inovadora, pode trazer exemplo de evolução em termos educacionais, culturais e sociais.

4 MUSEU ITINERANTE

O Museu Itinerante tem seu trabalho focado em acessibilidade, versatilidade e interatividade como elementos essenciais para a expansão do acesso à educação, à cultura e à ciência para diversos públicos, e considerando o projeto em tela, trazer interação da polícia com os diversos públicos da sociedade.

Como preconizam Carvalheiro e Araújo (2023):

América Latina, em especial, o Brasil destaca-se enquanto país detentor de diversidades culturais e naturais. Frente a tamanha riqueza natural e existencial, o cenário sociobiodiverso demanda significativa proteção diante de um desenvolvimento em nome apenas do crescimento econômico, alheio às referidas diversidades, mas, principalmente alheio aos direitos da sociobiodiversidade, que se definem através de modos de vida sustentáveis dos povos e comunidades tradicionais. Tais direitos congregam a identidade, território, saúde, educação, dentre outros, em consonância com as peculiaridades culturais de cada povo, ou seja, ao encontro da autodeterminação e não mais numa perspectiva integracionista (2023, p. 26).

A acessibilidade é mais do que adaptar para pessoas com deficiência; é a inclusão de grupos com dificuldades de acesso aos museus, buscando dialogar com diversos públicos, reconhecendo as barreiras simbólicas e sociais no acesso a tais espaços culturais. Estratégias incluem atividades e exposições planejadas para incluir diferenças humanas, especialmente para pessoas com deficiência, e remoção de barreiras arquitetônicas.

A versatilidade é a capacidade de adaptar atividades a diferentes locais, tanto em grandes eventos quanto em áreas de difícil acesso, é crucial. Exploração de métodos de transporte e estruturas adaptáveis para alcançar uma gama mais ampla de audiências, trabalho este muito cultuado pela filosofia de policiamento comunitário, elevada por Bayley (2001).

A interatividade busca criar atividades interativas e compartilhadas, permitindo diálogos e trocas entre o público e os mediadores, evitando discursos unilaterais. A interação busca ampliar a compreensão, identificação e envolvimento do público com o museu, estimulando reflexões críticas sobre os temas apresentados.

A formação da equipe de instrutores deve ser multidisciplinar e busca capacitar para diálogos sobre as questões ambientais enfrentadas pelas equipes do Batalhão ambiental da PMDF, além de ser oportunidade de desenvolver habilidades com pessoas com diversas deficiências, diminuindo as barreiras comunicacionais.

O Museu Itinerante deve se esforçar para ser inclusivo, adaptando-se a diferentes contextos e promovendo interações significativas com o público, superando os desafios na profissionalização dos instrutores, inclusão de pessoas com deficiência e eliminação de barreiras comunicacionais para alcançar sua plena eficácia como instituição de segurança inclusiva e acessível.

O Museu Itinerante tem a missão de envolver diversos públicos por meio de seu acervo, desafiando as barreiras simbólicas e intangíveis que limitam o acesso às edificações dos museus convencionais. Essas barreiras estão enraizadas em estruturas de exclusão social, o que pode gerar um sentimento de não pertencimento tanto para indivíduos quanto para grupos (Chiovatto *et al.*, 2010).

Para superar esse distanciamento histórico e social, é essencial agir de maneira crítica e ativa, criando oportunidades inclusivas. Isso implica planejar atividades e exposições que considerem as diferenças humanas, sejam elas sociais, étnicas, de gênero, físicas ou sensoriais. A mediação deve reconhecer a singularidade de cada pessoa em termos de subjetividade, autonomia, criatividade e capacidade de diálogo.

Exemplo de recurso de acessibilidade que pode ser utilizado são as audiodescrições, transformando elementos visuais em descrições verbais para permitir uma interação mais ampla, não apenas para pessoas com deficiência visual, mas também para outros públicos (Motta, 2016).

O princípio da acessibilidade se estende à presença do programa em locais marcados pela exclusão social. O desafio inclui a logística para alcançar não apenas grandes espaços com grande fluxo de pessoas, mas também áreas restritas, exigindo estratégias de deslocamento e adaptação dos materiais para atender a esses locais.

A capacidade de adaptar-se a diferentes exigências logísticas constitui o segundo pilar essencial. Esse atributo é sintetizado pela "versatilidade", que representa a habilidade de atender demandas tanto em grandes eventos quanto em locais de acesso desafiador. Embora estruturas robustas, como carretas e caminhões, sejam muito funcionais em praças e ginásios para muitos museus e centros de ciências itinerantes no Brasil (Rocha e Marandino, 2020), sua imponentia pode inviabilizar ações em áreas com limitações de infraestrutura urbana ou espaço restrito para

manobras e instalações. Uma forma de minimizar esta dificuldade seria a utilização de vans com as mesmas finalidades da carreta idealizada.

A particularidade do Planalto Central permite que o museu itinerante atinja parte da população do Distrito Federal, alcançando todo tipo de público e contribuindo para a educação ambiental na região predominante de cerrado, bioma ameaçado de extinção.

Encontrar um equilíbrio entre diferentes modalidades de transporte, cada uma com suas vantagens e desvantagens, revelou-se uma alternativa acertada no desenvolvimento das atividades itinerantes. O exemplo do Museu de Ciências da Terra em parceria com a Caravana da Ciência proporcionou visibilidade e permitiu que o programa alcançasse um grande número de pessoas no interior do Estado do Rio de Janeiro, ao mesmo tempo em que permaneceu presente em ações menores em locais de difícil acesso. Esse equilíbrio é fundamental para os objetivos do Museu Itinerante.

Assim, o projeto tem como objetivo enfrentar esses desafios, planejando atividades interativas e compartilhadas com o público, ao invés de apenas transmitidas pelos policiais ambientais. Esse compartilhamento é construído tanto no planejamento quanto durante a execução das atividades, abrindo diálogo antes, durante e depois, sem hierarquizar saberes ou silenciar os discursos do público. A abertura a diferentes vozes é uma estratégia para ampliar a compreensão e identificação do público com o museu, fortalecendo a relação entre o museu e as escolas, especialmente com professores, alunos, gestores e coordenadores de diversas instituições.

O diálogo desde a fase de planejamento e a idealização das atividades podem ser enriquecedores. No entanto, essa troca deve refletir-se também durante a atividade junto ao público. Assim, o Museu Itinerante segue a perspectiva de Marandino sobre a mediação (2008, p. 23): "Esse processo deve ser feito de modo a garantir a correção conceitual, mas, ao mesmo tempo, promover a aproximação das ideias expostas pelo público, levando-o a refletir, a perguntar, a duvidar e a querer buscar mais e novas informações sobre o tema abordado."

5 SUSTENTABILIDADE E ECONOMIA CIRCULAR

Depreende-se das diversas aulas presenciadas durante o curso na Universidade de Sorbonne, no período de 11/09/2023 a 15/09/2023, que a sustentabilidade é um conceito fundamental que busca equilibrar a satisfação das necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades. Ela abrange três pilares interconectados: o ambiental, o social e o econômico. No contexto ambiental, a sustentabilidade

visa preservar os recursos naturais, reduzir o impacto negativo no meio ambiente e mitigar as mudanças climáticas, promovendo práticas como a conservação da biodiversidade, o uso eficiente da água, o gerenciamento adequado de resíduos e a transição para fontes de energia renovável.

No âmbito social, a sustentabilidade busca promover a equidade, a justiça social e o bem-estar das comunidades. Isso inclui a garantia de condições de trabalho dignas, o respeito aos direitos humanos, a promoção da inclusão e da diversidade, bem como o acesso igualitário à educação, saúde e recursos básicos para todos. Além disso, a sustentabilidade econômica se concentra na criação de sistemas econômicos viáveis a longo prazo, que não comprometam os recursos naturais e considerem os impactos sociais das atividades produtivas. Isso envolve a adoção de práticas empresariais responsáveis, o incentivo à inovação tecnológica para reduzir o desperdício e o desenvolvimento de estratégias de negócios que considerem não apenas o lucro, mas também o impacto social e ambiental.

A promoção da sustentabilidade requer uma abordagem holística e colaborativa entre governos, setor privado, sociedade civil e indivíduos. É necessário adotar medidas concretas em nível local, nacional e global para alcançar metas ambiciosas, como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU). Esses esforços incluem a implementação de políticas públicas adequadas, a conscientização e educação da população, o fomento à inovação tecnológica e a mudança de paradigmas sociais e culturais em direção a um estilo de vida mais sustentável.

A Economia Circular é um modelo econômico que se contrapõe ao tradicional sistema linear de produção e consumo, priorizando a minimização do desperdício e a maximização da utilização de recursos. Em vez de seguir o padrão "produzir, usar e descartar", a Economia Circular propõe um ciclo contínuo, no qual os produtos, materiais e recursos são mantidos em uso pelo maior tempo possível, através da reutilização, reparação, recuperação e reciclagem. Este conceito busca não apenas reduzir o impacto ambiental, mas também fomentar a inovação, criar oportunidades de negócios sustentáveis e promover uma abordagem mais eficiente e consciente em relação aos recursos naturais, conforme exposto por Florent Pratlong, no curso já citado anteriormente neste artigo.

A implementação da Economia Circular envolve a colaboração entre governos, empresas, consumidores e a sociedade em geral, assim como a sustentabilidade. Estratégias como o *design* de produtos pensado para a reutilização de componentes, a criação de cadeias de suprimentos mais eficientes, a reciclagem de resíduos e a promoção de modelos de negócios baseados em serviços são fundamentais para alcançar os objetivos dessa abordagem. Ao

priorizar a regeneração e a preservação dos recursos, a Economia Circular não apenas beneficia o meio ambiente, mas também oferece oportunidades para o desenvolvimento sustentável e a criação de uma economia mais resiliente e equitativa.

Neste contexto, o projeto do Museu Ambiental Itinerante do Batalhão de Polícia Militar do Distrito Federal vem reforçar os conceitos de sustentabilidade e economia circular, propondo a aquisição de uma carreta que utiliza energia renovável e trazendo cultura e educação ambiental para a comunidade do Distrito Federal. No entanto, não havendo um engajamento de vários atores governamentais e o interesse de implantação de políticas públicas que visam à sustentabilidade, meio-ambiente e economia circular, não será possível tal inovação.

Ainda há desafios a serem enfrentados no caminho para tornar os museus verdadeiramente sustentáveis. Questões como financiamento, capacitação de pessoal e conscientização pública continuam sendo áreas de preocupação para muitas instituições. No entanto, o compromisso crescente com a sustentabilidade na comunidade museológica sugere que estamos caminhando na direção certa para um futuro mais consciente e responsável em relação ao meio ambiente.

6 DO PROJETO DE MUSEU AMBIENTAL ITINERANTE DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL - PMDF

O Ministério do Meio Ambiente, em seu sítio eletrônico, informa que o Bioma Cerrado abriga grande diversidade de espécies de animais e plantas em iminente risco de extinção. Além disto, o Cerrado tem grande função social, pois abriga várias comunidades que dependem da matéria-prima disponível no bioma. O cerrado tem sofrido grandes degradações em razão da produção agropecuária e exploração madeireira. Neste sentido, se faz necessário o investimento em atividades que promovam a sua preservação, conservação e muitas vezes recuperação, e a educação ambiental é uma forma de conscientizar a sociedade.

O projeto Museu Ambiental Itinerante da PMDF surgiu em 2017, como parte do Programa de Educação Ambiental Lobo-Guará – PREALG. No referido programa, já funcionava o Museu Ambiental da PMDF – BPMA, localizado no Parque de Águas Claras e o Teatro Lobo-Guará que tinham o objetivo de informar, educar, conscientizar a população do Distrito Federal, por meio da arte educação ambiental em suas diversas vertentes, realizar palestras e trilhas ecológicas, dando ênfase ao bioma Cerrado. Houve então a necessidade de criar um museu que pudesse chegar a todas as escolas públicas do DF.

O Museu Ambiental da PMDF funcionava em parceria com o Instituto Brasília Ambiental - IBRAM e apoio do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, o primeiro órgão cedia o espaço no Parque de Águas Claras e o segundo investia recursos para a manutenção do museu. No entanto, o Museu Ambiental era limitado àquele espaço e também às condições de deslocamento de alunos e professores até o local onde funcionavam as atividades do museu, atingindo uma parcela muito pequena de escolas públicas.

Com a implementação do Museu Ambiental Itinerante, seria possível atender cerca de 600 escolas, o que atingiria aproximadamente três milhões de habitantes do Distrito Federal. No ano de 2017, o projeto foi aprovado e seria utilizado um recurso de aproximadamente R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos reais), oriundos do Governo do Distrito Federal, no entanto, com as mudanças de governo, não houve a concretização do projeto.

Dentre as experiências envolvendo museus inteiramente voltados para a Arte Educação Ambiental, vividas e aplicadas pelas equipes dos três projetos do PREALG (Teatro Lobo Guará - Curso Guardiões Ambientais - Saber Cerrado) verifica-se que o ambiente do museu é fundamental para a aplicação da educação ambiental através da Arte e diversos outros recursos, tornando assim a matéria muito mais interessante para os espectadores, o que levou à reformulação do presente projeto.

O projeto foi reformulado e retomado em junho de 2021, adaptando-se à realidade da Pandemia, sendo o Museu adaptado em local arejado, utilizando dioramas, que representam quadros de grandes dimensões, os quais submetidos às luzes especiais, mudam de aspecto, forma e cor, criando-se efeitos tridimensionais e de movimento. Além dos dioramas, o museu apresentaria outras atividades como cinema, teatro, biblioteca, palestras, rodas de conversa e jogos eletrônicos voltados para Educação Ambiental. O trabalho realizado pela Polícia Militar Ambiental também seria enaltecido com vídeos e demonstrações de como a PMDF tem agido para a preservação ambiental no Distrito Federal e atuação contra crimes ambientais. Com o Museu Ambiental Itinerante, seria possível a presença da polícia militar em comunidades carentes e áreas rurais, desmistificando a questão da violência policial e diminuindo a criminalidade por meio da educação ambiental.

Atualmente, o projeto do Museu Ambiental Itinerante, ainda não foi reformulado. A proposta é dar continuidade ao projeto já existente, montando o museu sobre uma carreta, que deverá ser movida por energia elétrica ou carreta híbrida movida por biodiesel e energia elétrica, tendo seu funcionamento interno (equipamentos) alimentado por energia solar, o investimento do projeto, atualizando valores, provavelmente ultrapassará os três milhões de reais.

O projeto encontra esteio, na Política Nacional de Educação Ambiental, instituída pela Lei nº 9.795 de 27/04/1999, que prevê a educação ambiental em todos os níveis escolares. No Distrito Federal existem diversas políticas públicas voltadas para a educação ambiental e sustentabilidade, dentre elas, podemos citar o Plano Distrital de Educação Ambiental, elaborado em 2018 e revisado em 2021, o qual já elaborado em consonância com a Política de Educação Ambiental do DF – Lei nº 3.833/2006 e que em suma prevê a participação dos órgãos governamentais e da sociedade, com vistas à preservação do cerrado e do meio ambiente como um todo, buscando a sustentabilidade no âmbito do Distrito Federal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Museu Ambiental Itinerante da PMDF, tanto em sua versão de 2017, quanto na reformulada de 2021, tem como missão levar a Educação Ambiental a todas as escolas do Distrito Federal, priorizando comunidades carentes e áreas rurais, contribuindo para a conscientização e preservação do meio ambiente.

O projeto adequa-se aos conceitos de sustentabilidade e economia circular, trazendo novos horizontes para a educação ambiental no âmbito do Distrito Federal. No entanto ainda encontra-se carente de apoio institucional e, conseqüentemente, sem apoio orçamentário e financeiro. Uma melhora a ser feita no projeto seria a aquisição de uma van e não somente a carreta, tendo em vista que a van poderá acessar terrenos e lugares onde a carreta não alcança. Com relação ao levantamento de recursos, talvez o caminho mais interessante seja a transferência de recursos da União para o Distrito Federal, por meio de convênio, assim o projeto pode ser tratado como “piloto” e ser levado em nível Nacional. Outra solução seria a descentralização orçamentária por órgãos ambientais do DF, interessados numa possível parceria com a Polícia Militar do Distrito Federal. Porém, tudo depende da reformulação e do interesse na implantação de políticas públicas que alinhem interesses em segurança e meio ambiente.

O Museu Ambiental Itinerante da PMDF, apesar de existir desde 2017, é um projeto inovador, pois traz um instrumento de educação ambiental, com exemplos de utilização de energias renováveis, com propostas de jogos voltados para o aprendizado de crianças e adolescentes, vídeos e atrações que podem compartilhar o conhecimento necessário para a preservação do meio ambiente, em especial o Cerrado do Planalto Central, além de reforçar e trabalhar os conceitos de sustentabilidade e economia circular, valorizando o bem-estar e a qualidade de vida, conforme preceitua a Constituição Federativa da República Brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm>. Acesso em: 30 Abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.833 de 27 de março de 2009**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política de Educação Ambiental do Distrito Federal, cria o Programa de Educação Ambiental do Distrito Federal, complementa a Lei Federal nº 9.795/ 99 no âmbito do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/54488/Lei_3833_27_03_2006.html>. Acesso em: 30 Abr. 2024.

BAYLEY, David. **Padrões de Policiamento**. 2ª edição. Trad. Renê Alexandre Belmonte. São Paulo: EDUSP - Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

CAVALHEIRO, Larissa Nunes; ARAÚJO, Luis Ernani Bonesso de. O cenário socioambiental brasileiro e a necessária proteção dos direitos da sociobiodiversidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.26, nº.51, p.25-39, 2023.

CHIOVATTO, Milene; AIDAR, Gabriela; SOARES, Luís Roberto; AMARO, Danielle. Repensando a acessibilidade em museus: a experiência do Núcleo de Ação Educativa da Pinacoteca do Estado de São Paulo. In: SANTOS, Anderson Pinheiro (org.). **Diálogos entre Arte e Público: acessibilidade cultural - o que é acessível e para quem?** Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 2010. Caderno de textos III, p. 18-21. Disponível em: https://www.academia.edu/34521139/Repensando_a_acessibilidade_em_museus_a_experiencia_do_Nucleo_de_Acao_Educativa_da_Pinacoteca_do_Estado_de_Sao_Paulo. Acesso em: 20 Out. 2023.

DAWSON, Emily. “Not designed for US”: How science museums and science centers socially exclude low-income, minority ethnic groups. **Science Education**, v. 98, n. 6: 981–1008. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0963662517750072>. Acesso em: 30 Out. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria do Meio Ambiente. **Plano Distrital de Educação Ambiental**: PDEA/ Secretaria do Meio Ambiente. – Brasília: SEMA, 2018. Disponível em: https://www.ibram.df.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/PDEA_final-3.pdf. Acesso em: 30 Abr. 2024.

HUMM, Christian; SCHRÖGEL, Philipp. Science for all? Practical recommendations on reaching underserved audiences. **Frontiers in Communication**, v. 5, n. 42, p. 1-13. 2020. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fcomm.2020.00042/full>. Acesso em: 30 Out. 2023.

MACHADO, Rodrigo da Rocha; MODESTO, Filipe de Brito Fratte; ROITBERG, Nathalia Winkelmann. **Museu em movimento**: um programa itinerante do Museu de Ciências da Terra. <http://periodicos.utfpr.edu.br/actio>. ACTIO – Docência em ciências, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 1-24, mai./ago. 2021.

MARANDINO, Martha *et al.* **Educação em museus: a mediação em foco.** [S.l: s.n.], 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/347964695_Educacao_em_museus_a_mediacao_em_foco. Acesso em: 20 Out. 2023.

MOTTA, Livia M. V. M. **A audiodescrição na escola: abrindo caminhos para leitura de mundo.** 2016. Disponível em: <http://www.vercompalavras.com.br/pdf/a-audiodescricao-na-escola.pdf> Acesso em: 20 Out. 2023.

O Bioma Cerrado. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/biomas/cerrado> . Acesso em 14 Set. 2023.

OTTONI, Daibes. Atividades no museu ambiental da Polícia Militar do Distrito Federal. In: **Saber Cerrado – PREALG/NEAM/CPAm/PMDF.** Brasília. 21 Jul. 2017. Disponível em: <http://protegenatura.blogspot.com/2017/07/atividades-no-museu-ambiental-da.html?m=0>. Acesso em: 12 Set. 2023.

OTTONI, Daibes. Reinauguração do Museu Ambiental da Polícia Militar do Distrito Federal. In: **Saber Cerrado – PREALG/NEAM/CPAm/PMDF.** Brasília. 29 Jun. 2017. Disponível em: <http://protegenatura.blogspot.com/2017/06/reinauguracao-do-museu-ambiental-da.html?m=0>. Acesso em: 12 Set. 2023.

PMDF convida para a inauguração do Museu Ambiental. Disponível em: <http://www.pmdf.df.gov.br/index.php/institucionais/12158-pmdf-convida-para-a-inauguracao-do-museu-ambiental>. Acesso em: 14 Set.2023.

Projeto Museu Itinerante Ambiental da PMDF. Disponível em: <http://www.pmdf.df.gov.br/index.php/institucionais/34586-projeto-do-museu-ambiental-itinerante-e-apresentado-ao-comandante-geral> . Acesso em: 14 Set.2023.

ROCHA, Jessica Norberto; MARANDINO, Martha. O papel e os desafios dos mediadores em quatro experiências de museus e centros de ciências itinerantes brasileiros. **Journal of Science Communication** – América Latina, 2020. Disponível em: https://jcomal.sissa.it/pt-br/03/02/JCOMAL_0302_2020_A08. Acesso em: 20 Out. 2023.

THE CONSEQUENCES OF THE 1947 PARIS PEACE TREATY ON CITIZENSHIP ITALIAN LAW

AS CONSEQUÊNCIAS DO TRATADO DE PAZ DE PARIS NA LEI ITALIANA DA CIDADANIA

Luca Bussotti¹

Abstract:

Following the signing of the Paris Peace Treaty between Italy and the victorious powers in 1947, Italian law entered a long period of transition. After the abolition of a large part of the Fascist legal system, the question of citizenship remained anchored in the principles established by Law 555/1912. The study presented here attempts to reconstruct the elements of continuity and change in Italian citizenship law in this difficult transition. In particular, the research focuses on the issues related to the attribution, loss and re-acquisition of Italian citizenship and its practical consequences on individuals and families. The research was carried out on the basis of legislative documents, parliamentary debates found in the archives of the Chamber of Deputies in Rome and judgments handed down by various local courts, together with doctrinal debates dating mainly from the 1940s and 1950s. The analysis of this material leads to the conclusion that the Italian legal transition, in which the right to citizenship must be included, was very slow and incapable of dealing with issues that were partly new at the time and that the historical research of juridical nature has largely ignored.

Keywords:

Dual Citizenship; Constituent Assembly; Legal Transition; Ius Sanguinis.

Resumo:

Em seguida à assinatura do Tratado de Paz de Paris entre Itália e as potências vitoriosas em 1947, a lei italiana entrou numa longa fase de transição. Depois da abolição de larga parte do sistema legal fascista, a questão da cidadania permaneceu ancorada aos princípios estabelecidos pela Lei 555/1912. O estudo aqui apresentado procura reconstruir os elementos de continuidade e mudança na lei italiana da cidadania ao longo desta difícil transição. Em particular, a pesquisa se concentra no tema relacionado com a atribuição, perda e reaquisição da cidadania italiana e nas suas consequências práticas sobre indivíduos e famílias. A investigação foi levada a cabo contando com uma base de documentos legislativos, atas de debates parlamentares encontrados nos arquivos da Câmara dos Deputados em Roma, assim como em sentenças emitidas por vários tribunais locais, juntamente com debates doutrinários, em particular entre os anos de 1940 e 1950. A análise destes materiais levou à conclusão de que a transição jurídica italiana, em que o direito de cidadania deve estar incluído, foi muito demorada e incapaz de lidar com questões em parte novas naquela época, e que a pesquisa histórica do direito tem largamente ignorado.

Palavras-chave:

Dupla Cidadania; Assembleia Constituinte; Transição Jurídica; Ius Sanguinis.

1 INTRODUCTION

“At this World Assembly I feel that everything is against me except your personal courtesy. And especially my qualification as a former enemy, which makes you consider me as an accused person” (De Gasperi, 1947). These famous words, uttered by De Gasperi on 29

¹ Doutor pela Università di Pisa (2001). Professor Associado da Universidade Técnica de Moçambique (UDM), onde coordena a revista académica. Diretor do Centro Italiano para o Estudo da Cultura Africana e Mediterrânea (CISCAM). Country-Expert Moçambique no Programa V-DEM (Universidade de Gotemburgo).

August 1946 at the Paris Peace Conference, reveal the Italian Prime Minister's personal state of mind, mixed with political deception.

The provisions of the 1947 Peace Treaty were heavily influenced by the political situation of Italy in relation to international events. Italy was considered as a defeated power, which had become a co-belligerent in 1943, but whose status was not recognised by the victorious powers (De Gasperi, 1977; Togliatti, 1973; Cialdea & Vismara, 1947; Cialdea, 1967; Barbagallo, 1994).

As Cialdea recalled (Cialdea, 1967), the only issue really up for discussion in the peace negotiations was Italy. A first agreement was reached with Austria on South Tyrol. The De Gasperi-Gruber Agreement was signed on September 5, 1946 in Paris, and was annexed to the Peace Treaty dated October 3, 1947 also in Paris. In this case, the territory in question remained Italian, but the problem of the protection of the German-speaking minorities of Italian nationality arose. The agreement between the two governments established equal rights for this type of citizens in relation to the Italian-speaking population, with the introduction for the German-speaking population - both in the provinces of Bolzano and Trento - of primary and secondary education in German, bilingualism in all public offices and in typographical designations, and equal access for both groups to public offices. In more recent years, some have spoken, with regard to the bilingualism introduced by the Treaty of Paris, of "asymmetrical bilingualism" and of a "dominant minority" (Del Negro, 2018).

After the signing of the treaty with Austria, even the most complex issue - the Julian question - was resolved. On the territorial level, Italy ceded to Yugoslavia parts of Venezia Giulia, Istria, the territory of Rijeka and Dalmatia, and the islands of the Adriatic, despite the fact that the commission responsible for determining the ethno-linguistic character of the disputed territories at the time had decided, especially in the case of Istria, that it was predominantly Italian. This entailed the need for a series of reciprocal guarantees for the minorities, which the peace treaty did not always respect in terms of the balance between the clauses imposed on Yugoslavia and those imposed on Italy.

Italy had to cede to France Petit St Bernard, Mont Cenis, Tabor-Chaberton, the upper valley of the Tinea, Vesubio and Roia - whose annexation had to be confirmed by a referendum organised by the French state - while Trieste became a Free Territory (De Castro, 1981; De Robertis, 1983).

Finally, Italy also had to cede to Greece the islands of Rhodes and the Dodecanese, as well as to Albania the island of Saseno (Basciani, 2022). Italy also renounced (art. 23) to "any right and title to the Italian territorial possessions in Africa, namely Libya, Eritrea and Somalia",

to the concession granted by the Chinese government in 1901 at Tientsin, recognising the Albanian and Ethiopian governments.

In Italy, the signing of the Peace Treaty was seen as an unconditional surrender, as the local press pointed out.² And the ratification process was difficult and controversial. In Italy, the only institution that could legitimately approve the treaty was the Constituent Assembly, since the first general elections had not yet taken place; once approved, the treaty had to be signed by the President of the Republic, De Nicola. The Italian government was still a government of national unity, including the socialist and communist parties. Italy's international position was therefore not yet clearly defined. As De Gasperi pointed out in response to the interventions of Togliatti (secretary of the Italian Communist Party) and Nenni (secretary of the Socialist Party), his aim was not to isolate Russia, and even less to join a particular bloc; his idea was to maintain good economic relations with the Soviet Union, even though "our relations with the United States are more intense" (Assemblea Costituente, 1947). Another issue that De Gasperi only touched on during the debate on the ratification of the peace treaty - that of Italy's African colonies - was also approached with an outdated vision. There was no reference - including in De Gasperi's speech - to principles such as the self-determination and autonomy of colonial peoples, already established by the Atlantic Charter approved in 1941 and the United Nations Charter of 1945 (Brown, 2020).

This atmosphere of discouragement and confusion induced the deputies of the Constituent Assembly to ignore other practical issues, such as the consequences of the Treaty's clauses on the legal status of Italian citizens living in the border areas - or in the former Italian African colonies - who were interested in territorial changes. And this disinterest led to consequences for several categories of citizens as significant as they are mostly forgotten by historical critics.

The aim of this study is to analyse the effects of the 1947 Peace Treaty on the Italian citizenship law. To this end, the research has been carried out using a historical approach, based on the analysis of the clauses of the Treaty, the Italian laws on citizenship and some of the debates relating to them within the Italian parliament, as well as some jurisprudential documents, in particular the judgments of various Italian courts and tribunals, and the comments of legal experts of the period. As it will be shown, what the treaty established had a terrible impact on the citizenship rights of many people, showing a series of backwardness that will

² For instance, "Alle 11.35 firmata la nostra dura condanna", *Corriere d'informazione*, 10/02/1947; "Abbiamo firmato, chiediamo giustizia per l'Italia", *Corriere della Sera*, 11/02/1947.

find a partial solution only with a revision of the Italian citizenship law, in the 1980s, and the approval of an organic, new law in 1992 (Bussotti, 2002).

The scant attention paid to citizenship issues by historiography must be seen in the context of a much more complex process than cannot be explored here. This is the process of legal transition from an authoritarian and monarchical regime to a democratic and republican one. In short, two transitions in one, of which the members of the Constituent Assembly had only a very partial and limited knowledge, at least at the legal level. As recalled in a recent work, transitional legal processes or justice can be applied to different moments in contemporary history (Caroli, 2017). One of these moments was the transition after the end of the Second World War, with the central role of international law and the International Tribunals of Nuremberg and for the Far East. The characteristic feature of political and legal transitions is that national law is confronted and clashes with norms of international law, especially human rights and humanitarian law, as well as international criminal law. (Bell, 2009). Legal and legislative conflicts, as well as political conflicts, are common in these transitions.

In the case of the Second World War, countries like German and Italy had to face a juridical revolution (Cau, 2018). As a matter of fact, their legal systems had to be completely changed in relation to their previous, nazi-fascist systems. Thus, the transitional justice was (or had to be) wider than that restricted to the punishment of the war criminals or their collaborators. Transitional justice includes the adoption of other measures, as a Truth Commission, economic reparation for the victims and their families, processes of purge, and a new legal order (Tamm, 2005).

In Italy, at least two radical institutional changes had to be carried out: firstly, from the Monarchy to Republic; and secondly, from an authoritarian to a democratic regime. Nevertheless, the vast array of the above-mentioned instruments to guarantee an adequate legal transition were not applied. So much that someone spoke of a “self-indulgent” approach to deal with this complicated past (Inzaghi, Lunardelli, Marbán & Pedrotti, W.D.).

This indulgency produced an amnesty by the Italian government, emanated by the minister of justice and leader of the Italian Communist Party, Palmiro Togliatti (DP 4/1946), that coexisted with new norms, principles trials and purge of the most violent protagonists of the previous era; at the same time, it was very frequent to turn a blind eye to the apparatus of officials who had previously served the State without being guilty of any particular crimes, despite their loyalty to a regime considered unworthy and authoritarian (Pavone, 1995; Riccobono, 2019).

This mixture of the punishment of Fascist crimes, with a wide range of legislation whose production began as early as 1944 (such as RDL 134/1944), and the continuity of the State, with the restoration of pre-Fascist measures, was also applied in matters of citizenship. In this case, the competing rights were various: that between Fascist and republican law; and at the level of the interface with international law, all the Fascist legislation on the restriction of citizenship for political, religious and racial reasons, as well as the regulations concerning Italian citizens in the African colonies, with differentiations also within the African territories controlled by Italy (Del Boca, 2002; Labanca, 2002).

An aggravating factor was that the Italian legislator had to deal with the legal consequences of the Peace Treaty before the new constitution was approved. The approach adopted tended to restore the legal philosophy and some of the norms of the pre-fascist order, typical of liberal Italy, without giving great importance to new political and legal atmosphere that had now established itself throughout the Western world.

This “minimal” or “regressive” option was due to the prevailing culture of the Italian jurists: many of them, coming from a liberal formation, gave enthusiastic support to Fascism. They saw Fascism as the completion of the *Risorgimento*, finding a wide scope of action especially with the corporate reform of the 1930s (Mattone, 1986). Some of them were purged because of their strict collaboration with the darkest pages of Fascism: it is the case of Giorgio Del Vecchio, who gave a decisive contribution to the new law system of the late 1930s, based on the race (Jewish) discrimination. Nonetheless, other illustrious fascist jurists had a different fate: Antonio Azara, a member of the scientific committees of the journals “Il diritto razzista” and “La nobiltà della stirpe” was named as a president of the Cassation Court between 1952 and 1953; not to speak of Gaetano Azzoriti, president of the fascist Race Court, subjected and acquitted for a purge trial, who rose to the highest judicial office in Italy, president of the Constitutional Court in 1957 (Varnier, 2019).

Thus, the idea was to come back, when possible, to a legal pre-fascist, liberal restauration (Caroli, 2015). This approach was adopted also regarding the regulation of the Italian citizenship law; consequently, this philosophy led to a legislative and juridical chaos, resulting in a series of contradictions that were essentially dealt with at the level of jurisprudence (and not normative) and doctrinal debate. In such confused way the Italian transition in citizenship matters was implemented by the new legal order.

The following section aims to provide a brief overview of the basic principles and conditions of Italian citizenship law as it was bequeathed by fascism. Thus, the article presents a specific point regarding the consequences of the Peace Treaty on Italian citizenship law.

2 BRIEF DESCRIPTION OF PRINCIPLES OF THE ITALIAN CITIZENSHIP LAW BEFORE THE PEACE TREATY

When, on 22 February 1910, the Minister of Justice, Scialoja, presented a new law on citizenship to Parliament, the objectives were clear: to reduce international conflicts of law, to link the right to citizenship to the actual place of residence of the individual, to pay maximum attention to family relationships and, finally, to subordinate citizenship to the free choice of the individual (Senato Del Regno, 1910). The four points outlined by Scialoja represented the most advanced positions in a liberal, pre-fascist Italy. In fact, the main concern of the legislator was to limit the numerous legal conflicts concerning citizenship. These conflicts can be summed up in a simple expression: that of dual nationality, a condition that particularly affected the numerous Italians who had emigrated abroad and had acquired the nationality of the host country, automatically losing their original Italian nationality. It is possible to state that a first conflict between the rigid view of the Italian legislator with the social and demographic transformations in progress since the end of the 19th century found their first expression in the debate and approval of the first organic law on Italian citizenship.

This conflict was well known at that time: Buzzati, in particular, had proposed the adoption of the dual citizenship in response to the massive migration of Italian citizens abroad (Buzzati, 1908; Cordini, 1906); however, the Civil Code of 1865 had established as its main basis the sacred principles of uniqueness of Italian citizenship, together with its transmission *iure sanguinis*, excluding any hypothesis of dual citizenship (Bussotti, 2016). The new law adopted in 1912, Law nr. 555, reiterated this concept. Senator Polacco, the rapporteur of the law, in his speech in the Senate, defined the idea of introducing the institution of dual nationality into the Italian legal system as a “legal monster” (Senato Del Regno, 1911). In this way, possible conflicts would be resolved by ignoring objective facts. Someone drew attention to the contradictions arising from Law nr. 555/1912, including the weakening - in some specific cases - of the principle of *ius sanguinis* (De Dominicis, 1916). Nevertheless, the principles of *ius sanguinis* and unicity remained the two main axes of Italian citizenship law.

The other basic principle of the new law, in continuity with the Civil Code of 1865, was the family unit applied to the right of citizenship. And, of course, the primacy of the husband's citizenship over that of the wife and the children, with the mother's citizenship taking precedence only in the case of an unknown father (art. 1 of L. 555/1912). The risk of possible cases of dual nationality was frequent, as when a foreign wife of an Italian citizen did not lose her nationality once she acquired the Italian one (Gemma, 1913). Or when an Italian wife did

not want to take her husband's nationality and wanted to keep her original Italian nationality. In this case, the new law allowed her to remain Italian, thus breaking the principle of the family unit of citizenship (Bussotti, 2002).

The innovations introduced by law 555/1912 concerned some elements of freedom in the choice of nationality, in an attempt to avoid automatic mechanisms and the distinction between different typologies of citizenship ("full" and "small" or "minor" citizenship), the limitation of the case of statelessness, in particular in cases where the father was unknown or stateless.

The line of continuity between the Civil Code and the first organic law on citizenship in Italian law suffered some complications with the advent of Fascism. In fact, Fascism did not make many changes to the principles of Italian citizenship law; it simply limited some of the liberal aspects of Law 555/1912 and introduced different typologies of citizenship, especially in relation to Italian colonial citizens (or subjects). Nevertheless, it is possible to identify at least two other fundamental principles introduced by Fascism: firstly, that of demography. Through demographic expansion, Mussolini wanted to spread and at the same time strengthen the ties of blood that Italian law identified as the basis of a common citizenship (De Felice, 1981).

On this basis, the first mentors of Fascism developed an ideology and a theory. Grandi, for example, appealed to the civic consciousness of the Italian people, as opposed to the free individual choice postulated by Cavour (Grandi, 1922). The philosopher Giovanni Gentile expressed a similar idea speaking of the need to cement the nation in blood (Gentile, 1925).

Secondly, in this period, Italianity corresponded to Fascism; thus, all possible attacks on the integrity and security of the Fascist state were interpreted as crimes, with penal implications for the right to citizenship (Ferri, 2017; Gentile, 2017). The citizenship rights of all those who did not want to identify themselves with fascism for political, religious and racial reasons, had to be abolished.

A few months before the rise of Fascism, a decree (RDL 138/1922) established that the requirement to obtain Italian citizenship could be presented up to six months after the publication of the decree itself. What L. 555/1912 had tried to eliminate (two different categories of citizens) was reintroduced, with many people having a "minor citizenship".

The only law specifically approved by fascism on citizenship right was the RDL 1997/1934, about Amendments to the Law of 3 June 1912, No 555 on Citizenship. This decree was based on the bill presented in 1930 by minister Rocco, but that was never approved (Senato Del Regno, 1930). Its main principles coincided with those of Law 555/1912 (*ius sanguinis* and family unity), with one important addition: that of extending the possibilities of acquiring Italian

nationality to some specific persons, according to the demographic philosophy of Fascism. For example, a foreigner born in Italy automatically became Italian if, at the age of 21, he resided in Italy and did not submit a declaration to retain his original nationality. The decree, effectively approved by Fascism, established two specific measures: the modification of art. 4 and the abolition of art. 6 of L. 555/1912. In the case of art. 4, the “minor citizenship” was granted by the opinion (and not the authorisation) of the Council of State (Lampis, 1935). Italian citizenship was also granted, after six months of residence, to a citizen who had the right to apply for Italian citizenship but who, for reasons of omission, did not exercise that right. Finally, art. 6 of L. 555/1912 was abolished and its content was included in the new law, which extended the government’s discretionary power to grant Italian citizenship to specific persons and abolished the parliamentary vote that L. 555 had provided for in these cases.

The colonial experience had important consequences for citizenship law. Colonial law was not entirely new: in fact, the first one had been passed in 1913, before Fascism. RDL 315/1913, On subjection, followed by two other similar measures, regulated the legal situation of Libyan subjects: one for Tripolitania (RDL 931/1919), the other for Cyrenaica (RDL 2401/1919). Civil and political rights were established for these new Italian citizens, both for Tripolitania and Cyrenaica.

The first law passed by Fascism (L. 1267/1927) aimed to establish a single citizenship for the inhabitants of Tripolitania and Cyrenaica. The new law established the equality of this type of citizen before the law and guaranteed them civil and religious rights, including the right to practise both the Muslim and Jewish religions. This was a new measure, since in the laws of 1913 only Muslims could enjoy freedom of religion, whereas now Jews could also practise their religion (Bertola, 1937). Italian-Libyan citizens could apply for full Italian nationality if they were adults (over 21 years of age), had a minimum education (at least the third year of Italian primary school), were not polygamous and were loyal to Italy. The new law abolished the Libyan parliament, de facto eliminating any form of political participation for Italian-Libyan citizens.

Nevertheless, the Italian-Libyan citizenship was a privileged condition within the colonial law. In fact, the L. 999/1933, Organic Ordinance for Eritrea and Somalia, although establishing two autonomous governments for the two new colonies, unified all the issues related to the condition of citizenship. The new Italians were considered subjects and not citizens, as in the case of Libya. The only right they retained was that of religious freedom. The same measures were determined by the RDL 1019/1936, which established the Italian Oriental Africa and introduced a system called *assoggettamento* (“subjugation”) (Monaco, 1937).

The other important measures adopted by Fascism with regard to citizenship rights had to do with the restriction of fundamental rights on political, religious and, finally, racial grounds. In the 1920s, a series of meagre legislative measures (namely RDL 16/1926 and L. 108/1926) were introduced to deprive people of their Italian nationality for political reasons and in an arbitrary manner. In the 1930s, new measures were adopted to aggravate the economic consequences of losing citizenship for political reasons, such as RDL 1559/1930 and RDL 1295/1933.

Regarding the anti-Judaic law approved in 1938 – preceded by a famous *Manifesto* (Manifesto, 1938) and followed by a new Civil Code (Codice Civile, 1942) - it is sufficient here to refer to the vast literature on this subject (Beer, Foa & Iannuzzi, 2010; De Napoli, 2012; Losano, 2022). Nevertheless, one observation must be made: the weakening of one of the main fascist ideological principles, that of demographic expansion, in favour of citizenship restrictions for political as well as for religious reasons.

3 THE PEACE TREATY AND ITS IMPLICATIONS FOR THE ITALIAN CITIZENSHIP LAW

The Peace Treaty signed in Paris in 1947 overlapped with the work of the Constituent Assembly, whose works began in 1946 and ended in 1948; however, its members did not show any particular interest in the question of citizenship. As stated before, the liberal prevalent juridical culture that characterized Italian institutions, including the Parliament, suggested a simple return to a pre-fascist condition about the regulation of the citizenship law. On the other side, the left-wing representatives did not give great importance to such question. For instance, the Socialist Lelio Basso explicitly stated that the only relevant part regarding the Italian citizenship law should be that on the fascist legacy regarding the deprivation of citizenship for political reasons, to be included in art. 22 of the new Constitution (Assemblea Costituente, 1946). Art. 22 of the republican Constitution swept away the entire repressive and discriminatory apparatus of the fascist laws for political reasons.

Basso's approach confirms a decisive element of the transition of the Italian legal system: the illusion that it would be enough to eliminate the “fascist residues” from the legislation to have a coherent and complete system. A circumstance that led to considerable problems, especially with regard to citizenship. Recent research also demonstrated that at least a part of a fascist legacy was maintained in Italian culture, especially regarding the former colonial subjects. Thus, a still “white” Italy “invited” Italian-Eritrean and Italian-Libyan

citizens, including the Askaris, to come back to their respective homes, despite their contrary willing (Deplano, 2018).

The Constituent Assembly accepted the principle of *ius sanguinis* as the main criterion for obtaining Italian citizenship. Citizenship regulation was “de-constitutionalised”, and questions as that of the dual citizenship were not considered as good options for the new Italian legal system (Grosso, 1998). Finally, the legal status of women in relation to citizenship was also excluded from the debate: the Constituent Assembly considered that the general principles of the new Constitution were sufficient to establish legal equality between men and women.

The Peace Treaty raised very serious and complex issues, especially concerning the protection of linguistic minorities, while the Constitution clashed with a significant part of the spirit of Law 555/1912. Very soon after the adoption of the Constitution, some observers raised the question of the need for a new organic law on citizenship, in keeping with the times and the new constitutional apparatus (Bosco, 1945; Bolaffi, 1950; Monaco, 1950). It was not until 1983 that the Italian Parliament adopted a new, partial law on citizenship, L. 123/1983; nevertheless, its main aim was to remove the contradictions between the L. 555/1912 and the principles laid down in the 1948 Constitution, particularly with regard to equality between men and women (Bussotti, 1999).

In addition to the general issues mentioned above, the Italian legislator had to deal with specific issues arising from the bilateral agreements concluded after the Second World War. In short, the following can be said:

General principles: The Peace Treaty regulated the relations between Italy and its partners on the basis of some fundamental general principles. The second part of the Treaty, Political Clauses, Section Two, Nationality - Civil and Political Rights, established in art. 19 that Italian citizens residing on 10 June 1940 (the date of Italy’s declaration of war on France and Great Britain) in territory ceded by Italy to another State under peace agreements, as well as their children born after that date, shall lose their Italian nationality and acquire the nationality of the State to which the territory was ceded, with full civil and political rights. Italian-speaking citizens of full age or emancipated minors who were part of the ceded territory could apply to retain their Italian citizenship within one year. It was established that the husband’s option had no consequences for his wife, while the father’s (or mother’s if she had parental authority) implied the transmission of citizenship to minor unmarried children. The State to which the territory was ceded could, within one year from the date of the option, require the opting party to transfer his residence to Italy, while the same State had to guarantee to all persons residing on its territory “the enjoyment of human rights and fundamental freedoms”.

Coherently with this general principle, various specific situations had to be faced by the Italian legislator, on the base of the Paris Peace Treaty, namely the Julian question (art. 20), the Albanian and Ethiopian question (Part VII, art. 78), the Statute of the Free Territory of Trieste (Annex VI), the former colonial territories, especially regarding the citizenship of the Italian-Libyan citizens, especially those of Jewish or Muslim religion (Clerici, 1986; Bariatti, 1989; Alicino, 2016), finally the citizenship of Italians living in the Aegean islands. This last case was resolved through a bilateral treaty signed in Rome on 21 August 1949, supplemented by a protocol signed in Athens on 6 August 1960, (Villari, 1950; Espinoza, 2021).

4 THE MANAGEMENT OF THE LEGAL TRANSITION REGARDING CITIZENSHIP LAW: JURISPRUDENCE IN ACTION

All the situations mentioned in the point before provoked various contradiction in the Italian legal system, showing many difficulties in implementing a juridical form of transition in line with the new international order that was being set up. Here, three fundamental cases will be analysed: the “Ljubljana question”, the “South Tyrol” question and finally the “Italian-African” question. These three cases were the most problematic within the transition process of the Italian citizenship law from Fascism to post-fascism. As a matter of fact, the other two found a solution thanks to political developments. Trieste became Italian in 1954, while the Aegean question – as remembered above - was resolved through specific treaties between Italy and Greece.

1. The “Ljubljana Question”. A particularly complex issue concerned the situation of the inhabitants of Ljubljana, who, after the Italian invasion in 1941 and Royal Decree nr. 291, found themselves under the yoke of Italy. The problem concerned those who, in accordance with the Peace Treaty, had chosen to remain Italian citizens. The case presented a conflict between Italian domestic law and international law. In the first case, these citizens were to be considered Italian, while in the second case, according to international law, these persons belonged to the Yugoslav state.

In fact, the Peace Treaty of 1947 did not recognise the conquests made by Italy after 1 March 1938, including that of Ljubljana. This contradiction was not resolved by legal instruments, but at the level of jurisprudence and doctrine. A symbolic case was that of Mr Kozuh, who considered that he still had Italian nationality, even though the area in which he lived (Ljubljana) was now part of the Yugoslav State. The Court of Appeal of Milan considered that the citizens concerned in the province of Ljubljana had become Italian citizens *ipso jure*

after the annexation in 1941. Consequently, under Italian law, the annexation was valid and Mr Kozuh had to be regarded as an Italian citizen. The Peace Treaty stipulated that citizens like Mr Kozuh immediately reacquired Yugoslavian citizenship, but without necessarily losing their Italian citizenship, thus giving rise to a case of “dual nationality”.

The conclusion was that the applicant could have the right to choose Italian citizenship.³ The position of a part of the doctrine on the case was that the Court had judged fairly, but probably according to rather questionable legal criteria. Cansacchi, for example, argued that the applicant could not have exercised the right to choose, because of the dispositions of the Treaty; therefore, the status of Italian citizenship should have been annulled, as if it had never existed (Cansacchi, 1952). Biscottini, on the other hand, took the opposite opinion, arguing that - despite the fairness of the judgement - national law (and international law) did not allow for the retroactive annulment of the annexation law and the consequent granting of Italian citizenship (Biscottini, 1952). For Migliazza, the Court (and the doctrine) had taken as a criterion for determining Italian nationality in relation to annexation (in the absence of a specific law on the Italian side) “pertinence”, the use of which “seems neither acceptable nor necessary” (Migliazza, 1953).

On the contrary, it would have been necessary to use the concept of “domicile”. Hence the conclusion that, in 1941, Italian citizenship was acquired by those Yugoslav citizens “residing in the annexed territories who, at that time, were resident in the former provinces and had their last place of residence in Yugoslavia in those territories”; in the same way, Italian citizenship had to be considered lost in 1947 by those who “acquired it by virtue of the fact of annexation” and who “maintained their residence in those territories at the time of the law of execution”.

It follows that those who had not lost their Italian citizenship before 1947 had lost their Yugoslav citizenship. Contrary to the decision of the Court of Justice, the Tribunal of Milan adopted an opposite decision for a case practically analogous to the one described above⁴. A decision that was essentially shared by Bartolomei, according to which, because Italy had signed the 1947 Peace Treaty, the alleged conflict between national and international law did not exist, so that “the Yugoslav subjects belonging to the territory of Ljubljana must

³ For the text of the judgement (18 March 1952), see *Giurisprudenza italiana*, 1952, I, 2, 451- 458.

⁴ This is the Judgment of 18 March 1954, which reads as follows: “The ‘pertinent’ in the Yugoslav territories formerly annexed to Italy lost their Italian citizenship with the entry into force of the decree that made executive the Peace Treaty”, reported in *Foro Italiano*, 1954, 1338.

be considered to have always remained so, both under international law and under Italian national law”⁵.

If the doctrinal and jurisprudential disputes in the case in question were very complex, the problems in applying the provisions on options were equally complex. In this respect, it is worth noting that the wide-ranging debate was organised by the magazine *Lo Stato Civile Italiano*. In this case, one aspect was highlighted: the objective difficulty of translating the provisions of laws, regulations and ministerial circulars into administrative acts, which often contradicted each other and caused extreme embarrassment to the civil servants who had to apply the provisions of the law. The editors of the aforementioned journal stated that the “state of organised disorganisation that the Ministry continues to foster, either by remaining silent or by issuing circulars that are in complete contradiction with existing legislation” (Bartolomei, 1954: 1362). In absence of a clear law, this question continued to be treated through contradictory juridical sentences, nourishing an endless jurisprudential debate.

2. The “South Tyrol question”. The question was regulated, firstly by the Gruber-De Gasperi Agreement of September, 1946, then by the point 3.a of Annex IV of the Peace Treaty, Agreements reached between the Government of Italy and the Government of Austria (Steininger, 2003). Italy had to “revise, in a spirit of fairness and understanding, the regime of citizenship options, as a result of which the citizenship of the South Tyrol will be the Hitler-Mussolini agreements of 1939”. The 1939 agreement and the subsequent and consequent Law nr. 1241 of 21 August 1939, containing Norms for the loss of citizenship of German-speaking Italian citizens living in South Tyrol, established that who wished to transfer their residence to Germany, had to renounce their Italian citizenship.

This provision was confirmed and developed in the subsequent Rome Agreement of 21 December 1939 between the two states. Here the option of German citizenship was even more closely linked to the need to transfer residence to German soil. At the end of the war, the first question had to do with the border between the two countries. In other words, should South Tyrol be part of Austria or Italy? In Italy, the association “Friends of South Tyrol” became the reference point for defending Italian claims to the territory. The most prominent member of this association, Carlo Battisti of the Florentine section, tried to show the inconsistency of the Austrian position (Battisti, 1945; Battisti, 1956). For him, Italy’s “natural” border with Austria should be the Brenner Pass. A politically liberal approach to the question of South Tyrol had

already emerged in the discussions between the Italian and Austrian delegations following the peace agreements of 1947.

So much so that only those who, after careful investigation by the Ministry of the Interior, had affected their “civic honour”, being guilty of committing particularly serious crimes or political offences against the state, would be excluded from the possibility of regaining Italian citizenship; on the other hand, those who decided not to opt for Italian citizenship would have to be protected and “treated in the same way as all other foreigners”. The Austrian delegation did not hesitate to express its satisfaction with this approach, since “naturalised optants will be able to benefit from fair and liberal rules in order to freely decide their destiny” (Farina, 1950: 94). Thus, after DL 21/3/1947, n. 157, implying Modalities for the issuance of the certificate of citizenship to persons born in the mixed-language municipalities of the Alto Adige and of the adjoining provinces, which required people of the aforementioned territories to ask for a confirming visa issued by the Prefect of Bolzano in order to obtain the certificate of citizenship, the central measure became the DL 2/2/1948, no. 23, on Revision of the options of the South Tyrolean citizens, or Decreto Optanti (Larcher & Oberbichler, 2023).

This new decree was intended to give those who, already Italian, had opted for German citizenship following the 1939 agreements, the maximum opportunity to regain their original citizenship (art. 1). The same possibility - but with a fundamental ambiguity that was not present in the provisions of art. 1 - was granted to those who had made a similar choice by obtaining German citizenship but without transferring their residence to German territory; in this case, the decree foresaw the possibility of “reacquiring” Italian citizenship. In other words, the legislator assumed that they had previously lost it; nevertheless, paragraph 2 of art. 2 provided that these people had “always retained Italian nationality”. This ambiguity gave rise to considerable jurisprudential and doctrinal controversy, especially as it affected several hundred thousand people with regard to their citizenship status.

In both cases, the time limit for applying for Italian citizenship, thereby renouncing German citizenship, was three months from the entry into force of the decree, or one year for those who were not resident in Italy. The restriction on the re-acquisition of Italian nationality concerned all cases of persons who had “belonged to the SS” as “officers or non-commissioned officers”, as well as other persons who had been convicted of war crimes and those who, even without having been convicted, had been guilty after 8 September of “acts of cruelty, sectarian denunciations or serious acts of persecution against Italian citizens” or citizens of a state of the United Nations. The Ministry of the Interior stated that the effects of this disqualification would be extended to the wife and unemancipated minor children. Finally, the decree provided for the

suspension of the right to vote of “Italian citizens who have held leading positions in the Nazi party or its organisations similar to the Fascist party, which, according to the law, entail the suspension of the right to vote” (art. 25).

The issue that should have been settled with the above-mentioned decree, gave rise to a series of positions, interpretations and criticisms in the jurisprudence that lasted until the 1950s; thus, the South Tyrolean issue became one of the fundamental nodal points for the regulation of citizenship in the Italian legal system. The starting point of this long jurisprudential and doctrinal process is to be found in a case of inheritance.

The problem that arose concerned the choice of the civil law to be applied to the succession of the deceased Mrs Zambelli, who had chosen and obtained Italian citizenship, although she had not transferred her domicile. The Court of Appeal of Trento, which was asked to rule on the case, considered that the civil code to be applied was the Italian one, since Mrs Zambelli had not lost her Italian nationality. In this sense, the following sentence is very significant: “Alto Adige citizens who opted for German citizenship pursuant to Law nr. 1241 of 21 August 1939 lost their Italian citizenship with the formal declaration of renunciation and the granting of Italian citizenship, even if they have not moved to Germany or been removed from the lists and registers of Italian citizenship”.⁶ The Court of Cassation objected to this judgment, going so far as to annul it and transfer it to another court of law, with arguments that included the dissent of various scholars (Quadri, 1959; Farina, 1950; Bartolomei, 1948; Bartolomei, 1949).

Despite the divergent positions within the criticism, as well as in the debate between different organs of the state judiciary, the 1948 decree was the founding text that inspired legislation on the subject in the years to come. The tendency - very clear and explicit - was to promote, as far as possible, the integration of the German minorities in the life of South Tyrol (and thus of Italy), with measures aimed at equalising their access to employment opportunities and general living conditions compared to Italian-speaking citizens. The issue of South Tyrol was also to be a kind of litmus test in the Constituent Assembly, especially with regard to the protection of minorities (art. 3) and, even more, with regard to the State’s promotion of local autonomy and the “widest possible administrative decentralisation” (art. 5), with the reaffirmation of the special statute for Sicily, Sardinia, Valle d’Aosta, Trentino-Alto Adige and Friuli-Venezia Giulia in art. 116 (Palermo, 1997; Arban, Palermo & Martinico, 2021). As De

⁶ UNITED SECTIONS, 14 February 1949, No 232 - Pellegrini Presidente - Zappulli Estensore - Eula PM. (conf.) - Mayrgundter (lawyers: Perathoner, Mumelter, Mazzolani) - Mayrgundter (lawyers: Serra, Pren- CIS, Marini, D’Athena), Cassa App. Trento, 19 July 1947, reported in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 1, 524.

Gasperi stated, the recognition of “fundamental ethnic rights” was a central foundation of the new republican Italy. It was necessary to avoid giving “the feeling of wanting to make Italians of those who are German” and to ask “our German brethren to be equally loyal” to the state of which they were citizens (De Gasperi, 1947).

Therefore, as the years went by and legislation became more and more in line with the principles of the Constitution, appeals - mainly on grounds of unconstitutionality - became more frequent in relation to certain fundamental parts of the 1948 Decree, in particular to the attribution of the Italian citizenship for the people (about 75,000) who had opted for the German citizenship, having transferred their residence in Germany. These citizens found many practical difficulties in re-obtaining the Italian nationality, due to the limits that the 1948 Decree had established in this sense.

A similar chaos occurred regarding the re-admission as public servants “for those – as a bill by Prime Minister De Gasperi postulated (Senato Della Repubblica, 1951) - already employed in the State administration” and not also for non-permanent employees and employees. During the debate in the First Senatorial Commission, concerns and disagreements emerged about the government’s excessive condescension towards this particular category of citizens. The left-wing opposition was critical of the bill’s approach. For example, Senator Minio believed that those who opted for German citizenship had to be counted among those who “took this step because of their Nazi beliefs”. It was therefore “excessive charity” towards those who had “no title of charity and gratitude towards the country” (Atti Parlamentari, 1952). More pragmatic and moderate was Sen. Rizzo, who expressed his dissent not so much through ideological-political motivations, but rather through jurisprudence bases. In his opinion, the measure under discussion would not re-hire “those who have been made redundant on the basis of the option, but would re-hire staff for posts to be re-created *ex-novo*”, a circumstance that had to be related with the decree of April 1948, which prohibited new recruitment in the public administration.

The response of the majority and the government to these objections was entrusted to Andreotti, who reduced the question to a mere consequence of the peace agreements. The exceptional nature of the measure was such that it could not be invoked by anyone as a “prelude to a legislative revision of the rules established in 1948”. Finally, when the measure was presented to the Chamber (Camera Dei Deputati, 1952), the rapporteur, Mr Conci, reiterated the “democratic and humanitarian” spirit that had inspired the government in the circumstances, concluding that “this bill (...) resolves a human problem and gives legal value to the agreement reached between the two governments concerned”. Following the adoption of this first and

decisive measure, which gave substance to what had been established by the 1948 decree, another law was passed. This second law, Extension of benefits in favour of Upper Adige citizens who reacquire Italian citizenship pursuant to Article 4 of Law No 555 of 13 June 1912, established more favourable conditions, even for those who were excluded from reacquiring Italian citizenship pursuant to the Decree of 2 February 1948.

The considerable ambiguity and lack of clarity of the 1948 decree was due to the fact that the republican legislator had not decided to abolish the 1939 law in its entirety, but had legislated “in a way that was perhaps ‘democratic’ and ‘anti-totalitarian’, but legally imperfect” (Boaretto, 1985: 318): a fact that provoked - also in organs of the State, such as, specifically, the Court of Bolzano - the desire to conform, in spirit, to the letter of the Constitution, but probably contradicting the 1939 and 1948 provisions.

Practical cases demonstrated, once more, an evident legislative lack of clarity. For instance, when the Court of Bolzano had to decide whether the daughter of an opting South Tyrolean, who had moved to Germany at the time and thus lost the Italian citizenship and excluded from re-acquisition, might elect Italian citizenship, on the basis of Articles 3, no. 2 and 12 of the 1912 law on citizenship, issued a positive judgement, in effect contradicting what the 1948 decree had established.

Therefore, much more than by “arguments of strict law”, this court “allowed itself to be persuaded by reasons of equity”, invoking the anti-democratic sense of the 1939 law and, therefore, an overcoming of it *de facto* (Boaretto, 1985: 321). The absolute discretion in the granting of citizenship would directly affect the composition - and therefore the disrespect - of the minority ethnic group, and thus infringe fundamental rights. For this reason, Articles 2 and 3 of the DL 1948 were considered by the President of the Province of Bozen-Bolzano to be unconstitutional, as was - *a fortiori* - the RDL of 1926. Not of the same opinion was the Constitutional Court.

More cogent on the merits, it expressed the opinion that the Province did not have the legitimacy to raise a question on the constitutional legitimacy of either RDL nr. 16 of 10 January 1926 or DL nr. 23 of 1948, since “the Province (like the Regions) may in fact plead only the violation of constitutional provisions regarding laws of the State that result in an infringement of the sphere of co-constitutional competence guaranteed to it”.

A judgement that, as can be seen, formally protected the correct application of Italian laws, but did not resolve the question of the application of the 1948 decree in relation to the entire Italian legal order, going beyond the interests of the German-speaking population of

Upper Austria by referring to the allogens of the territories "formerly part of the Austro-Hungarian Empire" (Boaretto, 1985: 322).

Many jurists and politicians of the time were inclined to grant Italian native-born citizens almost absolute equality and opportunities with respect to all others, and to guarantee the greatest respect for fundamental rights to all other native-born citizens who wished to retain Austrian citizenship. Among the provisions inspired by these principles, it is worth mentioning the Law no. 927 of 16/11/1950. This law made it possible for the wife to exercise the faculties provided for in art. 1, 2, 11 of the DL of 1948, if the husband had disappeared "during or in the course of the war", had been taken prisoner, had been interned or had otherwise not been heard from since the entry into force of the Peace Treaty.

The other law, Law nr. 1008 of 20 July 1952, was particularly important for Upper Austrian citizens who had regained their Italian citizenship. For them, the law established the possibility, if they had been civil servants in the state administration and had interrupted their service after opting for German citizenship on the basis of the 1939 provisions, to apply for readmission to the branch of the public administration in which they had previously worked. These provisions were extended to parastatals and, if they so decided, to local authorities.

On the other hand, those who had transferred their residence abroad as a result of the option were reinstated as pensioners, but with effect from the date of the ministerial decree granting Italian citizenship. The spouses of the deceased, who had already received a pension from the State and had opted for German citizenship, were themselves granted the citizenship of the survivor's pension, if they had not opted for German citizenship, "from the day following the death of the predecessor", in the case of re-entitlement, on the basis of DL. 2.2.1948, and finally, if they had reacquired Italian nationality, from the date of the relevant decree of the Ministry of the Interior.

3. The "Italian-African question". One of the unclear points of the Peace Treaty, was the status of the former Italian East African colonies of Eritrea, Libya and Somalia. Art. 23 stated that these "possessions shall remain under their present administration until their administrative fate is decided". This meant that they would remain under British administration (only Somalia would be under Italian provisional trusteeship from 1950) and that Italy would have to give up its colonial possessions, although the treaty did not specify to which power it would have to cede these territories.

Furthermore, "nothing is said about the nationality or a right of option of the inhabitants, whether native or Italian citizens" (Kunz, 1947). Since Article 19 of the Treaty could not be applied in this respect, it had to be assumed that Italian citizens residing in the former colonies

remained Italian, even though the Treaty did not clarify this fundamental point. In his view, it was difficult to determine the status of the former colonial subjects, since the Treaty did not make any specific provision for them. It seemed certain, according to Villari, that these populations should not be considered Italian, but - with regard to their present positive condition - “any conclusion would be arbitrary” (Villari, 1950: 674).

The Peace Treaty thus opened up a series of questions of great importance for the history of Italian citizenship after the Second World War, and may well be considered a turning point for those who wish to trace its course. Italian politics and law benefited from contact with the new international reality, which tended to respect and protect subjective wills and minorities, whatever they might be. Stendardi, on the other hand, took the opposite view. According to him, “the existence of such citizenship is not incompatible with any of the new principles introduced in our legal system”, and he predicted that it would most likely “die out by dint of age, when there will be no more Libyan-Italian citizens to invoke its application in Italy”.

Nevertheless, huge problems had to be faced regarding Italian Jewish and Muslim Libyan citizens. For them, the rules of rabbinical and sharia law would have to be applied to Italian Jewish and Muslim Libyan citizens respectively - in matters of family, marriage and inheritance law, including the jurisdiction of the aforementioned rabbinical and sharia courts - with obvious problems of recognition of these rules and, above all, of decisions by the Italian legal system (Stendardi, 1957: 63-64).

Italian jurisprudence was very clear, as shown by the case of the Haddad family; a case that the Milan Court had to face almost thirty years after the signing of the Peace Treaty, in 1974.⁷ The Haddads were a family of the Jewish religion who, living in Libya, could not opt for Libyan citizenship because of the discriminatory laws of the Libyan state against the Jewish.

As a matter of fact, until 1968, the year in which the reclaiming Haddad family decided to move to Italy, Libya only provided to the Haddads a simple temporary residence permits, considering all the members of the family to be stateless. When, in 1968, the Haddads decided to move to Italy, they demanded the transformation of their Italian-Libyan citizenship into Italian citizenship *optimo iure*, given also that they could not continue to be stateless.

On the contrary, the Ministry of the Interior claimed that the Haddads had acquired the Libyan nationality, thus denying their alleged statelessness and invoking the verification of the documents that would have prevented them from acquiring Italian nationality. The court's position - and the reasons for its decision - left no room for doubt: apart from the impossibility

⁷ Tribunale di Milano, Sentenza 20 maggio 1974, Haddad e altri (avv. Nencini) contro Amministrazione dell'interno, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, 530-533.

of obtaining the requested documents, given the Libyan authorities' refusal to cooperate in any way with persons of the Jewish religion, there were grounds for concluding that the persons concerned had never acquired Libyan nationality, as testified by the Chief Rabbi of Milan. According to him, no Jew had ever acquired the nationality of that State, as evidenced by an identity document of the person concerned from 1967, which classified him as "without nationality".

Therefore, on the basis of Article 3 of the Italian Constitution and at least three sentences from the 1960s,⁸ the Court of Milan declared the applicant and his family to be Italian citizens, thus definitively resolving a long-standing issue that had been dragging on since the signing of the peace agreements in 1947.

5 CONCLUSION

The process of political and legal transition in Italy after the signing of the 1947 Peace Treaty was, as this article has tried to show, very complex and ambiguous. This is not only true with regard to the general principles that the Italian legislator had to deal with in relation to international law; the problems were even greater with regard to the specific question of citizenship. In this case, the conflict involved different areas of law, including pre-fascist and fascist legislation, which overlapped with the incipient democratic constitutional principles and the rules of international law for the protection of minorities established by the peace treaty.

The Italian legislator decided not to include the question of citizenship in the new constitution, nor to approve a new, specific law on this matter. It was an option that showed continuity with the Italian legal tradition, since the regulation of citizenship has never been included in constitutional texts in Italy. It was not the only element of continuity: law 555/1912, purged by the fascist amendments regarding the restriction of fundamental rights for certain categories of citizens, represented the basis of the new democratic and republican citizenship. The *ius sanguinis*, the non-acceptance of dual nationality, the unity of citizenship within the same household were the basic principles that the Italian legislator maintained, drawing inspiration from the only legal tradition that was acceptable both nationally and internationally, the liberal one. Nevertheless, some contradictions remained: not all the fascist norms on citizenship were abolished, as the article states, in particular those concerning the former African colonial territories or the South Tyrolean citizens. Thus, in this delicate transition, there

⁸ These are: Cass. sentence 1 February 1962, no. 191; Corte d'Appello di Milano, sent. 15 Aprile 1956, in causa Amministrazione dell'Interno c. Pellegrino; Cass., sent. 31 luglio 1967, no. 2035.

was a partial legal - and administrative - continuity with fascism. Moreover, the clauses on the protection of linguistic minorities in South Tyrol, Ljubljana and the Free State of Trieste provoked numerous cases of uncertain legal regulation. Perhaps the most incredible case was the *de facto* retention of Italian-Libyan citizenship, as seen above. In the absence of a legal regulation that should have responded to the need to avoid statelessness, in the absence of Libyan citizenship, given that the Libyan state had not yet been formally constituted, it was the jurisprudence that had to deal with situations like this, responding with the few instruments at its disposal.

Since the Italian legislator did not clarify such elements in a specific law - adopted only in 1983 - it was concluded that this confusion of cases was resolved by often contradictory court rulings. This situation demonstrated the obsolescence of Italian law on various issues relating to nationality. In fact, the Peace Treaty opened the door to a much-needed revision of citizenship law, in particular as regards the recognition of dual citizenship, full equality between men and women and, finally, the possibility of having families of different nationalities.

The changes and adaptations resulting from the peace treaty and the rapid social changes in Italy have taken place in a lawless environment. The most important aspects of the citizenship issues highlighted in this work were, in fact, resolved spontaneously. Trieste ceased to be a free territory in 1954, with the London Memorandum, and was reintegrated into Italian territory. Libya became an independent state in 1951, automatically resolving the question of the citizenship of the former Italian-Libyan citizens; South Tyrol became a bilingual region with a special constitutional status, thus attenuating the problems related to the legal aspect of citizenship; and finally, the citizens of the Aegean islands, Eritrea and Somalia became citizens of the respective states or of the colonial powers that controlled them until their independence. The solution to the legal transition of Italian citizenship from Fascism to the Republic was soft and confused, left to jurisprudence rather than legislation. It is probably for this reason that critics have largely ignored what happened to citizenship after the signing of the Treaty of Paris. However, the lives of entire families and individuals have been greatly affected by this enormous legislative vacuum, which this work has attempted to recall.

A definitive solution to many problems relating to citizenship was only possible with the adoption of L. 91/1992. This law introduced the institution of dual citizenship into the Italian legal system, healing old wounds caused by the maintenance of a restrictive principle (the uniqueness of citizenship), without taking into account the demographic and social changes that had taken place within the Italian population since the end of the 19th century. But this is a new history that cannot be dealt with in this short essay.

REFERENCES

ALICINO, Francesco. Cittadinanza e appartenenza confessionale: il caso tunisino. **Quaderni di diritto e politica ecclesiastica**, n. 1. 2016, p. 227-232

ARBAN, Erika, PALERMO, Francesco & MARTINICO, Giuseppe (Eds.). **Federalism and Constitutional Law. The Italian Contribution to Comparative Regionalism**. London and New York: Routledge, 2021.

ASSEMBLEA COSTITUENTE. **Progetto di Costituzione - Disegni di legge - Relazioni – Documenti**. Rome, 1947.

ASSEMBLEA COSTITUENTE. CCXI. Seduta di giovedì 31 luglio 1947. Presidenza del Presidente Terracini. **Intervento di De Gasperi**, Presidente del Consiglio dei Ministri. Rome, 31/07/1947, 6553.

ASSEMBLEA COSTITUENTE. **Atti della Commissione per la Costituzione, vol. II. Relazioni e Proposte**. I Sottocommissione, Relazione del deputato Basso Lelio sulle libertà civili, 7. Rome: 1947

BARBAGALLO, Francesco. La formazione dell'Italia democratica. *In*: BARBAGALLO, Francesco (Ed.). **Storia dell'Italia repubblicana, I. La costruzione della democrazia**. Turin: Einaudi, 1994, p. 85- 96.

BARIATTI, Stefania. **La disciplina giuridica della cittadinanza italiana**. Milan: Giuffrè, 1996.

BARTOLOMEI, Massimo Donato. Una questione di cittadinanza sorta col Trattato di pace del 1947. **Foro italiano**, vol. 77. Nr. 9, 1954, p. 1357-1358.

BASCIANI, Alberto. **L'impero nei Balcani: 1939-1943**. Rome: Viella, 2022.

BATTISTI. Carlo. Il problema politico dell'Alto Adige. **Rivista di Studi Politici Internazionali**, vol. 12, nr. 1-4, 1945, p. 21-49.

BATTISTI. Carlo. **L'Italia, l'Austria e l'Alto Adige**. Florence: Istituto di Studi per l'Alto Adige, 1956.

BEER, Marina, FOA, Anna & IANNUZZI, Isabella (Eds.). **Leggi del 1938 e cultura del razzismo**. Rome: Viella, 2010.

BELL, Christine. Transitional Justice, Interdisciplinary and the State of the “Field” or “Non-Field?”. **International Journal of Transitional Justice**, vol. 3, 2009, p. 5-27.

BERTOLA, Arnaldo. **Il problema confessionistico negli ordinamenti scolastici libico e rodio**. Rome: Arte della Stampa, 1937.

BISCOTTINI, Giuseppe. L'omissione di Ljubljana ed i suoi riflessi in tema di cittadinanza. **Foro padano**, I, 5, 1952.

BOARETTO, Emilio. Sulla elezione della cittadinanza italiana da parte del figlio di optante altoatesino. **Rivista di diritti internazionale privato e processuale**, 1965, p. 312-322

BOLAFFI, Renzo. Per l'elaborazione di una nuova legge. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1950.

BOSCO, Giacinto. Doppia cittadinanza e rappresentazione politica degli italiani residenti all'estero. **Rivista di Studi di Politica Internazionale**, vol. 12, nr. 14, 1945, p. 101-107.

BROWN, Ed. The United Nations, Self-Determination, State Failure and Secession. **E-International Relations**, 2020, p. 1-14. Available at: https://www.e-ir.info/pdf/81038?_gl=1*i2rony*_ga*NDA4NDM0MjkwLjE3MjA0MjEwMDg.*_up*MQ.*_ga_8FMZEN5RFX*MTcyMDQyMTAwOC4xLjEuMTcyMDQyMTAwOC4wLjAuMA.

BUSSOTTI, Luca. I diritti di cittadinanza delle donne nella storia italiana. In: BAROTNI, Maria & BORIS, Daniela (Eds.). **Lo stato delle donne dalla Costituente all'Italia delle riforme**. Rome: ARLEM Editore, 1999, p. 18-37.

BUSSOTTI, Luca. **La cittadinanza degli italiani**. Milano: Franco Angeli, 2002.

BUSSOTTI, Luca. A History of Italian Citizenship Law during the Era of the Monarchy. **Advances in Historical Studies**. 5, 2016, p. 143-167.

BUZZATI, Giulio Cesare. La doppia cittadinanza studiata nei rapporti tra l'Italia e la Repubblica Argentina. **Rivista Coloniale**, 1908

CAMERA DEI DEPUTATI. **Atti Parlamentari**. Relazione della 1^a Commissione permanente (Relatore: Conci Elisabetta) sul Disegno di legge approvato dalla 1^a Commissione Permanente (Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno) del Senato della Repubblica nella seduta del 7 febbraio 1952 (Stampato No. 2083), Norme a favore degli alto-atesini riopianti per la cittadinanza italiana, Presentata alla Presidenza il 3 giugno 1952, n. 255 I – A.

CANSACCHI, Giorgio. Annullamento di annessione e consequenziale annullamento dell'acquisto di cittadinanza. **Giurisprudenza italiana**, I, 2, 1952, p. 451-454.

CAROLI, Paolo. The Role of the Judiciary Within the Construction of Collective Memory. The Italian Transition. **Wroclaw Review of Law, Administration & Economics**, 5(1), 2015, p. 162-179

CAROLI, Paolo. **La giustizia di transizione in Italia**. PHD Thesis. Trento: University of Trento, 2017. Available at: eprintsphd.biblio.unitn.it/1981/1/Paolo_Caroli_-_Tesi_dottorato_.pdf

CAU, Maurizio. Continuity in Rupture: The Italian and German Constitutional Culture After 1945. In: SPÄTH, Jonas (Ed.) **Does Generation Matter? Progressive Democratic Cultures in Western Europe, 1945-1960**. Palgrave Studies in the History of Social Movements. Cham: Palgrave Macmillan, 2018, p. 71-92

CIALDEA, Basilio. L'Italia e il trattato di pace. *In*: BONANNI, Massimo (Ed.). **La politica estera della Repubblica italiana**, vol. II. Rome: Istituto Affari Internazionali, 1967, p. 349-415.

CIALDEA, Basilio & VISMARA, Maria (Eds.). **Documenti della pace italiana**. Rome: Edizioni Politica Estera, 1947

CLERICI, Roberta. A proposito del riacquisto della cittadinanza italiana. **Rivista dir. int. priv. proc.**, vol. XXII, 1986, p. 575-587

CORDINI, Giovanni. Cittadinanza e migrazioni. Una introduzione alla prolusione accademica tenuta da Giulio Cesare Buzzati nel novembre 1906. **Il Politico**, LXXVIII, n. 3, 2013, p. 212-225.

DE CASTRO, Diego. **La questione di Trieste: l'azione politica e diplomatica dal 1943 al 1954**. 2 vol. Trieste: Edizioni Lint, 1981

DE DOMINICIS, Felice. **Commento alla legge sulla cittadinanza del 13 giugno 1912**. Turin: UTET, 1916.

DE FELICE, Renzo. **Mussolini il duce. Lo Stato totalitario 1936-1940**. Turin: Einaudi, 1981.

DE GASPERI, Alcide. **Discourse at the 1947 Paris Conference of Peace**. Rome: Archivio Luce Cinecittà, 1947. Available at: https://www.youtube.com/watch?v=pBaPZT_QX9E [updated: 02 January 2024].

DE GASPERI, Alcide. **Il ritorno alla pace**. Rome: Cinque Lune, 1977.

DEGNI, Francesco. **Della cittadinanza**. Turin: UTET, 1921.

DEL BOCA, Angelo. **Gli italiani in Africa Orientale. La caduta dell'impero**. Rome-Bari: Laterza, 1982.

DEL NEGRO, Silvia. Bilinguismo asimmetrico in Alto Adige: lo spazio sociolinguistico. *In*: BOMBI, Raffaella (Ed.). **Nuovi spazi comunicativi per l'italiano nel mondo. L'esperienza di 'valori identitari e imprenditorialità'**. Udine: Forum, p. 59-67.

DE NAPOLI, Olindo. La verità della scienza e l'autonomia del diritto. Le leggi razziste nell'Italia fascista. **Zapruder**, n. 29, 2012, p. 146-153

DEPLANO, Valeria. Within and outside the nation: former colonial in post-war Italy. **Modern Italy**, 23(4), 2018, p. 395-410.

DE ROBERTIS, Antonio. **Le grandi potenze e il confine giuliano, 1941- 1947**. Rome-Bari: Laterza, 1983

ESPINOZA, Filippo. Quando i Castelrossini divennero italiani. *In*: AGLIETTI, Marcella (Ed.). **Citizenship Under Pressure**. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 2021, p. 55-69.

FARINA, Antonio. **Le opzioni dell'Alto Adige**. Rome-Bolzano: Edizioni dell'Istituto dell'Assistenza Legale agli Optanti, 1950.

FERRI, Giordano. La cittadinanza e la personalità dello Stato nel regime fascista. **Quaestio**, 3, 2017, p. 281-295.

GAZZETTA UFFICIALE DEL REGNO D'ITALIA. **Codice civile del Regno d'Italia**. Rome, 1942.

GEMMA, Scipione. **Legge 13 giugno 1912 sulla cittadinanza**. Rome: Athenaeum, 1913.

GENTILE, Emilio. La cittadinanza nel regime totalitario fascista. **Quaestio**, 3, 2017, 271-280.

GENTILE, Giovanni. Origine e dottrina del fascismo. In: **Enciclopedia Italiana**. Rome: 1925.

GRANDI, Dino. **Le origini e la missione del fascismo**. Bologna: Cappelli, 1922.

GROSSO, Enrico. La cittadinanza: appartenenza, identità e partecipazione dallo Stato liberale alla democrazia contemporanea. In: VIOLANTE, Luciano (Ed.). **Storia d'Italia, Annali 14, Legge, Diritto, Giustizia**. Turin: Einaudi, 1998, p. 107-142.

IL FASCISMO e i problemi della razza. Il Giornale d'Italia, Roma, 14 jul. 1938.

INZAGHI, Rebecca, LUNARDELLI, Carlo, MARBÁN, Javier & PEDROTTI, Enrico. The Italian transition after the Second World War. **Academia**, w.d. Available at: https://www.academia.edu/43094503/The_Italian_transition_after_the_Second_World_War.

KUNZ, Josef. Nationality and option clauses in the Italian Peace Treaty of 1947. **The American Journal of International Law**, vol. 41, nr. 3, 1947, p. 622-631

LABANCA, Nicola. **Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana**. Bologna: Il Mulino, 2002.

LAMPIS, Gianni. Le nuove norme in materia di concessione della cittadinanza italiana. **Rivista di diritto pubblico**, 1935.

LARCHER, Valerio & OBERBICHLER, Sara. **Le Riopzioni sudtirolesi**. Innsbruck-Bolzano: University of Innsbruck, 2023. Available at: https://www.uibk.ac.at/zeitgeschichte/remigra/ergebnisse/dateien/findbuch_ita_14032023.pdf

LOSANO, Mario. **Tra lex e ius: le leggi razziste del fascismo e le amnistie postbelliche. Una nota anche bibliografica**. Frankfurt am Main: Max Planck Institute, 2022.

MATTONE, Antonello. Il mondo giuridico italiano fra fascistizzazione e consenso: uno sguardo generale. In: MAZZACANE, Aldo (Ed.). **I giuristi e lo Stato liberale in Italia fra Ottocento e Novecento**. Napoli: Liguori, 1986.

MIGLIAZZA, Alessandro. A proposito di una questione controversa in materia di cittadinanza. **Foro padano**, 1953, p. 97-100.

MONACO, Riccardo. Caretteri della sudditanza dell'Africa Orientale Italiana. **Rivista di diritto pubblico**. I, 1937, p. 239-247.

MONACO, Riccardo. Doppia cittadinanza e tutela della cittadinanza. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1950, p. 639-651.

PALERMO, Francesco. Federalismo Asimmetrico e Riforma Della Costituzione Italiana. **Le Regioni**, n. 2/3 1997, p. 291-310.

PAVONE, Claudio. **Alle origini della repubblica**. Turin: Bollati Boringhieri, 1995.

QUADRI, Rolando. Cittadinanza. *In*: **Novissimo Digesto Italiano**. Turin, 1959.

RICCOBONO, Francesco. Tra storia e diritto. Il problema della continuità dello Stato dal fascismo alla Repubblica. **Parolechiave**, 1-2/2019, p. 35-44.

SENATO DEL REGNO. Disegno di legge "Sulla Cittadinanza" presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Scialoja). *In*: **Atti Parlamentari, Legislatura XXIII, Prima sessione, Documenti, Disegni di legge e Relazioni**, 4. Rome, 1910.

SENATO DEL REGNO. Legislatura XXVIII, 1ª Sessione 1929-30. **Disegno di legge** presentato dal Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto (Rocco), 7 marzo 1930 – Anno VIII, **Sulla cittadinanza**, N. 394. Rome: 1930.

SENATO DELLA REPUBBLICA. **Disegni di legge e Relazioni - 1948-51**. Disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (De Gasperi) di concerto col Ministro dell'Interno (Scelba) e col Ministo ad interim del Tesoro (Vanoni) Comunicato alla Presidenza il 18 dicembre 1951, Riammissione negli impieghi, le pensioni e l'assistenza degli alto-atesini che riacquistano la cittadinanza italiana, no. 2083. Rome: 1951.

SENATO DELLA REPUBBLICA. **Atti Parlamentari**, I Commissione (Affari della Presidenza del Consiglio e dell'interno), *81ª Riunione* (7 febr. 1952), 663.

STEININGER, Rolf. **South Tyrol, A Minority Conflict of the Twentieth Century**. New York: Routledge, 2003.

STENDARDI, Giovanni. Una interessante questione in tema di cittadinanza. **Il Foro Padano**, 1957, p. 61-64.

TAMM, Ditlev. Nazism and its legal aftermath: Coming to terms with the past after the World War II. *In*: RASK MADSEN, Mikael & THORNHILL, Chris (Eds.). **Law and formation of Modern Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TOGLIATTI, Palmiro. **Discorsi alla Costituente**. Rome: Editori Riuniti, 1973.

VARNIER, Giovanni. Giuristi italiani tra il retaggio del Risorgimento, la Grande Guerra e il Fascismo. I profili biografici dei protagonisti. **Storia e Politica**, XI, 2, 2019, p. 250-265.

VILLARI, Salvatore. Italiani dell'Egeo e sudditi coloniali. **Rivista trimestale di diritto e procedura civile**. 1950

A COOPERAÇÃO PROCESSUAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE PROCEDURAL COOPERATION AND THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira¹

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo examinar o princípio da cooperação processual, em uma faceta dogmática. Emprega o método dedutivo, para executar uma pesquisa qualitativa e exploratória, baseada em análises bibliográfica e documental. Identifica que a cooperação processual é tanto uma terceira via para a dicotomia dos modelos adversarial/inquisitivo quanto uma consequência da democratização do processo, que vincula a jurisdição à soberania popular e aos direitos fundamentais, a partir da constitucionalização do contraditório e do devido processo legal. Compreende que a cooperação processual, enquanto norma fundamental do processo, está umbilicalmente ligada aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, contribuindo para a concretização infraconstitucional desses. Analisa que a boa-fé processual ajuda na concretização da cooperação processual, pois também está associada ao devido processo legal e ao contraditório substancial, o que acaba refletindo nos demais institutos da legislação, a exemplo dos negócios jurídicos processuais, do saneamento compartilhado, da carga dinâmica do ônus da prova e dos deveres cooperativos do magistrado. Por fim, conclui que a cooperação processual é um direito fundamental do cidadão, que contribui para a produção de decisões judiciais legítimas.

Palavras-chave:

Cooperação processual. Devido processo legal. Código de Processo Civil.

Abstract:

This article aims to examine the principle of procedural cooperation, from a dogmatic perspective. It employs the deductive method to carry out a qualitative and exploratory research, based on bibliographic and documentary analyses. It identifies that procedural cooperation is both a third way to the dichotomy of adversarial/inquisitive models and a consequence of the democratization of the process, which links jurisdiction to popular sovereignty and fundamental rights, based on the constitutionalization of the adversarial proceedings and due legal process. It understands that procedural cooperation, as a fundamental rule of the process, is umbilically linked to the constitutional principles of due legal process and adversarial proceedings, contributing to their infra-constitutional implementation. It analyzes that procedural good faith helps in the implementation of the procedural cooperation, as it is also associated with due legal process and substantial adversarial proceedings, which ends up reflecting on other institutes of the procedural legislation, such as procedural conventions, shared procedural sanitation, dynamics distribution of the burden of proof and the magistrate's cooperative duties. Finally, it concludes that procedural cooperation is a citizens' fundamental right, which contributes to the production of legitimate judicial decisions.

Keywords:

Procedural Cooperation. Due Process of Law. Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

Levando em conta a promulgação da Constituição Federal de 1988, todo o ordenamento jurídico brasileiro passa a ser enxergado por uma lente de viés democrático, o que implica em uma série de mudanças, notadamente, na interpretação e aplicação do direito.

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Professor Efetivo da Unidade Acadêmica de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Advogado.

Não poderia ser diferente com o direito processual civil, consoante ser tratado não mais como o mero ramo do direito público que é responsável pela pacificação social, eis que o próprio texto constitucional dá conta de positivar direitos fundamentais pertinentes à seara processual. Consoante a democratização buscada pela Constituição Federal, o direito processual civil passa por uma série de modificações, eis que o Código de Processo Civil vigente, de 1973, além de ser uma legislação outorgada durante o período ditatorial, não correspondia mais à realidade jurídica, política, social e tecnológica brasileira.

Dentro desse panorama, a partir de uma comissão de juristas, é criado o Código de Processo Civil, que após amplos debates no Congresso Nacional, é promulgado em 2015. Com efeito, a novel legislação processual apresenta uma série de mudanças para a sistemática processual, trazendo novos institutos jurídicos que alteraram a dinâmica procedimental, com a vantagem de ter sido produzido por uma comissão de especialistas, com amplo debate e de ser promulgado sob a égide de uma Constituição democrática. Enquanto instrumento de concretização e reivindicação de direitos, o processo civil brasileiro passa a ter, na cooperação processual, um novo norte para o seu desenvolvimento, cuja previsão reside no art. 6º da referida codificação.

O estudo da cooperação processual é justificado na medida em que se trata de uma norma cuja aplicação pode proporcionar um caráter democrático ao processo e coibir práticas abusivas. Nesse conspecto, cabe indagar no que consiste, dogmaticamente, a cooperação processual, quais são as suas origens e quais reflexos produz na aplicação do próprio Código de Processo Civil. Ademais, também se faz necessário investigar a relação dela com os outros institutos do direito processual civil, bem como com os do direito constitucional, além dos seus limites, considerando a questão da eticização processual.

É nesse contexto que a presente pesquisa será desenvolvida, tendo como objetivo geral analisar, dogmaticamente, o princípio da cooperação processual, visando identificar seu pano de fundo, sua estrutura e sua forma de aplicação, diante do direito processual civil. Como objetivos específicos, pretende: a) identificar a origem histórica da cooperação processual e sua relação com a democratização do processo; b) compreender sua relação com os princípios do devido processual legal e do contraditório, esquadrihando seu conceito enquanto norma fundamental do processo; c) analisar a sua aplicação através dos outros institutos do direito processual civil que tem direta ligação com o seu conteúdo.

Quanto à metodologia, a pesquisa aqui pretendida será qualitativa e exploratória, com execução a partir do método dedutivo, pois partirá de ideias e construções gerais sobre a constitucionalização do processo, até chegar aos elementos específicos da cooperação

processual no âmbito do direito processual brasileiro. Em seu desenvolvimento, o trabalho terá como suporte a análise bibliográfica, compreendendo livros, capítulos de obras coletivas e artigos de direito constitucional e de direito processual civil, além da análise documental, especialmente do Código de Processo Civil de 2015.

Em termos de divisão retórica, a primeira seção estará voltada aos estudos da democratização do processo e da evolução histórica da cooperação processual, compreendendo uma análise nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Já a segunda seção se ocupará da fundamentação constitucional da cooperação processual, considerando sua relação com os princípios do devido processo legal e do contraditório, bem como seus aspectos conceituais e estruturantes. Por fim, a terceira e última seção se debruçará sobre os institutos processuais correlacionados à cooperação processual, como a boa-fé processual, os negócios jurídicos processuais, o saneamento compartilhado, a carga dinâmica do ônus da prova e os deveres cooperativos do magistrado.

2 A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL, OS MODELOS DE GESTÃO PROCESSUAL E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

A análise da cooperação processual perpassa, necessariamente, pela compreensão do que é a chamada democratização processual, movimento a partir do qual o exercício da jurisdição é associado à soberania popular, como fonte do poder estatal, e aos direitos fundamentais. Dessa maneira, o contraditório e o devido processo legal são revistos, considerando, de um lado, a figura dos princípios contidos no texto constitucional e, de outro, a participação do povo como intérprete e destinatário da norma jurídica. A constitucionalização do processo ocorre, em um primeiro momento, com a presença de direitos fundamentais que envolvam as normas processuais – como o devido processo legal e o contraditório, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal – e a presença de normas infraconstitucionais que concretizem as diretrizes procedimentais previstas pela Constituição. Em um segundo momento, a constitucionalização do processual sinaliza que a própria Constituição será utilizada como parâmetro interpretativo das normas processuais, as quais devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais e, principalmente, da dignidade da pessoa humana – que, no caso do direito brasileiro, é um dos fundamentos constitucionais do Estado, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (Nunes, Bahia, Pedron, 2020, p. 122-123; Madeira, 2008, p. 150-153; Didier Júnior, 2016, p. 159-160).

Na democratização processual, a consequência direta para a prática jurídica está em um rearranjo dos papéis desempenhados pelos atores processuais, o que cria uma fuga do processo como um fenômeno completamente centrado no juiz. Daí, então, a necessidade de discutir a cooperação processual, enquanto instituto que orienta a atuação das figuras que atuam no processo (Nunes, 2008, p. 253-256). Ademais, além da constitucionalização do processo, existe a figura da globalização, que leva a uma aproximação entre as matrizes do direito romano-germânico do *civil law* e o direito consuetudinário do *common law* (Taruffo, 2017, p. 13-17) – o que é percebido com a sistemática de precedentes judiciais desenhada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Verificando a maneira que a dogmática processual estuda a condução do processo, são identificados diferentes modelos de gestão do processo, que deslocam o protagonismo entre as partes e o julgador. Se o impulso processual for centrado na figura dos litigantes, tem-se o modelo adversarial, caso esteja voltado ao julgador, tem-se o modelo inquisitivo. Essa distinção não deve, contudo, se visto de forma absoluta, sob pena de se incidir em uma interpretação grosseira e falaciosa, já que o processo é construído, de maneira equilibrada, entre partes e julgador. Na realidade, a distinção entre os modelos é promovida, para fins doutrinários, como uma forma de identificar as origens históricas do sistema processual e compreender como são desenvolvidas as relações jurídicas processuais (Moreira, 2004, p. 56-61; Damaška, 1986, p. 3-8).

Pela sistemática adversarial, o juiz é um simples expectador, que atua como árbitro, do duelo entre as partes, as quais detêm uma maior autonomia nas relações processuais, sendo responsáveis tanto pela definição das questões fáticas e jurídicas, quanto pela produção das provas cabíveis. Já na sistemática inquisitiva, há uma limitação à liberdade das partes, pois é o juiz que conduz o próprio processo em si – o que inclui a etapa probatória. No que concerne à divisão de trabalho, a sistemática adversarial implica em uma relação isonômica, simétrica e igualitária entre partes e julgadores com vistas à garantia da igualdade formal, ao passo que o modelo inquisitivo traz consigo uma hierarquia entre partes e julgadores, de modo que se forma o tripé processual, com o juízo no topo e os litigantes na base (Damaška, 1986, p. 105-108. Fonsêca, 2013, p. 791; Didier Júnior, 2013, p. 209; Aulio, 2017, p. 38-43).

O modelo adversarial tem uma tendência a ser associado com uma leitura mais privativa do processo e é predominante em países do *common law*, ao passo que o modelo inquisitivo é associado ao *civil law* e tem uma veia publicista, fortemente ligada à instrumentalidade processual e à função social do processo. A escolha por um ou outro modelo incumbe ao legislador que, no momento da elaboração da legislação processual, elege

os institutos jurídicos pertinentes – inclusive, de maneira geral, o que se verifica nas legislações processuais é a adoção de elementos de ambas sistemáticas, como é o caso do direito processual brasileiro (Fonsêca, 2013, p. 790-792; Jolowicz, 2000, p. 176-177; Bedaque, 2013, p. 113-117; Didier Júnior, 2019, p. 68-69).

A cooperação processual é encarada como uma terceira via para além da dicotomia dos modelos adversarial e inquisitivo, ao redimensionar a divisão de trabalho entre os agentes que atuam no processo, os quais compõem a chamada comunidade de trabalho processual. Ademais, a cooperação processual insere o elemento dialógico no direito processual, de modo que há uma articulação entre todos que compõem a dita comunidade para a construção da decisão de mérito. Logo, todos os sujeitos processuais devem cooperar com o próprio processo (Didier Júnior, 2013, p. 211-213; Pereira; Barros, 2021, p. 531-532; Nunes, 2008, p. 215-217).

Passando para o prisma histórico, a origem da cooperação processual remonta ao ano de 1877, quando, na Alemanha, foi produzida a *Zivilprozessordnung*, legislação que ordena o processo civil alemão nas primeira e segunda instâncias da jurisdição ordinária – trata-se da legislação equivalente ao Código de Processo Civil brasileiro –, sendo uma decorrência da *Gerichtsverfassungsgesetz* – traduzida livremente como Lei de Organização Judiciária (Côrrea, 2010, p. 11-13; Kochem, 2016b, p. 314-315). É a produção da referida legislação que marca a distinção, na doutrina processual alemã, entre as relações jurídicas de direito processual das de direito material (Beneduzi, 2018, p. 24-26).

Assim como ocorre com as normas fundamentais do processo, o direito processual civil alemão também é regido por princípios informadores, os quais são denominados de máximas processuais – *Prozessmaximen* – e que estão relacionados aos direitos fundamentais de índole processual (Beneduzi, 2018, p. 75-76; Côrrea, 2010, 2021). Dentre esses princípios destaca-se a cooperação processual, denominada de *Kooperationsmaxime*, que determina ao julgador a vedação à produção de decisões surpresas e a imposição de uma manifestação prévia das partes – independente da cognoscibilidade da matéria –, havendo, inclusive, um dever de auxílio pelo magistrado. Esse princípio irá influenciar dispositivos da legislação processual alemã, orientando a conduta das partes e a gestão processual (Beneduzi, 2018, p. 80-81; Greger, 2016, p. 305).

Entre 1877 e 1977, o processo civil alemão experimenta várias reformas, que vão ampliando o número de institutos vinculados à cooperação processual. Com as alterações, são inseridos dispositivos legais, como os §§ 130, 138, 139, 144, 272, 275, 348, 448, 501 e 502, que alteram substancialmente a condução do processo e reforçam o caráter dialógico que as

relações jurídicas processuais devem ter. Sintetizando os dispositivos, o juízo tem o dever de dialogar com as partes sobre a questão litigiosa, fixando, inclusive, prazo para que sejam esclarecidos fatos relevantes, indicados os meios de prova e esclarecidas questões obscuras ou que pendam dúvidas. Há um dever comum, tanto das partes quanto do julgador, na construção de uma decisão de mérito correta, de tal sorte que até o próprio procedimento pode ser, flexibilizado, mediante acordo celebrado entre os membros da comunidade de trabalho processual (Kochem, 2016b, p. 314-319; Greger, 2016, p. 301-305).

A última alteração relevante no processo civil alemão ocorreu em Stuttgart, elaborada por Rolf Bener, a partir dessa instrumentalidade flexibilizada acima mencionada. O modelo cooperativo de Stuttgart prevê uma audiência preliminar, marcada entre 8 (oito) e 10 (dez) semanas do protocolo da petição inicial, devendo o réu, nesse período, apresentar sua defesa. Em face da documentação apresentada, com a realização da audiência, a câmara julgadora debate as questões fáticas e as provas colhidas, emitindo um parecer sobre o litígio. Atualmente o modelo processual pode tanto se valer de audiências preliminares quanto de manifestações escritas, cuja escolha cabe ao juiz presidente, considerando as características da demanda em análise (Greger, 2016, p. 302-304; Kochem, 2016b, p. 317-319; Côrrea, 2010, p. 30-31).

Para a doutrina alemã, a cooperação processual é enxergada, em linhas gerais, como um princípio fundamental que orienta as partes e o julgador, em especial, na condução procedimental e material do processo. A consequência desse modelo está na presença, como mencionado, de deveres dialógicos entre os componentes da comunidade de trabalho, que cooperam entre si na construção da decisão (Greger, 2016, p. 309; Kochem, 2016b, p. 342). Aprofundando a questão, verificam-se quatro interpretações doutrinárias para a figura da cooperação processual, que pode ser retratada como um ponto de equilíbrio entre os princípios dispositivo e inquisitivo; como a junção do princípio dispositivo, com o princípio da verdade material e com os deveres dialógicos do julgador; como uma proteção contra decisões surpresas e; como uma estrutura de colaboração que independe das partes (Kochem, 2016b, p. 325-341). Esse modelo dá azo ao chamado contraditório participativo, manifestado como a possibilidade concreta da comunidade de trabalho influenciar na construção da decisão (Nunes, 2006, p. 39).

Nesse prisma, o modelo de cooperação de Stuttgart vai servir de inspiração para o Código de Processo Civil de 2015, principalmente no instituto do contraditório substancial, notadamente pela participação de membros da Escola Mineira de Processo na elaboração da referida legislação, a exemplo de Dierle Nunes (Bahia; Silva; Pedron, 2018, p. 18-22; Picardi;

Nunes, 2011, p. 101-110). Por outro lado, há também influência da cooperação processual portuguesa, a partir dos estudos de Fredie Didier Júnior, que também participou da comissão de notáveis responsável pelo anteprojeto do Código de Processo Civil.

Pensando no processo lusitano, a cooperação processual foi adotada, como princípio jurídico, em Portugal a partir das reformas processuais de 1995 e 1996, com o fito de promover a integração das normas processuais, levando a positivação de deveres dialógicos para as partes e para o julgador. Com sua inserção, a cooperação processual foi categorizada como um princípio informativo do processo civil português e tem sua residência no art. 266, 1 do Código de Processo Civil. O referido dispositivo legal, em seu teor, determina que os magistrados, os advogados e as partes cooperem entre si para obter a justa composição do litígio com a maior brevidade e eficácia possíveis (Coelho, 2020, p. 287-293).

No direito português, a consequência direta da cooperação é que todos os envolvidos na demanda devem comparecer em juízo para fornecer informações e esclarecimentos, tanto sobre a matéria fática quanto jurídica, que se mostrem necessários para a adequada solução do litígio. Nessa esteira, há uma conexão da cooperação com a boa-fé processual e com o contraditório, pois a condução do processo é aberta para uma maior participação das partes. Por outro lado, o art. 519 consigna que todas as pessoas devem cooperar para a busca da verdade, respondendo as perguntas que lhe forem feitas e se submetendo as diligências necessárias, sob pena de se sujeitar ao pagamento de multa, à aplicação de meios coercitivos e à inversão do ônus probatório. Afora as sanções, ainda há aplicação da punição por litigância de má-fé, que é caracterizada como violação ao dever de cooperação pelo art. 542, 2, c, com o pagamento, pelo litigante, de indenização à parte prejudicada, nos termos do art. 456, 1 (Coelho, 2020, p. 294-295).

Em face das exigências que direciona as partes e aos juízes, o princípio da cooperação tem o condão de servir como norma de integração e concretização do processo civil. Há uma consequência direta para os magistrados, cujos deveres de esclarecimento, prevenção, assistência às partes e de consulta sobre os pontos de fato e de direito relevantes tem natureza cogente. O descumprimento da cooperação processual pelo julgador se sujeita ao regime de nulidades da legislação portuguesa, anulando o ato praticado e aqueles que lhe são dependentes, por força do art. 195 (Mazzola, 2017, p. 97-101).

Com a cooperação processual, há uma socialização do processo português, consoante o dever de cooperação intersubjetiva de todos aqueles que concorrem, direta ou indiretamente, para o deslinde do feito. Percebe-se aqui uma influência do direito processual alemão pela presença dos deveres cooperativos do magistrado que findam desenhando uma sistemática de

contraditório substancial. Ademais, há, como no direito alemão, uma audiência preliminar, prevista no art. 508 A, para sanear o processo e delimitar as questões fáticas e jurídicas, aplicando aí um filtro para a produção probatória e para realização das diligências que se fizerem necessárias (Nunes, 2008, p. 125-129).

Portanto, é possível identificar dois níveis de cooperação, um de ordem processual, quanto às questões da relação processual e a superação de eventuais óbices e outro de viés material, que permite ao julgador e às partes definirem aquilo que será julgado, objetivando a solução mais justa e adequada da demanda. Essa construção se coaduna com a equalização das verdades formal e material, consoante previsto no art. 417 da legislação processual lusitana.

Percebe-se, pela leitura da cooperação no processo civil português, que, assim como ocorre com o modelo alemão, há uma forte semelhança com alguns dos institutos previstos pela legislação processual brasileira. Em uma análise preliminar, a concepção de cooperação correlacionada ao contraditório substancial, aos deveres do magistrado em relação às partes, a existência da litigância de má-fé como sanção para as partes que descumprirem o dever cooperativo e o sistema de nulidades para as violações praticadas pelo magistrado encontram disposições semelhantes no Código de Processo Civil de 2015. Esses institutos serão objetos de análise na última seção da presente pesquisa, pois, antes de realizar sua perquirição, é preciso se debruçar sobre a dimensão constitucional da cooperação processual.

Satisfeita essa etapa, o próximo passo reside exatamente no estudo do pano de fundo constitucional da cooperação processual, em especial, para compreender se se trata, de fato, de um princípio jurídico e qual o seu conteúdo. Portanto, a próxima seção estará debruçada sobre os fundamentos constitucionais da cooperação processual, notadamente, quanto aos direitos fundamentais do devido processo legal e do contraditório. Feita a necessária análise constitucional, a seção seguirá na identificação do conteúdo da cooperação processual, mormente tratar-se de uma norma fundamental do processo.

3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Como dito alhures, a cooperação processual está fortemente relacionada à constitucionalização do direito processual, o que permite trazer, a reboque, um exame de como o referido instituto processual se relaciona com os direitos fundamentais ao devido processo legal e ao contraditório. De igual maneira, também se torna necessário debater qual

o enquadramento e qual a composição da cooperação processual enquanto norma fundamental do processo, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, cujo teor é: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil, 2015a).

A primeira coisa que chama atenção no dispositivo supra é a substituição da terminológica clássica – partes e juízes – para sujeitos do processo, o que imprime uma positivação do conceito de comunidade de trabalho, advindo do direito processual alemão. A ideia por de trás da comunidade de trabalho – chamada de *Arbeitsgemeinschaft* no processo alemão – envolve o trabalho cooperativo que deve ser desempenhado na construção da decisão judicial (Greger, 2016, p. 301). Assim, a cooperação processual alcançará, também, os auxiliares da justiça, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como os terceiros intervenientes. Há, ainda, uma projeção do referido princípio para as questões extraprocessuais, de cunho social, pelo dispositivo empregar os termos “justa” e “efetiva” ao se referir à decisão judicial (Castro, 2021, p. 21-22).

A questão que se coloca, então, é qual o conteúdo da cooperação processual, o que ajuda a revelar seu caráter principiológico. Compulsando a doutrina brasileira, são encontrados diferentes posicionamentos, sendo selecionados, para os fins do presente estudo, os construtos de Lenio Streck, de Daniel Mitidiero, de Fredie Didier Júnior e de Dierle Nunes. Ao final da breve exposição, a pesquisa se posicionará quanto ao que entende como conteúdo da cooperação processual, o que contribuirá para definir a sua destinação – cooperação de quem com quem – e o seu enquadramento jurídico – se de fato é ou não um princípio.

O primeiro jurista a ser mencionado, Lenio Streck (2011, p. 517-540), tem uma leitura cética quanto aos princípios jurídicos, pois entende que a criação principiológica desmedida, sem qualquer lastro doutrinário ou normativo, resvala no “pamprincipiologismo”, que, por sua vez, dá azo a produção de decisões judiciais aberrantes. Para Streck, a cooperação processual não é nem um princípio e nem um instituto jurídico dotado de densidade normativa. A leitura streckiana é que a cooperação processual é um mero ornamento performativo, manifestado como uma cláusula geral que serve para limitar as garantias processuais (Streck; Delfino; Barba; Lopes, 2015, p. 343-347). O posicionamento de Streck, dentro da doutrina processual, é minoritário, pois a compreensão é de que, de fato, a cooperação processual é um verdadeiro princípio – inclusive, como será exposto ao longo da presente seção.

Por sua vez, Daniel Mitidiero compreende que a cooperação processual é um princípio, consoante impor um estado de coisas a ser cumprido, denominando de colaboração processual, e apresenta uma ligação com os princípios do contraditório e da igualdade

processual. A compreensão de Mitidiero é que, como as partes possuem interesses materialmente antagônicos, a colaboração fica restrita aos deveres do magistrado – que serão objeto de análise específica na próxima seção. Na visão mitidierana, não é possível esperar qualquer colaboração das partes entre si, ante o caráter litigioso do processo (Mitidiero, 2019, p. 104-109).

É preciso discordar de Mitidiero, pois, ainda que o processo seja baseado na lide, as partes ainda devem seguir padrões de conduta e, principalmente, devem respeito às normas constitucionais – já que o devido processo legal tem uma eficácia horizontal, como se verá adiante – e às normas processuais. O devido processo legal é o grau zero, sendo o consenso mínimo para que o processo judicial se desenvolva. Daí servir como pressuposto pragmático da argumentação jurídica e, por conseguinte, reger a condução do processo judicial. Por isso seu cumprimento é, antes de tudo, um dever da comunidade de trabalho (Pereira, 2023b, p. 46).

Logo, a tendência, na presente pesquisa, é de adotar as visões de Fredie Didier Júnior e de Dierle Nunes, as quais serão expostas em sequência. A refutação à visão mitidierana se fará, inclusive, considerando o fator terminológico: o legislador optou por empregar “cooperação”, pois esse termo significa uma operação conjunta em torno de uma finalidade comum, com diferentes tarefas sendo realizadas de maneira minimamente harmônica; já “colaboração” é um labor conjunto, feito de forma individual, a partir do cumprimento autônomo do papel que aquele sujeito desempenha.

De fato, há um instituto de colaboração processual, contudo, ele está previsto no art. 378 do Código de Processo Civil e é direcionado a todos os membros da sociedade civil: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Aproveitando o ensejo, será aberto um pequeno excursus sobre a questão terminológica para trazer uma breve distinção entre a cooperação processual e a cooperação judiciária, consoante serem institutos diferentes. A primeira é uma norma fundamental do processo, que orienta a comunidade de trabalho processual, enquanto a segunda envolve os mecanismos de assistência mútua, operados entre diferentes tribunais, órgãos administrativos e autoridades, sejam eles nacionais ou de diferentes países, os quais são objeto de diversos dispositivos no Código de Processo Civil, a exemplo das cartas rogatórias (Nunes; Bahia; Pedron, 2020, p. 183-184).

De seu turno, Fredie Didier Júnior (2016, p. 83-84), ao considerar que o processo é composto pelo enfeixamento de relações jurídicas complexas, enxerga que a cooperação processual é uma terceira via – como defendido na seção anterior da presente pesquisa – que

enseja a superação dos modelos adversarial e inquisitivo. Para o processualista baiano, a cooperação processual envolve a figura da comunidade de trabalho, com a divisão de diferentes atribuições e deveres processuais, os quais preconizam um dever de lealdade cooperativa. Nesse sentido, Fredie Didier Júnior afirma que a cooperação processual é um princípio que se bifurca tanto como uma norma de eficácia direta, quanto como uma cláusula geral, o que serve sustentáculo para o modelo processual democrático constitucionalmente embasado no devido processo legal (Didier Júnior, 2016, p. 345-355).

Por fim, Dierle Nunes parte da relação entre a teoria procedimental de Jürgen Habermas e o direito processual civil para desenvolver sua perspectiva. Habermas explica que as decisões judiciais devem ser desenvolvidas em uma argumentação livre de influências externas ao processo judicial, com a participação de todos os seus potenciais destinatários. A construção argumentativa das decisões confere sua correção e, por conseguinte, sua legitimidade, ao passo que sua pertinência com o ordenamento jurídico, pelo enfrentamento dos precedentes anteriores, dá conta da sua consistência e segurança jurídica. Para viabilizar esses elementos, Habermas determina que o processo civil seja um procedimento argumentativo regulado por ritos próprios (Habermas 2020, p. 302-306).

Com esteio nesse lastro teórico, Dierle Nunes preconiza a existência de uma comunidade de trabalho que opera dentro do policentrismo processual, partindo do pressuposto de que o modelo constitucional de processo, amparado nos direitos humanos e na soberania popular, deve ser conduzido por vários sujeitos, cada um operando com diferentes papéis, os quais são desenvolvidos dialeticamente. Por isso Nunes afirma que a cooperação processual deve ser vista como participação, cujo fim último é a formação democrática da decisão judicial, a partir da influência que cada sujeito pode produzir na sua construção (Nunes, 2008, p. 212-230).

A compreensão de Nunes, ladeado por Alexandre Bahia e Flávio Pedron, é de que a cooperação processual é o princípio regente do processo policêntrico, que equilibra os poderes processuais das partes e do julgador. Nisso, são afastados protagonismos, pois todos os agentes da comunidade de trabalho devem cooperação com o processo, dentro de seus padrões de agência, que são interdependentes entre si (Nunes; Bahia; Pedron, 2020, p. 496-498). Ao julgador cabe resgatar discursivamente os provimentos compartipativos, tendo as partes garantias dinâmicas na construção da decisão (Nunes, 2006, p. 181).

O mais interessante da visão sustentada por Nunes, Bahia e Pedron, que compõem a chamada Escola Mineira de Processo, é que a cooperação processual é analisada de forma realista. Os três compreendem que as partes atuam seguindo interesses próprios e, assim,

podem agir estrategicamente, visando seu próprio sucesso. Nesse sentido, a cooperação processual é um instrumento na materialização da igualdade processual e na compatibilização dos poderes processuais, limitando as margens para uma agência abusiva, porém, permitindo que ações estratégicas sejam tomadas – ou seja, é permitida toda a ação, desde que não se configure abusiva ou gere prejuízo à outra parte ou ao andamento do processo (Nunes; Bahia; Pedron, 2020, p. 496-498; Theodoro Júnior *et al*, 2015, p. 58-61; Fernandes; Pedron, 2007, p. 50-51).

Com efeito, ao levar em conta todo o construto realizado até então, dando eco aos posicionamentos de Fredie Didier Júnior e de Dierle Nunes, é possível enquadrar a cooperação processual como um princípio, que é fruto da democratização do direito processual, considerando, nesse ponto, o modelo democrático de processo preconizado pela Constituição Federal. Logo, a cooperação processual traz um padrão a ser cumprido, cuja origem envolve os direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório e do acesso à justiça, em sua dimensão argumentativa, ao ensejar a construção participativa da decisão judicial. Em face do exposto, o estudo passará, então, a aprofundar o pano de fundo constitucional da cooperação processual, já compreendida aqui como um princípio.

Considerando o fator geográfico, a cooperação processual está inserida no rol de normas fundamentais do processo. A existência de uma categoria de normas fundamentais não é uma novidade, dado que existem outros ordenamentos – a exemplo do francês, do inglês e do já citado português – que possuem tal agrupamento normativo. Com efeito, a ideia de normas fundamentais difere da categoria de princípios informativos ou fundamentais – a primeira não apresenta caráter ideológico e possui um viés técnico, ao passo que a segunda possui teor político, a exemplo do Código de Processo Civil de 1973 (Pereira, 2018b, p. 101-102).

Via de regra, o termo “fundamental”, em uma norma, envolve automaticamente a figura dos direitos fundamentais, que são normas jurídicas de superior estirpe, pois estão previstas no texto constitucional. Em face do princípio da supremacia da Constituição, essas normas não podem ser facilmente modificadas pelo legislador infraconstitucional, além de dizerem respeito ao alicerce normativo estatal (Dimoulis; Martins, 2012, p. 40-41). No caso das normas fundamentais do processo, a terminologia empregada é justificada por aquele grupo de dispositivos refletirem os direitos fundamentais processuais, visando, inclusive, sua concretização (Brasil, 2015b, p. 26). Esse elemento, por si só, já demonstra a relação direta entre o princípio da cooperação, enquanto norma fundamental, com os direitos fundamentais

que envolvem o processo, notadamente, os princípios do devido processo legal e do contraditório (Nunes; Bahia; Pedron, 2020, p. 496-497).

O devido processo legal é o direito fundamental que orienta o exercício da jurisdição, pelo poder judiciário, em sua eficácia vertical e o comportamento das partes no âmbito do processo, em sua eficácia horizontal (Canotilho, 2003, p. 466-448; Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 768-772). Ou seja, em ambas as eficácias, o devido processo legal se conecta com cooperação processual e a boa-fé processual, pois a decisão produzida precisa ser justa e prezar pela unidade do direito.

Além disso, o devido processo legal também é imposto aos poderes executivo e legislativo, a despeito do judiciário ser considerado seu guardião – em outras palavras, toda a produção normativa, em face do seu caráter vinculante, independente do poder do qual parte, deve se submeter ao devido processo legal, também chamado de devido processo constitucional (Cavalcanti, 2019, p. 378-385; Câmara, 2019, p. 369) ou de devido processo procedimental – consoante ser imperativo para construção de decisões judiciais coerentes, imparciais e participativas (Oliveira, 2016, p. 151-167).

Com efeito, o devido processo legal, enquanto garantia, conferida ao cidadão, de legitimidade dos atos praticados pelo Estado, é dividido em suas facetas processual e substantiva. A primeira dá conta da forma de aplicação e da adequação do procedimento adotado na produção normativa vinculante, ao passo que a segunda é aplicada ao poder judiciário, cuja atuação deve estar pautada pela Constituição, enquanto guardião dos direitos fundamentais (Silveira, 2019, p. 198-202). Nesse conspecto, o devido processo legal é o direito fundamental ao processo justo, que é tanto um direito quanto um o paradigma que une a atuação estatal com a dos particulares, tendo, em seu âmbito de proteção, a estruturação dos procedimentos idôneos para a tutela de direitos (Sarlet, Marinoni, Mitidiero, 2017, p. 765-767).

Essa ligação com o devido processo legal sinaliza que a cooperação processual deve ser encarada como um verdadeiro princípio, pois está voltado à concretização de um processo justo, mediante a distribuição de tarefas, na comunidade de trabalho processual, em uma relação policêntrica e eivada de protagonismos (Nunes, 2008, p. 215-217). Enquanto princípio, a cooperação processual tem, como âmbito de proteção, a organização da comunidade de trabalho, que deve ser voltada à produção de uma decisão de mérito justa e em tempo hábil, nos termos expressos no próprio dispositivo legal. Inclusive, além dos componentes da comunidade de trabalho, há um dever para o próprio poder legislativo, que

deverá produzir as normas necessárias para adensar a cooperação processual no âmbito do direito processual (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 773-776).

O outro princípio constitucional que está vinculado à cooperação processual é o contraditório. A relação entre direito processual e contraditório é objeto da obra de Elio Fazzalari, que aborda o processo civil como um procedimento em contraditório, afinal é esse o elemento que fornece validade ao processo judicial. Na atual conjuntura do direito constitucional, o contraditório foi elevado ao *status* de direito fundamental, de modo que todo procedimento, independente do seu caráter público ou privado, deverá ser pautado pelo referido princípio (Didier Júnior, 2016, p. 81-84).

O direito fundamental ao contraditório é bifurcado em dois sentidos, os quais consideram uma dimensão formal e outra substancial, respectivamente. O primeiro sentido do contraditório consiste na sua dimensão formal, caracterizada pelo direito de participação na prática de todos os atos processuais. Já o segundo sentido envolve a dimensão substancial, que é o direito de influenciar, argumentativamente, na construção da decisão judicial, o que vincula a legitimidade da decisão judicial ao ideário democrático da constitucionalização do processo (Didier Júnior, 2016, p. 91-92; Zaneti Júnior, 2014, p. 179-187).

A consequência imediata do contraditório substancial, também chamado de contraditório por influência ou contraditório participativo, é a correção, no âmbito das relações jurídicas processuais, de eventuais assimetrias e de hipossuficiências. Nesse sentido, todos os fundamentos com potencial de influenciar a decisão são objeto de contraditório, de tal maneira que todos os destinatários da decisão têm iguais oportunidades de participar, argumentativamente, da sua construção. Ademais, a figura do contraditório substancial acarreta a vedação às decisões surpresa, que são aquelas proferidas sem a oportunidade de manifestação prévia das partes, ressalvadas as hipóteses legais, nas quais o contraditório é exercido posteriormente, como nas decisões antecipatórias e nas liminares (Nunes, 2008, p. 224-249; Silva; Roberto, 2016, p. 242-243; Figueiredo Filho; Mouzalas, 2016, p. 510-511).

Se, de um lado, a previsão constitucional para o contraditório está no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o aparelhamento infraconstitucional do referido princípio está no art. 7º do Código de Processo Civil, cujo teor é o seguinte: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

Com efeito, a relação entre a cooperação processual e o contraditório substancial é bastante clara no modelo cooperativo alemão, consoante ser um dever do magistrado debater,

com a comunidade de trabalho, todas as questões de fato e de direito que se mostrem relevantes para a formação decisória. No direito processual alemão, as decisões surpresas são vistas como uma redução negativa do contraditório e do direito de influência, prejudicando a cognição processual. Nesse sentido, prevalece o direito das partes fiscalizarem, tecnicamente, o dever cooperativo do magistrado (Nunes *et al*, 2016, p. 225-227), fator que dá azo à figura do *accountability* da decisão judicial (Pereira, 2018a, p. 171).

No direito processual brasileiro, as decisões surpresa são vedadas pelos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, de modo que devem prevalecer as chamadas decisões projeto, que são aquelas construídas cooperativamente. De um lado, o magistrado deve analisar todos os argumentos fáticos e jurídicos deduzidos pelas partes, de outro lado, deve haver uma manifestação prévia das partes sobre os fundamentos potenciais da decisão. Isso se espraia, inclusive, para as fases preparatórias do processo (Pereira, 2016, p. 542-543).

O princípio do contraditório substancial traz a reboque uma outra espécie de direito fundamental, prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que também está diretamente ligado ao devido processo legal e à cooperação processual, que é a fundamentação da decisão judicial (Motta, 2015, p. 156-158; Pereira, 2018a, p. 166-169). O não cumprimento do dever fundamentação, notadamente quanto à carência de enfrentamento argumentativo das manifestações deduzidas pelas partes, enseja a nulidade da decisão proferida (Didier Júnior, 2019, p. 471-472).

O dever de fundamentação, como dito anteriormente, está associado ao devido processo legal e permite à própria sociedade civil verificar se o ônus argumentativo do julgador foi satisfeito (Pereira, 2018, p. 170-174). A legitimidade decisória fica adstrita ao enfrentamento dos argumentos, servindo a fundamentação da decisão como uma forma de controle se houve, de fato, uma construção decisória participativa ou se aquele julgado é produto de uma arbitrariedade discricionária. O binômio arbitrariedade/justificação é o que faz fronteira entre uma decisão arbitrária e uma decisão legítima, já que o magistrado tem o dever de reconhecer, analiticamente, todos os atos processuais praticados pela comunidade de trabalho, confrontando-os para formar, justificadamente, sua decisão. (Schmitz, 2016, p. 411-418; Kocher, 2016a, p. 481-484).

Diante de todos os elementos mencionados, é possível concluir, nessa etapa intermediária, que a cooperação processual é um princípio, que instrumentaliza os direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório substancial e da fundamentação das decisões judiciais. Logo, tendo traçado o mencionado panorama constitucional, o próximo passo reside no estudo dos institutos do direito processual civil que lhe são conexos. Dito isso,

a próxima seção tratará de como o princípio da cooperação processual se relaciona com os demais institutos contidos no Código de Processo Civil de 2015.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM OS DEMAIS INSTITUTOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O ponto de partida para a presente seção está no debate em torno da relação entre a cooperação processual e os demais institutos do Código de Processo Civil, iniciando pela boa-fé processual. Com efeito, a correlação pretendida é necessária, pois estudar o liame com a boa-fé processual possibilita identificar quais são os padrões comportamentais exigidos no processo. Encerrada essa etapa inicial, serão debatidos os institutos do negócio jurídico processual, do saneamento compartilhado, da carga dinâmica do ônus da prova e dos deveres cooperativos do magistrado.

A previsão da boa-fé processual reside no art. 5º do Código de Processo Civil, que trata de um princípio que está diretamente ligado ao devido processo legal e ao contraditório, pois cria uma cláusula geral processual, a partir da qual são traçados os padrões comportamentais que devem ser seguidos pela comunidade de trabalho. Dessa feita, para que a cooperação processual concretize o princípio do devido processo legal, ela dependerá, necessariamente, da boa-fé processual, cuja função é a de garantir que o processo cumpra sua finalidade, a qual é materializada na produção da decisão judicial justa e adequada. Com efeito, a boa-fé processual trabalha com padrões de transparência, probidade e correção, sem exigir comportamentos impossíveis ou gerar uma eticização exagerada do processo (Didier Júnior, 2019, p. 135-139; Pereira, 2023b, p. 31-32; Mazzola, 2017, p. 73-75).

A boa-fé processual decorre da inserção da boa-fé objetiva nas relações processuais, adotando uma abordagem diferente da boa-fé subjetiva, pois não leva em conta o aspecto psicológico do agente, mas sim o seu próprio comportamento. Ou seja, o que se analisa é a eticidade da conduta praticada, frente às expectativas recíprocas de lealdade e transparência. Sua aplicação é tanto vertical – entre comunidade de trabalho e estado-juiz – quanto horizontal – entre os membros da própria comunidade de trabalho (Cramer, 2016, p. 197-204).

Nesse entrementes, a boa-fé processual também se conecta com a segurança jurídica pois, ao desenhar os padrões de conduta que devem ser seguidos, o referido princípio pretende proibir a prática de condutas dolosas, de comportamentos contraditórios e do abuso de direito. Sua aplicação, por se tratar de um princípio, é realizada casuisticamente pelo julgador, o qual

pode impor – e sofrer, caso atue dolosamente, nos termos do art. 143 do Código de Processo Civil – sanções, a depender do caso concreto. Daí a afirmação de que a boa-fé processual forma o limite para o exercício da autonomia privada dos sujeitos processuais, notadamente, quanto à prática de comportamentos lesivos (Nunes; Bahia; Pedron, 2020, p. 467-470; Auilo, 2017, p. 155).

Há o combate, pela boa-fé processual, do dolo processual, que é caracterizado pela agência de má-fé, da parte ou do magistrado, que usa do processo para causar danos, o que é tutelado pelos arts. 80 e 143 do Código de Processo Civil. Já o *venire contra factum proprium* consiste na proibição de comportamentos contraditórios e é tutelada pelo sistema de preclusões processuais – em especial a preclusão lógica. O exercício abusivo de direito consiste na vedação de usar abusivamente do direito de defesa ou de recorrer, cuja tutela reside, respectivamente, nos arts. 311, I e 80, VII, do Código de Processo Civil. Por fim, o *supressio* é tutelado pela preclusão temporal e conduz a perda dos poderes processuais pelo seu não exercício ao longo do tempo (Theodoro Júnior *et al*, 2015, p. 138-144; Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2015, p. 634-635)

A litigância de má-fé consiste no ato ilícito processual que faz surgir o dever de indenizar a parte prejudicada. De acordo com os arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil, a litigância de má-fé é caracterizada quando a parte comete uma ação que objetiva: a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; b) alterar a verdade dos fatos; c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provocar incidente manifestamente infundado; e g) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Nessas situações, de ofício ou mediante requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé ao pagamento de multa de valor entre 1% (um por cento) a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e demais despesas efetuadas (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2015, p. 466).

Afora as sanções mencionadas, também é possível a aplicação de invalidades procedimentais, na forma do art. 485 do Código de Processo Civil, o que acarreta a extinção sem resolução de mérito, caso se verifique uma atuação desidiosa do requerente. De outro giro, afora a atuação dolosa prevista no art. 143, o juiz também pode ser responsabilizado caso viole a dimensão argumentativa da cooperação processual, com a decretação de nulidade da decisão que proferir, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil – inclusive, é preciso destacar que o referido dispositivo contribui para o controle do exercício adequado da

fundamentação, e, por conseguinte, da cooperação processual e do contraditório substancial (Fonseca; Pereira, 2016, p. 206-207). Por fim, caso haja total desrespeito à cooperação processual pelo julgador, a decisão em questão, mesmo que tenha transitado em julgado, pode ser objeto de impugnação autônoma, consoante o art. 966 do Código de Processo Civil (Mazzola, 2017, p. 216-218).

O próximo instituto que envolve a cooperação processual – que, inclusive, encontra nela seu fundamento e não no modelo adversarial –, é o dos negócios jurídicos processuais, que permitem a comunidade de trabalho celebrar ajustes no procedimento, a partir de convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, nos termos do art. 190 do Código de Processo Civil. Os negócios jurídicos processuais são tanto um fato jurídico processual quanto fonte do direito processual e correspondem a uma manifestação da cooperação processual e da boa-fé processual. Afinal, há uma vinculação ao modelo cooperativo, consoante os negócios jurídicos processuais – que partem do chamado princípio do autorregramento da vontade processual – expressarem um diálogo que alcança um máximo consensual dentro do processo (Didier Júnior, 2016, p. 350-355).

É preciso destacar que os negócios jurídicos processuais não se confundem com a autocomposição, pois não configuram, necessariamente, uma resolução puramente consensual da lide. O sistema multiportas do Código de Processo Civil apresenta formas de autocomposição e de heterocomposição. Em linhas gerais, na autocomposição, as próprias partes constroem a solução e heterocomposição, na qual há presença de um terceiro imparcial que impõe uma solução para as partes, seja ele o magistrado ou o árbitro (Pereira, 2023a, p. 40-42).

A origem dos negócios jurídicos processuais está ligada ao modelo de *case management*, advindo do direito inglês, que retrata o gerenciamento adequado do conflito, pelo magistrado. Assim, o processo deve ser conduzido da melhor forma possível, para chegar ao resultado útil, que é a decisão de mérito, em tempo hábil e com o menor dispêndio de recursos. Há uma espécie de elasticidade procedimental e de formalismo democrático, eis que as modificações, no caso do direito inglês, são discutidas entre as partes e o juiz, considerando as especificidades da matéria e os aspectos procedimentais. O negócio jurídico processual, assim como o do direito privado, gira em torno da livre expressão volitiva e sua análise se dá a partir de três planos, que correspondem ao da existência, ao da validade e ao da eficácia. Uma vez ocorrida a livre manifestação da vontade, podem os agentes adquirir, modificar ou extinguir direitos (Theodoro Júnior *et al*, 2015, p. 178-180; Bertão, 2016, p. 1360-1361).

Qualquer componente da comunidade de trabalho pode celebrar o negócio jurídico processual, incluindo as partes, os terceiros, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o próprio poder judiciário. Inclusive, ao juiz não cabe controlar o conteúdo, via de regra, dos negócios jurídicos. A análise fica restrita ao cumprimento dos requisitos de validade, salvo o negócio verse sobre o objeto litigioso, envolva pessoas em situação de vulnerabilidade ou esteja previsto em cláusula de contrato de adesão, como determina o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil. Ademais, a regra geral é que os negócios jurídicos processuais são irrevogáveis, contudo, é facultado aos agentes celebrantes que, de comum acordo, promovam o distrato processual. Por fim, a boa-fé processual, assim como ocorre com a boa-fé contratual, é utilizada como ferramenta para interpretação e integração dos negócios jurídicos (Didier Júnior, 2019, p. 443-447).

Dentre os negócios jurídicos típicos, existe um que se destaca pela sua vinculação com a cooperação processual e, por conseguinte, com o devido processo legal e o contraditório substancial. Trata-se do saneamento compartilhado, previsto no art. 357 do Código de Processo Civil, que admite a celebração de um negócio jurídico processual plurilateral, envolvendo o julgador, as partes e eventuais terceiros, quanto às questões fáticas e jurídicas que serão decididas. Através do saneamento compartilhado participativo é que será construída a base argumentativa que servirá de alicerce para a construção da decisão de mérito, pois, nessa etapa preparatória, são sanados os vícios processuais, levantados os óbices para análise do mérito e distribuídos os encargos probatórios. Além disso, é possível fazer ajustes no procedimento, mediante celebração de outros negócios jurídicos processuais (Nunes *et al*, 2016, p. 235-236; Pereira, 2018a, p. 165-166; Auilo, 2017, p. 99-106).

Pensando na questão probatória, a cooperação processual está interligada com a carga dinâmica do ônus probatório. A regra geral, do art. 373 do Código de Processo Civil, denominada de corrente estática, é que incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que esse ônus poderá ser deslocado para a parte adversária caso a defesa traga fato extinto, impeditivo ou modificativo do direito deduzido (Theodoro Júnior, 2014, p. 636-638). Já a carga dinâmica, contida no art. 373, § 2º, do Código de Processo Civil, preconiza que a prova será produzida pela parte que tiver maior aptidão para tanto, não se confundindo com a inversão do ônus da prova, a exemplo daquele previsto na legislação consumerista (Silva, 2016, p.173-175).

O acoplamento da carga dinâmica do ônus da prova com a cooperação processual permeia a solução de obstáculos processuais relativos à produção probatória e à comprovação dos fatos trazidos ao crivo do julgador. É dada a oportunidade para as partes se manifestarem

sobre o ônus, trazendo os motivos fáticos e jurídicos que justifiquem sua exoneração de tal incumbência. Todavia, caso seja determinada a produção da prova, não poderá a parte encarregada deixar fazê-lo, sob pena de incorrer em litigância de má-fé. O momento ideal para realização da distribuição do ônus probatório e da determinação da carga a ser aplicada é o do saneamento compartilhado, a despeito de poder ocorrer em qualquer momento anterior à produção da sentença (Silva, 2016, p. 175-176). Cumpre salientar que a carga dinâmica do ônus da prova encontra limite no princípio da não incriminação, desde que não seja gerado nenhum óbice para a instrução processual (Auilo, 2017, p. 141-147).

A ideia da carga dinâmica do ônus da prova não está amparada em um maior dimensionamento dos poderes instrutórios do julgador. O que prevalece aqui é o viés cooperativo, dado que a carga dinâmica possui requisitos para ser aplicada e, uma vez produzida a prova redirecionada, a parte que deveria, originalmente, produzi-la, deverá esclarecer os fatos controvertidos. Fora isso, a prova redirecionada deve ser possível e a distribuição do seu encargo deve ser precedida da manifestação das partes sobre (Theodoro Júnior, 2014, p. 638-639). Daí a afirmativa que, no quesito dos poderes instrutórios, o processo participativo é pautado pelos direitos fundamentais e não um mero instrumento para concretização de direitos objetivos das partes litigantes (Ramos, 2019, p. 125-127).

O último elemento que é diretamente associado ao princípio da cooperação reside nos deveres cooperativos do magistrado, que se dividem em quatro espécies: esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. Esses deveres são decorrentes da sistemática cooperativa, mas também alcançam o contraditório substancial e o devido processo legal. Na realidade, o cumprimento dos deveres cooperativos do magistrado é um requisito essencial para a realização de uma cognição eficiente, o que permite convencer tanto a comunidade de trabalho quanto a própria sociedade acerca da legitimidade da decisão (Góes, 2008, p. 159-160; Góes, 2013, p. 250-252).

O dever de esclarecimento, originado na sistemática cooperativa alemã, exige que o magistrado busque esclarecer as partes sobre os requisitos processuais, permitindo correções em caso de vícios, antes de aplicar eventuais punições. Tal dever se estende às alegações, aos pedidos e às posições das partes em juízo e visa evitar a produção de decisões baseadas em informações insuficientes. Sua previsão, no Código de Processo Civil, reside no art. 7º e também se liga aos institutos do depoimento pessoal da parte e da emenda à petição inicial. Ao ser aplicado na prática, o dever de esclarecimento requer uma transparência mútua de todos os membros da comunidade de trabalho, em especial, do julgador, que deverá identificar o vício, oportunizar sua correção e sinalizar quais as consequências caso nada seja

feito (Didier Júnior, 2008, p. 305-306; Gouvea; 2006, p. 203; Pereira, 2018, p. 159-161; Mazzol, 2017, p. 133).

Já o dever de consulta é similar ao de esclarecimento e confere às partes o direito de influenciar a decisão judicial, com o exame prévio dos argumentos que a embasarão. Previsto nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, esse dever assegura a oitiva prévia das partes antes da tomada de decisão e impede que o juiz decida sem oportunidade de manifestação, mesmo em questões apreciáveis de ofício. Trata-se tanto de uma obrigação do magistrado quanto de um direito das partes, o que se alinha com a cooperação processual, com o contraditório substancial e com o devido processo legal. Sua aplicação promove uma legitimidade superior à decisão, ao permitir que o julgador colete todos os argumentos relevantes para a justificação decisória. A relação entre o dever de consulta e a fundamentação da decisão judicial evidencia-se na participação das partes na construção dos pronunciamentos judiciais, sendo que a violação desse dever pode resultar na nulidade da decisão, conforme o artigo 489 do Código de Processo Civil (Gouvea, 2006, p. 205; Nunes, 2008, p. 243-246; Theodoro *et al*, 2015, p. 87-91; Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2015, p. 314).

Quando há falha na aplicação da boa técnica processual, cabe ao juiz oportunizar a regularização do vício, configurando o dever de prevenção. Isso permite que as partes preencham lacunas na exposição fática, ajustem pedidos ou sua própria atuação no caso concreto. Os julgadores têm a obrigação de informar às partes sobre deficiências argumentativas, oportunizando que o vício seja sanado, conforme o art. 317 do Código de Processo Civil. A prevenção implica em um compromisso do magistrado de facultar a supressão de defeitos processuais para análise do mérito, em linha com o princípio da primazia do julgamento de mérito contido no art. 4º do Código de Processo Civil (Gouvea, 2006, p. 202-205; Didier Júnior, 2008, p. 303; Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 102-105).

De seu turno, o dever de auxílio consiste na remoção, pelo magistrado, de obstáculos que surjam da prática dos atos processuais, mediante justificativa da parte quanto à impossibilidade de fazê-lo. Isso visa garantir a continuidade do processo e a paridade de armas entre as partes, em consonância com o contraditório substancial. Associado à produção probatória, o dever em questão impede que sejam produzidas decisões desfavoráveis para a parte que não obteve documentos ou informações relevantes, permitindo que o juiz remova obstáculos, seja determinado a exibição de documentos em juízo ou flexibilizando o procedimento conforme as particularidades do caso em análise. Este dever também está relacionado à carga dinâmica do ônus da prova, permitindo que a prova seja produzida por

quem tem mais condições de assumir esse encargo, após a oitiva das partes (Gouvea, 2006, p. 210; Didier Júnior, 2016, p. 356-357; Mazzola, 2017, p. 157-161).

Dito isso, fica esquadrihada a cooperação processual e sua relação com os demais institutos do Código de Processo Civil. A partir de tudo que foi dito, é possível ultimar que a cooperação processual é um verdadeiro direito fundamental do cidadão, ante a sua abrangência e a sua gênese no contraditório e no devido processo legal. O cidadão-jurisdicionado encontra no princípio da cooperação processual tanto uma garantia para a produção de decisões legítimas quanto uma proteção contra a prática de arbitrariedades no âmbito processual.

5 CONCLUSÃO

Para compreender os elementos dogmáticos da cooperação processual, a presente pesquisa abordou, inicialmente os modelos processuais dispositivo e inquisitivo, destacando suas diferenças quanto aos poderes do Estado-juiz e à natureza pública ou privada do processo. No modelo dispositivo, o processo tem cunho privado, com os poderes do juiz sendo mitigados e as partes detendo total autonomia. Já no modelo inquisitivo, o Estado-juiz tem maior protagonismo, incluindo poderes instrutórios mais bem dimensionados, visto que o processo tem uma tendência publicista. Via de regra, os ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, mesclam elementos de ambos os modelos.

Nesse sentido, a cooperação processual foi apresentada como uma terceira via, preconizando para a produção da decisão de mérito como uma construção feita com a comunidade de trabalho processual. Essa abordagem se fundamenta na constitucionalização do processo civil, tornando-o um mecanismo para concretizar o texto constitucional, de um lado e, de outro, determinando a interpretação das normas processuais a partir da Constituição, conferindo-lhe caráter democrático.

A origem do referido instituto remonta ao direito alemão, tendo início com as reformas de 1877 até chegar no modelo de Stuttgart, datado de 1977. Por outro lado, a cooperação processual foi adotada, como princípio jurídico, em Portugal a partir das reformas processuais de 1995 e 1996, com o objetivo de promover a integração das normas processuais, inclusive com a criação de deveres dialógicos para as partes e par ao julgador. Já no Brasil, a cooperação processual foi verdadeiramente positivada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nesses termos, a cooperação processual é entendida como um princípio, com textura aberta e que impõe padrões a serem seguidos pela comunidade de trabalho, sendo um

mecanismo para concretização do devido processo legal. Logo, a cooperação processual influencia o contraditório substancial, vedando decisões surpresas e exigindo que os argumentos das partes sejam enfrentados e avaliados pelo juiz. Ela também se faz presente no saneamento compartilhado, onde a comunidade de trabalho delibera sobre as questões a serem decididas no mérito do processo.

Além disso, a cooperação processual estabelece deveres cooperativos para as partes e magistrados, sob pena de serem cominadas sanções no caso do seu descumprimento. As partes têm o dever de cooperação orientado pela boa-fé objetiva, evitando a litigância de má-fé e colaborando para o desenvolvimento regular do processo. Os magistrados têm deveres de esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção em relação às partes, visando a garantia da igualdade processual e o julgamento do mérito, afora o dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, sendo vedadas as chamadas decisões surpresa.

Quando as partes violam a cooperação processual, podem ser penalizadas com multa por litigância de má-fé, com a extinção do processo sem resolução de mérito, com concessão de tutela antecipatória em favor da parte adversa ou com a presunção probatória favorável à parte adversa. De seu turno, os magistrados podem ter suas decisões anuladas pelas instâncias superiores ou enfrentar ação rescisória contra o julgado produzido, além de serem responsabilizados pelos danos que causarem às partes. Todavia, deve-se tomar cuidado com a eticização excessiva do processo, consoante a presença de um interesse antagônico das partes em relação ao direito material, não devendo ser o julgador um censor de comportamentos.

Em síntese, são esses os motivos que levam a concluir, na presente pesquisa, que a cooperação processual, enquanto norma fundamental do processo diretamente ligada ao devido processo legal, é um direito fundamental do cidadão jurisdicionado e afeta, diretamente, a legitimidade da decisão proferida. Nesse conspecto, a cooperação processual tem o condão de influenciar, inclusive, a produção de precedentes judiciais democráticos, já que os destinatários da decisão irão cooperar, argumentativamente, para a sua produção.

REFERÊNCIAS

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. (Re)Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de Processo e Nicola Picardi. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Orgs.). **Teoria Crítica do processo**: contributos da Escola

Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 5-26.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 111-146.

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Negócios jurídicos processuais: a ampliação das hipóteses típicos pelo novo CPC. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1347-1376.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015a.

BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015b.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369-382.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Lauro Alves de. **Princípio da cooperação e a fundamentação analítica no CPC/2015: das decisões às postulações**. Salvador: Juspodivm, 2021.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Constituição & processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

COELHO, Gláucia Mara. Direito processual civil português. *In*: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 285-332.

CÔRREA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. *In*: TUCCI, José Roberto Cruz e. (Org.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010. p. 11-54.

CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 197-211.

DAMAŠKA, Mirjan R. **Justice and state authority: a comparative approach to the legal**

process. New Haven: Yale Univeristy, 1986.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 287-318.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207-217.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC**: normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 345-358.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de; MOUZALAS, Rinaldo. Cooperação e vedação às decisões por emboscada (*“ambush decison”*). *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada**: parte geral. Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 501-516.

FONSECA, Carlos Medeiros da; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O contraditório substancial e o termo “fundamento” contido no art. 10 do CPC/2015. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 197-210.

FONSÊCA, Vitor. O direito processual civil como sub-ramo do direito público. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 789-806.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MD, 2008.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: leituras complementares**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 199-213.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronald Kochem. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 301-310.

JOLOWICZ, John Anthony. **On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University, 2000.

KOCHEM, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016a, p. 475-496.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016b. p. 311-344.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Volume II. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 137-158.

MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação**. Curitiba: CRV, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual**. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, Dierle José Coelho; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 101-140.

NUNES, Dierle José Coelho *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Orgs.). Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 213-240.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental:** o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018a.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Linhas introdutórias de teoria do direito.** Curitiba: Casa, 2023a.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. O discurso jurídico e a reconstrução do devido processo legal a partir do modelo de deliberação procedimental de Jürgen Habermas e da cooperação processual. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 25, n. 52, p. 22-51, dez. 2023b.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; BARROS, Felipe Maciel Pinheiro. A cooperação processual e o paradigma procedimental da argumentação jurídica no código de processo civil. **Revista FIDES**, v. 12, n. 1, p. 528-547, jul. 2021.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Norma fundamental do processo civil brasileiro: aspectos conceituais, estruturais e funcionais. **Civil procedure review**. v. 9, n. 1, p. 101-124, apr, 2018b.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Por um processo civil comunicativo e dialógico. *In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). Novo CPC doutrina selecionada: parte geral.* Volume I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 517-545.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle José Coelho. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 48, n. 190, p. 93-120, jun. 2011.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no novo CPC. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Orgs.). Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 241-260.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Porque fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Orgs.). Coleção grandes temas do novo CPC: normas fundamentais.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 411-450.

SILVA, Marciley Boldrini. Distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. *In*: DIAS, Luciano Souto. (Org.). **Temas controvertidos no novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 169-178.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – due process of law**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Girogio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante” – Riscos da formalização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, jun 2015.

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Trad. Anderson Vincheski Texeira *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão *e-book*.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A UTILIZAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM DESCUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL: UMA SOLUÇÃO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS

THE USE OF PUBLIC PROPERTIES IN BREACH OF THEIR SOCIAL FUNCTION: A SOLUTION FOR PUBLIC HOUSING POLICIES

Arthur Votto Cruz¹
Ricardo Hermany²

Resumo:

A urbanização no Brasil, desde a chegada dos portugueses no século XVI, moldou a identidade histórica, cultural e social do país. Picos notáveis de crescimento urbano ocorreram após os séculos XIX e XX, relacionados ao fim da escravidão, à Lei de Terras, à industrialização e ao êxodo rural. A desigualdade habitacional afeta populações historicamente segregadas nas cidades, ampliando o problema de pessoas sem moradia, mesmo com imóveis públicos subutilizados. A pesquisa investiga como as autoridades locais podem combater o déficit habitacional, dando um destino adequado a esses imóveis públicos negligenciados. A abordagem adotada é hipotético-dedutiva, baseada em pesquisa bibliográfica e procedimento monográfico. A hipótese a ser confirmada é se a utilização desses imóveis em políticas habitacionais pode reduzir o déficit habitacional e garantir o direito à moradia. O estudo se divide em três partes: a primeira analisa as dinâmicas político-sociais que afetam o crescimento urbano no Brasil, focando no paradoxo entre construção de unidades habitacionais e aumento do déficit. A segunda investiga o regime regulamentador da propriedade pública de imóveis e sua relação com a função social. A terceira propõe soluções, enfocando a destinação e uso dos imóveis públicos em políticas de habitação social, visando garantir moradia digna e combater o crescimento desordenado das cidades brasileiras.

Palavras-chave:

Bens dominicais. Direito à Moradia. Função Social da propriedade. Imóveis públicos. Políticas habitacionais.

Abstract:

Urbanization in Brazil, since the arrival of the Portuguese in the 16th century, has shaped the country's historical, cultural and social identity. Notable peaks in urban growth occurred after the 19th and 20th centuries, related to the end of slavery, the Land Law, industrialization and the rural exodus. Housing inequality affects historically segregated populations in cities, increasing the problem of homelessness, even with underutilized public properties. The research investigates how local authorities can combat the housing shortage, giving these neglected public properties a suitable destination. The approach adopted is hypothetical-deductive, based on bibliographical research and monographic procedure. The hypothesis to be confirmed is whether the use of these properties in housing policies can reduce the housing deficit and guarantee the right to housing. The study is divided into three parts: the first analyzes the political-social dynamics that affect urban growth in Brazil, focusing on the paradox between the construction of housing units and an increase in the deficit. The second investigates the regulatory regime for public property ownership and its relationship with social function. The third proposes solutions, focusing on the allocation and use of public properties in social housing policies, aiming to guarantee decent housing and combat the disorderly growth of Brazilian cities.

Keywords:

Dominial properties. Housing policies. Public properties. Right to Housing. Social function of property.

¹ Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC/CAPES modalidade I. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), com bolsa CAPES/DS. Bacharel em Direito pela FURG. Integrante do Grupo de Pesquisa em Gestão Local e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC. Advogado Trabalhista e Previdenciário.

² Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003), com doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) (1999). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (1996). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da UNISC.

1 INTRODUÇÃO

O processo de urbanização no Brasil é marcado por uma história de profundas desigualdades e exclusão social, refletindo a construção de uma sociedade baseada em um modelo de concentração fundiária e segregação espacial. Desde a chegada dos invasores e colonizadores portugueses no século XVI, o desenvolvimento das cidades brasileiras seguiu um padrão que privilegiava as elites econômicas e políticas, em detrimento das populações subjugadas pelo poder colonial, representadas pelos povos indígenas e africanos escravizados.

Esse modelo de urbanização consolidou-se ao longo dos séculos XIX e XX, com o fim da escravidão e sua insensibilidade social, a Lei de Terras de 1850 e a industrialização, o que impulsionou um massivo êxodo rural e o crescimento acelerado das cidades. No entanto, esse crescimento ocorreu de forma desordenada, sem políticas públicas adequadas para garantir o acesso à moradia digna para todos que, através desse influxo habitacional, buscavam abrigo nas cidades, resultando em um déficit habitacional crônico e crescente no tempo e no espaço.

A urbanização brasileira, embora tenha gerado polos industriais e urbanos dinâmicos, também evidenciou uma segregação social espacialmente visível nas metrópoles e grandes cidades. De um lado, há áreas bem servidas de infraestrutura, segurança e serviços públicos de qualidade; de outro, um número crescente de favelas e ocupações irregulares, que refletem a incapacidade do Estado de lidar com as necessidades habitacionais de uma parcela significativa da população. Esse cenário paradoxal, onde existem muitas casas sem pessoas e muitas pessoas sem casas, revela a falência de um modelo de planejamento urbano que não conseguiu integrar as demandas sociais à dinâmica de desenvolvimento urbano.

Além disso, o Brasil enfrenta o desafio de lidar com a subutilização de imóveis públicos, que deveriam cumprir uma função social conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e regulado pelo Estatuto da Cidade. No entanto, muitos desses imóveis permanecem ociosos, em descumprimento de sua função, enquanto o déficit habitacional continua a aumentar e esses imóveis passam por um processo de deterioração e risco ambiental e edílico.

Diante desse quadro, surge a necessidade de repensar as políticas públicas de habitação e buscar soluções inovadoras que aproveitem o estoque de imóveis públicos como uma forma de combater a crise habitacional. A destinação de imóveis públicos subutilizados para políticas habitacionais pode não apenas reduzir o déficit, mas também promover uma reorganização e renovação do espaço urbano e sua centralidade.

Este trabalho propõe-se a investigar como os poderes públicos locais podem contribuir para a redução do déficit habitacional, destinando imóveis públicos em descumprimento de sua função social para políticas habitacionais. A pesquisa parte da hipótese de que a utilização desses imóveis, especialmente aqueles de propriedade dos municípios, pode ser uma solução eficaz para combater o crescimento dos índices de déficit habitacional e garantir o direito constitucional à moradia. A metodologia adotada é o método hipotético-dedutivo, sustentado por uma ampla revisão bibliográfica e análise documental. Autores como Ermínia Maricato, Raquel Rolnik e Francisco de Oliveira são referências centrais para a análise das dinâmicas urbanas brasileiras, enquanto o Estatuto da Cidade e a Constituição Federal fornecem o arcabouço jurídico necessário para a discussão sobre a função social da propriedade.

A primeira parte deste trabalho explora as dinâmicas históricas, políticas e sociais que moldaram o crescimento urbano no Brasil e contribuíram para o agravamento da exclusão habitacional. Nesse contexto, a desigualdade socioespacial não é apenas uma questão de falta de moradias, mas um reflexo das relações de poder e das escolhas políticas que historicamente favoreceram as elites e marginalizaram as populações mais vulneráveis. Com o avanço da urbanização, especialmente a partir do século XIX, o Estado brasileiro priorizou políticas de incentivo à expansão imobiliária e à especulação fundiária, negligenciando a necessidade de integrar essas populações ao tecido urbano. O aumento do número de unidades habitacionais construídas não foi suficiente para reduzir o déficit habitacional, uma vez que a distribuição dessas unidades seguiu padrões excludentes, perpetuando a segregação socioespacial.

A segunda parte deste estudo concentra-se no regime jurídico da propriedade pública de imóveis e sua relação com o princípio constitucional da função social da propriedade. O Estatuto da Cidade, promulgado em 2001, e o artigo 182 da Constituição Federal de 1988, estabelecem que a propriedade, tanto pública quanto privada, deve cumprir uma função social, priorizando, sobre o domínio do bem, o bem-estar da coletividade.

No entanto, a realidade demonstra que muitos imóveis públicos permanecem em descumprimento desse princípio, subutilizados ou sem destinação adequada. A pesquisa discute os entraves legais e administrativos que dificultam a destinação desses imóveis para fins habitacionais, além de analisar as possibilidades jurídicas para transformar essa situação, uma vez que a legislação brasileira oferece instrumentos, como o IPTU progressivo e a desapropriação por interesse social, mas sua implementação enfrenta desafios práticos, especialmente no âmbito dos municípios, que carecem de capacidade técnica, jurídica e financeira para promover a destinação adequada desses bens.

Essa seção também examina como o Estado pode, através de uma interpretação ampliada do princípio da função social da propriedade, utilizar imóveis públicos ociosos para mitigar o déficit habitacional. Ao analisar as leis e mecanismos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho busca identificar formas de superação das barreiras burocráticas e legais, propondo uma gestão mais eficiente e transparente dos imóveis públicos. Com base na análise de dados e no levantamento de exemplos práticos, é possível observar que a aplicação desses instrumentos ainda é tímida, o que reforça a necessidade de uma reformulação das políticas públicas voltadas para o uso social dos bens imobiliários pertencentes ao Estado.

Por fim, a terceira parte do trabalho propõe soluções práticas e sustentáveis para a destinação dos imóveis públicos em descumprimento de sua função social para políticas habitacionais. Entre as alternativas discutidas estão a concessão de uso especial para moradia, o direito real de uso e o *retrofit* de imóveis públicos ociosos. Essas modalidades oferecem soluções inovadoras que podem ser implementadas pelos poderes locais, garantindo não apenas a redução do déficit habitacional, mas também a revitalização de áreas urbanas degradadas. O *retrofit*, por exemplo, consiste na recuperação de imóveis existentes, adaptando-os para novos usos, como moradias sociais, sem a necessidade de expansão urbana.

Esse processo evita a invariável ocupação de áreas periféricas e preserva o meio ambiente preservado, além de promover a inclusão social de populações vulneráveis em áreas centrais das cidades. Além disso, a concessão de uso especial para moradia e o direito real de uso são mecanismos jurídicos que possibilitam a regularização fundiária e a ocupação legal de imóveis públicos, sem transferir a propriedade plena, mas garantindo aos ocupantes o direito de usufruto e a segurança jurídica.

Essas ferramentas são cruciais para que o Estado possa, de forma rápida e eficaz, destinar imóveis subutilizados para fins habitacionais, sem enfrentar os desafios financeiros e operacionais de desapropriação ou construção de novas unidades habitacionais. Dessa forma, essas alternativas representam não apenas uma resposta imediata ao déficit habitacional, mas também uma oportunidade de promover a justiça socioespacial e o direito à cidade, como previsto no arcabouço legal brasileiro.

Este trabalho, ao discutir as dimensões jurídicas, políticas e sociais envolvidas na questão habitacional brasileira, busca contribuir para o debate sobre o direito à moradia digna e a função social da propriedade. A pesquisa propõe que o uso eficiente dos imóveis públicos é uma solução viável e sustentável para combater o déficit habitacional, e defende que os poderes locais têm um papel central na adoção e condução dessas políticas.

2 COMPREENDENDO AS DINÂMICAS DO DÉFICIT HABITACIONAL NO BRASIL: O PARADOXO DO CRESCIMENTO DAS CIDADES

É possível se determinar o início da vida urbana no Brasil a partir da segunda metade do século XVI quando foi consolidada a invasão e conquista dos territórios indígenas pelos portugueses que estabeleciam seu domínio com a construção de vilarejos litorâneos que estabeleciam marcos de poder da autoridade colonial, econômica e religiosa. Os núcleos urbanos no que viria a ser o Brasil vão servir mais como um símbolo de dominação e como uma sede representativa dos seus poderes do que como um verdadeiro habitat da população da época, que tinha como principal modo de vida o rural.

As cidades brasileiras eram subsidiárias ao modo de produção e de vida das grandes plantações e dos ciclos econômicos que se estabeleceram no Brasil colonial na qual o espaço protagonista era o engenho, a fazenda cafeeira, as minas e as estâncias de criação de gado. A estrutura da sociedade colonial igualmente se refletia nesse espaço no qual os modelos de dominação entre as pessoas correspondiam aos lugares que seriam ocupados no ambiente.

Enquanto os portugueses e a elite crioula do país viviam nas casas-grandes das fazendas e nos sobrados das incipientes cidades, os negros escravizados e a população mestiça habitavam as senzalas e os mocambos, demonstrando claramente uma separação que se acentuava em todos os aspectos da vida, inclusive nos espaços que cada grupo deveria ocupar (Freyre, 1961). Quando as cidades passam a deter uma maior importância no cotidiano brasileiro em razão do encerramento de ciclos econômicos rurais e de uma protoindustrialização, a partir do século XIX, o modelo de exclusão forjado desde o início da colonialidade se perpetuou e se reproduziu à moda brasileira, agora em um país independente, mantendo fora do protagonismo do poder político, econômico e cultural, aqueles que eram protagonistas do processo produtivo e do trabalho, ou seja, os negros escravizados e uma insipiente classe proletária (Maricato, 2017).

A Lei de Terras de 1850, que determinou a possibilidade de se comprar e vender terras no Brasil foi fundamental para que fossem removidas de suas terras milhares de famílias que detinham a posse sobre suas terras rurais ou urbanas, através de grilagem e outros instrumentos ilegais, em razão da necessidade de se comprovar por instrumentos públicos a propriedade dos imóveis. Esse fato aliado com o episódio do fim socialmente insensível da escravidão no Brasil, ocorrida sem a garantia de qualquer compensação aos ex-escravizados, que ao serem libertos de sua situação, foram deixados à própria mercê e sem qualquer

moradia ou propriedade garantida, tendo muitos ido viver em morros e zonas afastadas dos centros nas, hoje onipresentes, favelas (Cruz, 2023, p.28).

Já na década de 1960 foi iniciado um novo ciclo de urbanização, esse decorrente do êxodo rural provocado pela industrialização mais profunda da economia brasileira que tornou o modo de vida urbano a regra em face da vida rural de até então. Dessa maneira,

Apesar de se urbanizar apenas no século XX (em 1900, segundo o IBGE, apenas 10% da população brasileira morava em cidades), o Brasil carrega, no processo de urbanização, características decorrentes das mazelas de sua relação dependente e subordinada e também algumas características de nossa “formação social”. A herança escravocrata e o desprestígio do trabalho, o patriarcalismo e a condição inferiorizada da mulher, o patrimonialismo e a privatização da esfera pública, o personalismo e a rejeição às relações impessoais e profissionais, o clientelismo e a universalização da política do favor contrariamente ao reconhecimento dos direitos, a tradição autoritária negando a cidadania, estão presentes em cada m² da cidade periférica. (Maricato, 2017, p. 130-131).

A combinação desses fatores fez com que o modelo de saber/fazer cidades no Brasil fosse estabelecido em um eixo que se expande dos centros às periferias, mas o que realmente torna único esse modelo é que a ordem social de desigualdade estabelecida segue o mesmo sentido. Quanto mais uma população é desprovida de representação, bens, emprego e prestígio social, mais ela é expulsa aos extremos da malha urbana e exposta aos riscos dessa expansão das cidades em direção a zonas de fragilidade socioambiental.

Dessa maneira, a cidade brasileira se desenvolveu como um retrato de sua dinâmica social, em suas ruas, favelas, centros, passeios, parques e praças, a evidente divisão e desigualdade social estão presentes entre as rugosidades de um passado que se manifesta anacronicamente na paisagem urbana atual (Santos, 2018). Essa desigualdade é bastante observável quando se põe em perspectiva a distribuição da propriedade e uso de moradias formais nas cidades, configurando o índice de déficit habitacional, que objetiva identificar o número de pessoas que vivem sem uma moradia adequada.

Por déficit habitacional, se compreendem os domicílios que se enquadram nos seguintes parâmetros: (i) improvisados, ou seja, que não são inteiramente destinados ao fim habitacional; (ii) rústicos ou construídos precariamente; (iii) em coabitação familiar, que são aqueles que abrigam diferentes grupos familiares que desejam morar separados; (iv) em ônus excessivo de aluguel cujos valores ultrapassem 30% da renda familiar e (v) em adensamento excessivo, que significa a sobreutilização de cômodos (mais de três indivíduos por habitação) em imóveis alugados. (FJP, 2020).

Sujeitos a essa situação de fragilidade habitacional se encontram 5.876.699 famílias no Brasil, aos quais se somam mais 24.893.961 domicílios com inadequações estruturais, fundiárias ou edilícias (FJP, 2020). Assim, esse contingente populacional fica relegado a buscar suas moradas em locais como as favelas, zonas de risco ambiental, e inclusive nas ruas, onde além de estarem em riscos das mais diversas origens, encontra-se em situação de ilegalidade.

Nos espaços mencionados, a obtenção dos elementos fundamentais à vida urbana, como saneamento, gás, eletricidade, televisão, internet e outros, ocorre por interações de risco com organizações delituosas como o narcotráfico ou as milícias, em detrimento das prestações do Estado e do mercado formal. As infraestruturas são frágeis e perigosas, desprovidas de padrões de qualidade, visto que a presença estatal se restringe a incursões oportunistas por meio de suas forças militares, nas quais, comumente, adicionam uma camada adicional de ameaça à população residente desses *locus* de “ilegalidade substantiva” sendo a dinâmica desses conflitos urbanos explicada com precisão por Oliveira:

uma não insignificante porcentagem das residências das classes trabalhadoras foi construída pelos próprios proprietários, utilizando dias de folga, fins de semana e formas de cooperação, como “mutirão”. Ora, a habitação, bem resultante dessa operação, se produz por trabalho não pago, isto é, supertrabalho. Embora aparentemente esse bem não seja desapropriado pelo setor privado da produção, ele contribui para aumentar a taxa de exploração da força de trabalho, pois seu resultado – a casa – reflete-se numa baixa aparente do custo de reprodução da força de trabalho [...] e para deprimir os salários reais pagos pelas empresas. Assim, uma operação que é, na aparência, uma sobrevivência de prática de “economia natural” dentro das cidades, casa-se, admiravelmente bem com um processo de expansão capitalista, que tem uma de suas bases e seu dinamismo na intensa exploração da força de trabalho (Oliveira, 2003. p. 59).

Por esse motivo, compreender a extensão do déficit habitacional é fundamental para moldar e analisar as políticas governamentais referentes à habitação. Além disso, essa compreensão desempenha um papel crucial ao oferecer diretrizes aos órgãos governamentais locais sobre as reais demandas habitacionais e as áreas que demandam uma provisão iminente e urgente (Fernandes; Bragato, 2018, p. 214).

Assim, a fim de ressaltar os efeitos deletérios da precariedade da vida nesses espaços, tem-se que

[...] a própria existência histórica das favelas as situa num limiar muito tênue entre o reconhecimento legal e a ilegalidade. No caso do Rio de Janeiro, embora muitas dessas áreas estejam consolidadas há muitas décadas, poucas tiveram reconhecimento legal com base nos instrumentos existentes para tal. É nesse terreno nebuloso da existência legal das favelas que a administração pública atuará de

maneira decisiva. Como a “posse” é algo instável, permite-se que um perito afirme que um “valor maior” de indenização não seja possível, ao passo que o processo de remoção tenha continuidade aparentemente sem grandes questionamentos. (Magalhães, 2019, p. 228).

Nesse sentido, se percebe que o Estado tem atuado mais como um promotor dessa ilegalidade do que como um agente promotor e garantidor do direito à moradia digna como é o seu dever constitucionalmente estabelecido no art. 6º da CF/88. Ao invés de exercer essa prerrogativa de forma localizada e onde os problemas são mais sentidos, o Estado tem buscado opções diferentes ao planejar e executar suas políticas públicas.

Tradicionalmente os poderes públicos têm apostado em políticas de remoções e descaracterização dessas comunidades e na realocação de seus moradores para complexos habitacionais construídos em áreas afastadas dos centros das cidades e sob as condições de financiamentos sociais disponibilizados por instituições bancárias e com garantias fiscais e subsídios para construtoras contratadas pela administração pública. Exemplos desses programas habitacionais são a COHAB (Companhia de Habitação Popular), a CDHU (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano), o Minha Casa, Minha Vida e mais recentemente o seu sucessor Casa Verde e Amarela que, dentre muitas diferenças, destaca-se a principal semelhança entre si, que é o modelo de construção de novos complexos habitacionais e o foco na concessão do direito real de propriedade dos imóveis em face da garantia e manutenção da posse e permanente e, consequentemente do direito à moradia, dos seus beneficiários.

Esse modelo, ainda que tenha alcançado o objetivo de ampliar o número de moradias populares disponíveis no mercado imobiliário e facilitar a aquisição de imóveis para pessoas que, sem subsídios não poderiam acessar esse mercado, não foi capaz de solucionar o problema da escassez de moradias de propriedade pública, no atingimento de populações que não acessam o sistema bancário, ou na redução significativa do déficit habitacional. Outra questão de importância nesse cenário, é o fato de que esses empreendimentos, nos moldes apresentados até então, geralmente se localizam em espaços urbanos periféricos, em vazios urbanos, com pouca infraestrutura urbanística, além de a qualidade das construções igualmente não são das melhores, muitas vezes ocasionando em mais fragilidade habitacional do que no *status quo ante*.

Ainda, a dinâmica do assédio do mercado imobiliário nesses complexos habitacionais se mostra bastante complexo e eficaz, uma vez que, ao serem construídos em locais afastados do centro das cidades, os vazios urbanos localizados entre os centros e o complexo, que

receberam infraestrutura pública (como iluminação, esgoto, pavimentação) passa a ser consideravelmente mais valorizado. Além disso,

Essa realidade acaba por criar uma dinâmica de expansão da malha urbana em direção às periferias, que invariavelmente são zonas perigosas e insalubres das cidades. Os beneficiários dos programas de moradia popular se veem forçados a vender suas propriedades aos especuladores por valores irrisórios e se deslocar novamente para áreas de precariedade habitacional, sem a garantia de obtenção do direito real sobre a moradia. (Cruz e Hermany, 2021, p. 536)

É, portanto, imprescindível que se possa vislumbrar uma maneira de promover o direito à moradia, sem, contudo, fomentar a especulação imobiliária, expandir a malha urbana para áreas de proteção ou risco ambiental ou excluir pessoas que não possam acessar os programas habitacionais. É importante, para combater os efeitos do déficit habitacional, garantir, acima de tudo, o pleno direito à moradia digna, que, vale ressaltar, não é um e a mesma coisa com o direito real à propriedade de um imóvel, que pode ser tão precária quanto o risco habitacional.

A utilização de imóveis já construídos e que se encontram em situação de descumprimento de sua função social parece ser um caminho interessante para que se rompa com a inexorável necessidade de se construir novas unidades habitacionais e, conseqüentemente, se expanda o território urbano horizontalmente, se fomente a especulação e se necessite de firmar contratos públicos com grandes construtoras e instituições financeiras que, em última medida, sempre visam a obtenção do maior lucro. O processo para viabilizar essa vontade, entretanto, é complexo, e se afirma como tal quando se analisa os instrumentos de desapropriação sanção existentes no ordenamento jurídico urbanístico brasileiro, que, em que pese seja bastante avançado, ainda oferece dificuldades práticas para sua realização.

No caso de imóveis de propriedade privada que não cumpram as regras constitucionais e infraconstitucionais da função social, ou seja, as presentes no artigo 182³ da Constituição

³ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

Federal de 1988 e no artigo 5^o do Estatuto da Cidade – EC, as regras de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios são aplicadas de acordo com as regulações estabelecidas pelos municípios em lei local, para posteriormente ser aplicado o instrumento do IPTU progressivo no tempo conforme o artigo 7^o do Estatuto da Cidade⁵. Caso o imóvel ainda esteja em situação de descumprimento da sua função social após a aplicação sucessiva desses instrumentos, o poder público municipal tem o poder de desapropriar o bem particular através do disposto no artigo 8^o do Estatuto da Cidade, que impõe ao desapropriante o pagamento do valor do bem em títulos da dívida pública sob o caráter de indenização ao desapropriado.

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁴ Art. 5^o Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1^o Considera-se subutilizado o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II – (VETADO)

§ 2^o O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3^o A notificação far-se-á:

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4^o Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5^o Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

⁵ Art. 7^o Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5^o desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5^o do art. 5^o desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

§ 1^o O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5^o desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2^o Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8^o.

§ 3^o É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

⁶ Art. 8^o Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1^o Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2^o O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2^o do art. 5^o desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3^o Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

A questão que se impõe para a dificuldade da realização dessa cadeia de processos que culminam na desapropriação de bens em descumprimento da função social e sua posterior destinação para políticas habitacionais é que os municípios estão impedidos de emitir títulos da dívida pública de forma autônoma desde a vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei nº 101/2000. Assim, a aplicação dos instrumentos desapropriatórios constantes no Estatuto da Cidade, resta dificultada e impõe que se busquem, igualmente, alternativas a esse mecanismo, sendo essa a razão pela qual, nas próximas seções deste trabalho, será tratado do regime de propriedade imobiliária dos entes públicos brasileiros e a possibilidade de seu uso com o objetivo de combater o déficit habitacional no país.

3 O REGIME BRASILEIRO DE PROPRIEDADE PÚBLICA DE IMÓVEIS: FUNÇÃO SOCIAL EM SENTIDO ESTRITO

Em face dos problemas apresentados no item anterior acerca da utilização pelo poder público de imóveis particulares em desatenção a sua função social, surge uma questão sobre a possibilidade de utilizar imóveis de propriedade pública na mesma situação para o objetivo de sua destinação para políticas públicas de habitação. Os poderes públicos têm garantido o poder/dever de ter sob sua posse e propriedade bens imóveis nos moldes do que determina a CF/88 em seu artigo 20 que estabelece que os bens pertencentes aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios são bens públicos.

A doutrina vai estabelecer que bens públicos são “o conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público”. (Cretella Junior, 1980, p. 204). Os bens públicos podem ser divididos em quatro categorias quanto ao seu uso, sendo elas bens de uso comum, bens de uso especial, bens dominiais ou dominicais e, mais controversos, os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial perfariam o domínio público e os bens dominicais integrariam o domínio privado do Estado. (Di Pietro, 2004. p. 96).

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

A legislação infraconstitucional igualmente irá regular a propriedade de bens públicos através da Lei de Registros Públicos (Lei Federal nº 6.015/1973) em seu artigo 167⁷, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021) no artigo 2º, IV⁸, 74, V, §5º, III⁹ e no Código Civil em seu artigo 1.228¹⁰. Em linhas gerais, são esses dispositivos legais que irão garantir que o Estado em seu sentido lato possa ser o proprietário e dispor livremente dos bens que são de seu domínio para tal, excetuando aqueles que são inalienáveis, igualmente por força de lei, como é o caso das terras indígenas; das terras quilombolas; das unidades de conservação ambiental; ilhas costeiras; zonas marítimas e da zona econômica exclusiva, por exemplo.

O processo de disposição de imóveis por parte do Estado pode se dar de formas distintas, contudo, de modo geral e, excetuando características estabelecidas por legislações locais, é possível identificar uma sucessão de procedimentos que são necessárias à devida venda de imóveis por parte dos poderes públicos no Brasil. São eles: (i) a identificação do imóvel, momento no qual são disponibilizadas informações sobre o imóvel em veículos

⁷ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. (Renumerado do art. 168 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

I - o registro: (Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975).

[...]

40) do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.220, de 2001).

⁸ Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

[...]

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;

⁹ Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

[...]

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do caput deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

[...]

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

¹⁰ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

institucionais ou diretamente nos órgãos responsáveis; (ii) a avaliação do imóvel, que consiste na determinação do valor de mercado do bem a ser disposto; (iii) a abertura de um edital de licitação, uma vez que a vasta maioria das vendas de imóveis públicos no Brasil se dá por essa modalidade e envolve na concessão de informações detalhadas sobre o imóvel, as condições de venda, os critérios de seleção dos licitantes e as datas importantes do processo; (iv) a efetiva participação no processo, que implica no pagamento de uma taxa de inscrição, a apresentação de documentos e a oferta de um lance; (v) a habilitação dos licitantes, na qual são avaliadas a habilitação jurídica, fiscal e técnica dos participantes; (vi) a homologação do resultado, no qual o órgão responsável pela venda homologa o vencedor da licitação; (vii) a assinatura do contrato, quando o vencedor da licitação e o Estado celebram um contrato de compra e venda, que estabelece as condições finais da transação; (viii) o registro em cartório, momento no qual se oficializa a transação e, finalmente, (ix) o pagamento e a entrega do bem, quando o comprador efetua o pagamento conforme o contrato e recebe as chaves do imóvel.

O procedimento de aquisição de bens imóveis por parte do Estado também pode ser dividido em etapas e formas que, ainda que sujeitas a variações impostas por leis de entes específicos, podem ser generalizadas da seguinte maneira: (i) compra direta, na qual o ente efetua a negociação e contratação da compra diretamente com o proprietário; (ii) através do processo de desapropriação¹¹ que pode se dar por a) utilidade pública, b) interesse social ou c) necessidade pública, que exigem a devida e justa indenização ao proprietário; (iii) doação, que ocorre quando um particular ou entidade volitivamente escolhe por ceder um imóvel ao Estado muitas vezes para fins específicos, como a construção de escolas, hospitais, habitações ou parques; (iv) permuta, que possibilita uma verdadeira troca de um imóvel público por um de um particular, mas é mais usual entre diferentes órgãos estatais; (v) compra em leilão, no qual o Estado pode adquirir bens que foram apreendidos ou confiscados; (vi) compra de terras devolutas, que é a aquisição de terras sem proprietário registrado ou que foram abandonadas através de procedimentos legalmente estabelecidos; (vii) regularização fundiária, que é a aquisição da propriedade de imóveis em áreas ocupadas informalmente através da sua legalização e (viii) pelo confisco, que ocorre em situações extraordinárias e específicas em casos de atividades ilegais ou crimes, sendo essa modalidade geralmente resultado de decisões judiciais.

Os imóveis, quando sob o domínio do Estado, servem para o cumprimento dos deveres instituídos a si e para o exercício das atividades inerentes ao poder público, devendo cumprir

¹¹ Vale recordar os problemas já apresentados nesse trabalho acerca da desapropriação sanção.

com as finalidades do atendimento às necessidades públicas, o que inclui a construção e manutenção da infraestrutura, como escolas, hospitais, estradas, edifícios governamentais e outros equipamentos de uso coletivo, da promoção do desenvolvimento econômico com a construção de parques industriais, áreas agrícolas e comerciais. Outras finalidades que têm de ser atendidas são a preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural, com a aquisição de áreas para a criação de unidades de conservação, parques e reservas, além de imóveis de valor histórico e cultural para preservação do patrimônio cultural.

A regulação fundiária também é uma das finalidades da aquisição de bens imóveis pelo Estado que ao fazê-lo garante a posse segura e legal dos ocupantes. Através da aquisição de áreas a serem regularizadas, seja por problemas dominiais ou urbanísticos, o Estado é capaz de incluir essas áreas ou imóveis em seu rol de propriedades, estabelecer sua devida legalização e adequação às leis locais e, após, conceder a propriedade justa e pacífica aos moradores¹².

Além da satisfação dessas utilidades públicas, a aquisição dos imóveis também deve ser regida por princípios jurídicos que irão servir de parâmetros axiológicos para o processo de aquisição em si, como também da própria utilização desses bens pelo Estado. A propriedade de bens públicos vai ser regida por princípios de direito administrativo que iram balizar a condução dos processos de aquisição e alienação dos bens pelos poderes públicos, assim como o seu uso e destinação.

São eles: (i) princípio da supremacia do interesse público, que impõe a prevalência do interesse público sobre o interesse privado na aquisição e na administração de bens imóveis pelo Estado; (ii) princípio da legalidade que estabelece que as ações do Estado relacionadas a bens imóveis, incluindo a desapropriação, licitação e contratação devem estar de acordo com a legislação aplicável; (iii) princípio da imprescritibilidade, o qual estabelece que a propriedade dos bens públicos é considerada imprescritível, ou seja, não podem ser adquiridos por terceiros através da usucapião, a menos que haja uma lei específica permitindo essa possibilidade; (iv) princípio da inalienabilidade, que determina que a alienação dos bens públicos deverá ser a exceção à regra, sendo necessária a apresentação de justificativa legal para que a alienação se realize dentro dos limites impostos pela lei; (v) princípio da indisponibilidade, no qual os bens públicos são considerados indisponíveis, ou seja, não

¹² Sobre o tema, é de suma importância levar em conta a reflexão de Fernandes de que “Se a titulação massiva certamente levou à promoção de maior segurança jurídica da posse para os moradores dos assentamentos – fator esse que não pode de forma alguma ser subestimado –, por outro lado também não se pode mais ignorar que a política legalista peruana tem tido uma série de implicações negativas não previstas originalmente: preços mais altos dos terrenos, mais ocupações, baixa qualidade urbanístico-ambiental dos assentamentos, novas distorções das relações de gênero etc”. (Fernandes, 2023, p. 245).

podem ser usados como garantia em transações financeiras ou como objeto de penhora, exceto em situações excepcionais previstas em lei e, finalmente (v) princípio da publicidade e transparência que requer que o ente estatal deve realizar todas as transações relacionadas a bens imóveis de forma transparente e de conhecimento público, garantindo que os interessados tenham acesso às informações relevantes. (Di Pietro, 2009).

Dessa maneira, se tem que o Estado tem uma série de requisitos, prerrogativas e princípios que vão reger a sua maneira de adquirir e administrar os bens sob seu domínio, contudo, o seu uso também é regulado pelo princípio da legalidade e a lei irá impor limites e parâmetros. Os bens imóveis públicos devem ser utilizados de acordo com uma finalidade pública, que, de acordo com a CF/88, devem ser destinados ao benefício público, como a prestação de serviços públicos, a construção de equipamentos urbanos, a instalação de órgãos governamentais, entre outros.

A legislação local igualmente irá definir a afetação ou desafetação do imóvel público, que é o ato administrativo ou normativa que irá definir a destinação de uso de um determinado bem para uma determinada finalidade. Igualmente, as leis urbanísticas municipais e seus planos diretores irão servir como limitadores ao uso dos bens estatais uma vez que definem regras de zoneamento e de uso do solo nos municípios.

O uso dos imóveis que fazem parte do patrimônio histórico e cultural de propriedade do Estado devem também respeitar as regras estabelecidas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, que se submete as regras da Lei nº 3.924/61 e ao Decreto-Lei nº 25/1937. Assim, qualquer tipo de intervenção ou uso desses imóveis deverá ser feito de acordo com as normas de proteção do patrimônio, e de acordo com os padrões arquitetônicos, históricos e arqueológicos estabelecidos para o bem especificamente.

Contudo, para os fins que se propõe esse estudo, a regra de uso mais importante diz respeito ao devido cumprimento da função social da propriedade, que, ainda que seja mais rotineiramente relacionada à esfera privada, igualmente se aplica aos bens imóveis em regime de domínio público. Sobre essa matéria, Di Pietro (2006, p. 1-13) estabelece que:

Com relação aos bens de uso comum do povo e bens de uso especial, afetados, respectivamente, ao uso coletivo e ao uso da própria Administração, a função social exige que ao uso principal a que se destina o bem sejam acrescentados outros usos, sejam públicos ou privados, desde que não prejudiquem a finalidade a que o bem está afetado. Com relação aos bens dominicais, a função social impõe ao poder público o dever de garantir a sua utilização por forma que atenda às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, dentro dos objetivos que a Constituição estabelece para a política de desenvolvimento urbano.

Dessa maneira, de acordo com Freitas Filho e Pereira (2016, p. 54), as disposições estabelecidas na Constituição, juntamente com seus objetivos, reforçam a necessidade de uma abrangente aplicação da função social da propriedade, abrangendo, sem dúvida, os bens públicos de acordo com suas particularidades. Ainda que haja discussões acerca da incidência da função social aos bens públicos¹³, pela justificativa que as próprias diretrizes dos seus usos já seriam suficientes para estabelecer sua função social, não se pode negar que o Estado possa, por inúmeras razões, descumprir com suas atribuições, gerando vícios administrativos.

Essa é uma realidade que se impõe com mais assertividade aos bens denominados dominicais ou dominiais, que, ao não terem seu uso destinado a uma finalidade específica, pode ter sobre si impostas as sanções pela não destinação social do seu domínio. Por isso a importância de se classificar os bens públicos, uma vez que

Acredita[mos] ser útil a classificação dos bens em uso comum, uso especial e dominical por estabelecer diversidade de regimes jurídicos que resultam em modos distintos de incidência e aplicação do princípio da função social da propriedade aos bens públicos, embora não neguemos a possibilidade da incidência do princípio da função social a todas as categorias de bens públicos. (Rocha, 2005, p. 127).

Assim, se percebe que é possível reconhecer a subordinação dos regimes de bens públicos ao princípio constitucional da função social da propriedade, vertente da qual se filia esse trabalho. Dessa maneira, direcionando ao objetivo ao qual se propõe com esse estudo, adianta-se que instrumentos como a concessão de uso especial para moradia, a concessão do direito real de uso e a concessão de uso de bem público, serão algumas formas de se garantir a função social da propriedade pública que serão tratadas no ponto a seguir, e para o qual se passa desde já.

4 A UTILIZAÇÃO DO ESTOQUE PÚBLICO DE IMÓVEIS EM POLÍTICAS HABITACIONAIS: UMA SOLUÇÃO VIÁVEL E SUSTENTÁVEL PARA COMBATER O DÉFICIT HABITACIONAL

Como já demonstrado anteriormente através dos dados trazidos pela Fundação João Pinheiro, o déficit habitacional no Brasil está em uma curva ascendente, atingindo 5.876.699

¹³ Exemplo de uma construção teórica divergente é a afirmação de Abe (2008, p. 142) que diz que “enquanto dever fundamental, a função social da propriedade, previsto no art. 5.º, XXIII, da Constituição Federal, deve ser atendida por todos os particulares e, não pelo Estado, pois as sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social da propriedade urbana são imputáveis apenas aos particulares, sendo inadequadas para punir os entes públicos (União, Estados, DF, Municípios) pelo descumprimento deste dever. [...] No meio rural, é patente a inaplicabilidade das sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social aos entes públicos”.

de famílias e 24.893.961 domicílios em situação de risco aos seus habitantes. Naturalmente, esses dados fazem crer que, em primeira análise, existe uma deficiência de unidades habitacionais disponíveis no mercado ou que o Estado não tem condições de disponibilizá-las e assegurar o direito à moradia digna conforme é sua atribuição segundo o artigo 6º da CF/88.

Contudo, a partir da análise dos dados disponíveis sobre a quantidade de unidades habitacionais desocupadas existentes, se percebe que há um evidente desequilíbrio entre a razão déficit habitacional *versus* habitações desocupadas. O recente e bastante divulgado estudo do censo conduzido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2022) sobre a existência de 11,4 milhões de casas e apartamentos vazios no país, ou seja, de cada 100 imóveis brasileiros, 13 estão sem moradores.

Igualmente, foram distribuídos, de acordo com dados do Ministério das Cidades (2023), desde a sua criação, mais de 6 milhões de habitações pelo Programa Minha Casa Minha Vida, sendo somente em 2023 mais de 10 mil unidades em 37 empreendimentos. Partindo da análise desses dados, se percebe que, ainda que o número de habitações disponíveis e vagas, tanto no mercado privado, quanto acessíveis pelos programas sociais do Governo Federal, tenha tido um importante acréscimo, a sua relação com os índices de déficit habitacional não é inversamente proporcional.

Esse descompasso paradoxal entre moradias vazias e famílias em risco habitacional é mais uma das muitas idiossincrasias da estrutura social e política do Brasil, que é, como visto, marcada por um traço indelével e profundo de desigualdades sociais. É essencial para que se possa romper com essa realidade preocupante, pensar e reproduzir na realidade e prática social, maneiras de se combater essas desigualdades, principalmente os efeitos que elas causam na questão da crise urbana e habitacional brasileira.

Já foi tratado nesse estudo, das dificuldades encontradas pelos poderes públicos em se oferecer imóveis de propriedade particular em descumprimento de sua função social, bem como dos problemas enfrentados pelas tradicionais políticas de habitação sociais, focadas na facilitação do crédito imobiliário, em enfrentar o problema do déficit habitacional do Brasil, motivo pelo qual se apresenta uma alternativa que busque se distanciar desses cenários para poder, efetivamente, enfrentar o déficit habitacional. Uma das questões mais importantes para que se compreenda essa necessidade de romper com o modelo privatista de política habitacional, é o fato de o Brasil não possuir um estoque público de moradias significativo, sendo a exceção as Vilas Militares em número de aproximadamente 20 mil casas (Valença, 2014, p. 10).

Desde o início das atividades do Ministério das Cidades, ainda em 2008, particularmente no âmbito da coordenação do Programa Nacional de Reabilitação de Áreas Urbanas Centrais (Prauc), se discutiam modalidades de política habitacional que pudessem utilizar o estoque de imóveis públicos subutilizados em prol da garantia do direito à moradia (Balbim, 2015, p.7), contudo, desde então, ainda são muito poucos os imóveis públicos convertidos em moradia. Atualmente apenas a União conta com 757.394 imóveis sob o seu domínio, sendo 59.968 deles imóveis funcionais, servindo a uma gama extensa de fins, como prédios de bancos públicos, universidades, agências de autarquias etc., que estão em plena conformidade com sua função social e com as diretrizes e princípios da propriedade pública já tratados nesse trabalho. (Ministério da Economia, 2023).

Os restantes 697.426, a vasta maioria de imóveis de propriedade da União são bens dominicais, ou seja, não têm uma utilização destinada, estando vagos e subutilizados. Estes imóveis poderiam ser disponibilizados aos órgãos públicos aos quais compete a gerência de políticas públicas habitacionais para que possam, através de adaptações quando necessárias, servir ao propósito de combater o déficit habitacional.

Instrumentos normativos podem servir como base legal e catalisadores para essa finalidade, como é o exemplo da concessão do direito real de uso, regulada pelo artigo 1.225, inciso VII, do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) e pelo artigo 7º do Decreto-lei nº 271/67¹⁴. Esse instrumento permite que uma pessoa ou entidade obtenha o direito de usar e usufruir de um imóvel público ou privado por um período determinado, como se proprietário fosse, muito embora não adquira a propriedade plena do imóvel.

A concessão do direito real de uso é concedida pelo proprietário legal do terreno, que pode ser uma entidade governamental, ou um particular, em conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis. Vale ressaltar que esse instrumento deve atender a alguns requisitos necessariamente, como é o caso do (i) tempo limitado, que indica à concessão de direito real seja determinada por um período específico e determinado em contrato, sendo esse período variável, uma vez que possível ser estabelecido em décadas ou até séculos; (ii) o uso e benefício, no qual o beneficiário da concessão tem o direito de usar, gozar e até mesmo construir sobre o terreno, desde que esteja de acordo com os termos estabelecidos no contrato de concessão, sem, contudo se tornar em proprietário do bem; (iii) a transferência e herança,

¹⁴ Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

característica na qual a concessão de direito real de uso pode ser transferida ou até mesmo herdada, desde que esteja em conformidade com as leis e regulamentos locais e as condições estabelecidas no contrato de concessão; (iv) as finalidades diversas, que estabelece que a concessão pode ser utilizada para diversos fins, como moradia, atividades comerciais, industriais, agrícolas, recreacionais, entre outros; e (v) o pagamento de taxas, que impõe ao beneficiário da concessão de direito real de uso o dever de pagar taxas periódicas ou anuais ao proprietário do terreno como compensação pelo seu uso, sendo essas taxas variáveis dependendo do local e das circunstâncias do seu fim.

Nesse sentido, a concessão de direito real de uso pode ser uma ferramenta importante para o desenvolvimento de projetos habitacionais de longo prazo, permitindo que pessoas ou entidades utilizem a terra de forma segura e plena por um período significativo sem, contudo, adquirir a propriedade do bem. Sobre o instrumento,

[...] foi instituída pelos art.7º e 8º do decreto-lei n.271, de 28-2-1967 e é expressamente recomendada, preferentemente à venda ou doação de bens públicos, pelo art. 19, § 1, da Lei estadual n.89, de 27-12-1972 e pelo art.63 do Decreto-lei Complementar estadual (São Paulo). N.9, de 31-12-1968 (Lei Orgânica dos Municípios). Pelo art.8º do Decreto-lei n.271/67 ela abrange o espaço aéreo.” (Mukai, 1988, p.147).

Outro instrumento previsto no arcabouço legal brasileiro é a concessão de uso de bem público que permite que uma pessoa ou entidade utilize um bem público, por um período determinado e com certas condições, sem adquirir a propriedade do bem.

A legislação que regula a concessão de uso de bem público no Brasil, é a Lei Federal nº 8.987/1995, que trata, principalmente das concessões de serviços públicos, mas, também, da concessão de uso de bens públicos associados a esses serviços. Ainda, no âmbito do poder local, a regulamentação específica pode variar de município para município, dependendo das políticas locais e das leis destes entes.

A principal diferença entre a concessão de uso de bem público e a concessão do direito real de uso se situa na duração e na natureza do direito concedido, sendo a concessão de uso é temporária e revogável, enquanto a concessão do direito real de uso é mais duradoura e oferece ao beneficiário um nível mais elevado de controle e uso sobre o bem público.

Outro importante instrumento que pode ser utilizado para dar aos imóveis públicos dominicais ou em situação de abandono um uso voltado à habitação de interesse social, como é o caso da concessão de uso especial para moradia – CUEM, prevista no Estatuto das Cidades – Lei Federal nº 10.257/2001, na Lei Federal nº 11.481/2007 e, mais especificamente

às terras rurais, na Lei Federal nº 13.465/2017. O CUEM é uma ferramenta jurídico-administrativa que permite a posse de um terreno público para fins de moradia, desde que determinados requisitos sejam atendidos.

Os requisitos para a sua aplicação e adoção são:

- Os ocupantes da área devem possuir o imóvel há, no mínimo, cinco anos, ininterruptamente. A posse pode ser transferida e o tempo de posse do morador anterior pode ser computado para preencher esse requisito;
- Durante esse período não pode haver oposição (não pode haver nenhuma ação judicial reivindicando a desocupação da área);
- É necessário que o imóvel seja usado para fins de moradia;
- O tempo de posse exigido deve ser anterior a 30 de junho de 2001. No entanto o Município tem autonomia para criar uma lei própria que atenda aos interesses de seus moradores, podendo, inclusive, estabelecer o limite do período de aquisição diverso do estabelecido na MP 2220/01;
- Não ser proprietário de qualquer outro imóvel urbano ou rural. (Saulé Júnior, 2012, p. 15-16).

Cumpridos os requisitos, o solicitante da concessão deve pedi-la ao ente público proprietário do bem, que procederá em um prazo de 12 meses a decidir sobre o pedido e, caso não decida nesse período ou negue o pedido, os requerentes poderão ingressar com uma ação no Poder Judiciário requerendo a concessão. Após, o próximo passo é registrar o título no cartório de registro de imóveis, o que garante a segurança jurídica da posse e permite que o ocupante tenha direitos análogos ao de propriedade sobre o imóvel.

Existirão casos no qual poderá haver a necessidade de pagamento de taxas e custos associados ao processo de regularização, como taxas de cartório e custos de topografia, por exemplo, mas a concessão, em regra, se dá de forma gratuita, inclusive a sua manutenção, ou seja, não são cobradas mensalidades ou aluguéis. No mesmo sentido, o beneficiário da CUEM deverá cumprir com as obrigações estabelecidas na legislação, como, por exemplo, a manutenção do bem ou terreno e a sua utilização exclusivamente para fins de moradia.

É importante ressaltar que, ainda que essas regras gerais sobre a CUEM estejam determinadas em legislação federal, os municípios têm autonomia para incluírem outros pontos específicos em suas leis próprias, isso, é claro, quando se referirem a bens de propriedade das administrações locais. Os instrumentos legais aqui citados trazem alternativas bastante viáveis à concessão do direito de uso sobre imóveis subutilizados de propriedade pública, mas, na prática, exigem a organização de demandas coletivas, a movimentação de órgãos jurisdicionais e a própria existência de conflitos sobre a legitimidade da posse, que, frequentemente, é originada em processos violentos (Cafrune, 2010).

Além disso, muitas vezes os imóveis públicos em desuso se encontram em más condições de conservação ou não tiveram em seu projeto inicial de construção o uso habitacional como escopo, o que, evidentemente, dificulta ou impede sua utilização como moradia. Para solucionar esse problema, a revitalização de edifícios em condições precárias ou abandonados através da técnica de *retrofit*¹⁵ tem se tornado uma escolha frequente no setor imobiliário com o intuito de aumentar o valor de propriedades e regiões urbanas em declínio tanto em termos de estrutura como de demanda de mercado.

Essa abordagem visa reintegrar no mercado de aluguel ou venda imóveis que estavam em uma trajetória descendente no que diz respeito à sua utilização e ao seu valor de mercado. O uso desta abordagem arquitetônica com o propósito de recuperar e redirecionar propriedades privadas tem sido objeto de discussão e aplicação cada vez mais frequente em iniciativas governamentais voltadas para projetos habitacionais em constante expansão (Sartori, 2018). Assim,

Diversas iniciativas de *retrofit* no Brasil estão vinculadas à valorização imobiliária e adaptação de uso em edificações históricas, especialmente nas grandes capitais, onde há uma tendência das políticas públicas urbanas em retornar os investimentos para as áreas centrais degradadas. (SARTORI, 2018, p. 31).

Recuperar e adaptar imóveis públicos e destiná-los ao uso habitacional é uma maneira de assegurar o cumprimento da função social da propriedade pública, garantir o direito à moradia de famílias em situação de risco habitacional e de preservar o patrimônio cultural e arquitetônico das cidades, além de facilitar a moradia em áreas centrais das cidades que, frequentemente, passam por processos de degradação e despovoamento. Além disso, em 14 de março de 2023, o Ministério das Cidades anunciou sua intenção de estabelecer o programa Minha Casa Retrofit, com o propósito de revitalizar e aproveitar propriedades públicas atualmente ociosas, dentro do contexto do programa Minha Casa Minha Vida, visando ao financiamento e à oferta de habitação social para famílias beneficiárias do MCMV (CNN Brasil, 2023).

Ainda, o programa MCMV, através da sua nova modalidade o Minha Casa Minha Vida Entidades, ainda será beneficiado pelo Programa de Democratização dos Imóveis da União – PDIU que está sendo planejado com o propósito de direcionar para fins de interesse social os bens imóveis pertencentes à União que se encontram em estado de indefinição,

¹⁵ O termo em inglês que significa a reciclagem e incorporação de tecnologia construtiva, estrutural e de serviços a construções antigas, além de estar intimamente relacionado ao desenvolvimento e melhoria do desempenho dos sistemas arquitetônicos (mecânico, elétrico e hidráulico) em construções de moradia popular nas cidades, contribuindo para a redução do déficit habitacional. (Silva, 2013).

incluindo áreas urbanas desocupadas, edifícios desabitados e ocupados, conjuntos habitacionais com famílias sem títulos de propriedade, e comunidades urbanas informais. O PDIU terá três prioridades, (i) provisão habitacional; (ii) regularização fundiária e urbanização e (iii) obras de infraestrutura.

O Programa de Democratização dos Imóveis da União, formalizado pelas portarias SPU/MGI Nº, 4.211, 4.212 e 4.252 de agosto de 2023, já destinou ao uso do PMCMV três imóveis para uso habitacional, sendo eles em São Paulo – SP, na Praça da República, n. 287 e 299 – República que, segundo o governo, tem capacidade para 100 unidades habitacionais; em Manaus – AM, na Rua Quintino Bocaiúva, n. 122, Centro, que poderá receber cerca de 85 unidades habitacionais e em Vitória – ES, na Rua João Caetano, n. 33, Centro, que de acordo com o Governo Federal, poderá receber 106 unidades habitacionais (Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, 2023).

Essas movimentações em direção a uma maior disponibilidade dos imóveis públicos sem um uso definido para fins de sua utilização em políticas habitacionais são, de fato importantes para que se possa atacar o problema do déficit habitacional de forma alternativa aos modelos tradicionais de construção de novas casas e expansão das cidades rumo as suas periferias. Ao se recuperar e destinar imóveis públicos, nos centros das cidades e assegurar a sua posse segura aos moradores, se estará não só garantindo um teto digno aos beneficiários, mas também o seu direito fundamental de acesso à cidade, seus centros, ao mercado de trabalho, aos equipamentos urbanos e aos espaços culturais e de interação social.

Da mesma forma, a cidade ganha ao incorporar a locais em processo de deterioração urbana, gentrificação e de despovoamento, novos moradores e suas experiências, que só têm a contribuir com a revitalização desses espaços e ao pleno respeito aos princípios do direito urbanístico e à função social da propriedade urbana, privada ou pública. É essencial para esse fim, contudo, que se possa avançar no projeto de democratizar o uso dos imóveis que se encontram sem ocupantes, sem uso e sem função social, além de ampliar o debate público acerca dessas possibilidades e aplicar, em políticas públicas de habitação, a ideia de que, para que se tenha uma cidade verdadeiramente justa no Brasil, não é possível existir casas sem gente e gente sem casa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo explorar as alternativas para a utilização de imóveis públicos em descumprimento de sua função social como uma ferramenta eficaz para

enfrentar o déficit habitacional no Brasil. A análise demonstrou que, ao longo da história, as dinâmicas de urbanização no país foram fortemente influenciadas por fatores políticos, sociais e econômicos que perpetuaram desigualdades e exclusão habitacional.

O desenvolvimento urbano desordenado e a segregação socioespacial foram produtos de escolhas políticas que, historicamente, privilegiaram a especulação imobiliária e a concentração fundiária, relegando as populações mais vulneráveis a áreas periféricas e precárias. Esse cenário agravou-se nas últimas décadas, apesar de políticas habitacionais como o programa Minha Casa Minha Vida, que, embora tenha expandido o número de moradias, não conseguiu reduzir significativamente o déficit habitacional ou enfrentar a segregação urbana.

A pesquisa revelou que a utilização de imóveis públicos ociosos ou subutilizados representa uma oportunidade estratégica para que os poderes públicos, especialmente no nível municipal, combatam o déficit habitacional de maneira sustentável e eficaz. O princípio da função social da propriedade, consagrado no artigo 182 da Constituição Federal e reforçado pelo Estatuto da Cidade, exige que a propriedade, seja ela pública ou privada, atenda às necessidades da coletividade.

No entanto, a realidade no Brasil mostra que uma grande parte dos imóveis públicos permanece ociosa ou sem destinação adequada, enquanto milhões de brasileiros vivem sem acesso à moradia digna. O trabalho evidenciou que essa desconexão entre a disponibilidade de imóveis e a demanda habitacional reflete não apenas a falha na implementação de políticas públicas, mas também uma subutilização dos instrumentos legais disponíveis.

No contexto da segunda parte do estudo, foi possível concluir que o arcabouço jurídico brasileiro oferece ferramentas poderosas para que os municípios possam utilizar imóveis públicos para enfrentar o déficit habitacional. Instrumentos como a desapropriação por interesse social, o IPTU progressivo e as sanções pelo descumprimento da função social da propriedade são previstos na legislação, mas sua aplicação ainda é incipiente, sendo o desafio, não apenas de natureza legal, mas também administrativa.

Muitos municípios carecem de estrutura e capacidade técnica para identificar, gerir e destinar esses imóveis para fins habitacionais. A pesquisa mostrou que, para que essas ferramentas sejam efetivamente utilizadas, é necessária uma maior articulação entre os entes federativos, além de um fortalecimento da capacidade institucional dos municípios.

Além dos desafios legais e administrativos, o trabalho também destacou o potencial transformador de políticas habitacionais baseadas na reutilização de imóveis públicos. A

terceira parte do estudo apresentou soluções práticas e inovadoras, como a concessão de uso especial para moradia, o direito real de uso e o *retrofit* de edifícios públicos subutilizados.

Essas modalidades oferecem alternativas ao modelo tradicional de construção de novas unidades habitacionais, que frequentemente resulta na expansão desordenada das cidades em direção às periferias. Ao destinar imóveis públicos já existentes para fins habitacionais, os municípios podem não apenas reduzir o déficit habitacional, mas também revitalizar áreas urbanas degradadas, promovendo a inclusão social em regiões centrais e bem servidas de infraestrutura.

O *retrofit* foi discutido como uma solução arquitetônica e urbanística eficaz, que permite a recuperação de edifícios em desuso, adaptando-os para novas funções, como moradias sociais, evitando novas expansões urbanas e promovendo a sustentabilidade das cidades. Além de oferecer uma resposta imediata à crise habitacional, essa estratégia reorganiza o espaço urbano, facilitando a ocupação de áreas centrais, historicamente mais acessíveis a empregos e serviços, garantindo moradias dignas para as populações mais vulneráveis.

Outro ponto fundamental abordado foi a concessão de uso especial para moradia e o direito real de uso, ambos previstos na legislação brasileira, uma vez que esses instrumentos permitem que imóveis públicos sejam destinados para a regularização fundiária e para a ocupação legal por famílias que estão em situação de vulnerabilidade habitacional. Diferentemente da transferência de propriedade plena, essas modalidades garantem segurança jurídica e estabilidade aos ocupantes, sem que o Estado precise renunciar à titularidade dos imóveis, sendo essa solução especialmente relevante para imóveis que se encontram em áreas urbanas estratégicas, permitindo uma ocupação socialmente justa e economicamente viável.

Diante de todas essas considerações, se pode afirmar que a utilização de imóveis públicos em descumprimento de sua função social pode ser uma ferramenta poderosa para a promoção de uma política habitacional mais justa, inclusiva e sustentável no Brasil. Contudo, para que essa solução se concretize, é imprescindível que haja uma mudança no papel dos poderes públicos, especialmente dos municípios, que devem assumir uma postura mais ativa na implementação dessas políticas. A gestão socialmente sensível dos imóveis públicos, aliada à utilização dos instrumentos jurídicos disponíveis, pode transformar o atual panorama habitacional brasileiro, reduzindo os índices do déficit habitacional e promovendo amplo acesso aos bens comuns da cidade e à sua centralidade.

A participação da sociedade civil na formulação e implementação dessas políticas é essencial para garantir que as soluções habitacionais atendam às necessidades reais da

população, respeitando o princípio da função social da propriedade e promovendo o direito à cidade. A promoção de um escrutínio público mais amplo sobre o uso de imóveis públicos e a função social da propriedade também é fundamental para que essas políticas se consolidem.

Por fim, este trabalho confirma a hipótese central de que a destinação de imóveis públicos subutilizados para políticas habitacionais é não apenas viável, mas necessária para enfrentar o déficit habitacional e garantir o direito à moradia digna no Brasil. O caminho para a realização dessas soluções, contudo, passa pela superação de desafios legais, administrativos e políticos apresentados, além da vontade política e institucional para que os objetivos constitucionais sejam atingidos.

REFERÊNCIAS:

ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 11, p. 135-154, jan./ jun. 2008. p.142.

BALBIM, Renato. **Serviço de moradia social ou locação social**: alternativas à política habitacional. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. - Brasília : Rio de Janeiro : Ipea, 2015.

CAFRUNE, Marcelo Eibs. Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos: do Debate Teórico à Construção Política. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 11, p. 197- 217, 2010.

CNN BRASIL. **Governo prepara “Minha Casa Retrofit” para o segundo semestre**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/governo-prepara-minha-casa-retrofit-para-o-segundo-semester/>. Acesso em 16 set. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CRUZ, Arthur Votto e HERMANY, Ricardo. Políticas Públicas de Aluguel Social e a Constituição de um Estoque Público de Moradias no Brasil: o Papel do Poder Local, Modalidades, Aplicação e Possíveis Resultados. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, v. 1 (ago./set. 2005)-.– Porto Alegre: Magister, 2005- Bimestral v. 108 (jun./jul. 2023).

_____. O direito fundamental à Moradia e à cidade no Brasil: as políticas públicas de justiça Socioespacial sob a ótica da Teoria de justiça de John Rawls. In GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos e participação política** / organizado por Clovis Gorczewski. – 1. ed. – Porto Alegre: Free Press, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Função social da propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 6, p. 1-13, abr./jun. 2006.

FERNANDES, Edésio. Desafios da regularização fundiária urbana no contexto da Lei Federal nº13.465/2017. **O Social em Questão** - Ano XXVI - nº 55 - Jan a Abr/2023.

FERNANDES, Karina Macedo et BRAGATO, Fernanda Frizzo. Ocupar e resistir! A luta pela moradia e o Direito à Cidade no contexto da cidade da capital Porto Alegre. In Bello, Enzo et KELLER, Rene José (Org.). **Curso de Direito à Cidade: teoria e prática**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2018.

FREITAS FILHO, Roberto e PEREIRA, Flora Regina Camargos. A eficácia da função social na propriedade pública. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 43-56, 2016.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional e inadequação de moradias no Brasil: Principais resultados para o período de 2016 a 2019**. 2020. Disponível em: <<http://fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>>. Acesso em: 20 jul. 2023.

MAGALHÃES, A. (2019). A “lógica da intervenção” e a questão da circulação: as remoções de favelas como forma de gerir o espaço urbano no Rio de Janeiro dos Jogos Olímpicos. **Tempo Social**, 31(2), 221-242.

MARICATO, Ermínia. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis (RJ): Vozes, 2017.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Leilão de Imóveis**. Disponível em: <https://imoveis.economia.gov.br/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS. **Gestão declara interesse público de três imóveis da União para o Minha Casa, Minha Vida: imóveis em São Paulo, Vitória e Manaus foram encaminhados para o programa do governo federal de moradia popular**. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/noticias/2023/agosto/gestao-declara-interesse-publico-de-tres-imoveis-da-uniao-para-o-minha-casa-minha-vida>. Acesso em 08 set. 2023.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Conheça o programa Minha Casa, Minha Vida: o maior programa de habitação de interesse social do Brasil está de volta com novas regras**. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/assuntos/noticias-1/conheca-o-programa-minha-casa-minha-vida#:~:text=Desde%20a%20sua%20cria%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,digna%20para%20quem%20mais%20precisa>. Acesso em 15 ago. 2023.

MUKAI, Toshio. **Direito e legislação urbanística no Brasil: (história-teoria-prática)**. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista / O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: EDUSP, 2018.

SARTORI, Thais Gonçalves. **Medidas De Retrofit Em Edifícios Típicos Existentes De Um Bairro: Desempenho E Avaliação Do Ciclo De Vida Energético**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro Tecnológico, 2018.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, 2012.

SILVA, Roberto Toffoli Simões. **Preservação e Sustentabilidade: Restauros e Retrofits**. São Paulo, 2013.

VALENÇA, Márcio Moraes. Alternativa de provisão habitacional no Brasil e no mundo. **Mercator**, Fortaleza, v. 13, n. 3, p.7-23, set./dez. 2014.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEÚDO DA ELEMENTAR TÍPICA “VANTAGEM INDEVIDA” NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO (ATIVA E PASSIVA) E NO ILÍCITO PREVISTO NO ART. 5º, INCISO I, DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

CONSIDERATIONS ABOUT THE CONTENT OF THE TYPICAL ELEMENTAR “UNDUE ADVANTAGE” IN THE CRIMES OF CORRUPTION (ACTIVE AND PASSIVE) AND IN THE ILLEGAL ACTION PROVIDED FOR IN ARTICLE 5, INCISE I, OF THE BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW

Rafael Barros Bernardes da Silveira¹

Resumo:

O presente estudo pretende discutir o conteúdo da elementar “vantagem indevida”, que integra a previsão típica dos delitos de corrupção ativa e passiva. Para tanto, propõe-se a examinar as reflexões doutrinárias a respeito da matéria, a fim de delas extrair apontamentos que indiquem um conteúdo específico para a natureza indébita da vantagem, independente dos demais elementos típicos. Ademais, almeja-se analisar, por meio de pesquisa bibliográfica, a significação do mesmo termo no ilícito previsto no art. 5º, inciso I, da “Lei Anticorrupção”. Ocorre que, nos crimes de corrupção, o termo “vantagem indevida” vem acompanhado de outros elementos, que estabelecem a venalidade do servidor público como requisito para a configuração do ilícito. Por sua vez, no recém mencionado ilícito da “Lei Anticorrupção”, a conduta proibida tem seu conteúdo quase que exclusivamente centrado no elemento “vantagem indevida”. Assim sendo, parece necessário definir o significado específico de tal expressão. A pesquisa realizada indicará qual a percepção predominante na doutrina brasileira a respeito daquilo que define o caráter indébito da vantagem – e indicará que tal conceito se mostra insuficiente para delimitação do ilícito previsto no art. 5º, inciso I, da “Lei Anticorrupção”. Ao final, serão propostas medidas para enfrentamento da problemática evidenciada.

Palavras-chave:

Corrupção ativa. Corrupção Passiva. Lei Anticorrupção. Vantagem Indevida.

Abstract:

The present study intends to discuss the content of the typical elementary “undue advantage”, which integrates the wording of active and passive corruption crimes. Therefore, it is proposed to examine the doctrinal reflections on the matter, in order to extract from them notes that indicate a specific content for the undue nature of the advantage, independent of the other typical elements. Furthermore, the aim is to analyze the meaning of the same term in the administrative offense provided for in the anti-corruption law. Furthermore, the aim is to analyze, through bibliographical research, the meaning of the same term in the offense provided for in Article 5, item I, of the “Anti-Corruption Law”. It turns out that, in corruption crimes, the term “undue advantage” is accompanied by other elements, which establish the venality of the public servant as a requirement for the configuration of the offense. However, in the aforementioned offense of the “Anti-Corruption Law”, the prohibited conduct has its content almost exclusively centered on the element “undue advantage”. Therefore, it seems necessary to define the specific meaning of such expression. The research carried out will indicate the predominant perception in Brazilian doctrine regarding what defines the undue nature of the advantage – and will indicate that such concept is insufficient to delimit the offense provided for in Article 5, item I, of the “Anti-Corruption Law”. Finally, measures will be proposed to address the problem highlighted.

Keywords:

Active corruption. Passive Corruption. Anti-Corruption Law. Undue Advantage.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Penal pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG. Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Políticas Públicas da Universidade de Mogi das Cruzes.

Nas últimas décadas, os delitos de corrupção têm ganhado enorme evidência no cenário jurídico nacional. O realce sobre o assunto aconteceu especialmente diante de emblemáticos e relevantes casos recentes, que tiveram enorme repercussão política, jurídica e midiática – os popularmente conhecidos “Mensalão” e “Lava-jato”.

A abundância e a expressividade dos casos mais recentes, ao que parece, tem servido como incentivo para a acentuação dos debates na doutrina e na jurisprudência em torno dos delitos de corrupção, e, notadamente, dos seus elementos constitutivos.

Aqui, se está a referir, de maneira mais precisa, aos tipos penais de Corrupção Passiva e Corrupção Ativa, previstos respectivamente nos artigos 317 e 333 do Código Penal. Com efeito, a apresentação do conteúdo das descrições típicas dos delitos em exame faz-se necessária para que se possa definir o objeto de foco deste estudo. A saber:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

(...)

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Uma breve apuração da literatura jurídica produzida recentemente sobre a questão dos delitos de corrupção parece indicar que os debates atuais têm girado em torno dos elementos típicos “em razão da função” no delito de corrupção passiva, e “ato funcional” no delito de corrupção ativa.

Isto porque a definição do conteúdo dos verbos típicos parece estar relativamente pacificada, enquanto, sobre os mencionados elementos, ainda há considerável dissenso. Daí a preocupação em definir contornos mais precisos para os termos.

Os debates atuais trazem relevante problematizações a respeito da possibilidade de venalização da própria posição pública e da necessidade de especificação do ato funcional comercializado, panorama muito bem debatido por Netto (2013), Quandt (2017), Leite, Teixeira e Greco (2018).

Em que pese a pertinência das discussões em comento, há um ponto que parece ter sido deixado de lado (ou posto em segundo plano) do exame doutrinário e jurisprudencial. Trata-se da definição quanto ao conteúdo da expressão “vantagem indevida”.

O referido elemento normativo se encontra presente nos dois tipos penais – portanto, contempla o conteúdo de injusto de ambos os delitos. Não se nota nos debates doutrinários e

jurisprudenciais atuais uma preocupação específica em se definir um conteúdo autônomo para a natureza “indevida” da vantagem oferecida.

Há referências ao termo, mas nestas se percebe uma confusão com os demais elementos do tipo, notadamente, a ideia de venalidade da função pública ou de ato funcional. Em suma: parece prevalecer a ideia de que a vantagem é indevida pois se presta a realização do ilícito.

Tal confusão merece ser sanada. Isto porque a elementar “vantagem indevida” precisa ser delineada com exatidão, visto que integra o conteúdo da proibição dos dois tipos penais em exame.

A demarcação da elementar deve levar em conta que, se os tipos penais estabelecem uma distinção entre os seus elementos – a natureza indevida da vantagem, de um lado, e a destinação do proveito, de outro -, não se pode pressupor que a vantagem seja indevida em razão de sua destinação.

E ainda, no mesmo sentido, deve se levar em conta que pode haver oferecimento/aceite de vantagem que, mesmo que objetive a venalidade da coisa pública, seja *devida*, e, portanto, não se presta a configurar os delitos em exame. Daí a importância de se debater o elemento em questão.

Ademais, a discussão ganha contornos ainda mais preocupantes quando se analisa o ilícito administrativo previsto na denominada “Lei Anticorrupção” - Lei nº 12.846/2013. A saber:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

Trata-se de ilícito cujo conteúdo se perfaz com base quase que exclusivamente no elemento “vantagem indevida”, tendo em vista que, diferentemente do que ocorre nos crimes de corrupção ativa ou passiva, não há referência a “ato de ofício” ou a “função pública”. A relevância em examinar o termo aqui se revela ainda maior.

2 “VANTAGEM INDEVIDA” NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA – O TRATAMENTO DADO PELA MANUALÍSTICA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA

Os manuais de direito penal e códigos comentados tratam do elemento “vantagem indevida” com conteúdo relativamente homogêneo.

Em concreto, a produção bibliográfica manualística mais recente mostra-se fortemente inspirada em Hungria (1958), e pouco acrescenta ao trabalho de mais de meio século atrás. O eminente penalista dedica poucas linhas dos seus “Comentários ao Código Penal” a tratar da “vantagem indevida” - o faz somente ao examinar o crime de corrupção passiva. Seus apontamentos se limitam a debater o caráter patrimonial da vantagem e a comentar seu conteúdo, relacionando-a com a venalidade ou a precificação da função pública. A saber:

A indébita vantagem solicitada, recebida ou prometida há de ter caráter patrimonial (há de representar um *pretium* no *mercado* ou *compra* e *venda* do ato funcional): dinheiro ou qualquer utilidade material (*utilia reperiébantur ea quibuscunque sciret aliquis uto*). (HUNGRIA, 1958, p.369)

Não se percebe em Hungria um esforço para promover a definição precisa do que constituiria o caráter indébito da vantagem. O que o autor está a indicar, salvo melhor juízo, é que o proveito indevido deve servir à “compra” do funcionário público.

Contudo, tal atributo (venalidade da administração) nada tem a dizer sobre o caráter indébito da vantagem. Este diz respeito às expressões que complementam o conteúdo dos tipos de corrupção - o recebimento/solicitação da vantagem “em razão do cargo” ou seu oferecimento para praticar/omitir “ato de ofício”.

Ou seja: discute-se o propósito do oferecimento da vantagem, que já é *indevida por si só*, independentemente de qual seja sua destinação.

Nota-se, ademais, uma breve colocação, que parece oferecer contribuição para a definição do atributo “indevido”, notadamente, o fato de se tratar de valor pago em razão da realização de serviço contrário ou não à lei:

Não importa que o *pretium* seja destinado ao corrompido ou a terceiro, por quem aquele se interesse. Deve notar-se, porém, que as gratificações usuais, de pequena monta, por serviços extraordinários (não se tratando, é bem de ver, de ato contrário à lei), não podem ser consideradas *material* de corrupção (HUNGRIA, 1958, p.369).

O autor assinala que não haveria crime no caso de recompensas de pequena monta, por serviços adicionais prestados – desde que não contrários à lei. Destaca-se: ele não aponta que a vantagem oferecida não é indevida, e sim que não há elementos para se configurar a corrupção.

Os manuais hoje em dia se concentram em promover apontamentos a respeito do elementar em exame adotando ótica semelhante – ou seja, discutindo se a vantagem deve ou não ter cunho patrimonial e examinando seu conteúdo por meio da associação com a venda ou a precificação da função pública.

O acréscimo mais notável que fazem é delimitar o conteúdo do caráter indébito com a afirmação de que a vantagem indevida é aquela contrária a lei.

Neste sentido, os apontamentos de Bittencourt:

A vantagem, como se constata, deve ser indevida. Vantagem “indevida” é aquela que é ilícita, ilegal, injusta ou contra lege, isto é, não amparada pelo ordenamento jurídico. Normalmente, a ilegalidade da vantagem é determinada por norma extrapenal. Ademais, a vantagem pode ser presente ou futura (BITTENCOURT, 2019, n.p.)

A assertiva “vantagem indevida é vantagem ilegal” não vem muito desenvolvida e se esgota praticamente na simples afirmação.

Ademais, os argumentos de Hungria parecem ter sido retomados por Bittencourt. Contudo, fica a impressão de que o último toma o raciocínio do primeiro emprestado, mas o faz manifestando certa confusão com os conceitos.

Para o último autor referenciado, o que caracterizaria a vantagem indevida, para além de seu caráter contrário ao ordenamento jurídico, seria o propósito a que ela se destina – a dita e repetida venalidade da administração. Tal posição vem manifestada nos seguintes trechos, destinados a comentar o delito de corrupção passiva.

O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende.

(...)

Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública (BITTENCOURT, 2019, n.p.)

A inovação notável em Bittencourt diz respeito a admissão de vantagem de caráter não patrimonial – o que, contudo, não contribui para a definição da natureza indébita do proveito.

Em sentido semelhante, ao comentar o pagamento de valores de pequena monta, Bittencourt, mais uma vez inspirado em Hungria, também trata de tais hipóteses como irrelevantes para o direito penal. Contudo, o argumento que levanta é que não haveria

vantagem indevida nesses casos – e não que inexistiria material para a configuração do delito de corrupção.

Aspecto igualmente importante e que também deve ser examinado, relativamente à elementar normativa “vantagem indevida”, refere-se a sua abrangência, isto é, aos limites daquilo que pode ser considerado como “indevida vantagem”, ou, em outros termos, o que constitui ou não objeto material do crime de corrupção. Nesse sentido, cumpre destacar, desde logo, que nem toda dádiva ou presente importa em corrupção. Assim, como não é aceitável que alguém presenteie, por exemplo, um magistrado com um apartamento ou um automóvel de luxo, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de Natal, tão comum na comunidade cristã no mundo inteiro (BITTENCOURT, 2019, n.p.).

Em termos parecidos, comenta o autor no tópico de seu manual dedicado ao delito de corrupção ativa: “Enfim, para caracterizar vantagem indevida é preciso que a ação traduza ‘comércio’ da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.” (BITTENCOURT, 2019, n.p.).

As lições de Luiz Régis Prado (2019) vêm no mesmo sentido. Nota-se, inicialmente, no capítulo que dedica ao crime de corrupção passiva, a percepção de que o caráter indébito da vantagem estaria ligado à ilicitude do proveito: “*Vantagem indevida* constitui todo benefício ou proveito contrário ao Direito, direcionado, no caso, ao agente ou a terceira pessoa, constituindo, portanto, elemento normativo jurídico do tipo de injusto.” (PRADO, 2019, n.p.).

Ademais, o autor também admite que a vantagem possa ter cunho não patrimonial:

Embora para alguns a vantagem deva ser de natureza patrimonial, acolhe-se aqui o entendimento de que sua aceção deve ser entendida em sentido amplo, visto que o funcionário pode se corromper traficando com a função, sem que a retribuição almejada tenha necessariamente valor econômico. Assim, o agente pode agir por amizade, para obter os favores sexuais de uma mulher, visando alcançar um posto funcional de destaque ou mesmo para satisfazer um desejo de vingança. (PRADO, 2019, n.p.)

A tentativa de delimitar o caráter indébito do proveito novamente esbarra num debate sobre o propósito do seu oferecimento – o pacto de corrupção, a pretensão de retribuir a entrega da vantagem com a satisfação do interesse pessoal do particular:

A vantagem auferida ou aceita pelo funcionário público deve ser indevida, ou seja, contrária ao Direito, podendo consubstanciar-se em dinheiro, bem imóvel, joias, distinções honoríficas ou qualquer outro objeto ou coisa apreciável.

Agregue-se que a retribuição pretendida pelo funcionário com o ato realizado ou a realizar-se deve ser vista no aspecto objetivo e subjetivo, visto que um objeto

recebido pelo agente de um particular nem sempre se insere no âmbito de um pacto de corrupção.

Além, portanto, da relação objetiva que deva aflorar entre a vantagem que gravita na corrupção e o ato praticado pelo agente, impõe-se a necessária análise de uma relação subjetiva, visto que há um interesse pessoal do funcionário em alcançar uma retribuição e a vontade de retribuir por parte do extraneus, de forma que, ausente tal interesse pessoal, não se configura o delito em epígrafe (PRADO, 2019, n.p.).

Fernando Capez (2019) também reproduz a mesma linha de análise. O debate sobre a abrangência da natureza da vantagem vem comentado com uma breve apresentação de um rol de posições doutrinárias sobre o assunto:

O objeto material do crime em tela é a vantagem indevida, que pode ser de cunho patrimonial, moral, sentimental, sexual etc.. Damásio de Jesus também sustenta que a vantagem pode ter caráter patrimonial ou moral, assim como Cezar Roberto Bitencourt, para quem a vantagem pode ter cunho patrimonial ou não. Em sentido contrário: Nélson Hungria, para quem a vantagem há de ter necessariamente caráter patrimonial (CAPEZ, 2019, n.p.).

A delimitação do caráter indébito do proveito se satisfaz na afirmação de que deve se tratar de vantagem não autorizada legalmente: “O tipo penal também contém um elemento normativo: a vantagem deve ser indevida, isto é, não autorizada legalmente. Ausente esse requisito, o fato é atípico.” (CAPEZ, 2019, n.p.).

Há também referências às gratificações de pequena monta, em termos praticamente idênticos aos trazidos por Hungria.

O Código Penal Comentado organizado por Reale Júnior (2017) repete as posições de Bittencourt (2019) e Prado (2019), trazendo os mesmos extratos já acima referenciados. Em síntese, as afirmações de que a vantagem não precisa ser de cunho patrimonial, e que o caráter indébito se relaciona à destinação do proveito (a venalidade da administração).

Por sua vez, a obra capitaneada por Souza (2020) oferece alguns elementos adicionais para a delimitação do atributo em exame. No tópico dedicado ao delito de corrupção passiva há também a repetição das referências a Bittencourt (2019) e Prado (2019).

Contudo, ao discutir o tipo subjetivo, o texto traz também uma problematização a respeito da destinação da vantagem (SOUZA, 2020, p. 1061) – por meio da ideia de que, se o proveito for destinado ao benefício do próprio Estado, e não do interesse particular do funcionário público, o delito de corrupção não estaria configurado por ausência do elemento subjetivo do tipo.

No tópico dedicado ao crime de corrupção ativa, por sua vez, o mesmo ponto de vista é apresentado, nesta ocasião referenciando o trabalho de Greco e Teixeira (2017), que também será comentado abaixo:

Além disso, a vantagem prometida ou oferecida deve ser indevida, isto é, contrária ao direito. Adeptos de uma interpretação restritiva do tipo, Greco e Teixeira definem como indevida ‘somente a vantagem que se move na esfera privada do servidor’, pois somente ela é capaz de relativizar a separação entre a esfera pública e a privada (SOUZA, 2020, p.1145)

O exame que aqui se realizou da manualística jurídico penal brasileira, ainda que não tenha sido exaustiva, já permite extrair algumas conclusões preliminares:

- 1) Nota-se uma preocupação em discutir o conteúdo material da vantagem indevida – se patrimonial ou não. Contemporaneamente, parece haver consenso quanto a possibilidade da vantagem ser de qualquer natureza;
- 2) Os debates em torno da natureza indébita do proveito circulam a questão da sua destinação - a ideia de que se trata de vantagem que se impõe como contrapartida da corrupção do funcionário, e que se destina ao seu interesse particular;
- 3) Ademais, a delimitação mais precisa que se realiza para a elementar em exame diz respeito a identificação - indevida equivale a ilegal.

Os apontamentos compilados não solucionam a questão que orienta o presente estudo. Aqui se quer investigar o que propriamente permite classificar a vantagem oferecida como indevida. Já se sabe que ela pode ser material ou não – mas isso nada diz sobre seu caráter indébito. Ademais, parece também ter se consolidado a noção de que a vantagem se coloca como objeto de troca na relação de corrupção – o preço de venda do funcionário público. Contudo, sob este ponto, se está a discutir a destinação do proveito, que vem delineado não pela elementar da “vantagem indevida”, mas por outros elementos do tipo.

No caso da corrupção passiva é a conjugação entre os elementos “solicitar ou receber” (verbos nucleares do tipo), “vantagem indevida” (elementar em exame) e “em razão da função da função pública” (elemento normativo) que define a relevância da destinação do proveito indevido para a configuração do ilícito.

Na corrupção ativa, em sentido semelhante, a destinação da vantagem vem delineada pelo fim especial de agir - “para determiná-lo [o funcionário público] a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. Ou seja: o atributo indevido da vantagem é anterior e independente da sua destinação, visto que essa vem demarcada por outros elementos do tipo.

Os únicos apontamentos doutrinários que parecem servir ao propósito pretendido por este trabalho, são, portanto, os que identificam a natureza indébita na ilegalidade da vantagem.

Contudo, a contribuição destes parece ser pouco satisfatória. Segundo tal raciocínio, parece que o conteúdo da ilegalidade da vantagem estaria justamente na sua destinação à prática de um ilícito.

Dito de outro modo: nos tipos penais analisados, tal exercício de identificação do caráter indébito não parece fazer muito sentido, pois a proibição do oferecimento da vantagem (ou a especificação do seu caráter ilegal) está na própria descrição típica. A vantagem é ilegal pois se presta a venalidade da administração.

O uso da expressão indevida se afigura, portanto, como dispensável – pois o que importa é sua capacidade de corromper, seu propósito de destinação. Assim sendo, a afirmação de que o caráter indébito da vantagem estaria na sua ilegalidade parece conduzir ao retorno da indagação ao seu ponto de partida.

3 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS ESPECÍFICOS SOBRE A “VANTAGEM INDEVIDA” – UMA TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DA ELEMENTAR TÍPICA

Se o exame da manualística não trouxe elementos que satisfizessem as pretensões deste estudo, deve-se recorrer às produções bibliográficas que cuidam especificamente da temática da corrupção, de onde se espera extrair alguns apontamentos que possam oferecer contribuição ao alcance do objetivo aqui pretendido.

Neste sentido, importante destacar o trabalho de Quandt (2017), dedicado ao exame do delito de corrupção e à possibilidade de sua configuração mediante a compra de boas relações.

Notadamente, o foco do estudo do autor no comentado trabalho reside na discussão quanto à necessidade de determinação de um ato de ofício específico para a configuração dos ilícitos de corrupção, notadamente no caso da corrupção ativa.

No bojo de tal exame o autor avalia a possibilidade de incorrência no ilícito a partir do oferecimento de vantagem voltada, não a prática de um ato determinado, mas da compra da boa relação - a venalidade da própria posição do funcionário público, seu apoio direcionado a um objeto futuro, mesmo que não definido.

Ainda que de maneira tangencial, o autor aborda a questão da natureza indébita da vantagem oferecida/requisitada nos delitos de corrupção. Quandt faz uma distinção

interessante – ao notar a pluralidade de acepções para o termo “indevida”, identifica que o vocábulo pode se referir tanto a vantagem que *não precisa ser paga*, quanto a que *não pode ser paga*. A saber:

Aparentemente, o problema está na ambiguidade da expressão *vantagem indevida*, a qual decorre da polissemia do verbo *dever*. Por vantagem indevida tanto se pode entender a vantagem que não *precisaria* ser paga como a vantagem que não *poderia* ser paga. (QUANDT, 2017, p. 67)

O autor indica que a posição doutrinária – já aqui referenciada – que identifica a natureza indébita da vantagem com o propósito do seu oferecimento representa, em verdade, uma tentativa de solucionar a indeterminação gerada pela polissemia do termo “indevido”.

Contudo, suas reflexões se concentram em evidenciar na doutrina uma associação entre “vantagem indevida” e “ato de ofício”, atendendo ao escopo do seu estudo:

Parece-nos que a doutrina tentou identificar as vantagens que não *podem* ser pagas relacionando-as com a venda de ato de ofício. Assim, Fragoso, após definir a vantagem indevida como “não autorizada por lei”, pondera, aderindo ao entendimento pacífico da doutrina, que as gorjetas e prendas dadas a carteiros, lixeiros, etc. na época de “boas festas” não constituem vantagem indevida, que o crime não ocorrerá apenas se as dádivas não corresponderem ao preço de favores ou benefícios. (QUANDT, 2017, p. 67)

Greco e Teixeira, em trabalho que se propõe a trazer apontamentos gerais sobre uma “teoria da corrupção”, também oferecem ponderações pertinentes a respeito do elementar em exame.

A linha geral do raciocínio desenvolvido pelos autores é que, como se destacou acima, a vantagem indevida é aquela que se move no plano do privado e que não pode ser considerada socialmente adequada (Greco; Texeira, 2017, P.46.).

A primeira passagem da assertiva está a indicar que a natureza indébita da vantagem se refere a sua destinação – um propósito que fere a separação entre público e privado. Se o proveito se destina ao benefício particular do funcionário público, caracteriza-se o caráter indevido. Se o proveito favorece o interesse da administração pública, não há vantagem indevida. A segunda passagem da assertiva, que invoca a adequação social da prática, parece estar relacionada a um debate sobre a irrelevância dos proveitos de pequena monta.

Como se observa, as considerações trazidas à tona, mais uma vez, parecem definir o conteúdo do caráter indébito da vantagem com base em sua destinação.

Na mesma esteira vem a reflexão proposta por Breda (2022). O referido autor, ao analisar a temática da corrupção no financiamento de campanhas eleitorais, discute em que

circunstâncias uma doação eleitoral pode se configurar como vantagem indevida de corrupção (2022, p.55).

Sua posição se constrói em torno da ideia de que *indevida* é a vantagem que se destina à venalidade do funcionário público. Breda defende, ademais, que o benefício oferecido pelo *extraneus* deve se configurar como contraprestação a um ato individual do funcionário público, dirigido especificamente ao doador.

A partir de tal lógica, uma vantagem oferecida, mas que se destine à obtenção de um benefício genérico (ou seja, não especificamente voltado ao interesse do doador), ou que seja voltada ao interesse público, não seria indevida.

Neste sentido:

Pode-se dizer, nesse sentido, que a negociação de atos específicos do detentor de mandato está vedada pela combinação das regras, porque é intuitivo que a função parlamentar ou de um cargo eletivo no executivo, com os atos de interesse público que as conformam, não pode ser objeto de negociação com o particular, isto é, opinião, voto e decisão não podem ser vendidos, alienados pelos funcionários públicos ou comprados pelo particular. A liberdade do exercício do parlamentar ou de ação política não pode ser sequestrada por interesses individuais. A doação, contudo, em razão de um compromisso de apoio a pautas coletivas ou genéricas de setores sociais, econômicos, ideológicos ou religiosos não pode ser considerada como ilícita ou passível de qualquer forma de criminalização.

O que claramente se deve impedir é o atrelamento da solicitação ou o oferecimento de financiamento de campanha pela contraprestação de ato da função de beneficiamento que possa ter um caráter individual, dirigido especificamente ao doador/ como alteração ou o aditamento indevidos de um contrato, a restrição à concorrência em um edital de contratação, a revisão, a diminuição ou a anistia de uma multa; Mas se o benefício é genérico, constitucional e legalmente defensável e de interesse público, coletivo, eventual vantagem daí advinda ao doador não pode ser caracterizada como indevida e elementar da corrupção (BREDA, 2022, p.55/56).

Leite e Teixeira (2017) também comentam o conteúdo da elementar em exame em trabalho que analisa o financiamento de partidos políticos e o “caixa dois” eleitoral (e debate sobre o possível enquadramento jurídico-penal de tais atos).

Vale destacar o trecho a seguir:

A interpretação do adjetivo *indevida*, todavia, pode apresentar dúvidas. *Indevida* pode funcionar, por exemplo, como um elemento de valoração global do fato, que serve para valorar todo o acontecer típico, que, portanto, só ganha significado completo quando preenchidas as demais elementares típicas.

(...)

Assim, vantagem indevida será aquela que *não pode* ser paga. No entanto, pode-se ler esse termo de maneira mais simples, da forma, por exemplo, que oferece o Código Penal português (art. 372) qual seja, “que não lhe seja devida”. Isso significa que a vantagem é indevida quando o funcionário a ela não tinha direito, como no caso de uma dívida ou qualquer outra pretensão jurídica legítima. O que aqui nos

interessa é que *indevida, no entanto, não quer dizer ilegal em sentido extrapenal*. (Leite; Teixeira, 2017, P.141)

A explicação dos autores dialoga diretamente com a reflexão trazida por Quandt (que vem, inclusive, por eles referenciada). Contudo, aqui parece ter ficado mais claro o ponto defendido, a partir da apresentação da problemática em termos mais concretos, invocando a questão das doações de campanha eleitoral:

Em tese, uma doação, por exemplo, não é, juridicamente falando, devida a ninguém, mas é, a princípio, permitida pela ordem jurídica. Mesmo que por alguma circunstância especial (como justamente por força de uma norma eleitoral), a doação seja concretamente proibida, ela não é indevida, no sentido do artigo 317, em razão dessa circunstância, mas somente pelo fato de o receptor não ter uma pretensão a ela. Tampouco, por outro lado, o fato de a vantagem ser indevida, conforme a interpretação que julgamos mais adequada, não preenche sozinha todos os pressupostos típicos do crime de corrupção passiva. Portanto, o elemento decisivo do crime de corrupção é o chamado pacto de injusto, ou seja, a conexão entre a vantagem e a contrapartida do funcionário público, sem a qual o delito não se realiza.

A posição que se consolida, portanto, é em desfavor da associação “vantagem indevida” como “vantagem ilegal”. A proposta é tomar o termo em sua acepção mais abrangente – natureza indébita em razão de não haver necessidade de se oferecer o proveito, ou, vantagem que não precisa ser paga.

Tal giro de concepção, em concreto, traz como consequência uma notável ampliação na dimensão do conteúdo da elementar – de forma que, seguindo tal noção, qualquer proveito que não necessite ser pago bastaria para a configuração do elemento em questão.

Há, em verdade, um certo esvaziamento do conteúdo da elementar, que vem deixada de lado de maneira proposital e declarada. Atribui-se pouca importância a ela, tendo em vista que o foco da questão está no pacto de injusto, ou, como sintetizam os autores, o “elemento central seria a exigência de conexão entre vantagem e exercício da função” (Leite; Teixeira, P.145), e não propriamente a definição do caráter indébito da vantagem.

Mais uma vez, parece necessário compilar conclusões preliminares, diante do que foi aqui observado.

- 1) Os apontamentos doutrinários que se dedicam a delimitar o conteúdo da natureza indébita da vantagem oferecida/solicitada nos delitos de corrupção parecem conduzir a uma solução. Não necessariamente a solução para o problema proposto neste trabalho, mas uma solução relativamente a aplicação concreta dos tipos penais de corrupção ativa e passiva;

- 2) A ideia de analisar se a vantagem se destina à esfera pessoal do funcionário público ou ao proveito da própria administração se afigura como pertinente. Fica claro pela leitura do trabalho de Greco e Teixeira (2017) que tal formulação contribui para a solução de casos nos quais possa residir dúvida sobre a ilicitude da conduta praticada. Contudo, também neste ponto, parece que a elaboração dos autores está dando mais relevo à questão do pacto do injusto - ou à relação de compra e venda da atividade do funcionário público -, do que propriamente ao caráter indébito da vantagem. Isto porque, salvo melhor juízo, o que se quer afastar, ao se definir que o proveito ofertado/recebido, para ser indevido, tem que se inserir na esfera de interesses pessoais do *intraneus*, é a existência do próprio pacto. Se o proveito é para a administração, não há precificação ou venalidade da coisa pública.
- 3) A afirmação de que a natureza indébita da vantagem não representa necessariamente a ilegalidade extrapenal do proveito também indica uma possível solução para a polissemia do termo “indevido” - visto que define novos contornos para a elementar. A ideia de que *indevida* é a vantagem que *não precisa ser paga* parece compatível com os tipos penais de corrupção ativa e passiva. Isto porque, o conteúdo da incriminação vem complementada pelos demais elementos típicos já aqui destacados, que perfazem o pacto de injusto. Aqui, a elementar “vantagem indevida” tem sua importância diminuída, com o foco voltada para o debate sobre a venalidade do ato de ofício ou para o oferecimento de vantagem em razão da função. Por sua vez, tal proposição redireciona a atenção para o debate em torno da determinação desses outros elementos;

A ideia de se definir um conteúdo específico para a elementar em exame não chega a uma solução satisfatória – mas não parece haver grandes problemas nisso quanto aos delitos de corrupção, diante da existência de outros aspectos do tipo a complementar o conteúdo da proibição. Contudo, há de se ter em mente que o ordenamento jurídico brasileiro contempla a existência de um ilícito no qual a elementar “vantagem indevida” ocupa papel central. Mais sobre isso, abaixo.

4 A PROBLEMÁTICA DA “VANTAGEM INDEVIDA” NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Em janeiro de 2014, entrou em vigor a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, editada com o propósito de dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Notadamente, há de se reconhecer que a lei não estabeleceu um modelo de responsabilização declaradamente penal para a pessoa jurídica. Contudo, a doutrina identifica um caráter penal encoberto (Botini, 2014) ou, ainda, um caráter substancialmente penal (Scaff; Silveira, 2014) no diploma em questão.

O que sustenta tal percepção é especialmente a grande aproximação entre os ilícitos previstos na lei anticorrupção e na legislação penal (quase todos idênticos) e a gravidade e a extensão das sanções previstas na legislação específica, equiparáveis às penais.

Quanto ao segundo ponto, vale destacar que a Lei nº 12.846/2013 prevê consequências mais gravosas do que as penas propriamente ditas aplicáveis às pessoas jurídicas pela Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) - para além das mesmas sanções previstas na Lei 9.605, há também a previsão do perdimento de bens e a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Um dos aspectos mais problemáticos da sistemática estabelecida pela Lei seria a imposição de um modelo de responsabilização objetiva para a pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção – formatação que vem expressamente delineada já nos artigos 1º e 2º da legislação em comento. Tal previsão é motivo de “grave preocupação” (Sarcedo, 2015, p.168), pois estabelece norma penal que adota uma modalidade de imputação inconcebível na seara, “ao menos em um ordenamento jurídico no qual a pena se assenta na culpabilidade” (Botini, 2014).

Ocorre que, no bojo de tal legislação, se detecta a presença de um ilícito que tem previsão bastante semelhante a trazida nos tipos penais de corrupção.

Conforme se destacou acima:

Art. 5º (...)

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

Nota-se que, aqui, a descrição da conduta proibida não contempla nenhuma outra expressão que faça referência ao estabelecimento do dito pacto de injusto. Não há previsão de que o proveito dado/oferecido ao agente público se destine à precificação da coisa pública, ao convencimento para a prática de ato de ofício ou mesmo para a compra de boas relações.

O que está a proibir a lei é simplesmente a promessa/entrega da vantagem indevida. Sem dúvida alguma, a definição do conteúdo da natureza indébita da vantagem se mostra essencial à significação da abrangência da proibição.

Ao que parece, no caso do ilícito em exame proíbe-se o *mero oferecimento do proveito, sem que se delimite com precisão no que constitui a natureza indevida de tal vantagem*.

Se a doutrina a respeito dos delitos de corrupção não oferece elementos para a delimitação do conteúdo da “natureza indébita”, o mesmo pode se dizer sobre as produções mais recentes sobre a Lei Anticorrupção.

A título exemplificativo, o estudo de Dipp e Castilho (2016) – o primeiro, ex-ministro do STJ-, que dedica quase 200 páginas à análise do diploma legal em comento, não faz qualquer menção à matéria em exame.

Por sua vez, Brandt e Rocha assinalam que a verificação do ilícito em exame exigiria a demonstração de que existe um “negócio jurídico celebrado entre o agente pagador da vantagem indevida e a pessoa jurídica”, destinado ao favorecimento do ente privado. Não há, contudo, considerações sobre o que constituiria o caráter indébito da vantagem – apenas a sua associação a um potencial benefício que porventura possa ser concedido à pessoa jurídica.

Os autores defendem, ademais, que recebida a vantagem, já se poderia presumir a configuração de benefício em favor da pessoa jurídica – não havendo nem mesmo a necessidade de se demonstrar que houve a prática de atos concretos direcionados à realização de qualquer favorecimento. A saber:

(...) exemplifica-se a situação de dação de vantagem indevida ao gestor público. Demonstrada a dação da vantagem indevida ao agente público, o benefício em favor da pessoa jurídica estará presumido (presunção *juris tantum*) em decorrência do potencial do gestor influenciar ou auxiliar em favor da pessoa jurídica em eventual licitação, sendo desnecessária a demonstração de atos irregulares e concretos do gestor em favor da pessoa jurídica (p.64)

Em face do exposto, parece adequado supor que o oferecimento de qualquer proveito já bastaria para a configuração do ilícito. E, tendo em vista que a sistemática da lei em questão prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelo ato ilícito (Pietro, 2018, N.P.), há pouco espaço para discussão absolutória. Aparentemente, basta ter havido o ato de oferta da vantagem, e que este tenha sido praticado em nome da pessoa jurídica.

Ademais, a responsabilização pelo ilícito em exame não depende da aceitação do agente público em receber a vantagem oferecida, nem mesmo de que ele pratique conduta

concreta de fazer ou deixar de realizar ato de ofício, influenciado pela oferta. O simples oferecimento de um benefício já perfaz o desrespeito à proibição legal.

Há, por outro lado, autores que defendem que, embora a previsão do ilícito não faça referência à venalidade da administração ou a precificação do funcionário público, tal requisito já se encontra implicitamente contemplado.

Assim, para se afirmar a existência do ilícito, haveria a necessidade de se verificar da existência do pacto de injusto - ou, ao menos, de se detectar a existência de uma relação entre a vantagem e o fim de determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

É essa a posição defendida por Teixeira, Batisti e Sales (2016, p. 43), para quem a Lei Anticorrupção, teria definido a necessidade de verificação da existência do ajuste corruptivo entre particular e *intraneus* - ao prever que os atos lesivos, para assim se caracterizarem, devem *visar a obtenção de benefício ou atender a interesse da empresa, colocando em risco o patrimônio público, os princípios da administração pública ou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil*.

O argumento não veio detalhadamente desenvolvido pelos autores. Mesmo assim, parece oportuno tecer alguns comentários sobre o raciocínio proposto – na tentativa de melhor desenvolvê-lo, e avaliar se ele oferece uma resposta satisfatória à indagação enfrentada no presente estudo, sobre o conteúdo do elemento “vantagem indevida”.

Com efeito, a posição em destaque parece possível de ser defendida a partir da invocação de outras disposições do mesmo diploma legal – estranhas à descrição do injusto. Aqui, se está a referenciar o conteúdo de dois dispositivos da “Lei Anticorrupção” – o já destacado art. 5º, *caput*, e o art. 2º:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

(...)

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

Em face do exposto, o ilícito previsto no artigo 5º, inciso I, da “Lei Anticorrupção” - interpretado em conjunto com os artigos 2º e 5º (*caput*) - envolveria o pagamento de vantagem: a) destinada ao benefício ou no interesse da pessoa jurídica; e b) que atentasse contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração

pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. O caráter indébito da vantagem estaria configurado, nestes termos, em razão dela se destinar à venalidade da administração pública.

Importante destacar, contudo, que os elementos em questão - benefício da pessoa jurídica/prejuízo ao patrimônio público - não estão presentes na previsão da conduta proibida. Não parece possível, portanto, supor que legislador tenha evitado a referência expressa a tais elementos por entender que tal indicação seria desnecessária - posto que eles já estariam contemplados implicitamente na descrição do ilícito. Ao contrário, se não há qualquer menção ao pacto de injusto na descrição da conduta proibida, pode ter sido por decisão deliberada do legislador, que optou por estabelecer o ilícito nestes exatos termos – exageradamente abrangentes, sem qualquer referência a aspecto que evidenciasse a existência da venalidade da administração pública ou o prejuízo à coisa pública.

Outrossim, os demais incisos do art. 5º mencionam, na descrição dos ilícitos por eles definidos, algum elemento ligado à ofensa ao interesse público, à fraude ou à dissimulação – o que serve a uma delimitação mais precisa do comportamento proibido. A exceção é o inciso II, que proíbe o comportamento de “financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar” a prática dos demais ilícitos previstos na “Lei Anticorrupção”. A saber:

- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
 - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
 - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
 - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Ou seja: se o legislador pretendia atribuir um significado mais restritivo ao ilícito do inciso “I”, poderia tê-lo feito. Tanto que, quanto aos demais incisos, adotou exatamente essa postura. Se não o fez, parece mais adequado supor que tenha sido propositalmente.

O argumento em exame parece, portanto, frágil demais para solucionar a problemática enfrentada neste estudo. A aplicação de tal raciocínio, limitador da abrangência do ilícito - sem previsão legal precisa e expressa -, dependeria da boa-vontade do julgador. Algo que parece insatisfatório.

O ilícito em exame precisa, então, ter sua abrangência limitada. A dimensão dada ao elemento “vantagem indevida” é exageradamente abrangente. E tal limitação, idealmente, deve partir de uma inovação legislativa. Em atenção ao princípio da legalidade – aqui compreendido por uma perspectiva garantista (Ferrajoli, 2014) – a lei deve funcionar como garantia do cidadão, e instrumento de limitação do arbítrio punitivo. Em face do disposto, parece que somente uma mudança na própria legislação seria capaz de oferecer uma solução definitiva para a problemática. Uma mudança que indique, precisamente, o que constitui o caráter indébito da vantagem ofertada, apta a caracterizar o ilícito previsto no inciso “I” do art. 5º, da “Lei Anticorrupção” – ou que acrescente no mesmo dispositivo alguma indicação sobre a necessidade de se constituir um pacto de injusto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões aqui compiladas não foram capazes de conduzir este estudo a um desfecho satisfatório quanto a definição de um conteúdo específico para a elementar “vantagem indevida”, presente nos delitos de corrupção ativa e passiva.

O insucesso em tal empreitada não parece ter trazido consequências particularmente graves no tocante à aplicação concreta dos delitos referenciados. Isto porque a ideia de adotar a perspectiva proposta por Quandt (2017), seguida por Leite e Teixeira (2017), oferece um caminho possível – percurso que diminui a importância dada a elementar em exame, e se concentra no pacto de injusto.

Contudo, relativamente ao ilícito da “Lei Anticorrupção”, as consequências de não ter se chegado a uma identificação precisa sobre a significação da natureza indébita da vantagem se mostram bastante indesejáveis.

A indeterminação legislativa, a omissão doutrinária e mesmo a inexistência de demais elementos a compor a redação do ilícito não parecem permitir a aplicação, no sistema da “Lei Anticorrupção”, da solução proposta para os delitos de corrupção ativa e passiva. Não há

como se concentrar no pacto do injusto, pois parece não existirem elementos na previsão legal que justifiquem tal giro - nem argumentos doutrinários a respaldar a aplicação do raciocínio.

Diante de todo o exposto, o desfecho que este estudo propõe é a apresentação de algumas possibilidades de salvação do ilícito presente na “Lei Anticorrupção”.

A primeira delas seria significar o conteúdo do adjetivo “indevida”, como qualquer vantagem que não precisa ser paga – conteúdo que, destaca-se, é bastante abrangente.

Com isso, se admitirá que quaisquer vantagens ofertadas aos funcionários públicos, independentemente de se prestarem à realização de um pacto de corrupção – a venalidade da coisa pública, a precificação do servidor - servem à configuração do ilícito.

A solução se mostra indesejável, pois define, para o ilícito em apreço, um conteúdo exageradamente amplo e desproporcional.

A segunda proposta envolve considerar que, embora a previsão do ilícito não faça referência à venalidade da administração ou à precificação do funcionário público, tal requisito já se encontra implicitamente contemplado.

Assim, para se afirmar a existência do ilícito, haveria a necessidade de verificação da existência de pacto de injusto, ou, ao menos, da averiguação quanto a relação entre a vantagem e o fim especial de determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Esta solução, por sua vez, não encontra argumentos sólidos que a sustentem. Se o texto da lei, ao definir o injusto, não foi preciso – parece forçoso invocar outros dispositivos legais, estranhos à definição da conduta proibida, para definir sua limitação. Sobretudo quando se verifica que o legislador, ao estabelecer os demais comportamentos proibidos na mesma lei, delimitou-os com mais clareza. Poderia ter feito o mesmo com o ilícito do inciso “I” – o que dá a entender que, se não o fez, foi por decisão deliberada.

Assim sendo a última proposta de salvação do ilícito da “Lei Anticorrupção parece estar na idealização de uma mudança normativa – a reforma legislativa do conteúdo do dispositivo legal, passando a contemplar o uso de expressões que se relacionam à configuração do pacto de corrupção. Somente nesses termos parece ser possível transpor as soluções avaliadas para os delitos de corrupção para o ilícito em exame sem maiores problemas.

REFERÊNCIAS

BOTINI, Pierpaolo Cruz. A lei anticorrupção como lei penal encoberta. **Conjur**, São Paulo, 07 jul.2010. Disponível em: <<https://bityli.com/OBncX>>. Datado de 08/07/2014. Acesso em: 05 jan. 2025.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 5 : crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos** – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. Versão digital.

BREDA, Juliano. **Corrupção, lavagem de dinheiro e política**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

BRANDT, Felipe Barbosa; ROCHA, Renata Ferreira da. Os elementos da responsabilidade objetiva prevista na lei anticorrupção. **Cadernos Técnicos da CGU**. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2019. Versão digital.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs). **Crime e Política**. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 19-51.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. VOL. IX. Arts. 250 a 361. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1958.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs). **Crime e Política**. São Paulo: FGV Editora, 2017, p.135-165.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva: Comentários ao REsp nº 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. **JOTA**, São Paulo, 26 nov. 2018. Disponível em:<<https://www.jota.info/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva>>. Acesso em 02 jan. 2025.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo** – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Versão Digital.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361), volume 3** – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Versão Digital.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470/MG do STF). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 106, 2014.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs). **Crime e Política**. São Paulo: FGV Editora, 2017, p. 53-76.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. **Conjur.** São Paulo, 05 dez. 2014, Disponível em: <<https://bityli.com/GdMoQ>>. Acesso em: 05 jan. 2025.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. **Lei anticorrupção**: comentada dispositivo por dispositivo. São Paulo: Almedina, 2016.

A REGRA DE *DISCLOSURE* NO PROCESSO PENAL E SUA RELEVÂNCIA PARA A PROVA DIGITAL

THE DISCLOSURE RULE IN CRIMINAL PROCEEDINGS AND ITS RELEVANCE TO DIGITAL EVIDENCE¹

Jamilla Monteiro Sarkis²
Nereu José Giacomolli³

Resumo:

Este artigo propõe um estudo verticalizado sobre a regra da *disclosure* no processo penal, com enfoque na sua relevância para o tratamento das provas digitais. Parte, para tanto, do conceito e das origens da *disclosure* no direito anglo-saxão. Em seguida, concentra-se na análise de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de critérios de constitucionalidade, com base na garantia do contraditório, e convencionalidade, com destaque para a *par conditio*. Por fim, discute as particularidades da *disclosure* sobre a prova digital, cujo tratamento é diferenciado em razão da natureza técnica e da quantidade de dados envolvida. Ao final, espera demonstrar que a regra da *disclosure* garante à defesa a oportunidade de contraditar a hipótese acusatória e de eliminar sua dependência em relação às análises e interpretações sobre provas digitais promovidas pela Polícia e pelo Ministério Público.

Palavras-chave:

Disclosure. Defesa. Provas Digitais.

Abstract:

This article proposes a vertical study of the disclosure rule in criminal proceedings, focusing on its relevance to the treatment of digital evidence. It starts with the concept and origins of disclosure in Anglo-Saxon law. It then focuses on analyzing its compatibility with the Brazilian legal system, based on criteria of constitutionality (guarantee of contradictory), and conventionality, with emphasis on the *par conditio*. Finally, it discusses the particularities of disclosure of digital evidence, the treatment of which is different due to its technical nature and the amount of data involved. In the end, it expects to demonstrate that the disclosure rule guarantees the defense the opportunity to contradict the accusatory hypothesis and to eliminate its dependence on the analyses and interpretations of digital evidence promoted by the Police and the Public Prosecutor's Office.

Keywords:

Disclosure. Defense. Digital Evidence.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de que a defesa deveria ter o direito de acessar todos os elementos de informação e provas produzidas pela Polícia e pelo Ministério Público durante a fase de investigação e o

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do estágio de Pós-Doutoramento junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), com bolsa CAPES. Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora na Faculdade Anhanguera e em estágio pós-doutoral no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

³ Doutor em Estudios de Actualidad Procesal pela Universidad Complutense de Madrid (2001), com estágio pós-doutoral na Università degli Studi di Torino (2008). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e Professor no Mestrado e Doutorado da PUCRS. Líder dos Grupos de Pesquisa Processo Penal Contemporâneo e Rede Internacional de Pesquisa em Direito Processual Penal. Professor Pesquisador na Universidade Autónoma de Lisboa e Investigador no JusGov – Universidade do Minho.

processo penal, com a intenção de conhecer eventuais evidências capazes de conduzir à absolvição ou de mitigar a responsabilidade da pessoa acusada, parece óbvia. Em um contexto de elementos e provas digitais, que além de dotadas de uma natureza particularmente técnica, abrangem uma quantidade praticamente infinita de dados que podem, eventualmente, ser úteis à defesa, a ideia parece ainda mais natural.

É disso que trata a *disclosure*⁴, regra já garantida às defesas de pessoas imputadas em alguns países e por diplomas de Direito Internacional, mas que ainda não está prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O presente artigo propõe, nesse sentido, um estudo sobre a ausência de regras sobre a *disclosure* no Brasil e os prejuízos que decorrem dessa falta, principalmente quando os elementos e provas não acessados pela defesa são digitais.

Diante desse contexto, o trabalho pretende: conceituar a regra da *disclosure* e analisar suas origens no direito anglo-saxão, com ressalvas sobre os obstáculos que as tradições jurídicas da *common law* enfrentam para garanti-la (seção 2); explicar os motivos pelos quais é incorreto afirmar que Brasil adota, hoje, uma regra de *disclosure*, esclarecendo porém que há plena compatibilidade entre a *disclosure* e o direito constitucional ao contraditório – compreendido como garantia de influência e não surpresa – no contexto do processo democrático participativo, bem como entre a *disclosure* e a *par conditio* assegurada no Estatuto de Roma às pessoas acusadas (seção 3); tratar sobre a especial relevância da *disclosure* no cenário dos elementos e provas digitais, esclarecendo porque algumas de suas particularidades, tais como sua natureza e multiplicidade, fazem com que a dependência da defesa em relação às análises da Polícia e do Ministério Público sobre evidências digitais torne-se prejudicial (seção 4).

Metodologicamente, a pesquisa foi conduzida por duas estratégias de revisão bibliográfica: uma, realizada sobre materiais jurídicos coletados no Brasil e no exterior – com destaque para textos estadunidenses e ingleses; outra, interdisciplinar (Japiassu, 1976), promovida a partir de pesquisas realizadas no âmbito das ciências da computação e da informação.

Ao final, espera-se demonstrar os motivos que tonam a *disclosure* uma necessidade, ainda mais evidente no ambiente das provas digitais, e subsidiar pesquisas futuras sobre este tema, até então inédito nas produções científicas nacionais.

⁴ O termo inglês *disclosure* costuma ser traduzido para o português como “divulgação” ou “revelação”. Os verbos “divulgar” e “revelar”, porém, não parecem os mais adequados para expressar o significado da *disclosure*, porque trazem consigo uma ideia mais ampla, como se a informação a ser divulgada e revelada pudesse ultrapassar os limites do processo e seus sujeitos, atingindo uma ideia de publicidade mais ampla – o que não é o caso. Exatamente por isso, o presente artigo adotará o estrangeirismo.

2. REGRA DE *DISCLOSURE*: CONCEITO, ORIGENS E OBSTÁCULOS

A regra de *disclosure* consiste na obrigatoriedade de que a acusação compartilhe com a defesa todos os elementos de informação e provas às quais teve acesso - sejam aquelas produzidas pelo próprio Ministério Público nas investigações por ele conduzidas, sejam aquelas produzidas pela Polícia - e, principalmente, aquelas que tenham potencial exculpatório ou de mitigação da responsabilidade criminal.

De acordo com Ellen Yaroshefsky (2011, p. 1.321), a *disclosure* figura entre as mais essenciais regras para um sistema de justiça criminal justo, na medida em que minimiza o efeito indesejável da surpresa no julgamento e contribui para uma determinação mais precisa sobre a questão da culpa ou inocência.

A regra integra o sistema adversarial que rege o processo penal em países de tradição anglo-saxã. Esse sistema se caracteriza, segundo Mirjan Damaška (1997, p. 74), como um modelo de julgamento no qual o processo é controlado pelas partes enquanto a figura do Juízo permanece, essencialmente, passiva e inerte.

No conceito adversarial, a gestão da prova é promovida exclusivamente pelas partes (Damaška, 1997, p. 75), encarregadas de buscar e encontrar material probatório (regra de *discovery*), compartilhá-lo integralmente entre si (regra de *disclosure*), apresentá-la e confrontá-la em juízo.

A associação imediata entre provas e partes, todavia, gera repercussões relacionadas à administração da justiça. A possibilidade de que os elementos factuais que subsidiam a decisão judicial sejam distorcidos ou falseados é uma das principais preocupações do direito anglo-saxão⁵ (Damaška, 1997, p. 79) e, por esse motivo, tornam-se necessárias algumas intervenções do Poder Judiciário.

A origem da regra de *disclosure* nos países da *common law* é exemplo da intervenção judicial na gestão da prova pelas partes. A seguir, a forma como essa regra surgiu, bem como os obstáculos impostos à sua consolidação serão analisadas a partir do histórico dos dois principais representantes da tradição jurídica anglo-saxã: os Estados Unidos e a Inglaterra.

2.1 A *disclosure* no direito estadunidense

⁵ Essa, obviamente, não é uma preocupação exclusiva do direito anglo-saxão, apesar de bastante acentuada no sistema jurídico adversarial. Em verdade, como bem destaca Damaška, (1997, p. 79), trata-se de um problema histórico dos julgamentos criminais, retratado até mesmo na Bíblia (aqui, o autor se refere à passagem do Livro de Daniel em que Susana, uma mulher judia casada, é acusada de adultério por dois anciões que, ao serem confrontados separadamente, confessam a mentira e assumem que se tratava de uma chantagem).

No direito estadunidense, a regra da *disclosure* nasceu a partir do precedente *Brady v. Maryland* (373, US 83), julgado pela Suprema Corte em 1963.

O caso teve início em 1958⁶, quando John Leo Brady foi acusado de matar William Brooks durante um roubo. A motivação para o crime seria o fato de que a vítima teria reconhecido Brady e seu coautor, Donald Boblit.

Em seu depoimento inicial, Boblit afirmou ter sido Brady o responsável pela execução do homicídio e disse que apenas viu o momento em que Brooks foi estrangulado por ele. Ocorre que esse depoimento foi sucedido por outras quatro declarações de Boblit e, na última delas, o homem admitiu ser ele – e não Brady – o executor do homicídio.

Essa confissão, capaz de influenciar os jurados a serem mais complacentes com Brady e deixarem de aplicar-lhe a pena capital, foi ocultada pelo Ministério Público durante o julgamento de Brady, que foi condenado pelo homicídio e sentenciado à morte pela administração de gás letal.

No corredor da morte, Brady recebeu aconselhamento religioso e foi apresentado ao advogado Clinton Bamberger. Atuante na comunidade católica, Bamberger havia deixado, há poucos anos, os quadros da Promotoria de Maryland para dedicar-se ao setor privado e aceitou representar Brady em fase recursal.

O primeiro apelo de Brady foi direcionado à Corte de Apelação de Maryland. No julgamento, apesar de reconhecer que a escolha deliberada da acusação de ocultar provas importantes violava o direito de Brady ao devido processo legal, foi negado provimento ao recurso. A decisão fundamentou-se no sentido de que a Corte não poderia presumir que o conhecimento sobre essas provas teria impactado a defesa de Brady ou interferido na decisão dos jurados.

Sendo o direito ao devido processo legal garantido pela 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, Bamberger submeteu o caso à Suprema Corte. Sob relatoria do Justice William O. Douglas, a Suprema Corte manteve a decisão da Justiça primeva naquilo que se referia à condenação de Brady pelo homicídio, mas anulou a sentença em relação à pena de morte.

Em seu voto, Justice Douglas reconheceu que o Ministério Público de Maryland violou o direito de Brady ao devido processo legal e promoveu uma virada revolucionária (Bibas, 2005, p. 129) ao estabelecer a Regra Brady (*Brady Rule*), segundo a qual a acusação deve compartilhar (*to disclose*) com a defesa qualquer prova favorável à pessoa imputada, seja ela

⁶ Todas as informações fáticas sobre o caso foram extraídas da obra de Thomas L. Dybdahl (2023).

absolutória ou com potencial de reduzir a pena. Em um dos trechos mais conhecidos de seu voto, Justice Douglas afirmou:

Society wins not only when the guilty are convicted, but when criminal trials are fair; our system of the administration of justice suffers when any accused is treated unfairly. An inscription on the walls of the Department of Justice states the proposition candidly for the federal domain: "The United States wins its point whenever justice is done its citizens in the courts." A prosecution that withholds evidence on demand of an accused which, if made available, would tend to exculpate him or reduce the penalty helps shape a trial that bears heavily on the defendant⁷.

Desde o julgamento pela Suprema Corte, porém, o dever de *disclosure* tem recebido uma aplicação descontínua, circunstância bastante recorrente na *common law* (Catalano; Gloeckner; Dalmagro Junior, 2025, p. 156).

A aplicação da Regra de Brady varia entre as jurisdições federais e estaduais. No âmbito federal, a *disclosure* é regulada pela *Regra 16* do Código de Processo Criminal Federal, que determina ser um dever da acusação facultar à defesa o acesso a: (a) qualquer declaração oral que tenha sido tomada da pessoa acusada; (b) qualquer registro em áudio ou vídeo de depoimento tomado da pessoa acusada; (c) folha de antecedentes da pessoa acusada; (d) qualquer documento ou objeto – tangível ou intangível – que esteja sob custódia do Estado; (e) relatórios de exames ou testes científicos que tenham sido realizados; (f) em relação aos peritos e assistentes técnicos do Estado, todos os pontos que serão objeto de seu depoimento, além de uma lista de publicações de autoria da pessoa *expert* nos últimos dez anos e uma lista de todos os casos nos quais a pessoa *expert* testemunhou nos últimos quatro anos.

Nos âmbitos estaduais, por sua vez, a *disclosure* nem sempre é prevista ou o é com tanta exatidão. A falta de clareza sobre seus limites e exigências acaba transformando a expectativa de civilizar a justiça criminal estadunidense em uma promessa não cumprida (Yaroshefsky, 2011, p. 1.325-1.326):

Federal and state court rules and statutes supplement prosecutors' constitutional obligations. For example, Federal Rule of Criminal Procedure 16 compels prosecutors to produce "[u]pon a defendant's request" information "material to preparing the defense.". The Jencks Act requires, inter alia, prosecutors to produce prior statements of a government witness after that witness testifies State court rules and statutes also

⁷ Em tradução livre: “A sociedade ganha não apenas quando os culpados são condenados, mas também quando os julgamentos criminais são justos; nosso sistema de administração da justiça sofre quando qualquer acusado é tratado injustamente. Uma inscrição nas paredes do Departamento de Justiça afirma abertamente a proposição para o domínio federal: “Os Estados Unidos ganham sempre que a justiça é feita aos seus cidadãos nos tribunais”. Uma acusação que retém provas solicitadas por um acusado que, se disponibilizadas, tenderiam a exculpá-lo ou reduzir a pena, contribui para moldar um julgamento que pesa fortemente sobre o réu”. A íntegra dos registros do julgamento *Brady v. Maryland* está disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: 14 jul. 2025.

impose disclosure obligations. These varying rules call for disclosure of specified documents, physical items, and other information. These may include: written and recorded statements of the defendant, reports of the defendant's prior criminal convictions, physical evidence that the prosecution plans to use at trial, expert reports, witnesses' criminal records, and prosecution witnesses' relevant written and recorded statements. Unlike in the federal system, where prosecutors need not list their witnesses prior to trial, prompt and full disclosure of witness statements is the rule in many states.⁸ Many states specify time limits within which disclosures must be produced⁸.

Mas a falta de uniformização na aplicação do precedente de Brady não é o único problema enfrentado pela *disclosure* no direito estadunidense. Apesar da intensa publicidade⁹ no que se refere aos casos de reversão de condenações injustas pelo descumprimento da *Brady Rule* – das 2.400 revisões de casos penais documentadas entre os anos de 1989 e 2019, as violações à *disclosure* corresponderam a 44% (Gross; Possley; Roll; Stephens, 2020) - os obstáculos à sua aplicação são culturais e envolvem, principalmente, a negligência, os erros e os vieses de confirmação.

É o que conclui a pesquisa conduzida com por Ellen Yaroshefsky (2013) com Promotores de Justiça estaduais lotados nas regiões nordeste, sudeste e centro-oeste dos Estados Unidos. Em relação à negligência e aos erros, a autora pontua que o grande volume de casos e a falta de recursos, principalmente nos grandes centros urbanos, criam um ambiente repleto de documentações insuficientes, falhas no acompanhamento das provas policiais e falta de atenção a itens de valor probatório.

Já naquilo que se refere aos vieses de confirmação, a autora sugere a tendência natural dos Promotores de revisar os relatórios não em busca de provas exculpatórias que possam refutar a hipótese testada, mas sim em busca de provas incriminatórias que a confirmem. Ainda, pondera a hipótese de que os Promotores, convencidos de sua teoria de culpa, sequer

⁸ Em tradução livre: “As regras e estatutos dos tribunais federais e estaduais complementam as obrigações constitucionais dos promotores. Por exemplo, a Regra Federal de Processo Penal 16 obriga os promotores a apresentar, “mediante solicitação do réu”, informações “relevantes para a preparação da defesa”. A Lei Jencks exige, entre outras coisas, que os promotores apresentem declarações anteriores de uma testemunha do governo após o depoimento dessa testemunha. As regras e estatutos dos tribunais estaduais também impõem obrigações de divulgação. Essas regras variadas exigem a divulgação de documentos específicos, itens físicos e outras informações. Estas podem incluir: declarações escritas e gravadas do réu, relatórios de condenações criminais anteriores do réu, provas físicas que a acusação planeja utilizar no julgamento, relatórios de peritos, registros criminais das testemunhas e declarações escritas e gravadas relevantes das testemunhas da acusação. Ao contrário do sistema federal, em que os promotores não precisam de listar as suas testemunhas antes do julgamento, a divulgação rápida e completa das declarações das testemunhas é a regra em muitos estados. Muitos estados especificam prazos dentro dos quais as divulgações devem ser apresentadas.”

⁹ Como exemplo, cita-se o premiado documentário “Marking a Murderer” (Netflix, 2015), que narra a história de Steven Avery, exonerado após cumprir 18 anos de pena. Testes de DNA revelaram que o crime havia sido praticado por outra pessoa, que era conhecida pela acusação à época das investigações. As informações sobre essa pessoa, bem como provas relevantes sobre o álibi de Avery foram, comprovadamente, ocultadas da defesa.

conseguem perceber uma teoria alternativa de como as informações poderiam ser usadas pela defesa (Burke, 2006, p. 1.590).

Um outro fator - subjacente, mas de grande relevância - constatado por Yaroshefsky (2013) e que dificulta o acatamento da acusação às regras de *disclosure* é a cultura local de cada Promotoria. Enquanto, em alguns órgãos, a regra é manter as provas à disposição das defesas – com a cautela necessária em casos que envolvem a segurança de vítimas e testemunhas, como a omissão de seus endereços, em outros a orientação era diametralmente oposta: não fornecer à parte contrária (defesa) nenhum material que pudesse contribuir para suas teses ou atrasar esse fornecimento ao máximo.

Por fim, como pondera Yaroshefsky (2013), não se pode ignorar o fato de que o descumprimento da Regra de Brady não costuma gerar nenhuma repercussão aos Promotores de Justiça. Há uma imunidade sobre eventuais responsabilizações nos âmbitos administrativo, cível e penal e, em contrapartida, inexistente qualquer vantagem ou bônus a quem cumpre a *disclosure* – na verdade, se o cumprimento da regra implicar em uma absolvição, as consequências pessoais e profissionais podem ser negativas.

2.2 A *disclosure* no direito inglês

No ordenamento jurídico inglês, o precedente considerado como marco da regra de *disclosure* (Johnston, 2021, p. 4) é *Rex v. Bryant and Dickson*, de 1946¹⁰. O caso tem origem a partir de uma fraude envolvendo a empresa de manutenção de ambulâncias que era de Dickson e na qual Bryant trabalhava.

A fraude, de acordo com a acusação, envolvia a execução de serviços diversos dos contratados, sempre sob a supervisão de outro funcionário da empresa, de nome Campbell. Esse supervisor, responsável por facilitar as fraudes, prestou depoimento extrajudicial para a acusação, mas suas declarações nunca foram apresentadas à defesa. Além disso, a acusação não arrolou Campbell como testemunha, impossibilitando a oportunidade da defesa de confrontá-lo em juízo.

Para a Suprema Corte do Reino Unido, não haveria qualquer falha na conduta da acusação porque as declarações extrajudiciais prestadas por Campbell não poderiam ser

¹⁰ Todas as informações fáticas sobre o caso foram extraídas de: <https://swarb.co.uk/rex-v-bryant-and-dickson-cca-1946/> e <https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/mills02.htm>. Acesso em: 15 jul. 2025.

utilizadas como prova no processo judicial e porque, apesar de não o arrolar como testemunha, o Ministério Público deu à defesa a oportunidade de fazê-lo.

O Relator do processo, Lord William Edgar Rayner Goddard, entendeu que o dever da acusação seria possibilitar à defesa (*to disclose*) a identificação de uma testemunha capaz de contribuir para sua tese e que esse dever, no caso concreto, foi cumprido.

A ideia da *disclosure* como regra que impunha à acusação o dever de compartilhar com a defesa informações que lhe pudessem ser relevantes – ainda que não fosse obrigação do Ministério Público produzir, em juízo, as provas absolutórias – foi reforçada pela Suprema Corte em 1964, durante o julgamento do caso *Dallison v. Caffery*¹¹.

No julgamento, o Relator Lord Tom Denning consignou ser um dever da acusação possibilitar à defesa o acesso a elementos relevantes capazes de provar a inocência da pessoa acusada. Lord Denning salientou, ainda, que independentemente de a acusação estar ou não convencida sobre a credibilidade dos elementos ou sobre seu potencial exculpatório, estes devem ser compartilhados com a defesa, dando-lhe a oportunidade de valer-se ou não dessas informações em juízo¹².

Atualmente, o dever de *disclosure* da acusação na Inglaterra está previsto na terceira seção da Lei de Processo Penal e Investigações (CPIA). A norma dispõe que é direito da pessoa acusada ter acesso a qualquer material que possa ser considerado capaz de prejudicar a acusação ou auxiliar a defesa. A legislação ressalva, todavia, que a pedido da Promotoria de Justiça, o material poderá ser mantido em sigilo no caso de proteção do “interesse público”, conceito que carece de definição mais precisa.

No cenário inglês, contudo, a regra de *disclosure* apresenta um ponto de inflexão relevante (Johnston, 2021, p. 5) desde a vigência da Lei de Justiça Criminal de 1967, que impôs também à defesa o dever de compartilhar com a acusação detalhes de quaisquer testemunhas cujo depoimento tivesse teor exculpatório. Em 1987, os deveres de *disclosure* da defesa foram estendidos e passaram a abranger o compartilhamento de provas periciais com a acusação antes dos julgamentos¹³. O rigor sobre as obrigações da defesa tornou-se ainda maior em 1996,

¹¹ Todas as informações fáticas sobre o caso foram extraídas de: <https://vlex.co.uk/vid/dallison-v-caffery-803896285>. Acesso em: 15 jul. 2025.

¹² Eis o trecho do voto de Lord Denning: "The duty of a prosecuting counsel or solicitor, as I have always understood it, is this: if he knows of a credible witness who can speak to material facts which tend to show the prisoner to be innocent, he must either call that witness himself or make his statement available to the defence. It would be highly reprehensible to conceal from the court the evidence which such a witness can give. If the prosecuting counsel or solicitor knows, not of a credible witness, but a witness whom he does not accept as credible, he should tell the defence about him so that they can call him if they wish". Disponível em: <https://lite.judicial.org/cases/dallison-v-caffery>. Acesso em: 15 jul. 2025.

¹³ Em 1987, foi criado o chamado Comitê Roskill para examinar processos relacionados a fraudes ocorridas na Inglaterra e no País de Gales. O relatório final do comitê recomendou uma extensão do regime de *disclosure* da

quando promulgada CPIA, com o objetivo de “restaurar a imagem abalada do governo em relação à lei e à ordem” (Johnston, 2021, p. 6). Em relação à *disclosure*, a Lei exigia que a defesa, antes do julgamento, apresentasse: (a) os termos gerais e a natureza da defesa a ser desenvolvida; (b) a indicação dos objetos de discordância em relação à acusação; (c) os fundamentos sobre cada objeto de discordância em relação à acusação.

Em 2003, uma nova Lei de Justiça Criminal alterou algumas disposições da CPIA de 1996 e aumentou, significativamente os deveres de *disclosure* da defesa, que permanecem – até os dias de hoje – sendo os seguintes: (a) estabelecer a natureza da defesa, incluindo qualquer tese específica sobre a qual pretenda se basear; (b) indicar as questões de fato que são objeto de discordância em relação à acusação; (c) expor os fundamentos sobre cada objeto de discordância em relação à acusação; (d) indicar qualquer questão de direito (incluindo questões relativas à admissibilidade de provas ou excessos da acusação) que pretenda suscitar.

Impor à defesa tantas regras de *disclosure*, de acordo com Ed Johnston (2021, p. 8) implica em um grande obstáculo ao modelo adversarial de processo penal. Ao obrigar a defesa a contribuir, de forma significativa, com a acusação, há uma evidente inversão no papel defensivo, que passa a somar-se ao discurso acusatório na busca pela condenação. Essa inversão, para o autor, viola os direitos fundamentais da pessoa acusada ao devido processo legal, à não autoincriminação, à presunção de inocência e ao ônus da prova.

Para além das atribuições de *disclosure* à defesa, outro obstáculo enfrentado pelo instituto no direito inglês – e comum ao sistema estadunidense – é o cultural. Há uma grande resistência às regras da *disclosure* que impliquem no compartilhamento de provas com a defesa, em especial por parte da Polícia. Segundo Tom Smith (2021, p. 34), apesar de ser um órgão independente do Ministério Público, a Polícia inglesa também é influenciada pela cultura de partes (ou “lados”) e de perda-ganho próprias da tradição adversarial. Com isso, acaba por tender a investigar fatos e provas incriminadores ao invés de buscar evidências exculpatórias.

O autor chama a atenção para o fato de que a noção de partes (ou “lados”) incentiva uma espécie de lealdade que, na perspectiva das Polícia, seria devida aos interesses da vítima defendidos pela acusação, e não aos direitos da pessoa acusada e seus defensores. Ressalta, ainda, que nessa circunstância os conceitos de “lados”, “ganhar” ou “perder” prevalecem sobre a lealdade ao processo e aos fatos.

Ao concluir pela necessidade de mudanças paradigmáticas na cultura policial, Smith (2021, p. 43) destaca que a *disclosure* é um mecanismo investigativo importante para o trabalho

defesa, afirmando que o público acreditava que o processo, da forma como estava, era “um convite aberto a atrasos e abusos flagrantes” e deu origem à nova regra, estabelecida pelo Tribunal da Coroa (Smith, 2021).

policial de qualidade, que se concentra nos fatos ao invés de preocupar-se com resultados ou vitórias. Reconhece o autor, todavia, que tais mudanças estruturais devem ter início desde o treinamento dos recrutas e estarem baseadas em aprendizagem proativa e práticas engajadas por parte dos policiais.

Os relatórios anuais da Comissão de Revisão de Casos Criminais (CCRC) reforçam os argumentos de Smith (2021) sobre as dificuldades de cumprimento, pelas Autoridades, das regras da *disclosure*. Um estudo realizado sobre os casos submetidos à CCRC entre 1997 e 2007 (Elks, 2008) revelou que 15% dos casos encaminhados pela Comissão à Corte de Apelação para novo julgamento se fundamentavam no descumprimento da *disclosure* pela acusação.

Dados da Comissão nos anos posteriores (Quirk, 2021, p. 92) passaram a registrar as falhas de *disclosure* como principal motivo para condenações injustas (2010-2011), um tema recorrente (2012-2014) e a causa mais frequente para revisões (2015-2016). No ano de 2018, a CCRC divulgou a estimativa de que, nos últimos 10 anos (ou seja, entre 2008 e 2018), cerca de um em cada cinco casos nos quais as condenações foram anuladas foram baseados na falta de *disclosure* da acusação em relação à defesa.

2.3 Conclusão (parcial) sobre a *disclosure* no direito anglo-saxão

A *disclosure*, em ordenamentos jurídicos da tradição *common law*, deriva de precedentes das décadas de 1940 a 1960 que evoluíram – positiva ou negativamente – no decorrer do tempo.

As indefinições legislativas sobre a *Brady Rule* nos Estados Unidos e os robustos deveres de *disclosure* incumbidos à defesa na Inglaterra são, certamente, obstáculos à consagração dos direitos das pessoas acusadas.

Em comum, os sistemas de ambos os países demonstram uma resistência por parte das Autoridades em relação à *disclosure*. Essa resistência pode ser compreendida pela própria lógica do modelo adversarial de processo penal e a ideia de confronto entre partes (acusação *v.* defesa).

Obstáculos e resistências, porém, não diminuem a importância da *disclosure* como regra capaz de garantir um julgamento mais equânime pela perspectiva da defesa e de diminuir os riscos de condenações injustas. Exatamente por isso, passar-se-á a analisar a aderência da *disclosure* ao direito brasileiro, tanto no âmbito da constitucionalidade quanto na perspectiva da convencionalidade.

3. CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DA REGRA DE *DISCLOSURE* E SUA ADERÊNCIA AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Na legislação brasileira, não existe nenhuma previsão que garanta à defesa o direito de receber, por parte da acusação, todos os elementos de informação ou provas que tenham sido produzidos durante as investigações ou que serão utilizados durante o processo, com foco nas evidências que tenham potencial exculpatório ou de redução da responsabilidade criminal.

É preciso, desde já, esclarecer que a previsão do artigo 7º, inciso XIV da Lei 8.9606/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) e o teor da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (STF) não se confundem com a regra de *disclosure*.

Enquanto o direito assegurado pelo Estatuto da Advocacia se limita a autorizar o acesso, por parte de profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, dos autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, a Súmula Vinculante nº 14 garante à defesa o acesso a elementos de prova que já estejam documentados em procedimento investigatório.

Veja-se que, em ambas as hipóteses, o compartilhamento de elementos de informação entre acusação e defesa não é espontâneo – como ocorre na regra de *disclosure*, dependendo sempre de requerimento por parte de advogados e advogadas.

Além disso, nenhum dos dispositivos impõe às autoridades públicas (Polícia ou Ministério Público) o dever de registro, documentação e compartilhamento de todos os elementos porventura obtidos durante a investigação ou no curso dos processos.

Nem mesmo a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) prevê essa obrigatoriedade, limitando-se a incumbir aos órgãos públicos que observem as normas e procedimentos específicos para uma gestão transparente da informação, garantindo sua disponibilidade, autenticidade e integridade. Tais “normas e procedimentos específicos”, porém, não existem de forma uniformizada no caso das Polícias e do Ministério Público.

Como exemplo de “norma e procedimento específico”, a Resolução nº 2010/2020 do Conselho Nacional do Ministério Público Federal, que dispõe sobre os procedimentos investigatórios realizados por aquele órgão, apenas prevê o direito da pessoa investigada de ter acesso aos autos (artigo 22) – sem atribuir às Autoridades o dever de registrar e documentar nesses autos todos os elementos de informação e provas coletadas no decorrer da investigação.

Por fim, necessário destacar que, tanto o Estatuto da Advocacia, quanto a Súmula Vinculante nº 14 e a Lei de Acesso à Informação comportam – ainda que a título de exceção – hipóteses de manutenção do sigilo em relação ao teor das investigações.

É o que diz o § 11 do artigo 7º do Estatuto da Advocacia, quando prevê a hipótese de que as autoridades impeçam o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento ou ainda não documentados nos autos; o Precedente Representativo da Súmula Vinculante nº 14¹⁴, que admite hipóteses em que as diligências devem ser mantidas em sigilo para preservar a investigação; e o artigo 23, inciso VIII da Lei de Acesso à Informação, que classifica como sigilosos os dados que possam comprometer atividades de investigação relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

O sigilo das investigações, conforme ensinam Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner (2014, p. 200), tem o fundamento básico e utilitário de garantir a eficácia da investigação sem a presença ou intervenção da pessoa investigada. Parte, também, da ideia de que a atuação dos órgãos públicos durante a investigação será sempre pautada por diretrizes de integridade e imparcialidade.

Os autores pontuam ser o sigilo, nesses moldes, uma tradição do sistema inquisitório que reforça a desigualdade entre os sujeitos da investigação, com reflexos negativos sobre a fase processual.

O argumento utilitário da busca pela maior eficácia da investigação é insustentável (Lopes Jr; Gloeckner, 2014, p. 201) quando levando em consideração que a ausência de intervenção da defesa impossibilita o controle das evidências e causa erros de interpretação ou omissões que poderiam ser evitados pelo compartilhamento de provas e elementos de informação.

A imparcialidade, por outro lado, não passa de uma ilusão: nas investigações conduzidas pelo Ministério Público, porque as figuras de investigador e acusador se concentram sobre uma mesma autoridade; nas investigações conduzidas pelas Polícias, pelo baixo grau cultural e pela fragilidade a pressões externas (Lopes Jr; Gloeckner, 2014, p. 203).

Mas, se a *disclosure* não foi – até o momento – incorporada no ordenamento jurídico pátrio, quais seriam os fundamentos para sua aderência ao processo penal brasileiro? A resposta parece estar na Constituição da República de 1988 e no Estatuto de Roma, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.388/2002.

3.1 Aderência constitucional da *disclosure*: um necessário reforço ao contraditório

¹⁴ HC 88.190/RJ. Relator: Ministro Cezar Peluso. Supremo Tribunal Federal: Segunda Turma. Data de julgamento: 29 de ago. de 2006. Diário da Justiça: 6 de out. de 2006.

Mesmo diante dos direitos fundamentais previstos pela Constituição de 1988 e assegurados por tratados e convenções internacionais de direitos humanos que integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, o processo penal sempre sofreu com a dificuldade de se adaptar às mudanças proporcionadas pelas garantias asseguradas às pessoas acusadas.

Essa crise desafia os direitos fundamentais, ainda que dotados de *status* constitucional e convencional, a deixarem de ser normas meramente enunciatórias de uma intenção e passarem a se adaptar e equilibrar à coerência do sistema.

Apesar dos desafios enfrentados pela processualidade penal, a Constituição de 1988 parece ter feito a sua parte: previu que seu rol de direitos fundamentais tivesse, de acordo com o próprio texto legal, aplicação imediata (artigo 5º, § 1º) e se alinhou às tendências de internacionalização dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º), cristalizando as bases de um devido processo democrático.

Todas as importantes ferramentas concedidas pela Constituição ao processo penal para sua democratização, porém, dependem da mudança na compreensão dos institutos processuais. Essa mudança somente se perfaz quando o movimento de constitucionalização do processo passa a “assegurar, para as partes, igual oportunidade, de intervenção influente, na atividade preparatória da decisão” (Marinho Marques, 2016, p. 45).

A noção de que todas as pessoas afetadas pelo provimento judicial devem ter o direito de participar, plenamente, do espaço procedimentalizado no qual se desenvolve sua construção é o que caracteriza, de acordo com Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 127) e com amparo no pensamento de Elio Fazzalari (1989), o direito ao contraditório.

Concebido a partir do princípio da influência, segundo o qual as partes têm idêntico direito de influir, argumentativamente, no desenvolvimento e no resultado do processo (Nunes, 2006), o direito ao contraditório assume contornos dinâmicos que vão muito além de elementos como a necessidade de informação e a possibilidade de reação.

É da influência, concretamente, que surge a garantia da não surpresa, que assegura às partes o direito de não serem afetadas por uma decisão sem participarem de sua construção. Desde a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o contraditório passou a ser definido por sua face dinâmica - como influência e não surpresa – nos termos do artigo 9º.

Não basta, todavia, ressignificar o contraditório sem viabilizá-lo. Afinal, há significativa diferença entre garantir às partes o direito de influenciar a decisão e de não ser surpreendida pelos provimentos judiciais e possibilitar, efetivamente, o exercício dessa influência e não surpresa.

Surge, nessa perspectiva, a ideia de um sistema comparticipativo de processo (Nunes; Bahia; Pedron, 2020, p. 298). Longe do ideal romântico de que as partes precisam contribuir, solidariamente, para que o processo possa atingir um resultado melhor ou mais “justo”, a comparticipação deve ser tida como um ambiente processual em que uma das partes possa agir na defesa estratégica de seus interesses sem, contudo, limitar o direito da outra parte de fazer o mesmo.

Obviamente, não se trata de esperar que as partes ajam de maneira imparcial ou contrária às pretensões. Muito menos, de enfraquecer o desempenho das partes e reforçar o papel judicial – pensamento típico do já superado movimento de socialização processual.

No conceito de sistema comparticipativo, a intenção é retirar o protagonismo de uma outra parte para tornar o processo policêntrico (Picardi, 2006, p. 208), envolvendo sujeitos diversos – cada um com sua função, estratégia e interesses – mas se desenvolvendo de forma dialética e pautada pela boa-fé processual.

Transpor as ideias de contraditório dinâmico e sistema comparticipativo ao processo penal não é nada fácil. Não se pode ignorar que o contexto brasileiro está imerso na tradição inquisitória (Coutinho, 2024) e enfrenta, há décadas, uma realidade de intenso autoritarismo e contaminação pelo pensamento tecnicista (Gloeckner, 2018). Também não se pode esquecer que, mesmo na perspectiva democrática da Constituição da República de 1988, o processo penal brasileiro não foi capaz de concretizar direitos e garantias fundamentais, inclusive o contraditório (Barros; Marinho Marques, 2017, p. 350).

No caso do contraditório, especificamente, o processo penal passa por uma constante “erosão silenciosa” que, segundo Paolo Ferrua (2017, p. 4), é vislumbrada à medida em que se trata de garantia cujo valor é sempre reafirmado – nunca repudiado ou afastado – mas que, sutil e constantemente, acaba enfraquecida pelos mais diversos expedientes legislativos e judiciais.

Mas, é importante reconhecer a adequação desses fundamentos teóricos à regra de *disclosure*. Para que a defesa tenha a oportunidade de influenciar e de não ser surpreendida pelo provimento judicial, é preciso que conheça e tenha acesso a todos os elementos de informação e provas que tenham o potencial de absolver a pessoa imputada ou proporcionar-lhe qualquer mitigação de culpa.

E, para garantir o direito da defesa de conhecer e ter acesso a informações e provas, é necessário que as autoridades responsáveis por sua obtenção – Polícia e Ministério Público – revelem sua existência.

A *disclosure*, com base nessas premissas, se compatibiliza com o processo constitucional e atribui aos direitos fundamentais – entre eles, o contraditório – a função de orientar a atuação estatal pela via da fiscalidade, participação, controle.

3.2 Aderência convencional da *disclosure*

Sob a ótica da convencionalidade, definida como a aderência a tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (Mazzuoli, 2009, p. 114) a regra da *disclosure* está prevista de forma expressa no artigo 67, item 2 do Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002), considerado um marco na defesa dos direitos humanos e um guia para as modificações legislativas dos Estados signatários (Giacomolli, 2015, p. 6).

De acordo com o dispositivo internacional, cabe à acusação informar à defesa, logo que possível, as provas que tenha em seu poder ou sob o seu controle com o potencial de revelar a inocência da pessoa acusada, atenuar sua culpa ou impactar a credibilidade das provas acusatórias.

Esse direito decorre da exigibilidade de *par conditio*, que objetiva afastar o domínio de uma das partes sobre o direito da outra de participar – mediante influência e sem surpresas - da construção da decisão judicial. Nereu Giacomolli (2015, p. 135) ressalta que no processo penal, em regra, a acusação dispõe de um nível superior de possibilidades de atuação quando comparada à defesa, em especial porque conta com a organização de toda a estrutura do Estado a seu favor e serviço.

Veja-se que a ideia de *par conditio* não se confunde com o conceito de paridade de armas, decorrente do princípio da igualdade (Vieira, 2014, p. 206). Essa diferença é de especial relevo para o processo penal, marcado pelo que Glauco Giostra (2021, p. 75) define como uma inevitável assimetria estrutural congênita, ainda mais acentuada na “fase das investigações, na qual é quase impossível prefigurar uma especularidade de deveres e direitos entre o investigador público e a defesa privada”.

Ainda que eliminar, por completo, a assimetria entre acusação e defesa seja difícil, considerando que o modelo de processo penal brasileiro se estrutura na supremacia da acusação oficial sobre defesa, existem medidas que podem mitigá-la:

Por isso, a defesa há de ser dotada da mesma capacidade e dos mesmos poderes que a acusação, admitindo-se o contraditório em todo momento e em todas as etapas do processo, em face de qualquer ato probatório. Essa função verifica-se no processo, mas vai além e alcança o conteúdo da decisão e os efeitos dela irradiantes às demais partes, em idêntica situação fática e jurídica (Giacomolli, 2015, p. 407).

Deve-se, nesse sentido, “limitar ao máximo o inevitável desequilíbrio de poderes e de prerrogativas a favor do acusador público, garantindo ao acusado direitos que não tornem irrecuperável a desvantagem no momento da formação da prova” (Giostra, 2021, p. 77).

A *disclosure*, nesse contexto, se mostra como uma alternativa para a *par conditio*, a ser estabelecida pela Lei e capaz de reduzir os níveis de arbitrariedade já constantemente desequilibrados no processo penal.

3.3 Conclusão (parcial) sobre a *disclosure* no direito brasileiro

As possibilidades que a legislação brasileira garante à defesa de acessar elementos de informação e provas produzidas no âmbito de investigações e processos criminais são singelas e não se confundem com a regra da *disclosure*.

Apesar disso, a *disclosure* teria espaço o ordenamento jurídico, ainda que diante de múltiplos desafios. Seus obstáculos, principalmente aqueles de matriz autoritária e cultural, são próximos daqueles enfrentados pelos países da tradição *common law* e descritos no item 2.

Já os fundamentos teóricos que a sustentam são a garantia do contraditório, compreendida na perspectiva dinâmica (como influência e não surpresa) de um espaço processual compartilhado, e a noção da *par conditio*, concentrada na possibilidade de diminuir a assimetria das partes, natural ao processo penal.

Como reforço da importância que a regra de *disclosure* tem para a processualidade penal, aderente à constitucionalidade e à convencionalidade, o tópico seguinte analisa a relevância do compartilhamento – por parte da acusação – de todos os elementos de informação e provas digitais que tenham ou possam ter potencial exculpatório ou de mitigação da responsabilidade penal da pessoa acusada.

4. RELEVÂNCIA DA *DISCLOSURE* À PROVA DIGITAL

Significativa parcela das evidências capazes de relacionar pessoas a fatos penais consistem em elementos probatórios digitais, armazenados em mídias como *smartphones*, *smartwatches*, *pendrives* e *notebooks*.

O crescente protagonismo dessas evidências eletrônicas, permeado pela interdisciplinaridade própria ao tema, suscita “problemas relacionados a tutelas constitucionais clássicas – privacidade, proteção das comunicações e devido processo legal” (Prado, 2024, p.

48) e impacta, de forma direta, todos os atos que integram o procedimento de gestão da prova penal.

Em razão disso, os métodos de obtenção (*discovery*) da prova digital e a higidez de sua cadeia de custódia (*chain of custody*) têm sido objeto de análises acadêmicas (no Brasil, ver: Prado, 2021; Mendes, 2024; Parodi, 2024; Lopes, 2025) da criação de procedimentos operacionais padronizados¹⁵ e da elaboração de propostas normativas¹⁶.

O tema da *disclosure*, compreendido como o acesso - por parte da defesa - à íntegra de elementos de informação e provas digitais colhidas durante a fase de investigação e utilizadas ou não pelo órgão acusatório no decorrer do processo judicial, porém, não costuma ser problematizado.

Essa lacuna somente passou a ser percebida e enfrentada no âmbito do processo penal a partir de casos específicos. Na Inglaterra – país que adota regras de *disclosure* (conforme elaborado no item 2.2), por exemplo, o tema passou a ser discutido em 2017 após a ampla repercussão dada pela imprensa ao caso *Liam Allan*¹⁷ (Johnston; Smith, 2021), preso por dois anos em decorrência do descumprimento da *disclosure* de provas digitais. Allan, um estudante universitário, foi acusado em 2015 de ter praticado, por doze vezes, o crime de estupro contra uma mesma vítima.

Por diversas vezes, a defesa solicitou, com base nas regras de *disclosure* estabelecidas pela Lei de Processo Penal e Investigações do país, o acesso aos documentos relacionados à quebra de sigilo telemático da vítima. De acordo com a Polícia, entre as mais de 57.000 mensagens localizadas no celular da jovem, nenhuma informação era relevante para a acusação ou para a defesa.

Em juízo, durante a fase de instrução iniciada em 2017, a defesa insistiu em acessar o material, com o objetivo de poder analisá-lo e tirar suas próprias conclusões sobre sua relevância ou não para o caso.

Com a garantia de acesso às provas digitais pela defesa, revelaram-se circunstâncias que culminaram na imediata retirada de todas as acusações: nas mensagens, a suposta vítima

¹⁵ É o caso dos Procedimentos Operacionais Padrão estabelecidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública para perícias de informática forense <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/pop/pop-pericia-criminal-2024-informatica-forense-vol-5-pdf.pdf/view>. Acesso em: 22 jul. 2025.

¹⁶ A título de exemplo, menciona-se a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de reunir especialistas no tema para subsidiarem a elaboração de uma proposta normativa sobre a cadeia de custódia de vestígios digitais em investigações e processos criminais. Nesse sentido: <https://www.cnj.jus.br/agendas/seminario-sobre-provas-digitais/>. Acesso em: 22 jul. 2025.

¹⁷ Um resumo sobre os fatos está disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-england-42873618>. Acesso em: 22 jul. 2025.

manifestava seu interesse por manter relações sexuais casuais com Allan e compartilhava com ele algumas fantasias sexuais que envolviam a simulação de estupro. Em outras conversas, a jovem comentava com terceira pessoa que Allan sempre a tratou muito bem e que as acusações que havia feito em seu desfavor eram falsas.

Nos Estados Unidos, outro país que adota a *disclosure* (conforme elaborado no item 2.1), as discussões envolvendo o compartilhamento com a defesa de elementos de informação e provas digitais colhidos pela acusação têm se concentrado na natureza técnica dessas evidências.

O volume de dados que costumam ser extraídos de dispositivos eletrônicos gerou controvérsias nas Cortes daquele país sobre a forma como eventuais informações exculpatórias ou com contexto favorável à mitigação da responsabilidade poderiam ser encontrados pela defesa.

Alguns julgados proferidos por Cortes Estaduais (Turner, 2019, p. 257) sugerem que a acusação deve disponibilizar à defesa arquivos em formatos pesquisáveis e sem uma sobrecarga por volume inútil de dados (por exemplo, no caso *United States v. Quinones*). Outros, minoritários, vão além e impõe à acusação o dever de localizar, entre todos os elementos de informação ou provas digitais obtidas, aqueles que têm o potencial exculpatório ou de diminuição da responsabilidade da pessoa acusada (por exemplo, no caso *United States v. Blankenship*).

De fato, a *disclosure* da prova digital é relevante porque telefones e outros dispositivos eletrônicos são verdadeiros repositórios de informações sobre as pessoas usuárias que neles depositam seus cotidianos, hábitos, gostos, desejos, paixões e ódios. Essa *disclosure*, todavia, precisa considerar as particularidades de tal modalidade probatória, que enfrenta desafios próprios – alguns, inclusive, de ordem técnica e que dependem do suporte, ao Direito, de áreas diversas do conhecimento.

4.1 Particularidades da prova digital que influenciam na *disclosure*

As evidências digitais são dotadas de características específicas que acabam por demandar uma disciplina jurídica própria (Saad; Rossi; Partata, 2024).

A primeira dessas características está relacionada à sua natureza. Na definição de Burkhard Schafer e Stephen Mason (2017, p. 19), são elementos de informação ou provas digitais quaisquer dados – sejam eles originalmente digitais ou analógicos – que possam ser

manipulados, armazenados ou comunicados por qualquer dispositivo fabricado, computador ou sistema de computador ou transmitidos por um sistema de comunicação.

Esses dados, por sua vez, são intangíveis e compostos, exclusivamente, por *bits* - dígitos binários (sequências dos números 0 e 1). Tal circunstância atribui a essas evidências um caráter de volatilidade e maleabilidade (Mason; Sheldon; Dries, 2017, p. 331), de modo que se tornam facilmente dispersas, podendo ser perdidas; corruptíveis, o que significa que podem ser modificadas de forma anônima ou involuntária; e reproduzíveis, sem qualquer limite sobre o número de cópias que podem ser potencialmente feitas a partir deles (Brighi; Ferrazzano, 2021, p. 14).

Por natureza, portanto, elementos de informação e provas digitais exigem maiores cautelas nos momentos de sua obtenção (*discovery*) e gestão (*chain of custody*). A obtenção, em regra, é feita pela apreensão dos suportes físicos que abrigam as evidências digitais (tais como *smartphones*, *pendrives* ou *notebooks*), sucedida da cópia (espelhamento) de seu conteúdo, ou pelo acesso remoto aos servidores as armazenam (Saad; Rossi; Partata, 2024, p. 16), com a posterior cópia (espelhamento) dos dados.

Já a cadeia de custódia é regida pelos termos do artigo 158-A e seguintes do Código de Processo Penal, os quais envolvem a manutenção e a documentação da história cronológica dos vestígios (físicos ou digitais) e permitem o rastreamento de sua posse e manuseio desde a coleta até o descarte. Mas não são apenas as fases da *discovery* e da *chain of custody* que sofrem com a influência da natureza das provas digitais, que também repercute sobre a *disclosure*.

Concretamente, a *disclosure* desses elementos e provas digitais somente é realizada sobre cópias (espelhamentos), sejam aquelas realizadas em relação à apreensão dos suportes físicos, sejam aquela relacionada ao acesso remoto. A defesa, em última instância, nunca tem acesso aos materiais originais.

Ao comentar essa particularidade da prova digital, Lorenzo Parodi (2024, p. 51) ressalta que o procedimento de cópias (espelhamento) pode ser realizado em duas modalidades: a cópia em sentido estrito ou a imagem. Enquanto na cópia em sentido estrito uma mídia física é copiada para outra mídia física similar, que passará a ter o exato e idêntico conteúdo da original (com o mesmo código *hash*¹⁸, inclusive); na imagem, o conteúdo integral de uma mídia é

¹⁸ “O *hash* é uma função que atende às demandas criptografadas necessárias para resolver uma computação blockchain. Os *hashes* têm um comprimento fixo, pois torna quase impossível adivinhar o comprimento do *hash* se alguém estiver tentando quebrar a blockchain. Os mesmos dados sempre produzirão o mesmo valor de *hash*. Uma função *hash* é um algoritmo matemático que pode usar qualquer tipo de entrada, como uma *string*, um arquivo de texto, ou um arquivo de imagem, e traduzi-lo para uma *string* de saída de tamanho fixo chamado *hash*. É uma função unidirecional, o que significa que a única maneira de recriar os dados de entrada originais (mensagem) do

transferido para um arquivo (ou um conjunto de arquivos) em formatos específicos que possibilitam a análise e as pesquisas.

O autor (Parodi, 2024, p. 52) dispõe que, em ambos os casos – de cópia em sentido estrito ou imagem – é fundamental que sejam adotadas ferramentas (*softwares* ou *hardwares*¹⁹), como os bloqueadores de escrita ou duplicadores forenses, capazes de impedir ou mitigar o risco de alterações (escritas) no conteúdo original. Essa cautela é necessária porque a capacidade de alterar ou atualizar arquivos é praticamente orgânica e decorre, muitas vezes, dos próprios sistemas operacionais, como o *Windows*.

Além da natureza das evidências eletrônicas, outra particularidade é a vasta quantidade e espécie de informações envolvidas: e-mails, mensagens de texto, conversas em aplicativos, fotografias, áudios, arquivos de texto, planilhas. Em cada um desses arquivos, além de seu conteúdo primário - em um arquivo de foto, a imagem; em um arquivo de áudio, o som; em um arquivo de texto, as palavras – estão inseridos outros dados que podem ter relevância para o processo penal, tais como atributos e metadados (Parodi, 2024, p. 42).

Os atributos consistem em informações sobre os arquivos - nome, tamanho, proprietário, direitos de acesso e datas de criação ou modificação. Por outro lado, os metadados são “blocos de informações estruturadas presentes em diversos tipos de arquivo e normalmente embutidos em sua estrutura interna” (Parodi, 2024, p. 43) – datas efetivas da criação de última modificação do arquivo, registros da origem do arquivo (equipamento ou *software* utilizado para gerá-lo), identificação da pessoa que o criou etc.

Tanto os metadados, quanto os atributos também podem sofrer alterações – situação de diminui seu potencial de confiabilidade -, mas são relevantes na medida em que contribuem para a detecção dos rastros deixados por eventuais alterações. Isto porque, como explica Parodi (2024, p. 46), “uma vez realizada uma apreensão (ou obtenção de arquivos de outra forma) e estando sob custódia, não deveria – em tese – ser mais possível a ocorrência de qualquer tipo de edição ou alteração” dos atributos e dos metadados.

Na *disclosure*, essa particularidade se projeta sobre os limites técnicos de defensores e defensoras. Para se extrair qualquer potencial exculpatório ou de mitigação da pena de um elemento de informação ou de uma prova digital, é necessário avaliar uma quantidade praticamente infinita de dados.

hash é tentar todas as variações possíveis para ver se elas produzem uma correspondência. O que só é possível utilizando-se os dados originais (Pastore; Fonseca, 2022, p. 105).

¹⁹ Segundo Irv Englander (2014, p. 2), o *software* consiste no sistema e nos programas de aplicativos que definem as instruções que são executadas pelo *hardware*, cuja função é determinar o trabalho a ser realizado e controlar a operação do sistema.

Da mesma forma, é preciso o acesso a uma série de ferramentas técnicas que dependem da aquisição de licenças para operação, cujo custo é extremamente alto. Algumas dessas ferramentas – talvez as mais conhecidas no Brasil – são aquelas desenvolvidas pela empresa israelense *Cellebrite*.

O discurso empresarial da *Cellebrite*, na compreensão de David Leal e Yuri Felix (2020, p. 14), se alinha às fórmulas econômicas efficientistas, regidas pela redução de custos e economia de tempo. Diante de uma quantidade e variedade cada vez maior de dispositivos digitais, a empresa oferece às agências de segurança pública soluções avançadas para a extração e análise das informações contidas nesses aparelhos: “Se os celulares registram todos os hábitos do usuário, cabe ao investigador se servir desse banquete de dados e, ao aprimorar sua performance pelo uso [dessas ferramentas] oferece respostas rápidas sobre o caso” (Leal; Felix, 2020, p. 14).

De acordo com o *website* oficial da empresa²⁰, um de seus produtos – o *UFED* – é capaz de contornar bloqueios, realizar desbloqueios avançados, realizar extrações lógicas/completas do sistema de arquivos/físicos, realizar extração seletiva de dados de aplicativos e tokens de nuvem, entre outras atividades. De acordo com a *Cellebrite*, existem mais de 60.000 licenças do *UFED* em operação ao redor de 150 países.

Uma noção de custo pode ser obtida em consulta aos arquivos da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). Em proposta direcionada à Secretaria²¹, a empresa Techbiz Forense Digital Ltda., especializada na distribuição de soluções tecnológicas para as forças de segurança pública²², propõe a aquisição de 27 unidades – uma para cada Estado da Federação e Distrito Federal – das ferramentas abaixo, com um custo total de R\$ 64.908.955,80:

Solução para desbloqueio, extração avançada com capacidade de enriquecimento de dados de nuvem, geração e compartilhamento de relatórios – com suporte técnico e atualização tecnológica por 12 (doze) meses
Marca: Cellebrite - Modelo: Inseyets Collaborate Volume License Pack - Part Number: B- CNR-05-BRA

Hardware acessório para solução de desbloqueio, extração avançada com capacidade de enriquecimento de dados de nuvem, geração e compartilhamento de relatórios – Com suporte técnico e atualização tecnológico por 12 (doze) meses.
Marca: Cellebrite - Modelo: Inseyets Kit - Part Number: F-KAS-05-000

Renovação de Licença - Solução para desbloqueio, extração avançada com capacidade de enriquecimento de dados de nuvem, geração e compartilhamento de

²⁰ Disponível em: <https://cellebrite.com/en/ufed/>. Acesso em: 24 jul. 2025.

²¹ Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratosv1/licitacoes-e-contratos-senasp/cglic/contratos_senasp/contratos/copy_of_2024/copy88_of_contrato-no-01-2024/proposta-comercial.pdf. Acesso em: 24 jul. 2025.

²² Informações disponíveis em: <https://www.techbiz.com.br/>. Acesso em: 24 jul. 2025.

relatórios – com suporte técnico e atualização tecnológica por 12 (doze) meses.
Marca: Cellebrite - Modelo: Inseyets Collaborate Volume License Park - Part number:
B- CNR-05-BRA

Esses números revelam que a *disclosure* da prova digital, definitivamente, não é acessível para as defesas de expressiva maioria das pessoas acusadas. Ainda que profissionais da tecnologia possam adquirir essas ferramentas e oferecer seus serviços como assistentes técnicos, na forma prevista pelo artigo 159, 3º do Código de Processo Penal, o custo da contratação ainda precisaria ser arcado pela pessoa acusada – afinal, não existe previsão para a nomeação de peritos para auxiliar a defesa às custas do Estado.

Com uma justiça penal notadamente concentrada em réus e rés hipossuficientes (por todos: Zaffaroni, 2014), a contratação de assistentes técnicos *experts* para a análise de evidências eletrônicas não faz parte da realidade forense brasileira.

Sendo assim, mesmo que a defesa recebesse todos os elementos de informação e provas digitais coletados durante as investigações, buscar evidências exculpatórias ou mitigatórias em meio a uma infinidade de dados e sem apoio das ferramentas técnicas adequadas é missão impossível – ou, no ditado popular, é como “procurar agulha no palheiro”.

É por isso que, no atual estágio – sem regras de *disclosure* definidas e em meio às particularidades técnicas da prova digital – a defesa se coloca em posição de dependência absoluta dos trabalhos desenvolvidos durante a investigação e o processo pela Polícia e pelo Ministério Público.

4.2 O problema da *disclosure* para a prova digital: dependência das defesas em relação aos materiais produzidos pela Polícia e Ministério Público

Hoje, o exercício da defesa em processos que envolvem evidências digitais está sujeito aos materiais que são compartilhadas pela Polícia e pelo Ministério Público.

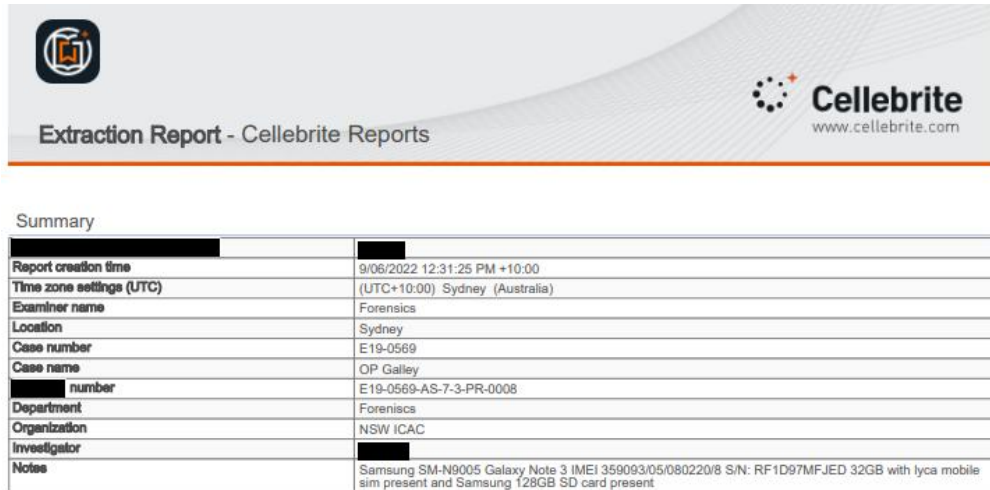
Além de não terem o dever de possibilitar à defesa o acesso à íntegra do conteúdo que foi objeto de *discovery* em aparelhos e dispositivos eletrônicos (conforme debatido no item 3 deste artigo), esses órgãos incluem nos autos de inquéritos policiais e ações penais tão-somente: (a) os Relatórios de Extração e (b) as análises realizadas por seus profissionais sobre alguns dos dados coletados.

Os Relatórios de Extração (*Extraction Reports*) contêm informações relacionadas ao procedimento técnico promovido pela ferramenta forense adotada. No caso da *UFED*,

desenvolvida pela *Cellebrite*, o relatório é dividido em alguns itens: Sumário, Fonte de Extração, Conteúdos Extraídos e Dados dos Arquivos.

No Sumário (*Summary*), o relatório especifica questões como a sua data de criação, o horário local, nome da pessoa responsável, localização, número do processo, departamento, e órgão responsável. Veja-se um exemplo:

Figura 1 – Item “Sumário” (*Summary*) no Relatório de Extração:



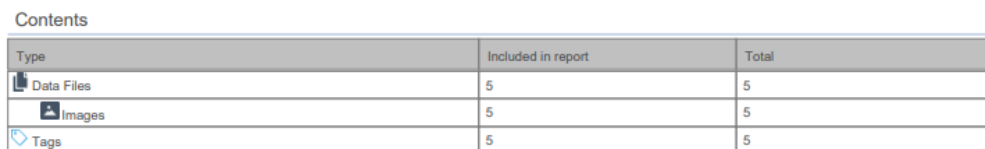
Summary	
Report creation time	9/06/2022 12:31:25 PM +10:00
Time zone settings (UTC)	(UTC+10:00) Sydney (Australia)
Examiner name	Forensics
Location	Sydney
Case number	E19-0569
Case name	OP Galley
number	E19-0569-AS-7-3-PR-0008
Department	Forensics
Organization	NSW ICAC
Investigator	
Notes	Samsung SM-N9005 Galaxy Note 3 IMEI 359093/05/080220/8 S/N: RF1D97MFJED 32GB with lycra mobile sim present and Samsung 128GB SD card present

Fonte: NSW Independent Commission Against Corruption²³

No item Fonte de Extração (*Source Extraction*), o relatório apresenta os dados do objeto da extração (por exemplo, um aparelho celular) como marca, modelo, sistema operacional, integridade da fonte e tipo de conexão.

Na seção dedicada aos Conteúdos extraídos (*Contents*), o relatório especifica a quantidade e o tipo de arquivos extraídos, conforme Figura abaixo:

Figura 2 – Item “Conteúdos Extraídos” (*Contents*) no Relatório de Extração:



Type	Included in report	Total
Data Files	5	5
Images	5	5
Tags	5	5

Fonte: NSW Independent Commission Against Corruption

Por fim, no último item do relatório, são descritos os Dados dos Arquivos (*Data Files*) extraídos. Na Figura a seguir, os arquivos correspondiam a imagens, motivo pelo qual são detalhados dados como o tamanho, a data de criação, a resolução e a orientação:

²³

O relatório está disponível em: <https://www.icac.nsw.gov.au/ArticleDocuments/1026/Exhibit%200320.pdf.aspx>. Acesso em: 25 jul. 2025.

Figura 3 – Item “Dados do Arquivo” (*Data Files*) no Relatório de Extração:

Data Files (5)						
Images (5)						
#	File Info	Additional file info		Thumbnail	Deleted	*
1	Name: sns_tmpt_11948070911428141192 Path: Image18 (ExtX)/Root/media/0/tencent/MicroMsg/046e85de777abaa82ddb61d1aeef2831/sns/tb/sns_tmpt_11948070911428141192 MD5: 64772ff4c45ab66d12865ba5539edc7	Size (bytes): 50568 Created: 19/02/2015 4:38:13 PM(UTC+11) Modified: 19/02/2015 4:38:13 PM(UTC+11) Accessed: 19/02/2015 4:38:13 PM(UTC+11) Source Extraction: Physical (1) Meta Data: Pixel resolution: 506x800 Orientation: Horizontal (normal)				
2	Name: snsst_11948070911428141192 Path: Image18 (ExtX)/Root/media/0/tencent/MicroMsg/046e85de777abaa82ddb61d1aeef2831/sns/tb/snst_11948070911428141192 MD5: 62b6fb68b12fe8b3e35fe3fd2677b0	Size (bytes): 44386 Created: 19/02/2015 4:38:13 PM(UTC+11) Modified: 19/02/2015 4:38:13 PM(UTC+11) Accessed: 19/02/2015 4:38:13 PM(UTC+11) Source Extraction: Physical (1)				
3	Name: th_919a9d14837d882b62022767f88f725.jpg Path: Image18 (ExtX)/Root/media/0/tencent/MicroMsg/046e85de777abaa82ddb61d1aeef2831/image2/919a/th_919a9d14837d882b62022767f88f725 MD5: 3fba7a384c7e60c905260c2d01296314	Size (bytes): 5198 Created: 19/02/2015 5:00:10 PM(UTC+11) Modified: 19/02/2015 5:00:10 PM(UTC+11) Accessed: 19/02/2015 5:00:10 PM(UTC+11) Source Extraction: Physical (1)				
4	Name: 919a9d14837d882b62022767f88f725.jpg Path: Image18 (ExtX)/Root/media/0/tencent/MicroMsg/046e85de777abaa82ddb61d1aeef2831/image2/919a/919a9d14837d882b62022767f88f725.jpg MD5: 24dd864cac681f5c72a637d481a3a21a	Size (bytes): 65302 Created: 19/02/2015 5:00:10 PM(UTC+11) Modified: 19/02/2015 5:00:10 PM(UTC+11) Accessed: 19/02/2015 5:00:10 PM(UTC+11) Source Extraction: Physical (1)				
5	Name: th_919a9d14837d882b62022767f88f725hd Path: Image18 (ExtX)/Root/media/0/tencent/MicroMsg/046e85de777abaa82ddb61d1aeef2831/image2/919a/th_919a9d14837d882b62022767f88f725hd MD5: 521544b43301a821e621ef89b2d2bc5b	Size (bytes): 29611 Created: 19/02/2015 5:00:11 PM(UTC+11) Modified: 19/02/2015 5:00:11 PM(UTC+11) Accessed: 19/02/2015 5:00:11 PM(UTC+11) Source Extraction: Physical (1)				

Fonte: NSW Independent Commission Against Corruption

As informações constantes do Relatório de Extração, portanto, são bastante limitadas. Além disso, são submetidas a filtros e seleções por parte dos seus operadores, cujos critérios não são revelados pelo documento.

No caso retratado nas Figuras 1, 2 e 3, o fato de somente terem sido extraídas do dispositivo eletrônico (telefone celular) cinco arquivos de imagem não significa que esses eram os únicos dados disponíveis no dispositivo. Pelo contrário, significa apenas que essas cinco imagens foram os únicos elementos considerados relevantes pela pessoa que procedeu à extração.

Ainda, com base exclusivamente no Relatório, é impossível conhecer os critérios adotados pela pessoa que operou a ferramenta para filtrar e selecionar os arquivos extraídos. No exemplo ilustrado pelas Figuras 1, 2 e 3, essas imagens podem ter sido o único objeto de interesse para a investigação por vários motivos – como a natureza do crime apurado, o objeto material do delito etc. – que são desconhecidos por quem acessa o relatório.

Válido esclarecer que esse obstáculo na identificação dos critérios não é suprido pela disponibilização, em conjunto com o Relatório, do *software* de extração na versão de leitura (*reader*). O referido *software*, que costuma ser disponibilizado pelas autoridades às defesas que

solicitam acesso às provas digitais, limita o acesso de seus usuários e usuárias aos dados que foram previamente selecionados - conforme informa o próprio *website* da *Cellebrite*²⁴.

No campo da *disclosure*, a importância de se conhecer os critérios para filtros e seleções de informações adotados por quem opera as ferramentas tecnológicas de extração de provas digitais já foi reconhecida, por exemplo, na Alemanha. Naquele país, segundo Sabine Whal (2021, p. 71), a *disclosure* das provas digitais compreende o direito da defesa de acessar todos os documentos e registros de natureza técnica, o que inclui dados computacionais, arquivos de dados criados durante as fases de investigação e impressões de dados em formato digital. Além disso, se as autoridades responsáveis pela investigação filtraram e selecionaram os dados, o direito de acesso abrange os critérios sobre os quais o relatório foi baseado.

Se os Relatórios de Extração apresentam informações filtradas e selecionadas, as análises realizadas pelas pessoas encarregadas da investigação sobre alguns dos dados coletados constituem elemento com a confiabilidade ainda mais reduzida.

Essas análises nada mais são que a interpretação – em regra, de agentes da Polícia ou do Ministério Público – sobre as provas digitais coletadas pela extração de dados de dispositivos apreendidos. Tal interpretação, pessoal e subjetiva, costuma ser amparada, de acordo com Parodi (2024, p. 73) pelo argumento da “fé pública”: afinal, por qual motivo uma pessoa investida em cargo público, cujos atos praticados são presumidamente legítimos e verdadeiros, teria sua análise sobre provas digitais contestada?

Esse argumento, quando seguido com tamanho fideísmo e cegueira seletiva (Parodi, 2024, p. 75) ignora a possibilidade de que as análises realizadas pelos agentes públicos sejam influenciadas por fatores como negligência, erros e vieses de confirmação – estes, definidos por Yaroshefsky (2013) como principais obstáculos à regra da *disclosure*, conforme visto no item 2.1 deste trabalho.

Além disso, o argumento da “fé pública” ignora o fato de que, no Brasil, a extração de dados e sua posterior análise pode ser realizada por qualquer agente público, independentemente de ter ou não recebido formação específica em tecnologia ou treinamento especializado para a utilização de ferramentas forenses (Dalmagro; Gloeckner, 2025)²⁵.

Finalmente, a “fé pública” corresponde a um argumento cuja fiscalidade é diminuída. Em especial, pela impossibilidade de a defesa submetê-lo ao contraditório, porquanto subordinada ao conteúdo produzido oficialmente.

²⁴ Informações disponíveis em: <https://cellebrite.com/pt/cellebrite-reader-pt/>. Acesso em: 25 jul. 2025.

²⁵ Os autores fazem referência ao seguinte julgado: AgRg no RHC nº 195.921/MG, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 27-5-2024, *DJe* de 3-6-2024.

Nesse aspecto, o risco é de que as análises realizadas por agentes públicos sobre alguns dos dados coletados a partir de dispositivos eletrônicos se converta em prova científica. Como adverte Elena Catalano (2017, p. 148), essa prova científica expropria da prova oral em julgamento o papel de prova soberana e marca a afirmação da prova *lato sensu* documental, de formação extrajudicial, como a nova “rainha das provas”.

4.3 Conclusão (parcial) sobre a relevância da *disclosure* para as provas digitais

As dificuldades para lidar com a prova digital, decorrentes de sua natureza e da vastidão de dados envolvidos, não obstaculizam as atividades do Estado de investigação e processamento de crimes, que seguem cada vez mais sofisticadas e com suporte tecnológico da melhor qualidade. A recíproca para a defesa, porém, não é verdadeira.

Sem ter os meios adequados (técnicos) para buscar, por si, evidências que possam absolver ou mitigar a responsabilidade da pessoa acusada ou para contraditar os documentos gerados, não é possível desenvolver uma atividade defensiva satisfatória.

Enquanto a defesa estiver submetida às informações que são descobertas (*discovery*), custodiadas (*chain of custody*), extraídas e analisadas pelas agências de investigação – Polícias e Ministério Público, não haverá que se falar em *disclosure* para a prova digital.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou explicar a importância da regra da *disclosure* ao exercício da defesa. Para tanto, cuidou de conceituar a *disclosure* e de explicar suas origens do direito anglo-saxão, sem deixar de lado as fragilidades enfrentadas pelos países da tradição *common law* para a sua verdadeira aplicação.

Igualmente, preocupou-se em explicar os motivos pelos quais não se pode dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem regras de *disclosure* vigentes, apesar de encontrarem uma fundamentação concreta e teórica a partir da Constituição da República de 1988 e do Estatuto de Roma.

Por fim, em uma proposta de estudo verticalizado, dedicou-se a aprofundar a relevância da *disclosure* em relação a uma modalidade probatória específica: as evidências eletrônicas. Em razão de suas particularidades, as provas digitais demandam uma disciplina jurídica própria, situação que repercute, imediatamente, sobre as possibilidades de *disclosure*.

Espera-se, a partir desta pesquisa, contribuir com os debates acadêmicos sobre os temas da prova e das evidências digitais, com enfoque nos direitos da defesa e nas possibilidades de atuação na busca de elementos exculpatórios ou capazes de mitigar a responsabilidade criminal da pessoa acusada.

Por suas limitações, o trabalho não esgota o tema, sendo necessários maiores aprofundamentos sobre a viabilização da *disclosure* no Brasil, inclusive com estímulos de *lege ferenda*, bem como sobre métodos que possam proporcionar o exercício de defesa técnica em favor de pessoas hipossuficientes nos assuntos que envolvem tecnologia.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: POSTIGO, Leonel González (Dir.); BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

BIBAS, Stephanos. The Story of Brady v. Maryland: From Adversarial Gamesmanship Toward The Search for Innocence?. **Penn Carey Law**, v. 77, jul. 2005.

BRIGHI, Raffaella; FERRAZZANO, Michele. Digital forensics: best practices and perspective. In: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Edts.). **Digital forensic evidence: towards common European standards in antrifraud administrative and criminal investigations**. Milão: CEDAM, 2021.

BURKE, Alafair S. Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science. **William & Mary Law Review**, v. 47, 2006.

CATALANO, Elena Maria. Il metodo del controesame sul letto di procuste: le insidie e le sfide della prova scientifica. In: NEGRI, Daniele; ORLANDI, Renzo. **Le erosioni silenziose del contraddittorio**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

CATALANO, Elena Maria; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Trad.); DALMAGRO JUNIOR, João Carlos (Trad.). Jurisprudência criativa no processo penal italiano e na *common law*: *abnormalità, inexistência e plain error rule*. **Revista de Estudos Criminais**, n. 96, 2025.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Uma breve síntese histórica-filosófica-jurídica-processual sobre os sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 185, n. 185, 2024.

DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997.

DYBDAHL, Thomas L. **When innocence is not enough: Hidden evidence and the failed promise of the Brady Rule**. Nova Iorque: The New Press, 2023.

ELKS, Laurie. **Righting Miscarriages of Justice?** Ten Years of the Criminal Cases Review Commission. Londres: Justice, 2008.

ENGLANDER, Irv. **The architecture of computer hardware, systems software & networking:** an information technology approach. Hoboken: John Wiley & Sons, 2014.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale.** Padova: Cedam, 1989.

FERRUA, Paulo. Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente. In: NEGRI, Daniele; ORLANDI, Renzo. **Le erosioni silenziose del contraddittorio.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GIOSTRA, Glauco. **Primeira lição sobre a justiça penal.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal:** uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; DALMAGRO JUNIOR, João Carlos. Prova digital como prova científica: limites e perspectivas à extração de dados de dispositivos eletrônicos via Cellebrite. **ConJur**, 7 jul. 2025.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GROSS, Samuel R.; POSSLEY, Maurice J.; ROLL, Kaitlin Jackson; STEPHENS, Klara Huber. Government misconduct and convicting the innocent: the role of prosecutors, police and other law enforcement. Report. National Registry of Exonerations, 1 set. 2020. Disponível em: https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Government_Misconduct.pdf. Acesso em: 15 jul. 2025.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber.** Rio de Janeiro: Imago, 1976.

JOHNSTON, Ed. The rise of managerialism: the impact of swift and (un)sure justice on disclosure in criminal proceedings. In: JOHNSTON, Ed; SMITH, Tom (Eds.). **The law of disclosure:** a perennial problem in criminal justice. Londres: Routledge, 2021.

LEAL, David; FELIX, Yuri. O mercado de dados: o caso Cellebrite e a investigação digital no Brasil. **Boletim IBCCRIM**, v. 28, n. 328, p. 13-15, 2020.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, n. 1, 2016.

MASON, Stephen; SHELDON, Andrew; DRIES, Hein. Proof: the technical collection and examination of electronic evidence. *In*: MASON, Stephen; SENG, Daniel (ed.). **Electronic Evidence**. 4. ed. London: Institute of Advanced Legal Studies, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. **Prova penal digital**: direito à não autoincriminação e contraditório na extração de dados armazenados em dispositivos informáticos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação das decisões: comentários à Lei nº 11.187, de 19/10/2005, que alterou a sistemática do recurso de agravo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

PARODI, Lorenzo. **Perícia defensiva em provas digitais no Processo Penal**: Origem, Custódia, Integralidade e Integridade. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PASTORE, Alexandro Mariano; FONSECA, Manoel Augusto Cardoso da. Cadeia de Custódia de Provas Digitais nos Processos do Direito Administrativo Sancionador com a adoção da tecnologia Blockchain. **Cadernos Técnicos da CGU**, Brasília, v. 3, p. 97-109, nov. 2022.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milão: Giuffrè, 2006.

PIMENTA, Marcus Vinícius. Busca e apreensão de elementos digitais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2025.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

PRADO, Geraldo. Investigação criminal digital e processo penal. *In*: ABELLÁN, Marina Gascón; MATIDA, Janaina (Coords.). **Melhorar a prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

QUIRK, Hannah. Uncovering disclosure errors: appeals, innocence projects and the Criminal Cases Review Commission. *In*: JOHNSTON, Ed; SMITH, Tom (Eds.). **The law of disclosure**: a perennial problem in criminal justice. Londres: Routledge, 2021.

SAAD, Marta; ROSSI, Helena Costa; PARTATA, Pedro Henrique. A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 10, n. 3, 2024.

SCHAFER, Burkhard; MASON, Stephen. The characteristics of electronic evidence. *In*: MASON, Stephen; SENG, Daniel (ed.). **Electronic Evidence**. 4th ed. London: University of London Press, Institute of Advanced Legal Studies, 2017.

SMITH, Tom. Changing culture? Thinking differently about police and prosecution disclosure. *In*: JOHNSTON, Ed; SMITH, Tom (Eds.). **The law of disclosure: a perennial problem in criminal justice**. Londres: Routledge, 2021.

TUNER, Jenia I. Managing Digital Discovery in Criminal Cases. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 109, n. 2, maio de 2019.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

WHAL, Sabine Gless-Thomas. The handling of digital evidence in Germany. *In*: CAIANIELLO, Michele; CAMON, Alberto (Eds.). **Digital forensic evidence: towards common European standards in antrifraud administrative and criminal investigations**. Milão: CEDAM, 2021.

YAROSHEVSKY, Ellen. Prosecutorial Disclosure Obligations. **Hastings Law Journal**, v. 62, n. 5, maio de 2011.

YAROSHEFSKY, Ellen. Why Do Brady Violations Happen? Cognitive Bias and Beyond. **Hofstra Law Faculty Scholarship**, maio de 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

DA ESPIRAL DO SILÊNCIO À BARBÁRIE DIGITAL: OS DESAFIOS JURÍDICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE À IMUNIDADE DAS PLATAFORMAS E À INTERMEDIÇÃO PRIVADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

FROM THE SPIRAL OF SILENCE TO DIGITAL BARBARISM: THE LEGAL CHALLENGES OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FACE OF PLATFORM IMMUNITY AND PRIVATE INTERMEDIATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL

Luziane de Figueiredo Simão Leal¹
Brychtn Ribeiro de Vasconcelos²

Resumo:

Este artigo analisa os desafios contemporâneos à liberdade de expressão na era digital, a partir da teoria da espiral do silêncio de Elisabeth Noelle-Neumann e da crescente intermediação privada exercida pelas plataformas digitais. Observa-se comportamentos diferentes nos ambientes on-line e off-line. Neste, normalmente as pessoas tendem a não manifestar opiniões minoritárias e dissidentes, o que restringe o debate acerca de inúmeros temas, sobretudo, os político-partidários; já o ambiente digital está impregnado de opiniões cujo teor desrespeita os pares, instituições e a própria legislação. Aparentemente, emerge uma coragem artificial, onde muitos dizem o que jamais diriam no mundo real, sem receio de penalização, o que também limita um debate público mais robusto sobre necessidades universais. Essa desconexão entre os comportamentos, impulsionada, no ambiente digital, por algoritmos e práticas nada transparentes de moderação de conteúdo, fragiliza a manifestação autêntica do pensamento e revela uma distorção do exercício do direito fundamental de expressão. A análise inclui o debate constitucional sobre o artigo 19 do Marco Civil da Internet e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente diante da tensão entre imunidade das plataformas e proteção de direitos fundamentais. Conclui-se pela necessidade de uma regulação que preserve a liberdade de expressão com transparência, e imponha os limites legais à atuação privada na esfera pública digital, oportunizando que cidadãos usufruam dos avanços tecnológicos sem serem tolhidos por moderações automatizadas sem o devido processo legal.

Palavras-chave:

Manifestação do pensamento; plataformas digitais; moderação de conteúdo; Marco Civil da Internet; STF.

Abstract:

This article analyzes the contemporary challenges to freedom of expression in the digital age, based on Elisabeth Noelle-Neumann's spiral of silence theory and the growing private intermediation exercised by digital platforms. Distinct behaviors are observed between online and offline environments. In the latter, individuals tend not to express minority or dissenting opinions, thereby restricting debate on numerous topics—especially political and ideological ones. In contrast, the digital space is saturated with opinions that often disregard others, institutions, and legal boundaries. An artificial courage seems to emerge, where people say things they would never express in the real world, free from fear of consequences. This disparity, amplified by opaque content moderation practices and algorithmic dynamics, weakens authentic expression and distorts the exercise of the fundamental right to free

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestra em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino de Bauru e pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professora da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), lecionando graduação e especialização lato sensu, e professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental (PPGDA) da UEA. Advogada e jornalista.

² Doutor em Direito (Direito e Justiça) pela Universidade Federal de Minas Gerais e Doutor em Geografia (Políticas Públicas, Dinâmicas Produtivas e da Natureza) pela Universidade Federal da Grande Dourados. Mestre em Desenvolvimento Local (Sistemas Produtivos, Inovação, Governança) pela Universidade Católica Dom Bosco. Graduado em Geografia pela mesma universidade e em Direito pela Anhanguera-Uniderp. Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), bolsista de Produtividade Acadêmica e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da UEA.

speech. The article includes a constitutional analysis of Article 19 of the Brazilian Internet Bill of Rights (Marco Civil da Internet) and the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF), particularly in light of the tension between platform immunity and the protection of fundamental rights. The study concludes that regulation is necessary to ensure transparency in content moderation and to establish legal limits on private actors in the digital public sphere, so that citizens can benefit from technological advancements without being subjected to automated moderation without due process.

Keywords:

Freedom of expression; digital platforms; content moderation; Internet Bill of Rights; Federal Supreme Court of Brazil.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva analisar os desafios contemporâneos enfrentados pelo direito fundamental à liberdade de expressão no ambiente digital, especialmente diante da crescente intermediação exercida por plataformas tecnológicas privadas. A pesquisa parte da teoria da espiral do silêncio, formulada por Elisabeth Noelle-Neumann, e propõe uma atualização conceitual à luz do cenário digital brasileiro, em que a censura não mais se apresenta de forma estatal ou explícita, mas sim invisibilizada por algoritmos, regras privadas e ausência de *accountability* das empresas que controlam o fluxo informacional nas redes sociais.

A metodologia adotada é qualitativa e interdisciplinar, com base em revisão bibliográfica, análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), legislação vigente, contribuições doutrinárias nacionais e internacionais, e uso de elementos empíricos e filosófico-políticos que ilustram o fenômeno da repressão simbólica e da censura digital privatizada. O artigo também mobiliza recursos da análise comunicacional e da teoria democrática, dialogando com autores como Habermas, Sunstein, Ross e Hartmann.

Na seção 1, desenvolve-se uma releitura da espiral do silêncio à luz do ambiente digital, abordando a substituição da autocensura social clássica por formas contemporâneas de silenciamento promovidas por algoritmos e discursos de ódio, que resultam naquilo que o artigo denomina de barbárie digital. Destaca-se que o ambiente on-line favorece a hiperexposição, o linchamento simbólico e o cancelamento público como formas de controle social, muitas vezes em violação direta aos princípios constitucionais do devido processo legal.

Na segunda seção, a abordagem cuida de analisar a jurisprudência do STF acerca do artigo 19 do Marco Civil da Internet, focalizando nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 1.037.396/SP e 1.057.258/MG. Esses precedentes colocam em debate a responsabilidade civil das plataformas por conteúdos de terceiros e os limites da atuação privada na moderação de conteúdo. Destacam-se os votos dos ministros Toffoli, Barroso e Fux, cujas posições

demonstram o desafio da Corte em equilibrar liberdade de expressão e proteção de direitos fundamentais.

A seção 3 discute o fenômeno da intermediação privada do direito fundamental à manifestação, a partir da constatação de que as plataformas digitais exercem um poder normativo e disciplinar incompatível com as garantias constitucionais. Com base na doutrina de Ivar Hartmann, propõe-se que as plataformas estejam sujeitas a obrigações processuais básicas com transparência, supervisão judicial e canais efetivos de contestação.

Ao final, propõe-se a equiparação regulatória das plataformas digitais aos veículos tradicionais de comunicação, tendo em vista o papel ativo que exercem no debate público e as receitas milionárias que auferem com conteúdos impulsionados e patrocinados, ainda que estes violem direitos fundamentais. O texto conclui pela necessidade de regulação democrática, proporcional e transparente, que assegure a liberdade de expressão sem tolerar abusos ou omissões em nome do lucro e da suposta neutralidade tecnológica.

A obra se insere, assim, em um esforço acadêmico por delimitar os contornos da liberdade de expressão no século XXI, propondo marcos regulatórios e institucionais que resguarde os direitos fundamentais sem abrir espaço para retrocessos autoritários ou abusos privados.

2 A ESPIRAL DO SILÊNCIO NO SÉCULO XXI: ENTRE A AUTOCENSURA SOCIAL E A VIOLÊNCIA DIGITAL

A Espiral do Silêncio é uma teoria da opinião pública desenvolvida por Elisabeth Noelle-Neumann, cujo teor indica que o medo do isolamento social influencia a disposição dos indivíduos de expressar suas opiniões. Quando uma pessoa percebe que sua opinião é minoritária ou impopular, tende ao silêncio, ao passo que aqueles cuja visão é percebida como dominante tornam-se mais visíveis e expressivos. Esse mecanismo de retroalimentação é o que a autora denomina “espiral do silêncio”.

O estudo reúne evidências empíricas, fundamentos filosófico-políticos e observações históricas e culturais. O medo do isolamento surge como causa primária da autocensura, sendo ilustrado por experimentos clássicos, como os de Solomon Asch³ e reforçado por observações

³O experimento do psicólogo Solomon Asch, realizado nos anos de 1951 e 1952, por mais de cinquenta vezes nos Estados Unidos, consistia em apresentar aos indivíduos três linhas para que estes dissessem qual delas teria o comprimento mais parecido com uma quarta linha. Ocorre que o participante real era colocado em uma sala com outros supostos participantes (na verdade, cúmplices do experimento), que intencionalmente davam respostas erradas em algumas rodadas. O objetivo era verificar até que ponto o indivíduo cederia à pressão do grupo e

sobre o comportamento cotidiano. Ou seja, a pressão do grupo faz o indivíduo ocultar sua opinião, caso esta não seja majoritária.

Segundo Noelle-Neumann (2017), o medo do isolamento social exerce uma influência determinante sobre o comportamento humano, levando os indivíduos a observar o ambiente à sua volta para identificar quais opiniões estão ganhando ou perdendo força. Essa atenção seletiva ao contexto social funciona como uma forma de adaptação e sobrevivência simbólicas. As pessoas preferem ajustar-se ao que perceberem que suas opiniões são minoritárias a correr o risco de serem rejeitadas, desprezadas ou solitárias. Assim, mesmo sem recorrer a instrumentos formais de pesquisa, a sociedade é capaz de registrar, por meio do comportamento coletivo, o fortalecimento ou o enfraquecimento de determinadas opiniões.

Esse medo do isolamento afeta diretamente qualquer debate público. A dissidência, entendida assim como opiniões ou atitudes que divergem das normas ou crenças que predominam na sociedade, pode desafiar o *status quo* e promover mudanças sociais importantes na esfera pública. Para Habermas (2003), esse processo é essencial à constituição de uma opinião pública crítica e, de fato, democrática.

O autor destaca que a legitimidade nas democracias se constrói a partir de uma esfera pública na qual os cidadãos possam deliberar de forma racional, livre de coerções externas, num espaço em que possam argumentar como iguais. A dissidência cumpre, nesse cenário, uma função estruturante: ela interrompe consensos acríticos, obriga a reavaliação de fundamentos normativos e estimula a circulação de argumentos diversos. A ausência de espaço para o dissenso enfraquece a esfera pública e promove uma opinião pública manipulada ou empobrecida. Assim, proteger a manifestação dissidente — mesmo quando minoritária ou incômoda — é condição indispensável para a vitalidade do debate público, para o controle social das instituições e para o exercício pleno da cidadania deliberativa. (Habermas, 2003).

Contudo, Ross (1901), explica que a sociedade trata o dissidente como um “membro morto que se solta do corpo social”. A denominação utilizada por Ross carrega uma implicação biopolítica, qual seja: a coletividade, para preservar sua estabilidade simbólica, expurga aquilo que representa desvio ou ameaça à ordem vigente.

A exclusão simbólica do dissidente, portanto, não é apenas uma consequência do confronto de ideias, mas um ato de expulsão social, de desumanização. O medo de ser reduzido a esse

conformaria sua resposta, mesmo sabendo estar errando. Os resultados mostraram que, em cerca de 37% das vezes, os indivíduos preferiam concordar com a maioria, mesmo contra a evidência visual, revelando a força do conformismo social e a tendência ao silêncio ou à autocensura diante de uma opinião majoritária.

“membro morto” — de se tornar invisível ou alvo de desprezo — explica, em parte, por que tantos indivíduos optam por silenciar-se ou ajustar-se ao que parece dominante.

Dershowitz (2021) argumenta que a cultura do cancelamento é uma prática contemporânea que representa uma ameaça significativa à liberdade de expressão e ao devido processo legal, pilares fundamentais das democracias liberais. O autor traça paralelos entre a cultura do cancelamento e regimes autoritários do passado, como o macarthismo e o stalinismo. Ele observa que, enquanto esses regimes utilizavam o poder estatal para suprimir dissidências, a cultura do cancelamento moderna se vale do poder da opinião pública, das mídias sociais e de ações privadas para silenciar vozes discordantes.

Essa dinâmica é potencializada pela velocidade e alcance das plataformas digitais, que amplificam o impacto das campanhas de cancelamento. Além disso, Dershowitz destaca que a cultura do cancelamento frequentemente ignora os princípios do devido processo legal. Indivíduos são julgados e punidos na esfera pública sem a oportunidade de defesa ou de um julgamento justo, resultando em um "linchamento moral" que pode ter consequências devastadoras para a reputação e a vida pessoal dos envolvidos.

Nesse contexto, os “cancelados” são julgados por meio de campanhas públicas de ostracismo, sem as salvaguardas institucionais que garantem a equidade e a justiça por meio do devido processo legal. No ambiente digital contemporâneo, longe de promover um espaço de deliberação racional e democrático, as plataformas digitais muitas vezes operam como arenas de violência discursiva, muitas vezes até por meio de imagens, emojis e os denominados memes, além de discursos ácidos e contrangedores, em alguns casos.

A "espiral do silêncio", tal como concebida por Noelle-Neumann (2017), parece não se aplicar plenamente a contextos digitais marcados não pela retração da fala, mas pela sua proliferação desregulada, frequentemente ofensiva. Esse fenômeno pode ser compreendido como a emergência de uma “barbárie digital”, marcada por agressividade, linchamentos morais e a erosão das mediações institucionais ou de pares no debate público.

As plataformas exercem um poder normativo de natureza quase estatal, definindo de forma obscura e unilateral os parâmetros do que pode ou não ser dito. Essa governança algorítmica resulta numa combinação tóxica: ao mesmo tempo em que propaga conteúdos que estimulam a indignação moral e o engajamento agressivo, sanciona, exclui ou invisibiliza vozes dissidentes de maneira arbitrária, sem a legitimidade de garantias constitucionais (Freitas, 2024).

Convém observar que nesse ambiente digital contemporâneo há menos “espiral do silêncio” no sentido clássico, e mais uma “espiral da gritaria” que marginaliza o dissenso qualificado e substitui o debate que poderia ser rico e plural por uma lógica de visibilidade marcada pelo

espetáculo, pela polarização e pela desinformação. Ao invés do silêncio social por medo do isolamento, nota-se um silenciamento ativo, baseado em práticas de deslegitimação simbólica, ataques coordenados e campanhas de difamação — o denominado “assassinato de reputação” digital.

A violência dos comentários em redes sociais, fóruns e caixas de diálogo — muitas vezes anônimos ou impulsionados por robôs e perfis falsos — manifesta-se como nova forma de controle social. Ameaças, insultos, discurso de ódio e descontextualização de falas não operam mais como simples desvio do discurso racional: eles moldam o ambiente digital, instaurando um regime de medo e retração para determinados grupos (minorias, defensores de direitos humanos, mulheres, ativistas ambientais, jornalistas, etc.).

Convém mencionar que esse cenário difere bastante do que imaginava Castells (2013) uma vez que com a comunicação horizontalizada, sem institucionalização e hierarquia, imaginava-se que o indivíduo teria voz na denominada praça pública, em referência a internet. Entretanto, essa comunicação entre pares, supostamente livre e aberta a um diálogo, por um lado engaja, de forma benéfica, públicos com interesses semelhantes, ao mesmo tempo em que pode criar, de forma autônoma ou política, discursos variados, acompanhados de narrativas desinformacionais. Trata-se de uma comunicação de difícil controle, seja ele, estatal ou privado (Leal; Vasconcelos; Amaral, 2024).

No ambiente digital, o silêncio se impõe, não como resultado de um julgamento interno do “clima de opinião” (Noelle-Neumann, 2017), mas como resposta à intimidação coletiva, ou seja, como uma forma de censura horizontalizada e privatizada (Oliva, 2020). Assim como os demais, o direito à liberdade de manifestação não é absoluta. Binenbojm (2008) contribui para essa análise ao explicar que se trata de um direito fundamental que exige mediação, proporcionalidade e responsabilidade. Embora sua análise se concentre na relação entre indivíduo e Estado, ela é instrumental para pensarmos as novas formas de censura praticadas por entidades privadas com impacto público, como ocorre hoje nas plataformas digitais.

A ausência de *accountability*, entendida aqui como a obrigação de justificar decisões, responder a críticas públicas e submeter-se a mecanismos de controle institucional, compromete os próprios fundamentos da liberdade de expressão como direito humano fundamental. Sem regulação, as plataformas de mídia, estão exercendo o poder normativo e disciplinar sem estarem submetidas a parâmetros jurídicos de transparência, justificação e responsabilização regulatória. Note-se que, em muitos casos, postagens de terceiros são retiradas dos perfis individuais, sem que haja possibilidade de defesa por parte do autor. A análise e retirada é feita

por robôs, treinados a partir de dados inseridos pelas próprias empresas, o que fere flagrantemente o devido processo legal.

Nesse novo cenário, revisitar a teoria da espiral do silêncio sob uma gramática contemporânea, capaz de compreender as mutações estruturais do ambiente digital, nos auxilia a refletir sobre os rumos que estão sendo trilhados no Brasil, no que se refere a intermediação do direito fundamental à livre manifestação. Importante ressaltar que o binômio liberdade e responsabilidade é indissociável no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988, ao garantir a liberdade de manifestação do pensamento, veda expressamente o anonimato (art. 5º, IV) e assegura a todos o direito de resposta proporcional ao agravo, bem como o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V e X).

Assim, o exercício da liberdade de expressão não é absoluto, devendo ser exercido com responsabilidade e em harmonia com os demais direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana. Como destaca Mendes (2023, p. 145) “a liberdade de expressão não pode ser convertida em escudo protetivo para discursos que violem direitos fundamentais alheios, como a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada”.

Nesse contexto digital, não é mais o silêncio, mas a hiperexposição que opera como mecanismo de controle social; não é mais a autoridade institucional que legitima os discursos – e isso é bom quando observamos a necessidade de pluralismos de ideias, entretanto, não podemos ignorar que a manifestação, seja esta orgânica ou impulsionada, criada com o intuito de gerar danos e prejuízos pode sofrer a moderação automatizada e indiscriminada.

A autoridade algorítmica, obscura e automatizada, conforme denomina Zuboff (2020) prevalece ao caracterizar a lógica das plataformas como parte de um capitalismo de vigilância voltado ao condicionamento comportamental e à predição mercadológica dos usuários. A violência simbólica, segundo a autora, se converte na linguagem predominante da esfera pública digital, enquanto a desinformação e o discurso de ódio passam a estruturar o fluxo comunicacional em rede.

Um dos exemplos da problemática relação atual com as plataformas é a ausência de cidadania digital e a certeza da impunidade em crimes contra os direitos da personalidade. Há indivíduos que se escondem em perfis falsos, mesmo sendo vedado o anonimato pela Constituição Federal, para promover ataques diversos. O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Flávio Dino, relatou ter recebido mensagens com ameaças e ofensas, destacando que tais agressões não estão protegidas pela liberdade de expressão.

Eu recebi hoje, vindo da ouvidoria do Supremo, uma postagem muito gentil de um cidadão. ‘O ladrão, esse bandido, estava nas ruas pedindo a anistia para ladrão de banco, assassinos’. Aí cita Gilberto Gil, Caetano Veloso, Dilma Rousseff e outros. Eu tinha 11 anos e posso garantir que estava jogando bola, brincando de carrinho. Ele disse que eu sou canalha (...) Ele me chama de ‘rocamboles do inferno’. O espírito do tempo é de cultivo de ódios e desvarios, numa escala criminosa, delituosa. Porque isso ganha materialidade. As caixas de comentários das redes sociais ganham densidade quando elas penetram na mente humana e se transformam de força material. Por isto mesmo, nós precisamos, quando julgamos, levar as consequências práticas” (DINO, 2025⁴).

A barbárie digital, assim, não se caracteriza apenas pelo excesso de enunciação, mas sobretudo pela falência da mediação, da escuta e da razão pública, elementos centrais, segundo Habermas, para a constituição de uma opinião pública crítica e democrática. A espiral do silêncio se inverte: grita-se para silenciar, fala-se para excluir, participa-se para anular o outro. Trata-se de uma nova lógica discursiva, na qual a expressão se transforma em instrumento de apagamento e hostilidade, esvaziando a promessa deliberativa e pluralista do espaço digital.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DESAFIO DO STF NO JULGAMENTO DO ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Neste tópico, a abordagem será acerca da controvérsia constitucional que envolve o artigo 19⁵ do Marco Civil da Internet, cujo teor condiciona a responsabilidade das plataformas à ordem judicial de remoção de conteúdo. A atuação do STF nesse campo, especialmente nos julgamentos mais recentes, demonstra os desafios da Corte em balancear liberdade de expressão, proteção de direitos e regulação econômica das plataformas.

A promulgação da Lei n.12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, denominada de Marco Civil da Internet, ocorreu em um contexto de intensa efervescência política e jurídica, marcado por debates internacionais sobre privacidade, neutralidade da rede e liberdade de expressão.

No cenário global, a repercussão das denúncias de espionagem internacional lideradas pela NSA (Agência de Segurança Nacional dos EUA) gerou grande desconfiança sobre o

⁴ A leitura da mensagem com xingamentos, ocorreu no dia 22 de maio de 2025, no plenário do STF, durante o julgamento de ações que questionavam a criação de cargos operacionais nos Tribunais de Contas dos Estados de São Paulo e Minas Gerais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=i7HuADedSHs&t=29s> Acesso em 22 de maio de 2025.

⁵ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

controle de dados e a soberania informacional dos países, o que influenciou diretamente a pressão popular e institucional por um marco normativo que garantisse direitos fundamentais no ambiente digital. Internamente, o Brasil vivenciava um processo de amadurecimento democrático e uma crescente conscientização sobre os riscos das novas tecnologias à privacidade, à liberdade e à dignidade humana, especialmente diante do uso indiscriminado das redes sociais e da ausência de instrumentos jurídicos eficazes para regular sua atuação (Leal, 2015).

Nesse contexto, o Marco Civil da Internet consolidou-se como uma espécie de “Constituição da Internet”, ao estabelecer princípios e garantias fundamentais para o uso da rede no Brasil. Conforme destaca Leal (2015), o Marco Civil foi resultado de um amplo processo participativo e representou um avanço normativo significativo, justamente por reconhecer a centralidade dos direitos da personalidade no ambiente virtual, ao mesmo tempo em que impôs deveres aos provedores e delimitou claramente o papel do Estado, do mercado e do cidadão na governança digital.

A lei tratou expressamente da neutralidade da rede, da proteção de dados pessoais e da responsabilização dos agentes quando houvesse violação de direitos fundamentais, revelando uma tentativa de harmonização entre o potencial emancipador da internet e os riscos concretos de violações massivas, sobretudo em um país com profundas desigualdades sociais e alto índice de judicialização digital. Naquele momento, a discussão sobre a possível responsabilização das plataformas por postagens de terceiros soava como totalmente desproporcional e com risco a censura privada. O que, atualmente, emergiu e compõe a controvérsia judicial na Corte brasileira.

A principal tensão está na possível declaração de inconstitucionalidade, parcial ou completa do art.19, que oferece uma imunidade às plataformas, responsabilizando-as tão somente quando são acionadas judicialmente e não atendem ao comando judicial. Caso a corte brasileira conclua o julgamento com o entendimento de que as plataformas passam a ser responsáveis por conteúdos de terceiros, as empresas terão que arcar com indenizações e certamente passarão a exercer um controle, ainda maior, sobre o conteúdo postado pelos usuários nas redes sociais.

No momento em que este artigo está sendo elaborado, o julgamento dos Recursos Extraordinários 1.037.396/SP e 1.057.258/MG está pendente de análise, em razão do pedido de vista do ministro André Mendonça. Ambos recursos, com repercussão geral, julgados conjuntamente, já tiveram a análise de três ministros, entre eles o do presidente da Corte que já adiantou o seu voto.

O Recurso Extraordinário 1.037.396/SP é resultado de processo movido por uma mulher contra o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., cuida da criação de um perfil falso na referida rede social, que utilizava indevidamente o nome e fotografias da autora. A partir desse perfil, foram feitas postagens com comentários injuriosos e ofensivos, que geraram constrangimentos pessoais e familiares e prejudicaram sua reputação, e, embora a autora tenha usado os canais internos da plataforma para denunciar o perfil falso, a empresa manteve-se inerte, alegando que estaria obrigada a retirar o perfil do ar, mediante ordem judicial. Esse caso tornou-se o *leading case* que resulta do Tema 987 da Repercussão Geral.

O ministro Dias Toffoli, relator do processo, entendeu que as plataformas deixaram de ser meros intermediários técnicos para se tornarem atores ativos na difusão e priorização de conteúdos, especialmente a partir da lógica de monetização baseada em engajamento algorítmico, o que, compromete a ideia de neutralidade e exige uma nova leitura da responsabilidade civil. O relator considera que o art. 19 do MCI criou um regime excessivamente protetivo às plataformas, ao condicionar sua responsabilização à existência de ordem judicial específica, pois, segundo ele, essa condicionante representa um obstáculo inconstitucional à tutela efetiva de direitos fundamentais, como honra, imagem e intimidade.

O dispositivo é visto como violador do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), pois transfere para o Poder Judiciário toda a responsabilidade de avaliação e remoção de conteúdos ilícitos, mesmo nos casos evidentes. Toffoli (2024) propõe que as plataformas devem responder civilmente sempre que tiverem ciência inequívoca de conteúdo ilícito e não tomarem providências para removê-lo em prazo razoável. Esse modelo se aproxima do que chama de “dever de cuidado digital”, baseado na boa-fé objetiva e na precaução com danos.

O relator reconhece a importância do MCI em sua origem, mas afirma que não mais atende às demandas atuais da sociedade digital. Ele propõe a declaração de inconstitucionalidade do art. 19, mas com modulação dos efeitos para permitir a adaptação do setor e do Judiciário. O voto se ancora na ideia de que liberdade de expressão não é liberdade de agressão e que plataformas não podem se esconder atrás de uma neutralidade fictícia. O relator propõe a transição para um modelo de responsabilidade proporcional, com base na ciência do ilícito e nos deveres de cuidado, transparência e diligência.

Para o ministro é preciso compreender a diferença a liberdade de expressão em duas dimensões: a individual e a coletiva. A primeira, voltada à proteção do emissor da mensagem contra interferências do Estado; a segunda, relacionada à preservação de um espaço público e plural e que seja informacionalmente saudável e viabilize o debate democrático.

Ademais, levando em consideração essa segunda perspectiva, e diante de tudo que já se disse, é preciso criar (ou manter) as condições adequadas ao discurso democrático também nos ambientes virtuais, para que a liberdade de expressão da maioria não sufoque ou silencie definitivamente as minorias. Esse cenário exige que o Estado atue para contrabalancear os poderes assumidos pelas empresas de tecnologias que atuam como provedores de aplicações.

Portanto, para mim, a conjuntura atual impõe uma atuação ambivalente do Estado, que ora deve se abster em prol da autonomia comunicativa dos indivíduos, mas ora precisa adotar atuação positiva – e, até, proativa – para assegurar tanto a dignidade das pessoas, seja quando

se situem na posição circunstancial de “objeto do discurso”, seja quando constituam “a sua audiência”, seja quando “queiram falar” e estejam “silenciadas pela maioria”, como também – e, sobretudo – para garantir a pluralidade e a diversidade como condições indispensáveis para o debate democrático. (Toffoli, 2024)

Já o ministro Barroso (2024) defende a responsabilidade das plataformas digitais em determinadas situações, preservando a necessidade de exigência de ordem judicial em caso em que envolvam conteúdo de difícil caracterização de dano imediato. Segundo o ministro, o desafio contemporâneo é estabelecer o ponto de equilíbrio entre a liberdade de expressão e a proteção contra abusos, como discurso de ódio, desinformação e ataques à democracia. Entretanto, ressalta que a dificuldade não pode servir de desculpa para a omissão nem do estado, nem das plataformas.

O voto do presidente do STF inaugura uma relevante inflexão interpretativa no que diz respeito à responsabilização civil das plataformas digitais por conteúdos gerados por terceiros, uma vez que Barroso (2024) defende que as plataformas devem ser responsabilizadas quando, devidamente notificadas acerca de conteúdos criminosos, se mantêm inertes, não adotando providências adequadas para a remoção do material.

Segundo seu entendimento, o regime instituído pelo artigo 19 do MCI não oferece proteção suficiente aos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, tampouco assegura os valores essenciais da ordem democrática. Para o ministro, a exigência de ordem judicial prévia em todos os casos pode ser um entrave à proteção efetiva de bens jurídicos relevantes e um estímulo à inércia das plataformas frente a violações evidentes. Barroso destaca que a manutenção de perfis falsos, caracterizando o crime de falsa identidade, não pode estar protegida por um regime que condiciona a exclusão à decisão judicial. “Não há fundamento constitucional para um modelo que incentive a inação das plataformas diante de clara violação penal”. Em sua visão, quando a ilegalidade for manifesta, como em casos de pornografia infantil, incitação ao suicídio, tráfico de pessoas, atos de terrorismo e tentativa de golpe de Estado, deve haver atuação proativa das plataformas, em nome da preservação do ambiente digital como espaço seguro para o exercício de direitos e liberdades.

No entanto, Barroso pondera que, em hipóteses mais complexas, como nos crimes contra a honra, injúria, calúnia ou difamação, a retirada de conteúdo só deve ocorrer mediante ordem judicial, a fim de se evitar o uso abusivo dos mecanismos de denúncia como forma de censura ou silenciamento arbitrário. Nesses casos, a supervisão judicial atua como salvaguarda para a liberdade de expressão e a pluralidade de vozes no debate público.

Barroso propõe a substituição da lógica de monitoramento ativo de conteúdos por um regime de dever de cuidado por parte das plataformas. Isso significa que as empresas devem desenvolver mecanismos estruturais e políticas efetivas que reduzam riscos sistêmicos decorrentes da dinâmica algorítmica e do modelo de negócios baseado na amplificação de engajamento, mesmo que este se dê por meio de discurso de ódio ou violência simbólica. A responsabilidade, nesse modelo, não é individualizada por postagens específicas, mas decorre do descumprimento de medidas amplas de prevenção de danos sociais.

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro André Mendonça, permanecendo em aberto uma das discussões mais relevantes da contemporaneidade digital: o equilíbrio entre liberdade de expressão, dever de proteção e responsabilização das plataformas na arquitetura democrática da internet.

O Recurso Extraordinário 1.057.258/MG, relatado pelo Ministro Luiz Fux (2024), é resultado de processo proposto por uma mulher que teve sua imagem associada, indevidamente, a atos criminosos em uma publicação on-line⁶ e discute a responsabilidade de empresas provedoras de conteúdo da internet por publicações ofensivas realizadas por terceiros antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

A principal controvérsia está em determinar se o provedor de aplicações de internet pode ser responsabilizado civilmente por conteúdo de terceiros sem ordem judicial específica, nos casos ocorridos antes da vigência do Marco Civil da Internet, e se há dever de monitoramento prévio ou obrigação de remoção extrajudicial nesses casos.

O relator, ministro Luiz Fux (2025), defendeu uma interpretação compatível com os direitos fundamentais, ponderou o direito à liberdade de expressão com os direitos da personalidade. Para o relator, antes do MCI, aplicava-se a regra geral do Código Civil, com exigência de comprovação da culpa do provedor, configurando a responsabilidade subjetiva. Reconheceu

⁶ A autora ajuizou ação contra o site JusBrasil após a publicação de um conteúdo ofensivo no qual foi indevidamente relacionada à prática de delitos, comprometendo sua reputação. O conteúdo fora replicado de registros judiciais públicos e, segundo a autora, mantido online de forma negligente pelo provedor, mesmo após ser formalmente questionado quanto à veracidade da informação. A ação objetivava a remoção do conteúdo e indenização por danos morais.

que, uma vez notificado extrajudicialmente sobre a presença de conteúdo ilícito, o provedor tem o dever de removê-lo dentro de prazo razoável, sob pena de responder por danos.

Ademais, entendeu que o dever de diligência deve ser proporcional, ou seja: não se pode exigir monitoramento prévio irrestrito, mas há responsabilidade se comprovada a negligência após comunicação formal. Para o relator, a liberdade de expressão não é absoluta e não pode servir de escudo para a propagação de informações difamatórias ou inverídicas. O caso também compõe o *leading case* e a tese fixada em repercussão geral (Tema 533).

Observe-se que este precedente se diferencia do RE 1.037.396 (Tema 987) porque trata de situação anterior ao Marco Civil, mas complementa a evolução jurisprudencial ao reconhecer que mesmo sem previsão legal expressa à época, o provedor já deveria agir com diligência frente à violação de direitos. Reforça a ideia de que a ciência do ilícito gera o dever de agir, antecipando os debates sobre “deveres de cuidado” e “responsabilidade digital”.

Uma das problemáticas preocupantes dessa discussão é sobre a moderação de conteúdo, especialmente quando realizada de forma automatizada. A utilização de algoritmos para identificar e remover conteúdos considerados inadequados ou ilícitos pode levar à censura privada, comprometendo a liberdade de expressão e o debate público.

4 A INTERMEDIÇÃO PRIVADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO NO BRASIL – A LEI DA PLATAFORMA

A controvérsia judicial em análise pela suprema corte brasileira escancara o desafio que vem ocupando discussões acadêmicas e jurídicas nos últimos anos, sobretudo, quando se analisa a preocupação de que a liberdade de manifestação, um direito fundamental, conquistado após muitas lutas históricas e sofrimentos registrados pelos processos de censura, possa novamente sofrer um retrocesso em razão dos interesses econômicos e tecnológicos das grandes empresas de comunicação que passaram a dominar o mercado.

Observa-se que a intermediação do exercício desse direito fundamental à manifestação está nas mãos, ou melhor, nos instrumentos tecnológicos que as grandes potências empresariais detêm. É incontroverso que o indivíduo ganhou voz no debate público, antes restrito e administrado por empresas de comunicação tradicionais como as emissoras de radiodifusão e a imprensa escrita.

Com a internet e principalmente com as redes sociais e os aplicativos de mensageria, todos nós passamos a ter ao alcance de um clique a possibilidade de expressar o pensamento acerca de quaisquer assuntos, sem precisar sequer pagar, de forma pecuniária, nenhum valor a essas

empresas para que elas possam oportunizar esse exercício de manifestação a qualquer momento em quaisquer das plataformas.

Entretanto, em que pese a Constituição Federal preveja que a liberdade de manifestação é indissociável da responsabilidade pelo que se expressa, uma boa parcela desse debate público descambou para expressões que escancaram uma barbárie digital, composta por discursos de ódio, homofóbicos, racistas, a favor da evidente desinformação. A desordem ou a poluição da informação (Wardle; Derakhshan, 2017) podem acarretar prejuízos não apenas de caráter individual, mas sobretudo coletivo.

Nesse sentido, ainda que o regramento constitucional preveja e assegure o devido processo legal para dirimir litígios que envolvam a violação aos direitos da personalidade, tais como honra, imagem, intimidade e vida privada, em muitas ocasiões os supostos danos vão além da esfera individual. Ou seja, extrapolam as partes de um processo judicial. Outro ponto a ser observado diz respeito ao *time* entre a propagação dos danos e dos prejuízos que o exercício de uma manifestação criminosa pode ocasionar nas redes sociais e a submissão, análise e julgamento do processo judicial.

As ações que envolvem esse tipo de crime necessitariam de uma tramitação prioritária, sobretudo, em razão da repercussão ocorrida graças ao veículo de comunicação em que trafegam: as plataformas digitais. E ainda que houvesse uma tramitação prioritária e diferenciada, o processamento das fases do devido processo legal com prazos e recursos, apresenta uma morosidade que dificulta a resposta eficaz às infrações cometidas.

Convém mencionar que segundo o CNJ (2019) o tempo médio de tramitação de um processo criminal na primeira instância é de aproximadamente 42 meses. Ou seja, *time* totalmente desproporcional e desconectado da realidade considerando a lentidão processual no contexto dos crimes cometidos utilizando as plataformas digitais, a disseminação de informações, de forma instantânea e os danos à reputação ocorridos em razão desse tipo de crime.

Atualmente, as plataformas têm atuado na curadoria e moderação de conteúdo, utilizando termos de uso e “políticas de privacidade” com os quais os usuários anuem ao aderirem à utilização das plataformas. E assim, impõem amarras às palavras e informações no ambiente digital, influenciando diretamente no direito de informar e ser informado.

Na realidade, “os algoritmos são os verdadeiros curadores do ambiente digital” (Frazão, 2021). Alimentados por informações e parâmetros inseridos e treinados pela inteligência artificial, são os algoritmos que analisam as postagens e, as restringem, de acordo com palavras-chave, expressões ou imagens e comportamentos considerados habituais da rede, sem que o

indivíduo, autor da publicação tenha a oportunidade de manifestar-se acerca do assunto, ou mesmo sem que em caso de crime, o autor seja levado a julgamento nos termos do devido processo legal.

Nesse caso, a censura mencionada aqui como uma restrição a possibilidade de exercício da manifestação do pensamento, é realizada tão somente pelas plataformas, sem qualquer atendimento aos normativos brasileiros e, muito menos sem atenção aos direitos e garantias assegurados em razão de se tratar de um direito fundamental.

Hartmann (2022), destaca que a moderação de conteúdo por plataformas privadas, sem a devida transparência e supervisão, pode resultar em violações aos direitos fundamentais dos usuários. Ele argumenta que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais impõe às plataformas a obrigação de respeitar garantias como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mesmo em ambientes privados. Nesse sentido, propõe a implementação de obrigações processuais básicas descentralizadas que as plataformas devem cumprir, com supervisão judicial para assegurar a proteção dos direitos dos usuários.

Algumas dessas obrigações são: notificação ao usuário que tenha algum conteúdo removido, com indicação específica da regra violada a fim de possibilitar a ampla defesa; a contestação da remoção por meio de canais acessíveis e funcionais; transparência das regras de moderação; supervisão judicial, para casos em que o usuário deseje contestar pelas vias legais, a decisão da plataforma; relatórios de transparência regulares, que podem ser utilizados para acompanhar a aplicação de políticas públicas e fiscalizar eventuais abusos. (Hartmann, 2020).

Constata-se, logo, não apenas a intermediação do exercício desse direito, mas também sua usurpação, uma vez que as plataformas digitais passaram a aplicar, de forma autônoma e sem transparência, aquilo que denomino como "lei das plataformas", entendendo essa como um conjunto de regras privadas, elaboradas unilateralmente, que substituem o devido processo legal e desconsideram a necessidade de provocação e manifestação do Poder Judiciário nos casos em que a remoção de conteúdo seria admissível, como nos crimes contra a honra. Trata-se, portanto, de uma grave inversão da ordem jurídica, na qual entes privados exercem um papel tipicamente jurisdicional, decidindo sobre a permanência ou não de conteúdos com base em critérios próprios, alheios ao controle público e democrático.

Agrava-se ainda quando analisamos que o direito à liberdade de manifestação não é um produto à venda na prateleira, sendo impossível associá-lo a um produto em razão de seu caráter intangível e indisponível. Porém, os termos de uso e as políticas de privacidade a que os usuários estão submetidos funcionam como verdadeiros contratos de adesão, como se o direito se resumisse a um produto posto à venda como quaisquer outros de conteúdo material.

O direito fundamental à liberdade de manifestação compõe a esfera de subjetividade e individualidade do cidadão. “A liberdade de expressão, como direito personalíssimo, garante a cada pessoa a faculdade de emitir, receber e partilhar ideias que brotam da sua própria consciência.” (Canotilho, 2003, p.396). É um direito personalíssimo em que o ser humano, enquanto sujeito de direitos, manifesta sua titularidade, de forma individual, sendo irrenunciável e intransferível. “Trata-se de uma liberdade subjetiva pública que garante ao indivíduo a exteriorização de seu pensamento sem tutela ou censura prévia do estado” (Silva, 2025, p. 249). Note-se que nem ao Estado é cabível a censura prévia, atualmente, exercida pelas empresas privadas de tecnologia.

O cenário atual, de regulação e censura realizada por empresas privadas sem a supervisão do poder judiciário confronta, por completo, o que autores como Jonh Milton (2019), defenderam filosoficamente, de que “a opinião, entre homens de valor, é conhecimento em formação”. Para o autor, o livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são essenciais para o bom funcionamento do sistema democrático.

Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos, a liberdade de expressão assegurada pela Primeira Emenda tem proteção irrestrita a qualquer discurso. Sunstein (1993) critica esse status que denomina de “modelo absolutista de liberdade de expressão”, que segundo o autor, compromete os objetivos democráticos fundamentais.

Para Sunstein (1993), a Primeira Emenda é a favor da deliberação cívica e a soberania popular, por isso, o governo deve desempenhar um papel ativo na promoção do discurso político, regular os meios de comunicação para garantir a pluralidade e o acesso à informação de interesse público. Segundo o autor, essa abordagem fortaleceria a democracia deliberativa e asseguraria a liberdade de expressão efetiva para o autogoverno e a igualdade política.

Ao contrário de Jonh Milton, Sunstein entende que “o mercado de idéias” é um problema na contemporaneidade, pois o verdadeiro titular do direito a liberdade de manifestação é o público, com ambiente plural e circulação de ideias, livre de censura estatal ou privada, e não as empresas de mídia.

O objetivo da Primeira Emenda é preservar um mercado de ideias desinibido, no qual a verdade acabará por prevalecer, em vez de tolerar a monopolização desse mercado, seja pelo próprio governo ou por um licenciado privado. É o direito do público de ter acesso adequado a ideias e experiências sociais, políticas, estéticas, morais e outras que está em jogo aqui. (Sunstein, 1993, P. 18)

A ponderação sobre a responsabilidade solidária das plataformas, no Brasil especialmente, ganhou força em razão dos atos que culminaram com as depredações ao Congresso Nacional e

ao STF, em 8 de janeiro de 2024. Antes disso, o inquérito 4781, conhecido como inquérito das *fake news*, investiga a existência, o financiamento, o modo de atuar e a identificação do denominado “gabinete do ódio”, estrutura supostamente montada no Palácio do Planalto durante o governo do ex-presidente Jair Bolsonaro⁷.

O Projeto de Lei 2630, que dispõe sobre a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, denominado de PL das Fake News, foi aprovado no Senado, mas após resistência na Câmara dos Deputados foi arquivado em abril de 2024. Outros projetos de lei tramitam no legislativo brasileiro, sem no entanto, definirem a regulamentação das plataformas digitais.

Não se pode ignorar que, paralelamente ao crescimento da intermediação privada no debate público, as plataformas digitais acumulam receitas bilionárias oriundas da monetização do conteúdo impulsionado, patrocinado ou viralizado.

Diferentemente do que ocorre com veículos tradicionais de comunicação, essas empresas ainda não estão sujeitas a nenhum regime jurídico de co-responsabilidade efetiva sobre o conteúdo que promovem, mesmo quando este viola direitos fundamentais, propaga desinformação ou incita crimes.

Trata-se de um modelo de negócios baseado no engajamento a qualquer custo, cujo algoritmo privilegia discursos sensacionalistas, polarizantes ou agressivos, justamente porque geram maior tempo de permanência na plataforma e, conseqüentemente, mais receita publicitária. Como bem observa Frazão (2021), essas empresas exercem poder normativo e regulatório análogo ao estatal, mas sem qualquer tipo de controle democrático, operando com interesses comerciais travestidos de neutralidade técnica.

É nesse cenário que se torna urgente a equiparação das plataformas digitais aos veículos de comunicação de massa, submetendo-as a padrões mínimos de responsabilidade, transparência e dever de cuidado, conforme já se exige das empresas de radiodifusão. Estas, por força de legislação específica e dos mecanismos de autorregulação publicitária, como os previstos no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, devem observar critérios de veracidade, respeito aos direitos fundamentais e limites éticos no conteúdo que divulgam ou patrocinam.

⁷ STF prorroga inquérito das fake news por 180 dias. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-prorroga-inquerito-das-fake-news-por-180-dias/> acesso em: 22 de maio de 2025.

Assim, é razoável que as chamadas *big techs*, na qualidade de intermediárias ativas e lucrativas⁸ do discurso público, também assumam compromissos normativos similares, inclusive no tocante à moderação proporcional e à responsabilização por conteúdo impulsionado. Como defende Dias et al. (2023), o princípio da simetria regulatória impõe que atores com igual impacto social tenham igual responsabilidade legal, sob pena de legitimar um cenário de assimetria normativa, em que empresas de tecnologia escapam das obrigações impostas a outras mídias, embora exerçam função equivalente ou até superior na modelagem da esfera pública.

Jesus-Silva (2024) sustenta que a disseminação da desinformação nas plataformas digitais se dá em razão do modelo de negócios baseado em dados e publicidade programática. Para o autor, a desinformação não é um acidente do sistema, mas sim um modelo com estrutura orientada ao engajamento e à maximização de lucros, a partir da mercantilização da atenção.

Os dados evidenciam que o modelo de negócios das plataformas digitais, centrado na publicidade programática e no engajamento, pode contribuir para a desinformação, gera receitas milionárias para as empresas sem que estas sejam responsabilizadas pelas postagens que atuaram para impulsionar e obter o engajamento. Convém mencionar ainda que nas plataformas, embora o termo usado seja publicidade, mas, até mesmo postagens de opinião podem ser patrocinadas gerando lucro para as empresas e impacto na opinião pública, a depender na mensagem veiculada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida neste artigo evidencia que a liberdade de manifestação do pensamento, embora formalmente assegurada como direito fundamental, tem sido substancialmente restringida no ambiente digital por práticas privadas de moderação, exercidas à margem do devido processo legal. A teoria da espiral do silêncio, originalmente concebida para explicar a autocensura diante do medo do isolamento social, adquire novas camadas de significado ao ser confrontada com a lógica da barbárie digital, marcada por linchamentos morais, cancelamentos e violência simbólica, todos amplificados por algoritmos e práticas sem transparência das plataformas digitais.

⁸ CANÁRIO, Pedro. *Desinformação fatura US\$ 235 milhões com publicidade online, diz pesquisa*. Consultor Jurídico, 6 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-06/desinformacao-fatura-us-235-milhoes-publicidade-pesquisa/>. Acesso em: 22 maio 2025

Constata-se que, no século XXI, a censura não se manifesta unicamente pela omissão estatal, mas também por uma atuação ativa de empresas privadas que, sob a alegação de cumprir termos de uso, exercem verdadeiro poder normativo sobre os usuários, sem qualquer tipo de controle institucional efetivo. A ausência de *accountability*, combinada à automatização das decisões de moderação, transforma plataformas tecnológicas em juízas do discurso público, o que inverte princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro e desafia a própria ideia de esfera pública democrática.

O julgamento do artigo 19 do Marco Civil da Internet pelo Supremo Tribunal Federal representa um divisor de águas nesse debate. Os votos dos ministros Toffoli, Barroso e Fux demonstram diferentes perspectivas sobre a responsabilidade civil das plataformas digitais, mas convergem em um ponto central: o modelo atual, que condiciona a responsabilização à ordem judicial específica, é insuficiente para garantir a proteção eficaz dos direitos fundamentais e exige uma reinterpretação compatível com a realidade tecnológica e social contemporânea.

Além disso, constata-se que as plataformas não apenas controlam o fluxo de informações, mas também obtêm receitas milionárias com conteúdos patrocinados, muitos dos quais contêm desinformação ou discurso de ódio. Apesar disso, ainda não estão sujeitas a um regime jurídico que as responsabilize de maneira proporcional à influência que exercem sobre o debate público. Diante disso, este estudo defende que as plataformas digitais, na condição de veículos de comunicação de fato, sejam submetidas a parâmetros semelhantes aos das empresas de radiodifusão, como os previstos no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

O estudo propõe, assim, diretrizes para uma regulação democrática das plataformas, baseada em deveres de transparência, notificações fundamentadas, canais de contestação acessíveis, e supervisão judicial garantida. Reforça-se que a liberdade de expressão não pode ser tratada como um bem de consumo condicionado a contratos de adesão nem submetida a algoritmos treinados para maximizar engajamento à custa da dignidade humana e da verdade factual.

Sem a criação de mecanismos normativos eficazes e garantistas, naturaliza-se um modelo de censura invisível, seletiva e privada, que compromete os fundamentos da democracia constitucional. A liberdade de manifestação exige, para ser plena, não apenas a ausência de interferência estatal indevida, mas também a proteção contra interferências arbitrárias de atores econômicos que hoje monopolizam o espaço público digital. Em tempos de plataformas hegemônicas e estruturas de desinformação institucionalizadas, proteger a liberdade exige mais

do que tolerância: exige regulação, responsabilidade e compromisso com os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BARAJAS, Pablo Ortellado; SOUZA, João Carlos Magalhães. **Desinformação: crise política e redes sociais**. São Paulo: Autêntica, 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade de expressão: dimensões e tensões da ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BYUNG-CHUL, Han. **No enxame: perspectivas do digital**. Tradução de Lucas Zapparoli. Petrópolis: Vozes, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2019: ano-base 2018**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 22 maio 2025.

DIAS, Daniel Pires Novais et al. Plataformas no Marco Civil da Internet: a necessidade de uma responsabilidade progressiva baseada em riscos. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 1–24, 2023. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/931>. Acesso em: 21 maio 2025.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRAZÃO, Ana. Liberdade de expressão e os intermediários privados. **Revista de Informação Legislativa**, v. 58, n. 230, p. 197–223, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/CRhh3yJP6jQYZHtp3KwKMjf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 maio 2025.

FRANCO, Marina. **Fake news e liberdade de expressão: uma análise constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2021.

FREITAS, Luiz Otávio Resende de; LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Liberdade de expressão na era digital: novos intermediários e censura por atores privados. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 11, n. 2, e262, maio/ago. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v11i2.89693>.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARTMANN, Ivar; CURZI, Yasmin; ZINGALES, Nicolo; ALMEIDA, Clara. **Moderação de conteúdo online**: contexto, cenário brasileiro e suas perspectivas regulatórias. São Paulo: Alameda Editorial, 2022.

HARTMANN, Ivar; IUNES, Matheus. Fake news no contexto de pandemia e emergência social: os deveres e responsabilidades das plataformas de redes sociais na moderação de conteúdo online. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 89, p. 161-187, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4607>. Acesso em: 21 maio 2025.

JESUS-SILVA, Thiago Henrique de. Desinformação e economia política nas plataformas digitais. **Lumina**, Juiz de Fora, v. 18, n. 3, p. 1-18, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/lumina/article/view/44963>. Acesso em: 22 maio 2025.

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão. **Crimes contra os direitos da personalidade na internet**: violações e reparações de direitos fundamentais nas redes sociais. Curitiba: Juruá, 2015.

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão; VASCONCELOS, Brychtn Ribeiro de; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Internet: uma zona livre sem fronteira versus a desajeitada burocracia legal. In: CONPEDI. **VII Encontro Virtual do CONPEDI – Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2024. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br>. Acesso em: 20 maio 2025.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MILL, John Stuart. **A liberdade; utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. **A espiral do silêncio: opinião pública, nosso tecido social**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 2004.

OLIVA, Thiago Dias; TAVARES, Victor Pavarin; VALENTE, Mariana G. Uma solução única para toda a internet? Riscos do debate regulatório brasileiro para a operação de plataformas de conhecimento. **InternetLab**, São Paulo, 2020. Disponível em: https://internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/09/policy_plataformas-conhecimento_20200910.pdf. Acesso em: 18 maio 2025.

ROSS, Edward Alsworth. **Social control: a survey of the foundations of order**. New York: Macmillan, 1901. 463 p. (Citizen's Library of Economics, Politics, and Sociology).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 46. ed. São Paulo: Juspodivm, 2025.

TRUZZI, Gisele. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei 12.965/2014. São Paulo: RT, 2016.

VENTURINI, Jamila; VALENTE, Mariana; DONEDA, Danilo. Regulação de plataformas digitais: desafios e perspectivas para a liberdade de expressão no Brasil. **InternetLab**, 2020. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br>.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Information disorder**: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2017. 2. ed. revisada, ago. 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-report-version-august-2018/16808c9c77>. Acesso em: 22 maio 2025.