



# REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 13- nº 2 - Tomo I (A/J) - Jul./Dez. 2021

---



**Elaborado no 2º Semestre 2021**



REVISTA DE  
**ARTIGOS**  
**CIENTÍFICOS**  
DOS ALUNOS DA EMERJ

---

Volume 13 - nº2 - Tomo I (A/J) - Jul./Dez. 2021

---



**Elaborado no 2º Semestre 2021**

© 2021 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)

## **EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**

**➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ**

**2º Semestre de 2021**

### **CONSELHO EDITORIAL**

#### **DIRETORA-GERAL**

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

#### **SECRETÁRIA-GERAL**

Luiza Alves de Castro

#### **Diretora do Departamento de Ensino (DENSE)**

Ana Paula Teixeira Delgado

**DENSE/Serviço de Monografia**

**DENSE/BIBLIO** - Divisão de Biblioteca

**DETEC** - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

### **CONSELHO AVALIATIVO**

- Monica Cavalieri Fetzner Arial
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Rafael Mario Iorio Filho
- Ubirajara da Fonseca Neto
- Maria Carolina Cancellata de Amorim





**ALESSANDRO NUNES DA SILVA**

O POTENCIAL EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA NAS HIPÓTESES DE NÃO INADIMPLEMENTO DO TRIBUTO ..... 11

**ALEXANDRA FERREIRA GREGORIO**

A NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO PRAZO DE APRESENTAÇÃO DA QUEIXA CRIME DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ..... 26

**ALINE COSTA VELHO DO NASCIMENTO**

A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 11.340/06: DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO..... 43

**AMANDA MATHEUS MAIA**

A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO PELO PROCESSO PENAL BRASILEIRO DO DEPOIMENTO ESPECIAL PARA VÍTIMAS CAPAZES DO CRIME DE ESTUPRO ..... 60

**ANA CAROLINA MORGADO DE MORAES**

CONDUÇÃO COERCITIVA DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUA REVITIMIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL ..... 74

**ANA GABRIELA CAMPOS BOTTINO**

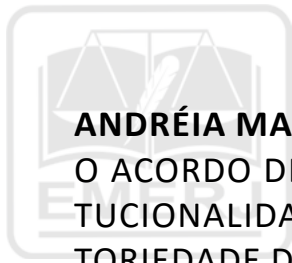
A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO EM DISSOLUÇÃO FAMILIAR À LUZ DA SUPERAÇÃO DO VIÉS MERAMENTE PATRIMONIALISTA DO DIREITO ANIMAL ..... 89

**ANA PAULA DE SOUZA MARQUES**

O PENHOR LEGAL DO HOSPEDEIRO EM CONFRONTO COM A VEDAÇÃO DE COBRANÇA VEXATÓRIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... 105

**ANDRÉ FERNANDES ROPPA CRUZ**

A RECEPÇÃO DO ARTIGO 26 DA LEI Nº 7.170/1983 FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988 ..... 122



**ANDRÉIA MARQUES RAMOS**

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO ..... 138

**ANDRESSA COSTA BARBOSA DE LIMA CARNEIRO**

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.979/20 E A POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DO ESTADO DE SÍTIO NA PANDEMIA DA COVID-19: POSSÍVEL ATIVISMO JUDICIAL NA ADPF Nº 672 PARA SUPRIR A OMISSÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO FEDERAL..... 155

**ANNA THÁCIA PEREIRA LUTZ**

ART. 53, §2º DA CRFB/88 E A TESE DA INAFIANÇABILIDADE LEGAL – UMA ANÁLISE TÉCNICA SOBRE A POSSIBILIDADE DE PRISÃO DO PARLAMENTAR FEDERAL ..... 172

**ARIELA CABRAL DO VALE**

EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE..... 189

**ARINA FIGUEREDO DO VALE FERREIRA**

A LIMITAÇÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE NA INTEGRIDADE PSÍQUICA E O ABALO PSICOLÓGICO NOS REALITY SHOWS ..... 204

**ARTHUR DE ASSIS COSTA**

A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CPP APÓS O JULGAMENTO DO HC Nº 598.886/SC NO STJ ..... 218

**ARTHUR RODRIGUES VIEITOS**

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O RÉU REINCIDENTE: A APLICAÇÃO HESITANTE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES..... 235

**BEATRIZ HELENA FONSECA RODRIGUES DE CAMPOS FIGUEIREDO**

LEGAL DESIGN E VISUAL LAW: A NOVA LINGUAGEM DO DIREITO EM PROL DO ACESSO À JUSTIÇA..... 250

**BEATRIZ NASCIMENTO ANTUNES**

O DIREITO AO ESQUECIMENTO APLICADO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS ..... 265

**BRUNA MATIZA MARIANO RODRIGUES**

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUNANA ..... 280





**BRUNO ANDRADE BARROS**

NOTÍCIAS FALSAS, URNAS ELETRÔNICAS E O PAPEL COMBATIVO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO ..... 295

**BRUNO DIAS AMENDOLA**

O CONCURSO DE CRIMES NO ROUBO A TRANSPORTES COLETIVOS ..... 311

**CAMILA DE OLIVEIRA CUNHA**

PRAGMATISMO, DESESTATIZAÇÃO E PODER DE POLÍCIA ..... 328

**CAMILA DE SOUZA TEIXEIRA**

EXCLUSÃO SUMÁRIA DE CONTEÚDOS E PERFIS DE REDES SOCIAIS: DO DIREITO DE DEFESA DO USUÁRIO À RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS ..... 343

**CARLOS ACOSTA JUNIOR**

A CONQUISTA DO DIREITO À INFORMAÇÃO E O SEU CONFLITO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XXI, SOB A ÓTICA DA PÓS-VERDADE ..... 360

**CARLOS PATRICK MACEDO PEREIRA**

A EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA A CRIME DE RACISMO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4.733 E A DIGNIDADE DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ ..... 377

**CAROLINA CARRARO CARCABRINI**

PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A EQUIDADE NAS LEGISLAÇÕES ESPECIAIS PARA AS MULHERES ..... 392

**CAROLINA LEMME MARTORELLI ENNES**

O PROCESSO CIVIL ESTRUTURAL É UMA ALTERNATIVA EFICIENTE PARA A REORGANIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DESESTRUTURADAS?..... 410

**CLARA MUNIZ GOMES**

O PROTAGONISMO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO CENÁRIO DE CONFLITOS INSTITUCIONAIS ..... 427

**CORINA PITOMBO**

ANÁLISE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DO CONDENADO APÓS ALTERAÇÕES DO ART. 9-A DA LEI Nº 7.210/84 PELO PACOTE ANTICRIME ..... 441

**DANIELA CASTRO VIANNA TEIXEIRA**

A CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DA VACINA CONTRA O NOVO CORONAVÍRUS ..... 456

**ELIZA CRISTIANA FARIA DE OLIVEIRA**

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI ..... 473



**FÁBIO MESQUITA HENRIQUES**

A PERÍCIA EM CARTÕES COM CHIP COMO FORMA DE EXTINÇÃO DE RECLAMAÇÕES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ..... 488

**FERNANDA CASTILHO RIBEIRO DE CASTRO CERRUTI**

A PRECARIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NA PANDEMIA COVID 19 COMO OBSTÁCULO À GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE, À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... 504

**FERNANDA LINHARES ZOUERIN**

ANÁLISE DA (IN)CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ..... 521

**GABRIELA CAXIAS SILVA OLIVEIRA**

A VERDADE NO PROCESSO PENAL: A (IM)COMPATIBILIDADE DE UM “JUIZ MINISTERIAL” NO SISTEMA ACUSATÓRIO ..... 535

**GABRIELA PINHEIRO ORNELLAS**

A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS À LUZ DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ ..... 549

**HANNAH LARA FONSECA DA SILVA AMARAL**

INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS REGULATÓRIAS PELO PODER JUDICIÁRIO ..... 564

**HARLEY MENDES DANTAS DA SILVA**

POLIAMOR E A NOVA CONFIGURAÇÃO DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS: A LEGITIMIDADE JURÍDICA E O RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR ..... 580

**INGRID DIAS CARNEIRO LEAL BASTOS**

AS RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO-EXPLORAÇÃO DE GÊNERO NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19) E ISOLAMENTO SOCIAL ..... 593

**INGRID NASCIMENTO DOS SANTOS FRANCO**

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADE ENGANOSA NO INSTAGRAM E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR..... 608

**ISABELLA BRAGA**

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA (IN)APLICABILIDADE AO CRIME DE RACISMO..... 625

**ISABELLA GARCIA DUARTE IUNES**

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INTELECTUAIS VIA PESSOA JURÍDICA: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS TRIBUTÁRIAS, SOB A ÓTICA DA DECISÃO DO STF, NA ADC 66 .... 642



**ISABELLA MARIA ARAUJO MONTEIRO SILVA**

A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO HÍBRIDA NO DESIGN DE MODA, SOB A ÓTICA DO DIREITO AUTORAL E DO DESENHO INDUSTRIAL ..... 659

**ISIS DE ALMEIDA RANAURO**

PACOTE ANTICRIME E A IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO PREVENTIVA: INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO AO MICROSSISTEMA DA LEI MARIA DA PENHA..... 673

**JÚLIA VALADÃO SOUSA CORGOZINHO**

A (IM)POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL ..... 690

**JULIANA FERREIRA DA SILVA VILA NOVA LIMA**

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NOS TRIBUNAIS SUPERIORES..... 704

**JULIANA VICTÓRIA FERNANDES DA FONTE**

CONDUTAS DO PODER PÚBLICO QUE REPRESENTAM OBSTÁCULOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA ..... 721

**JULIANNA NUNES DA SILVA MARQUES**

PROBLEMAS HEURÍSTICOS E DECISÕES A CONTA-GOTAS: A POSTURA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DE PROCESSOS ESTRUTURANTES ..... 736



## O POTENCIAL EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA NAS HIPÓTESES DE NÃO INADIMPLENTO DO TRIBUTO

Alessandro Nunes da Silva

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho.

**Resumo** – a obtenção de recursos pelo Estado para a execução das funções que constitucionalmente deve desempenhar depende, primordialmente, da tributação de fontes externas ao seu próprio patrimônio, denominadas pela doutrina de “receitas públicas derivadas”. A relação tributária que se estabelece entre o Ente Público e o particular pode se caracterizar pela existência de uma obrigação tributária dita principal e outra acessória, não sendo regra o surgimento concomitante de ambas. Assim como no exercício da atividade tributante a Constituição impõe ao Estado limites ao seu poder de tributar, com merecido destaque à vedação ao confisco, há relevante interesse em se perscrutar se tais limites são aplicáveis também às multas decorrentes da violação de uma obrigação tributária, sobretudo às obrigações acessórias, que não possuem uma relação direta com o valor do tributo. Pretende o presente trabalho, partindo da imposição legal prevista no artigo 3º do Código Tributário Nacional que assevera que tributo não é sanção de ato ilícito, verificar se os limites impostos ao legítimo exercício do poder de tributar do Estado se estendem às multas por violação de obrigação tributária, em especial das acessórias.

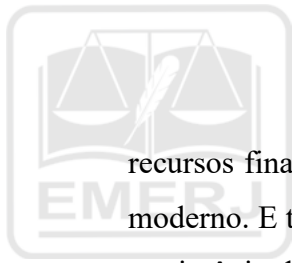
**Palavras-chave** – Direito Tributário. Obrigação tributária acessória. Multa. Confisco. Limite. Razoabilidade. Proporcionalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. As obrigações decorrentes da relação tributária e os limites impostos à atuação estatal. 2. O caráter não tributante da multa no âmbito do Direito Tributário e suas finalidades. 3. A possibilidade de aplicação dos limites ao poder de tributar às multas decorrentes do descumprimento de obrigação acessória quando não há inadimplemento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa propõe-se a discutir questão referente à existência de potencial caráter confiscatório de multa decorrente do descumprimento de obrigação tributária, quando não há inadimplemento do tributo. O tema aqui abordado é objeto de grande oscilação no entendimento dos Tribunais pátrios, não sendo destinatário de fonte normativa a disciplinar sua aplicação. A relevância atual se destaca por ser assunto submetido à análise do Supremo Tribunal Federal.

Não se questiona que os entes estatais, frente à necessidade de atender aos seus fins, notadamente na promoção de políticas sociais, como forma de garantir o bem-estar dos seus cidadãos, necessitam de recursos que os financiem. A própria máquina estatal necessita de



recursos financeiros para manter em atividade todas as estruturas indispensáveis a um Estado moderno. E tais recursos, fruto do pacto social que vincula Estado e cidadãos, são oriundos do patrimônio destes últimos.

Esse apoderamento, por parte do Estado, de parcela do patrimônio de seus cidadãos, fruto da relação tributária, não é realizada de forma ilimitada e injustificada. Os contribuintes são resguardados por normas insculpidas na Constituição da República de 1988, que busca equacionar as necessidades dos entes federados, e os direitos garantidos aos contribuintes, tal como a defesa à propriedade privada. É nesta seara que se destacam, dentre outros, princípios relevantes como o do não-confisco, presente no artigo 150, V da Constituição, que serve como verdadeiro anteparo às crescentes necessidades do ente tributante por recursos.

É certo que a relação tributária vigente entre Estado e seus cidadãos, aqui denominados “contribuintes”, não é um vínculo igualitário, havendo plena manifestação da força estatal, necessária para o fiel cumprimento das normas que disciplinam essa relação. Aplicam-se aqui diversos poderes administrativos, como o regulatório, o fiscalizatório, o de polícia, que se corporificam, dentre outras formas, pela aplicação de multas quando há uma violação dos deveres decorrentes da obrigação tributária.

A questão relevante é que essa multa decorrente de uma violação da obrigação tributária não é devida apenas quando há descumprimento da obrigação principal, qual seja, a de pagar tributo. A legislação tributária é abundante em impor uma série de atos aos contribuintes, cuja inobservância pode desencadear a aplicação de multa. Esse conjunto de encargos é conhecido como obrigação acessória, tendo por característica o fato de não estar necessariamente vinculada à obrigação principal, contando, portanto, como existência própria.

Chega-se assim ao ponto central que se busca aqui evidenciar. Assim como a atividade tributante, indispensável para a manutenção do Estado, encontra limites bem definidos na Constituição, como forma de proteger o contribuinte, também as multas decorrentes desta obrigação devem ser limitadas, muito embora não possuam natureza tributária. Entretanto, tais limites são menos claros, notadamente quando decorrem de atividade em que a obrigação tributária principal não impôs ao contribuinte o dever de pagamento.

A jurisprudência referente ao tema é díspare quanto aos parâmetros a serem observados para evitar o efeito confiscatório, que, como já observado, é vedado pela Constituição.

Como forma de desenvolver o presente artigo, o primeiro capítulo apresenta uma análise acerca das obrigações decorrentes da relação tributária e os limites impostos à atuação



estatal, com destaque para a relevância da previsão constitucional de mecanismos destinados a coibir eventuais condutas abusivas contrárias ao contribuinte, que formam os limites ao poder de tributar.

Segue-se para o segundo capítulo, no qual se aborda a natureza não tributária das multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias, sejam elas principais ou acessórias, e o tratamento dado em virtude da sua natureza.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta discussão quanto à possibilidade de aplicação dos limites ao poder de tributar também às multas por violação de obrigação tributária, especificamente de obrigação tributária acessória isolada, que carece de um valor de referência, por não haver um tributo devido.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, sobretudo no aspecto explicativo, recorrendo à pesquisa bibliográfica pertinente ao tema objeto de análise, bem como à jurisprudência dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, como forma de analisar os diferentes entendimentos em torno da questão, como forma de defender a tese apresentada.

## 1. AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA E OS LIMITES IMPOSTOS À ATUAÇÃO ESTATAL

A formação do Estado foi, na sua gênese, fruto da necessidade humana de estabelecer balizas mínimas que permitissem o convívio e a interação no primórdio das organizações sociais. Buscou-se substituir o comando errático do mais forte por um conjunto de regras minimamente estabelecidas e de conhecimento prévio, destinadas a estabelecer parâmetros que garantissem a existência tanto do grupo social como dos indivíduos que os formavam.

O Estado como estrutura social organizada tem sua evolução atrelada à história humana, sempre se adaptando às necessidades oriundas de cada era. Se em um momento inicial a ideia primitiva de Estado servia ao propósito de garantir a coexistência do grupo, ainda que estritamente familiar, logo passou a ser elemento que propulsionava a conquista de novos territórios, incentivando uma séria de desenvolvimentos tecnológicos, culturais, ideológicos, dentre outros. Nessa linha, oportuna a lição do professor Jorge Miranda<sup>1</sup>, que assim sintetiza o desenvolvimento do Estado:

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.23.



Quer como ideia ou concepção jurídica ou política quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes ampliando.

É neste evoluir que, em suas lições, o professor Jorge Miranda<sup>2</sup> destaca os variados tipos de Estado, segundo a classificação de Jellinek, iniciando no Estado Oriental, o Grego, o Romano, o Medieval até a formação do Estado Moderno. Como mencionado, cada um deles se adequava a um momento histórico, visando a atender necessidades pontuais. Eis que nasce o Estado Moderno, resultante da alteração das forças sociais e da necessidade de resguardar, na implantação do capitalismo, direitos fundamentais de primeira geração, como o direito à propriedade privada.

Nas palavras de Raymundo Faoro<sup>3</sup>:

Na transição de uma estrutura a outra, a nota tônica se desviou – o indivíduo, de súdito, passa a cidadão, com a correspondente mudança de converter-se o Estado de senhor a servidor, guarda da autonomia do homem livre. A liberdade pessoal, que compreende o poder de dispor da propriedade, de comerciar e produzir, de contratar e contestar, assume o primeiro papel, dogma de direito natural ou da soberania popular, reduzindo o aparelhamento estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Somente a lei, como expressão da vontade geral institucionalizada, limitando o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legitima as relações entre os dois setores, agora ríspidamente separados, controláveis pelas leis e pelos juizes.

Forçoso mencionar que a criação e manutenção do Estado, como expressão concreta do pacto social, não se dá sem que haja a necessidade, por parte daqueles que o integram, de contribuírem com o fruto de suas riquezas. A atuação estatal, direcionada no atendimento dos anseios da sociedade, demanda recursos que são, comumente, obtidos diretamente no patrimônio dos cidadãos. Nesse ponto, a atividade financeira<sup>4</sup> da máquina pública, objeto de estudo do Direito Financeiro, se interliga ao Direito Tributário, já que a tributação é um dos principais meios de obtenção de recursos pelo Estado.

A obtenção de recursos pelo Estado por meio da tributação decorre da sua soberania, fonte da legitimidade da criação de um vínculo obrigacional entre o ente tributante e o cidadão, denominada de obrigação tributária. Esclarece a doutrina que “o Estado acha-se investido do poder de soberania para obter das pessoas juridicamente a ele subordinadas as

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 25-33.

<sup>3</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001, p. 820.

<sup>4</sup> De acordo com os ensinamentos do professor Ricardo Lobo Torres: “Atividade financeira é o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas”. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3.





contribuições pecuniárias necessárias à consecução de seus fins”<sup>5</sup>. Entendo tal exercício de soberania como sendo a manifestação direta do poder de tributar.

Constitui a obrigação tributária o vínculo jurídico que estabelece direitos e deveres entres os obrigados. Possui como característica imutável, o fato de ter no polo ativo um ente político, detentor de soberania. Há ainda a possibilidade de delegação da capacidade ativa para arrecadação, quando então ocupará o polo ativo pessoa jurídica de direito público. De outro lado, encontra-se o contribuinte, que suportará a retirada de parcela de seu patrimônio para permitir o atendimento das necessidades públicas pelo Estado.

A legislação divide a obrigação tributária em duas, conforme se depreende do art. 113 do CTN<sup>6</sup>, possuindo cada qual naturezas distintas. Há a obrigação principal, que decorre de uma obrigação de dar. Trata-se da obrigação fim, já que é por meio desta que o ente tributante irá obter de forma concreta os recursos para a consecução de suas atividades.

Aliada à obrigação tributária principal, há a obrigação tributária acessória, que se caracteriza por ser uma obrigação de fazer ou não fazer. Conforme ensina Ricardo Alexandre<sup>7</sup>, “a relação de acessoriedade, em Direito Tributário, consiste no fato de que as obrigações acessórias existem no interesse da fiscalização ou arrecadação de tributos, ou seja, são criadas com o objetivo de facilitar o cumprimento da obrigação tributária principal”.

Denota-se que ambas as obrigações que decorrem do vínculo obrigacional tributário possuem existência autônoma, visando a atender interesses distintos. De um lado, a obrigação tributária, como já mencionado, fornecerá de modo efetivo os recursos necessários a implementação das políticas públicas e manutenção do Estado. Por sua vez, as obrigações acessórias importam em meio de facilitar o controle por parte do Estado, não sendo raras as hipóteses em que se constitui como única obrigação unindo contribuinte e Estado.

O poder de tributar, embora tire seu fundamento de validade diretamente da soberania do Estado, não é por si só um poder ilimitado. Assim como ele se confunde com o próprio Estado, por ser desde o princípio uma das facetas mais concretas de atuação do ente estatal, sofreu também modificações e limitações. Deve-se ter claro que o Estado moderno visa a resguardar, sobretudo por meio da realização de políticas pública, os direitos fundamentais, sobretudo com a mudança de identificação de súditos para cidadãos.

<sup>5</sup> ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 219.

<sup>6</sup>BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>7</sup> ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 357.



Inquestionável que um dos direitos a serem resguardados pelo Estado é o direito de propriedade, que engloba todo o conjunto de riquezas de titularidade do cidadão. E é visando a compatibilizar a existência de duas atividades inicialmente antagônicas, que decorre a relevância desse conjunto de regras e princípios denominado “limitações constitucionais ao poder de tributar”.

O Estado como ente garantidor dos anseios da sociedade, deve assegurar aos seus cidadãos a proteção dos seus direitos, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. De outro lado, para alcançar tal finalidade, o Estado requer recursos que são obtidos, essencialmente, no patrimônio dos cidadãos. Observa-se assim que a Constituição, ao estabelecer as diretrizes para o Estado realizar sua função primordial, concedeu o poder para esse exercício e a obtenção dos meios necessários, simultaneamente, fixou limites intransponíveis ao exercício da sua própria soberania, restringindo o exercício do poder de tributar.

Segundo Luiz Emygdio<sup>8</sup>:

O poder de tributar decorre diretamente da Constituição, e, por isso, o seu art. 145 reza que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria, e os arts. 148 e 149 permitem à União instituir empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais. Entretanto, a própria Constituição encarrega-se de limitar o exercício do poder de tributar pelo Estado visando a estabelecer um equilíbrio entre poder impositivo e cidadania. A existência do Direito tributário depende de estar o Estado, no desempenho de sua atividade tributária, submetido à lei, pelo que o poder de tributar não pode ser exercido através da força. Se o for, não há que se falar em Direito Tributário nem em Estado de Direito.

Desse conjunto de regras e princípios, presentes no texto constitucional nos art. 150 a 152<sup>9</sup>, apresenta relevância para o presente trabalho o princípio do não-confisco, conforme denominação usualmente empregada pela doutrina, cujo fundamento legal de existência é o art. 150, V da CRFB 88<sup>10</sup>. Conforme leciona Ricardo Alexandre<sup>11</sup>, tal princípio se confunde com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja observância deve estar presente no exercício do poder de tributar pelo Estado.

Contudo, questão que sempre atormentou a doutrina e é fruto de profunda divergência doutrinária, se refere à ausência de critérios claros destinados a estabelecer o que se entende por efeito confiscatório. Tal discussão é de relevante importância, já que a fixação de tributação em patamar elevado pode inviabilizar a expansão ou mesmo o desenvolvimento

<sup>8</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., p. 221.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> ALEXANDRE, op. cit., p. 186.



de uma atividade econômica, ou configurar o desrespeito a direitos fundamentais de um indivíduo.

Acrescente-se a isso que muito embora os tributos estejam submetidos à limitação dos princípios, tal como o princípio do não confisco, questão que demanda detida análise refere-se as multas decorrentes dos descumprimento de obrigação tributária, seja ela principal ou acessória. De acordo com o art. 3º do CTN<sup>12</sup>, tributo não pode ser sanção de ato ilícito. Assim, o descumprimento de uma obrigação tributária, em flagrante desrespeito ao poder de tributar, caracteriza um ato ilícito, a ser sancionado pela aplicação de multa.

O ponto primordial, e que é objeto de apreciação na repercussão geral tema 487 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>, passa por se determinar se, especialmente quando há apenas a obrigação tributária acessória, em ocorrendo violação desta, a multa dela decorrente se submete às limitações ao poder de tributar, com destaque para o princípio do não-confisco, e como se daria a caracterização de eventual efeito confiscatório.

## 2. O CARÁTER NÃO TRIBUTANTE DA MULTA NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO E SUAS FINALIDADES

Na classificação das receitas públicas, as multas aplicadas pelo ente público, fruto do exercício de seu poder de império<sup>14</sup>, são classificadas como receitas públicas derivadas, que de acordo com os ensinamentos de Ricardo Alexandre, são aquelas que decorrem da atuação do Estado que, “agindo como tal, utiliza-se das suas prerrogativas de Direito Público, edita uma lei obrigando o particular que pratique determinados atos ou se ponha em certas situações a entregar valores aos cofres públicos, independente de sua vontade”<sup>15</sup>.

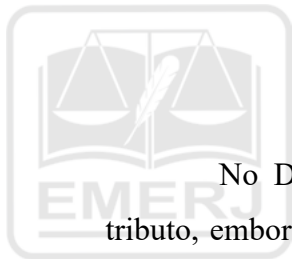
Tem-se, assim, que o descumprimento de um dever imposto pelo Estado, em regra, acarretará ao particular uma penalidade, que muitas vezes poderá redundar na observância de adimplir uma obrigação pecuniária, denominada “multa”, que nada mais é que a pena imposta em dinheiro.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 487: Caráter confiscatório da “multa isolada” por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4071634&numeroProcesso=640452&classeProcesso=RE&numeroTema=487#>>. Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>14</sup> O professor Ricardo Lobo Torres menciona o Poder Financeiro: “A atividade financeira emana do poder ou da soberania financeira do Estado. O poder financeiro por seu turno, é a parcela ou emanção do poder estatal (ou da soberania), ao lado do poder de polícia, do poder penal, do poder de domínio eminente.” TORRES, op. cit., p. 4.

<sup>15</sup> ALEXANDRE, op. cit., p. 38.



No Direito Tributário, oportuno destacar que a multa não integra o conceito de tributo, embora compartilhe com este a mesma origem, sendo certo que ambos decorrem de uma obrigação tributária. Enquanto o tributo deriva de uma postura ativa no sentido de realizar a conduta descrita como fato gerador, a multa se evidencia pelo descumprimento de um dever imposto pela obrigação a ser adimplida.

O festejado tributarista Ricardo Lobo Torres<sup>16</sup>, no intuito de traçar uma clara distinção entre o poder de tributar e o de punir, assim asseverava:

Inconfundíveis o poder de punir e o poder de tributar. Estremam-se pela natureza e objetivo. O poder de punir, atribuído ao Estado no pacto constitucional, destina-se a garantir a validade da ordem jurídica. O poder de tributar, restringindo a propriedade privada, procura garantir ao Estado o dinheiro suficiente para atender às necessidades públicas. Aproximam-se, entretanto, por terem sede constitucional e por se constituírem no espaço aberto pela liberdade.

O art. 3º do CTN<sup>17</sup> define tributo como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. E é especificamente quanto à impossibilidade de se poder considerar o tributo como uma sanção de ato ilícito, que se localiza o ponto de distinção entre tributo e multa para fins tributários.

De acordo com a clássica lição de Hugo de Brito Machado<sup>18</sup>:

Quando se diz que o tributo não constitui sanção de ato ilícito, isto quer dizer que a lei não pode incluir na hipótese de incidência tributária o elemento ilicitude. Não pode estabelecer como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação de pagar um tributo uma situação que não seja lícita. Se o faz, não está instituindo um tributo, mas penalidade. Todavia, um fato gerador de tributo pode ocorrer em circunstâncias ilícitas, mas essas circunstâncias são estranhas à hipótese de incidência do tributo, e por isso mesmo irrelevantes do ponto de vista tributário.

Por sua vez, a multa em matéria tributária insere-se no gênero “sanções tributárias”, sendo uma espécie de penalidade pecuniária, que de acordo com a melhor doutrina, se divide em “multas fixas”, “multas proporcionais” e “acréscimos moratórios”.

As multas fixas representam na maioria dos casos a sanção pecuniária aplicada ao descumprimento de uma obrigação acessória. Conforme mencionado rapidamente no capítulo 1, o art. 113 do CTN<sup>19</sup> divide a obrigação tributária em principal e acessória, devendo-se entender por acessória àquela que “decorre da legislação tributária e tem por objeto as

<sup>16</sup> TORRES, op. cit., p. 323.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>18</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 73.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.



prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

Em suma, as obrigações acessórias visam, via de regra, a assegurar meios para tornar mais eficaz a fiscalização, por parte do ente tributante, do cumprimento da obrigação principal, muito embora seja possível a existência autônoma da obrigação acessória.

Por sua vez, as multas proporcionais derivam do não adimplemento de uma obrigação principal, ou seja, do não pagamento do tributo em si. São proporcionais em virtude de decorrerem do descumprimento de uma obrigação mensurável, razão pela qual representam um percentual do valor devido na obrigação principal.

Nesse ponto reside relevante distinção com as multas decorrentes do descumprimento de obrigação acessória, já que nesta não há um parâmetro valorativo objetivo decorrente de um fato gerador, como na multa decorrente da violação da obrigação principal. Deste modo, cabe a lei que determina a penalidade, estabelecer os parâmetros a serem utilizados para valorar a penalidade a ser aplicada, parâmetros estes cujo dever de observar os limites ao poder de tributar, como a vedação ao não confisco, constitui ponto controversa e nebulosa determinação.

Por fim há os acréscimos moratórios, presentes nos casos em que se verifica a ocorrência da denúncia espontânea que, nos termos do art. 138 CTN<sup>20</sup>, exclui a responsabilidade pela infração. Neste caso, a denúncia deverá ser acompanhada do tributo devido, sendo acrescida de juros, o que caracteriza os chamados acréscimos moratórios, que “possuem caráter meramente indenizatório do prejuízo sofrido pelo Fisco por não receber o pagamento do tributo no prazo”<sup>21</sup>.

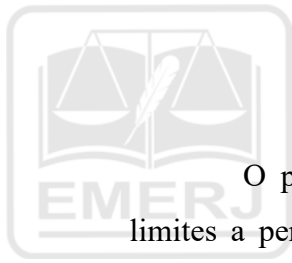
A distinção das espécies de multa pecuniárias permite uma melhor compreensão quanto à aplicação dos limites ao poder de tributar no que concerne às penalidades tributárias. Enquanto as multas moratórias, por decorrerem do direito do Estado à indenização decorrente da impontualidade no pagamento pelo sujeito passivo, refletirá a atualização devida do tributo devido, as multas punitivas receberão tratamento distinto.

Por decorrerem do descumprimento de um dever imposto pelo ordenamento jurídico, o sujeito passivo que não observou a obrigação tributária originada a partir do fato gerador, seja a obrigação de natureza principal ou acessória, ficará devedor não apenas do valor do tributo, no caso da obrigação tributária, como também da penalidade prevista na legislação para a infração cometida.

---

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> ROSA JUNIOR, op. cit., p. 605.



O ponto nefrágico que merece detida análise refere-se à existência de eventuais limites a penalidade a ser imposta pelo descumprimento de obrigação tributária. Como já analisado, a multa não pode ser entidade como tributo, embora coexista ao lado deste sempre que se encontre caracterizada a violação de uma obrigação de natureza tributária.

Os limites ao poder de tributar, ou seja, os limites a serem observados pelo Estado ao estabelecer normas que o autorizem a adentrar no patrimônio do particular para destes retirar os recursos necessários para garantir as suas necessidades vitais e o bem social, encontram-se bem discriminados, tendo sido merecedores de tratamento constitucional, notadamente nos arts. 150, 151 e 152 da CRFB88<sup>22</sup>.

Porém, não compartilhando as multas tributárias a mesma gênese que o tributo, sendo excluídas do conceito deste por força de lei, a sua não inclusão no rol dos limites ao poder de tributar do Estado constituiria uma forma de burla a limitação de poderes do Estado, que, em última *ratio*, poderia ter na multa pela violação de uma obrigação tributária, e não no próprio tributo, a sua fonte de receita principal. Tal controvérsia se torna ainda mais premente ao se analisar a multa nos casos de obrigação tributária acessória que não geram crédito, ou seja, que se consubstanciam na violação de um fazer ou não fazer imposto pelo Estado para facilitar sua atividade tributante. Nesta, a falta de um valor de referência pelo fato de não haver tributo a ser pago, demanda ainda mais cautela no estabelecimento de parâmetros claros que não venham a constituir verdadeira afronta aos limites que devem ser observados pelos tributos.

### 3. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS LIMITES AO PODER DE TRIBUTAR ÀS MULTAS DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA QUANDO NÃO HÁ INADIMPLEMENTO

Conforme já exposto, o Direito Tributário guarda papel de destaque no que concerne à realização, pelo Estado, de suas finalidades, sendo certo que os recursos necessários para o implemento das políticas públicas decorre das receitas públicas derivadas, objeto de estudo desta disciplina.

O poder de tributar é uma das manifestações do exercício da soberania estatal, e se destina a prover os meios necessários à consecução dos objetivos fundantes do Estado, já que “o Estado não existe em si ou por si; existe para resolver problemas da sociedade

---

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



quotidianamente; existe para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem-estar e progresso”<sup>23</sup>.

A correlação entre os conceitos de soberania e do poder de tributar fica clara nas palavras do doutrinador Hugo de Brito Machado<sup>24</sup>, que assim leciona:

Caracteriza-se a soberania como a vontade superior às vontades individuais, como um poder que não reconhece superior. No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.

A manifestação do poder de tributar, no entanto, assim como os demais poderes titularizados por um Estado que se submete a uma ordem constitucional democrática, encontra-se limitado, como forma de resguardar os direitos individuais, remontando-se aos termos iniciais de proteção dos direitos que justificaram a celebração do Contrato Social de acordo com os ideais de Rousseau<sup>25</sup>.

Adquirem relevo nessa relação, por vezes de difícil equilíbrio, os limites ao poder de tributar, expressamente previstos na Constituição da República, com especial referência ao princípio do não confisco, disposto no art. 150, IV da Carta Constitucional<sup>26</sup>.

Deve-se perquirir, contudo, a quem cabe a vigília quando do respeito aos limites ao poder de tributar e a correta aplicação dos seus institutos e princípios, como o da vedação ao confisco, ou apenas, não confisco. Não se desconhece que a atividade arrecadatória é dirigida pelo Executivo, seguindo para tal os atos que emanados da sua legítima atribuição regulamentar, mas também pelo Poder Legislativo, de onde se origina o arcabouço legal que regula toda a norma tributária que embasa a obtenção de recursos.

Mesmo fora da relação eminentemente tributária, não sobram dúvidas de que cabe ao Poder Judiciário o papel de pacificador, com o objetivo de adequar as atuações dos demais Poderes da República com os preceitos insculpidos na Constituição. O desempenho de tal função não é desconhecido, sendo segundo Humberto Ávila mesmo essencial, já que “sem o controle do Poder Judiciário não há sequer como comprovar a justificabilidade da medida adotada por outro Poder”<sup>27</sup>.

No campo concernente ao Direito Tributário, o desempenho de tal papel pelo Poder Judiciário torna-se ainda mais premente, cabendo-lhe a tarefa de decidir quando não apenas

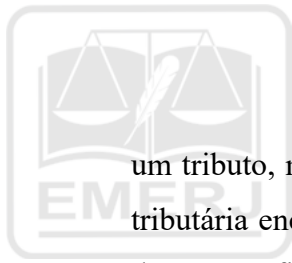
<sup>23</sup> MIRANDA, op. cit., p. 214.

<sup>24</sup> MACHADO, op. cit., p. 49.

<sup>25</sup> WEFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000, p.194.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 187.



um tributo, mas uma multa decorrente da violação das obrigações originadas de uma relação tributária encerra em si o condão confiscatório, em flagrante desrespeito não só ao princípio do não confisco, mas como forma de dar plena efetividade ao direito de propriedade previsto no art. 5º, XXII da CRFB88<sup>28</sup>.

De acordo com as palavras de Hugo de Brito Machado<sup>29</sup>:

Cabe ao Judiciário dizer quando um tributo é confiscatório. A regra constitucional, no mínimo, deu ao Judiciário mais um instrumento de controle da voracidade fiscal do Governo, cuja utilidade certamente fica a depender da provocação dos interessados e da independência e coragem dos magistrados, especialmente dos que integram o Supremo Tribunal Federal.

Oportuno asseverar que tal controle não deve ser ater unicamente ao tributo. Muito embora o art. 3º do CTN<sup>30</sup> afirme que tributo é toda a prestação pecuniária que não constitua sanção de ato ilícito, não estendendo tal assertiva para as multas tributárias, não há dúvidas de que ao se negar a aplicação das limitações ao poder de tributar, sobretudo o princípio do não confisco em conjunto com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estar-se-ia admitindo a ocorrência de verdadeira burla à proteção constitucional, podendo-se admitir multa com valor em muito superior à do tributo devido.

O Supremo Tribunal Federal não se mantém alheio a essa questão, evoluindo no tratamento da análise da limitação das multas tributárias nas suas diferentes vertentes, ou seja, multas que possuem como fundamento a prática de um ilícito tributário, multas que resultem de mora do contribuinte, e multas que sejam decorrentes da inobservância de uma obrigação tributária acessória.

Em relação às multas decorrentes da prática de ilícito tributário ou mesmo de mora, que guardam intrínseca relação com as obrigações tributárias principais, o Supremo Tribunal Federal já entende ser possível a sua redução, como forma de garantir a justiça na solução do litígio. Apesar disso, as soluções apresentadas têm sido casuísticas, pautando-se na análise do caso concreto.

Corroborando para isso as palavras do Ministro Roberto Barroso<sup>31</sup>, que no julgamento do AgR AI nº 727872 RS, afirmou que “é possível realizar uma dosimetria do conteúdo da vedação ao confisco à luz da espécie de multa aplicada no caso concreto”.

Mostra-se ainda mais premente a aplicação das limitações ao poder de tributar nas situações que decorrem da aplicação de multa por descumprimento de obrigação tributária

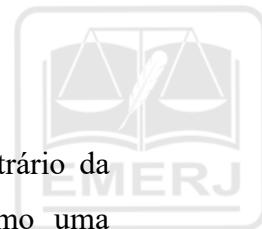
<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>29</sup> MACHADO, op. cit., p. 60.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 727872 AgR / RS*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur304805/false>>. Acesso em: 17 set. 2021.





acessória, que conforme explicadas pelo doutrinador Ricardo Alexandre<sup>32</sup>, ao contrário da obrigação principal, que pressupõem uma obrigação de dar, configuram-se como uma obrigação de fazer ou de não fazer, cuja existência não depende de uma obrigação tributária principal, e que não configuram ilícito nem mesmo inadimplemento, tendo por função auxiliar o fisco na fiscalização da arrecadação.

A necessidade de definição de limites claros pauta-se no fato de que, sobretudo nas multas aplicadas quando da inobservância de obrigações tributárias acessórias em que não há inadimplemento, ou seja, aquelas em que não há tributo a ser pago, sendo a obrigação acessória o único elemento a caracterizar a relação tributária, a falta de um *quantum* devido dificulta sobremaneira o estabelecimento de um padrão valorativo, como forma de se verificar se, no caso concreto, a multa aplicada, denominada multa isolada, viola os princípios do não confisco, bem como da razoabilidade e da proporcionalidade.

Frente à possibilidade de o Ente Público, ao exercer seu legítimo direito de impor as sanções previstas, exorbitar das garantias previstas na Carta Constitucional, é que ganha, destacado papel o Poder Judiciário, como garantidor da correta aplicação dos limites que devem pautar a atuação da atividade tributária na sociedade, visando o estabelecimento de regras claras na apreciação dos abusos no exercício do poder de tributar, buscando fixar parâmetros objetivos que permitam a efetividade na aplicação justa das garantias.

## CONCLUSÃO

A atuação do Estado no exercício das atividades indispensáveis à manutenção do aparato estatal e à implantação das políticas públicas destinadas à conquista do bem social é permeada por limites estabelecidos na Constituição da República e que se irradiam para a legislação infraconstitucional, cuja finalidade precípua é a preservação dos direitos fundamentais, ante a diferença na correlação de forças entre o ente público e o particular.

Desde os seus primórdios o Estado recorreu a fontes de riquezas de terceiros para auferir os recursos indispensáveis à sua manutenção e ao desempenho de suas atividades, já que as receitas oriundas de seu patrimônio, denominadas de receitas originárias, nem sempre se mostraram suficientes para o cumprimento do dever estatal.

Origina-se dessa necessidade mais uma relação entre Estado e particulares, ao se submeterem à soberania daquele, inserem-se em uma relação tributária com o Estado,

---

<sup>32</sup> ALEXANDRE, op. cit., p. 356.



tornando-se sujeitos numa obrigação tributária que tem por finalidade a captação de recurso pelo Estado, constituindo assim a chamada receita pública derivada. Essa relação obrigacional tributária reparte-se em obrigação tributária principal, que se relaciona diretamente com a obtenção de recurso em si, e a obrigação acessória, que são deveres anexos destinados ao exercício da atividade tributária.

O grande desafio que se buscou enfrentar com o presente trabalho é verificar se as sanções impostas pelo descumprimento de uma obrigação tributária, que se traduz em um ilícito, e assim sendo, por definição legal não se confunde com o tributo, estariam amparadas pelo mesmo arcabouço principiológico que limita a atuação do Estado no seu poder de tributar.

A relevância dessa análise ganha destaque especial quando se observa a questão das multas impostas ao descumprimento de uma obrigação acessória isolada, na qual houve a inobservância de um dever acessório, porém sem que se verificasse a existência de uma obrigação tributária principal, que pudesse servir de baliza para a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, contribuindo para o respeito ao princípio do não confisco.

Nesse sentido, observou-se que os limites ao poder de tributar pelo Estado tem aplicação reconhecida pelo Poder Judiciário, não só em relação aos tributos, como também nas multas decorrentes da violação de uma obrigação tributária, muito embora sem que se verifique a existência de parâmetros objetivos, essencial para que se respeite a segurança jurídica, indispensável no relacionamento entre Estado e particulares e se assegure a efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 17 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AI n° 727872 AgR/RS*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur304805/false>>. Acesso em: 17 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Tema 487*: caráter confiscatório da “multa isolada” por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4071634&numeroProcesso=640452&classeProcesso=RE&numeroTema=487#>>. Acesso em: 17 set. 2021.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001, p. 820.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. V.1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000.



## A NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO PRAZO DE APRESENTAÇÃO DA QUEIXA CRIME DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Alexandra Ferreira Gregorio.

Graduada pelo Centro Universitário da Cidade do Rio de Janeiro. Advogada. Graduada em Psicologia pela Universidade Estácio de Sá. Psicóloga.

**Resumo** – Atualmente, o prazo para oferecimento da queixa crime é de 6 meses para os crimes que envolvam violência doméstica contra mulher. Entretanto, as situações de violência dentro do lar perduram por um tempo maior do que o esguio prazo. Com as transformações sociais, evidencia-se que embora a legislação tenha sido atualizada, o prazo para apresentação da queixa crime continua o estabelecido em 1941. Esse prazo, de 60 anos atrás, não corresponde com a realidade da sociedade atual, marcada pelo crescimento da internet e dos movimentos feministas. Atualmente, é comum as mulheres exporem o segredo das agressões sofridas nas redes sociais muito tempo depois do prazo da apresentação da queixa crime e a partir dessa revelação ocorre um efeito cascata: outras mulheres também vítimas criam coragem para expor o agressor. Porém para elas, o prazo de apresentação da queixa crime se esgotou e isso acarreta alterações na persecução penal. O presente artigo busca enfatizar a necessidade de um prazo maior em razão dos avanços sociais e do comportamento atual da sociedade na busca da persecução penal do agressor.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Direito Processual Penal. Violência Doméstica. Mulher.

**Sumário** – Introdução. 1. O surgimento dos instrumentos de combate à violência doméstica. 2. A relevância das redes sociais na modificação do comportamento das vítimas de violência doméstica. 3. A necessidade de extensão do prazo de apresentação da queixa crime. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A violência contra mulher sempre assombrou a sociedade, principalmente as mulheres em situação de violência doméstica. Nesse aspecto o Brasil conta apenas com uma legislação específica para repressão desse tipo de crime. Muito embora a Lei Maria da Penha venha de encontro aos anseios sociais para a proteção da mulher, na prática a sua aplicação se mostra ineficaz, pois por mais que se busque coibir a violência por meio da punição ao agressor, este continua a perpetuar a situação de violência contra a mulher.

Além disso, é possível perceber que na sociedade atual, somada a deficiência da lei, ainda há muito medo de propor a queixa crime contra o agressor. O sistema penal brasileiro cria uma impressão de impunidade ao permitir que o agressor aguarde todo o deslinde processual em liberdade em razão de dogmas constitucionais. Essa “lacuna” na lei é um dos



fatores que agrava o medo da vítima em ser novamente vítima de nova agressão em razão da vingança do agressor pela notícia das violações criminosas às autoridades.

Outro aspecto que se evidencia é que em muitos casos a mulher não tem meios de se afastar do lar e do agressor, seja por dependência financeira deste ou seja pela equívoca crença de que ela conseguirá mudar o seu comportamento. É comum o agressor culpar a vítima pelas injúrias, uma vez que a faz crer que ela as desencadeou por meio do seu comportamento. Deste modo, o agressor promove uma inversão de papéis que inibe ainda mais a vítima a promover a queixa crime. A mulher de vítima passa a ser culpada e não consegue sair daquele ciclo de violência. Quando resolve expor o fato, há o entrave do prazo.

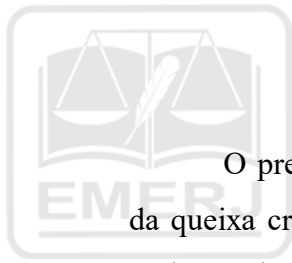
Diante dessa realidade, o prazo para a apresentação de queixa crime nos casos de violência doméstica contra mulher se revela insuficiente. O prazo atual é de 6 meses por força do artigo 103 do Código Penal de 1941. Após este prazo, ocorre a chamada decadência do direito de queixa, isto significa que, se em 6 meses a contar da data da agressão, a mulher não noticiar o fato e o agressor junto as autoridades para que se forme a queixa crime, passado esse prazo, não poderá fazê-lo pois o seu direito se extinguiu.

Essa extinção do direito de promover a queixa crime precisa ser analisada pelo viés da vítima e dos motivos que a fazem perder o prazo e se manifestar posteriormente nas redes sociais de modo a expor de forma pública a sua dor, o trauma sufocado de que tempos atrás foi vítima de violência dentro de um relacionamento amoroso ou familiar com o agressor.

Essas revelações são impulsionadas pelas transformações sociais por meio de movimentos feministas que buscam enaltecer a mulher como protagonista de sua história. As redes sociais promovem uma verdadeira união e encorajamento coletivo que faz com que a vítima exponha a violência sofrida. A partir do relato da primeira vítima de violência doméstica de determinado agressor, surgem as vítimas anteriores que não denunciaram, mas que foram vítimas de violência da mesma natureza que a denunciante.

A problemática se insere no aspecto de que essas vítimas anteriores que não denunciaram não se encontram mais amparadas pela legislação para que se promova toda a instrução penal em reprimenda ao fato delituoso cometido pelo agressor. Para essas vítimas pretéritas não é mais possível propor a queixa-crime vez que como resultado da demora, o prazo determinado na lei transcorreu e se esgotou.

Assim, o combate a violência doméstica resta prejudicado não apenas para as vítimas, mas para a sociedade em geral e para os esforços de combate à ocorrência de novos casos por meio das autoridades e das políticas públicas e, conseqüentemente, afasta-se do caminhar à erradicação desse tipo de violência no país.



O presente artigo busca esmiuçar os benefícios de um prazo maior para a proposição da queixa crime nos casos de violência doméstica. O objetivo é abarcar as vítimas que não puderam denunciar em determinada época, em razão do medo ou de situação de dependência do agressor, mas que posteriormente se sentem mais seguras para denunciar ou são derivadas de um efeito cascata promovido pelas redes sociais a partir da publicidade da primeira denunciante. Também busca explicitar quais os impactos sociais e jurídicos que um prazo maior poderá ter no combate as formas de violência doméstica contra mulher.

No primeiro capítulo, é apresentado um breve resumo de como surgiu a legislação específica para regular as questões de violência doméstica no território nacional e quais mecanismos ela dispõe e dela se originaram na busca de proteger a mulher vítima de violência doméstica e de conscientizar a sociedade de que este é um dos seríssimos problemas sociais do país.

No segundo capítulo, é exposto o impacto das redes sociais no comportamento das mulheres vítimas de violência doméstica e como se forma o efeito cascata do surgimento de vítimas que descortinam nas redes sociais aquilo que sofreram e como a empatia e o acolhimento são diferenciais para o encorajamento da vítima. Também, é feita uma análise se as redes sociais têm mais impacto ao agressor por meio da prática de cancelamento do que a legislação penal.

Por fim, no terceiro e último capítulo, são revelados os motivos da necessidade da extensão do prazo de apresentação da queixa crime frente aos avanços e anseios sociais e os benefícios que este terá no combate a violência doméstica tanto no âmbito social quanto no âmbito processual penal.

O artigo será estruturado com a utilização do método hipotético dedutivo. A partir desse olhar e com apoio nos dados quantitativos que evidenciam os índices de violência doméstica pelo Brasil, busca-se propor uma reflexão orientada para que o prazo seja atualizado e estendido como reflexo do comportamento social fundado na possibilidade de diminuição dos índices de violência doméstica contra mulher e da sensação de impunidade.



## 1. O SURGIMENTO DOS INSTRUMENTOS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência contra mulher é um problema meu, seu e de todos nós. A cada dois minutos uma mulher é agredida no Brasil. No ano em que se comemoram os 15 anos de existência da lei Maria da Penha<sup>1</sup>, as estatísticas e o comportamento social demonstram que apesar da lei, ainda há muito a evoluir no combate à violência contra a mulher rumo a sua erradicação.

Desde a criação da Lei nº 11.340, de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, que tem este nome pois nasceu dos esforços de Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de diversas agressões no âmbito doméstico, dentre elas duas tentativas de homicídio. Ambas praticadas pelo seu cônjuge. Em uma das tentativas, ela foi atingida por um tiro que resultou na paralisação permanente dos membros inferiores e relegou o resto de seus dias a prisão a uma cadeira de rodas para locomoção.

Mesmo com esse fatídico quadro, o cônjuge agressor permanecia livre valendo-se das brechas do sistema penal brasileiro para não ser levado à prisão, muito embora tenha sido condenado pelos crimes. Assim, diante dos entraves à consecução da prisão do seu agressor, marcada pela sensação de impunidade evidenciada após quinze anos de trâmite processual, Maria da Penha levou seu caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>2</sup>. Esse feito resultou na condenação do Brasil pela ineficácia judicial, na tão aguardada prisão do agressor e mais tarde, na elaboração da lei que ganhou seu nome em homenagem.

A Lei Maria da Penha é considerada um marco no combate a violência doméstica contra a mulher. Em seu artigo 5º, traz a importante definição do conceito de violência doméstica, *in verbis*: “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Em seguida, seus incisos dispõem que a prática da violência para enquadrar nessa legislação especial deve ser caracterizada no âmbito da unidade doméstica, familiar e em qualquer relação íntima de afeto, independente de convivência ou coabitação, e ainda, de orientação sexual. Após o advento da lei, diversos instrumentos foram criados a fim de minimizar a ocorrência de casos de violência doméstica e de proteger as vítimas nessa situação. Os artigos da legislação foram aperfeiçoados e alterados ao longo

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 28 mai. 2021.

<sup>2</sup> O CASO levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu o número de 12.051. Integra disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em: 27 mai. 2021.



desses treze anos, mas ainda se mostram ineficazes frente ao sistema judicial para a reprimenda de novos casos e de efetiva punição dos agressores.

A proteção à vítima, com a previsão de afastamento do agressor do lar e do convívio, na forma da chamada “medida protetiva” ainda enfrenta o óbice do seu cumprimento pelo agressor. Não raro são os casos que tal medida, ainda que determinada pelo juiz, não passa de mero escrito no papel, que de nada serve ao seu propósito, pois mesmo ciente da ordem judicial para manter o afastamento, o agressor aproxima-se da vítima para cometer crime mais gravoso do que a primeira agressão.

A lei também confere à vítima a possibilidade de se afastar do lar e se abrigar em uma das casas de acolhimento para mulheres em situação de violência. Essas casas permitem que a mulher seja abrigada em local sigiloso por um exímio período até que recomece a vida após ter sofrido violência doméstica. Contudo, segundo dados do IBGE, apenas 2,4% dos municípios brasileiros dispõem de casas abrigo para mulheres em situação de violência, conforme levantamento feito pelo jornal O Globo<sup>3</sup>.

Muito embora sejam criadas campanhas e mecanismos para educar e informar a população acerca da violência doméstica contra a mulher e dos instrumentos que são disponibilizados às vítimas, a realidade brasileira está longe da idealizada pelo governo. A grande pergunta que se faz é de que forma é possível minimizar os casos de violência contra a mulher; se após a denúncia o agressor passará por todo sistema criminal e, ao fim do processo, ainda que condenado, cumprirá a sua pena em liberdade? E mais, como é possível, aquele que comete feminicídio – o assassinato de uma mulher em razão do seu gênero -, ainda assim, desfilar livre pela sociedade?

Segundo o anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública<sup>4</sup>, que compila os dados nacionais sobre violência de todas as espécies, dentre elas a doméstica contra a mulher, os índices de feminicídio – homicídio cometido em razão do gênero feminino, tipificado no artigo 121, §2º, VI do Código Penal – na última atualização em 2018, foi verificado um aumento de 11,3% em sua ocorrência e em 88,8% dos casos o agressor é o próprio companheiro da vítima.

Agravam esses fatos o perfil do agressor que, segundo especialistas em matéria publicada no site G1, em 19/04/2019, este é considerado o “cidadão de bem”, do qual as

---

<sup>3</sup>Treze anos após Lei Maria da Penha, só 2,4% das cidades têm casas-abrigo para mulheres. O Globo. 25 set. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/treze-anos-apos-lei-maria-da-penha-so-24-das-cidades-tem-casas-abrigo-para-mulheres-23972179>> Acesso em: 28 mai. 2021.

<sup>4</sup>FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Feminicídios em 2018*. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>> Acesso em: 28 mai. 2021.





pessoas de seu convívio duvidam que possam ser agressores. A matéria ainda ajuda a identificá-lo<sup>5</sup>. Porém, para o sistema criminal, a falta de antecedentes, o bom comportamento social e o prestígio que muitos têm e a invocação da polêmica tese de legítima defesa da honra<sup>6</sup> acabam por influir em uma eventual condenação.

Diante deste quadro fático, o que restam são as subnotificações, isto é, casos que ocorrem e não são informados às autoridades policiais. O medo de denunciar, a descrença no sistema processual penal e a exposição da vítima perante a sociedade, os amigos e os parentes, fazem com que a mulher se retraia e não denuncie o agressor. Assim, a cadeia de violência se repete inescrutavelmente até que aquela relação problemática termine ou que a mulher morra.

No combate a essa subnotificação, foi criada a Central de Atendimento à Mulher, uma central telefônica que atende pelo número de emergência 180, no qual a ligação é gratuita. A central tem funcionamento 24 horas por dia e sete dias por semana e, recebe denúncias sobre casos de violência doméstica; com o objetivo de estimular as denúncias, é permitido e garantido o anonimato do denunciante. Ainda, há o reforço por meio de campanhas institucionais para que vizinhos, conhecidos e todos os demais cidadãos que tenham conhecimento de uma ocorrência dessa natureza ajudem as autoridades a agirem na proteção da mulher.

Embora haja a substituição da mulher em uma primeira comunicação da ocorrência do fato às autoridades, para que haja um processo judicial, são imprescindíveis a colheita de provas e colaboração da vítima em relatar as agressões sofridas. Não raro é a negativa da mulher sobre a ocorrência de violência doméstica, seja por medo do agressor, seja por dependência econômica desse, ou seja, pelos impactos potencialmente negativos que aquela denúncia terá em sua vida profissional e/ou social.

---

<sup>5</sup>RODRIGUES, Matheus; TEIXEIRA Patrícia. *Especialistas traçam perfil de agressores de mulheres*: identifique características abusivas em 5 pontos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/04/19/especialistas-tracam-perfil-de-agressores-de-mulheres-identifique-caracteristicas-abusivas-em-5-pontos.ghtml>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

<sup>6</sup> A tese da legítima defesa da honra consiste na alegação de que a mulher foi vítima de violência em razão da defesa da honra objetiva do agressor – isto significa que o agressor justifica a violência contra a mulher como forma de reparar o demérito social sofrido. A tese era muito utilizada no plenário do tribunal do júri no julgamento de casos feminicídio, em razão de propor uma lógica de inversão da vítima mulher para culpada do crime que resultou em sua morte. Contudo, em março de 2021, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779, o Supremo Tribunal Federal, julgou inconstitucional a aplicação da tese ou alusão a ela nos crimes que tratam de violência contra a mulher, sob o fundamento de que ela fere a dignidade da pessoa humana, a proteção a vida e a igualdade de gênero. De acordo com o ministro Dias Toffoli, a tese é “estratagem cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida”. Ele também considerou a utilização da tese um recurso “odioso, desumano e cruel”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 779*. Inteiro teor disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>> Acesso em: 28 mai. 2021.



Mesmo com os esforços das autoridades em transformar a ação penal pública condicionada a representação nos crimes de violência contra mulher em ação penal pública incondicionada, na qual o Ministério Público pode assumir a titularidade da ação penal. Faz-se necessário um contexto probatório mínimo para que haja a caracterização da realização do tipo penal. Sem a colaboração na vítima toda a instrução criminal tornar-se prejudicada.

Cabe destacar que não há na legislação brasileira dispositivo que obrigue a vítima a depor ou a se submeter a exame de corpo de delito, isto porque, em razão dos preceitos constitucionais, são garantidos o direito ao silêncio e a integridade corporal. Diante desse quadro, o julgamento judicial não ocorre em razão de não haver uma ínfima prova da ocorrência do crime para que se possa proceder a denúncia e assim dar início ao processo judicial.

É nessa seara que a rede social cada vez mais tem ganhado espaço na vida cotidiana das pessoas e impacta diretamente na questão da violência doméstica. A exposição de situações de violência doméstica sofridas pelas vítimas nas redes sociais gera uma superexposição da ocorrência e a identificação do agressor, mesmo quando seu nome é ocultado. O julgamento social inicia-se antes mesmo do julgamento judicial. E o que se nota é um movimento que ganha força após a primeira denunciante: as outras aparecem.

## 2. A RELEVÂNCIA DAS REDES SOCIAIS NA MODIFICAÇÃO DO COMPORTAMENTO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O Brasil conta com diversas redes sociais. As redes sociais surgiram com a popularização da internet, que avançou da conexão discada por telefone fixo restrita aos mais abastados, para a conexão por banda larga feita por cabo e por fibra ótica e chegou à conexão via satélite, o atual 4.5g. A expansão da internet passou a abranger as diversas camadas sociais e culminou na introdução e popularização das redes sociais, isto é, o agrupamento de usuários em um único site voltado à interação de pessoas.

A primeira rede social a se popularizar no Brasil foi a extinta rede chamada Orkut (2004-2014), o *boom* que garantiu o grande sucesso da rede social foi a modalidade de convite para entrar e interagir no site. Era preciso conhecer alguém que participava da rede social para que este fizesse um convite virtual àquele não participante e, conseqüentemente, pudesse ingressar. Esse método fez com que houvesse os grupos, afinal as pessoas ingressantes eram “amigas” do convidado e, portanto, com ele dividiam afinidades.



Essa prática permitiu que as pessoas se conectassem baseadas em grupos de preferências, relativas a gostos pessoais ou locais que frequentam. Mais tarde, em 2007, a rede social chamada Facebook chegou ao Brasil. A rede social criada para integrar o universo de alunos matriculados na universidade de Harvard nos Estados Unidos, em pouco tempo se popularizou entre as universidades americanas e se espalhou pelo mundo inteiro, baseada na mesma dinâmica da rede social Orkut: o convite. Seu diferencial era o *layout* inovador focado na construção de uma página de apresentação pessoal com uma foto do usuário ou outra que o representasse, seguida por um descritivo de sua idade, profissão, estado civil e localização.

A rede ainda contava com a permissão de publicações de outras informações pessoais, pensamentos, compartilhamento de *post* de terceiros e comentários, e o controle de quem poderia visualizá-los: os amigos que faziam parte da rede do usuário ou qualquer pessoa que fosse usuário da mesma rede social, o Facebook.

A partir dessa dinâmica, diversas redes surgiram impulsionadas pelo sucesso do Facebook. O Twitter surgiu como uma rede social mais compacta que permitia o compartilhamento de *posts* e de pensamentos em tempo real com a limitação de até 280 caracteres por mensagem para maior dinamismo e o Instagram surgiu como plataforma voltada para o compartilhamento de vídeos e fotos. Ambas as três redes permitem a união de usuários relacionadas a um determinado assunto ou a assuntos correlatos, seja pela formação de grupos, seja pela utilização das chamadas *hashtags*, que são indexadores de conteúdos marcados pela utilização do caractere “#” antes do assunto e de comentários após as postagens.

Essas e outras redes sociais ajudaram a difundir os assuntos relativos à violência doméstica e familiar contra a mulher. Historicamente, tais assunto são tratados como tabu pela sociedade brasileira em razão da forte influência do machismo estrutural e do preconceito contra o movimento feminista. As questões relativas às violências domésticas praticadas contra a mulher começaram a ser debatidas em grupos privados pelas participantes das redes sociais e ao longo do tempo é possível perceber que as redes sociais passaram a contar com grupos públicos sobre os temas como um reflexo da evolução da sociedade no que se refere as tratativas dos assuntos relativos a mulher-vítima.

Ao navegar por esses grupos se evidencia que essas sociedades virtuais abrangem desde a identificação dos tipos de violência, que não se resume somente na violência física que deixa vestígios no corpo da mulher e que são detectadas em um exame de corpo de delito, mas também de outros tipos de violências que não deixam marcas segundo o conceito de



Saffioti<sup>7</sup>, tais como a violência das palavras, dos maus-tratos, da desaprovação, do menosprezo, do abuso e das pequenas violências invisíveis que se esvaem num curto espaço de tempo e nem sempre são percebidas como violência.

Nesse sentido, o conceito de violência simbólica<sup>8</sup>, de Pierre Bourdieu, explica que a violência causa danos morais e psicológicos decorrentes das estruturas de poder fazem com que a vítima naturalize a violência sofrida quando ela não é uma agressão física e a faz crer que é natural que o outro aja assim, pois ela, mulher, tem a crença errônea de que possa ter feito algo fora do que a sociedade impõe e por isso sofreu uma repreensão.

As trocas de informações proporcionadas pelas redes estimulam as mulheres vítimas a submeterem as situações de sofrimento ao crivo da maioria, pois muitas delas sequer as percebem como uma forma de violência. O desabafo proporciona a identificação de que a situação perpassada é uma forma de agressão. A violência psicológica e física é compartilhada nos fóruns, nos comentários, nos murais e nos sites. As campanhas que buscam a proteção da mulher e os mecanismos que as vítimas de violência podem recorrer constantemente são estampadas em páginas, em perfis e em anúncios publicitários.

Essa expansão da abordagem da violência doméstica contra mulher demonstra a mudança de comportamento da sociedade e das mulheres nas redes sociais. Antes, no começo das redes havia certo temor na divulgação dos acontecimentos que se passavam dentro dos lares brasileiros e uma dificuldade de obter informação sobre as formas de violência e os institutos de combate. Atualmente, o que se nota é que a informação é acessível e conscientizadora de que este é um problema social a ser enfrentado.

A mulher surge como protagonista de sua história e passou não apenas a relatar as agressões sofridas, mas a expor o agressor nas redes sociais. A exposição daquele que cometeu a violência doméstica e familiar o submete ao crivo social. Não raro, famosos ou não perdem a credibilidade junto à sociedade e passam a lograr prejuízos de ordem financeira e/ou moral. É comum que agressores percam os seus empregos, os seus contratos, as suas fontes de renda, os seus amigos e sofram um verdadeiro linchamento virtual, a chamada prática do cancelamento.

---

<sup>7</sup> NOGUEIRA, Luciana Resende. *Mídias sociais: uma nova porta de entrada para violência contra mulher*. Disponível em: <<http://ihs.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/47/2019/08/MIDIAS-SOCIAIS-porta-de-entrada-para-violencia-contra-mulher-de-LucianaRezende.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>8</sup> ANDRADE, Thais Machado; REIS, André Filipe Pereira Reid dos. A violência simbólica sob a perspectiva de Pierre Bourdieu e sua aplicabilidade no Brasil quanto à análise procedimental da lei Maria da Penha. *Revista Paradigma*: v. 27 n. 2 (2018). Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1074/pdf>> Acesso em: 09 set. 2021.



Ainda que a acusação seja feita anonimamente, pelas relações de proximidade construídas publicamente entre a vítima e o agressor, esse último é facilmente identificado e não raro, submetido ao julgamento nas redes sociais antes da atuação do poder judiciário. Ao ter a sua imagem de “bom cidadão” arranhada pelas acusações, duas dinâmicas se revelam: outras mulheres que sofreram agressões emergem e o agressor apela ao poder judiciário para “apagar” os registros.

Essas mulheres que aparecem após a primeira denunciante da violência sofrida geralmente aparecem nas redes sociais daquela que expôs a violência sofrida. Esse comportamento revela uma rede de solidariedade e apoio que confere força à mulher silente de contar a sua história e denunciar tardiamente que também foi vítima de violência, mas não procurou as autoridades policiais para registro da queixa-crime. O surgimento dessas mulheres revela a continuidade delitiva do agressor, que muda de vítima em vítima, mas mantém seu *modus operandi*, a prática da violência contra a mulher.

Em que pese a possibilidade de o agressor recorrer ao poder judiciário quando é exposto nas redes sociais, merece destaque a tese<sup>9</sup> do Superior Tribunal de Justiça fixada em recurso repetitivo que estabelece que o provedor de acesso não é responsável pelo conteúdo exposto pelos seus usuários. Assim, o Tribunal privilegiou a liberdade de expressão consagrada no artigo 5º, IX da Constituição Federal<sup>10</sup> e no artigo 2º da Lei 12.965/2014<sup>11</sup>, que disciplina a liberdade de expressão como fundamento da utilização da internet no Brasil.

A tese do STJ abre um leque de possibilidades que respaldam a atuação da mulher nas redes sociais. Muito embora a tese não verse diretamente sobre a questão da mulher em situação de violência doméstica e se coloque na seara da responsabilidade civil, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária do provedor, entendeu a Corte que não é possível ao provedor fiscalizar o conteúdo exposto por seus usuários. Dessa forma, o provedor somente se torna responsável se notificado judicialmente sobre determinado conteúdo, não o retirar do ar, descumprindo assim, decisão judicial.

---

<sup>9</sup> “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça define que (a) para fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelo provedor, sem sua retirada em prazo razoável, para que este se torne responsável e, (b) após a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Resp. 1591179/CE*. Inteiro teor disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600425200&dt\\_publicacao=14/08/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600425200&dt_publicacao=14/08/2019)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 23 ago. 2021.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> Acesso em: 23 ago. 2021.



Curiosamente, a tese do Superior Tribunal de Justiça reproduz a íntegra do artigo 21 da Lei 12.965/2014, conhecida como Lei do Marco Civil da Internet. A justificativa para a posição do STJ pode ser encontrada no artigo 19 da mesma lei: assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. Por analogia, ao entender que o provedor não tem o dever de fiscalização daquilo que o usuário expõe na rede mundial de computadores, se conclui que tal disposição se traduz em normativo que pode beneficiar as mulheres na exposição dos seus algarozes, vez que elas não podem ser censuradas sem o devido processo judicial.

Para que o conteúdo seja retirado das redes sociais o agressor terá que recorrer à justiça e provar o não cometimento da violência descrita pela mulher. Sem dúvida, a violência doméstica ou psicológica relatada se insere na Lei Maria da Penha e é fato típico, portanto constitui crime. É provável que ele não sofra os efeitos da lei penal pela prescrição do prazo da denúncia, mas haverá sempre o risco do agressor de ter todos os fatos provados contra si. Além disso, as mulheres que não denunciaram, mas que também foram vítimas e apareceram posteriormente nas redes sociais podem ser constituídas como testemunhas.

Outrossim, é possível para ambos os lados a busca pela reparação civil, pois o Código Civil<sup>12</sup> em seu artigo 927 prevê a indenização daquele que comete ato ilícito e/ou gera danos de ordem moral ou material a outrem. Diante desse cenário, é inegável que o agressor ao recorrer à justiça, além de sofrer a prática do cancelamento pelas redes sociais, se aventura a sofrer as sanções do poder judiciário, tanto criminais quanto civis.

Contudo, a persecução penal nesses casos sempre será imperfeita se a vítima passar a ocupar o lugar de testemunha. E para fins de política criminal é preciso que os crimes sejam punidos pela sua atuação, no qual cada parte processual ocupe o seu devido lugar e não outra posição derivada da ineficiência dos mecanismos legais no que tange ao prazo para apresentação da queixa crime.

Os avanços das legislações de proteção contra a violência doméstica contra a mulher precisam abarcar as novas dinâmicas da sociedade e os anseios pela punição para que as redes sociais não substituam o Poder Judiciário na persecução penal e a mulher que sofreu violência doméstica se apodere do seu lugar de vítima frente à autoridade policial em um lapso temporal maior do que os atuais seis meses.

---

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

### 3. A NECESSIDADE DE UM PRAZO MAIOR DA QUEIXA CRIME E SEU IMPACTO NA PERSECUÇÃO PENAL DO AGRESSOR

A necessidade do alargamento do prazo da queixa crime decorre da própria dinâmica social e da necessidade de combate à violência doméstica contra a mulher. Embora a sociedade tenha evoluído para entender que a mulher vítima de violência merece a proteção estatal e a legislação desponte como o acordar para este problema social, é inegável que durante anos o assunto era considerado um tabu. A crença machista, do homem como provedor do lar e a posição da mulher como um ser de classe inferior ainda não foi abolida da sociedade.

Apesar das campanhas publicitárias de alerta à população sobre o assunto e dos informativos sobre as leis e sobre os diversos mecanismos e instrumentos à disposição da mulher vítima de violência doméstica, a realidade social de muitas ainda obsta a apresentação da queixa-crime para dar início a persecução penal. Um dos principais fatores é a dependência econômica do agressor e a posição social da mulher entre seus pares.

A vergonha de expor que sofreu uma agressão física e/ou psicológica para a autoridade policial e para todos do seu convívio social, para muitas mulheres acarreta mais vergonha do que a agressão em si. Além dos prejuízos de ordem econômica e social, a mulher ainda sofre o julgamento de sua atitude. Para muitos, ela causou a agressão, para outros, ela deveria “deixar para lá” e esquecer o que sofreu, sem buscar a devida reparação cível e criminal.

Nesse sentido, em seu voto na ADI 4.442/DF<sup>13</sup>, o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, cita a autora Stela Cavalcanti que em seu livro “Violência Doméstica – Análise da Lei Maria da Penha”, aponta que o índice de renúncias à queixa-crime chega ao patamar de 90% dos casos. E acrescenta que, segundo a autora, tal situação ocorre em razão da vítima erroneamente crer na reabilitação do agente sem que haja o envolvimento do poder judiciário. Contudo, para a autora, há a reiteração das agressões em progressão que desanda, em muitos casos, na morte da vítima.

Por essas e outras razões de natureza jurídico-constitucional, na ADI 4.442/DF, foi fixado o entendimento de que na ocorrência de lesões corporais praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, pouco importa a natureza destas, a ação penal será pública

---

<sup>13</sup>“Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias”. BRASIL. Superior Tribunal Federal. *ADI n° 4.442/DF*. Inteiro teor disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>> Acesso em: 11 set. 2021.



incondicionada. Mais tarde, o Superior Tribunal de Justiça, realizou a modulação dos efeitos para conferir o efeito *ex tunc* da decisão da ADI e editou a súmula nº 542<sup>14</sup> daquele tribunal.

Em síntese, ambos os tribunais consolidaram que cabe ao Estado promover a persecução penal do agressor independente da apresentação da queixa crime pela mulher vítima de violência doméstica quando da violência doméstica resultarem lesões corporais.

Entretanto, nos casos em que os crimes de violência doméstica forem praticados sem a ocorrência de lesões corporais, continua com a mulher a decisão de promover a queixa-crime pois a ação penal nestes casos é de natureza privada do ofendido. A ação penal privada pode ser proposta diretamente pela mulher ao poder judiciário.

Contudo, é a partir da queixa-crime que se inicia o inquérito policial. O inquérito é peça pré-processual privativa da autoridade policial, de caráter informativo do procedimento inquisitorial que tem por objetivo investigar o fato e colher os elementos mínimos de autoria e materialidade das agressões sofridas pela vítima para que haja uma ação penal contra o agressor.

Tanto nos crimes de ação penal privada quanto nos crimes de ação penal pública, o prazo para apresentação da queixa-crime ou da denúncia é de seis meses a contar do dia que a vítima ou seu representante legal souber quem é autor do crime, conforme preceitua o artigo 38 do Código de Processo Penal, isto significa, em termos práticos, que dentro do lapso temporal de seis meses a mulher não provocar as autoridades para dar início a todo o processo de punição do agressor pelo Estado, não mais poderá fazê-lo.

A necessidade de um prazo maior do que os exímios seis meses é fundamental para a vítima de violência doméstica que deseja prestar a queixa-crime, mas por questões referentes ao momento de sua vida particular e/ou social se vê impedida de efetuar a comunicação do crime. Seja pelo medo de represálias seja por eventuais prejuízos de ordem econômica ou dos planos de vida. Além das situações em que a vítima e seus filhos dependem economicamente do agressor ou de alguma outra forma, direta ou indiretamente. O fundado temor de dano iminente e considerável a sua pessoa, a sua família ou a seus bens vicia a vontade como bem afigura o diploma de direito civil.

A exemplo disso, são as mulheres que passam a expor o seu agressor nas redes sociais e aparecem quando a primeira vítima expõe publicamente a agressão. Esse efeito cascata das vítimas constata que àquelas não denunciaram à época dos fatos e dentro do prazo

---

<sup>14</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 542*: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra mulher é pública incondicionada. Integra disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5113/5239>> Acesso em: 10 set. 2021.





legal de seis meses desejavam denunciar mas perderam o prazo pois havia alguma situação que as impediam. A vontade delas era viciada à época, mas isso não significou a perda do desejo de reparação.

Quando os fatos vêm à tona pelas redes sociais, o sistema de persecução penal por sua dinâmica força essas vítimas a mudarem de lugar dentro do sistema penal. De vítimas, passam a serem testemunhas de conduta das reiteradas práticas de violência doméstica do agressor que coleciona vítimas. Essas mulheres têm papel importante na fase do inquérito policial em razão de corroborarem com as provas carreadas que comprovam a autoria do agressor.

Ao passo que a lei evolui, retroage em não expandir o prazo para que cada mulher ocupe o seu devido lugar dentro da persecução penal do agressor. Consequentemente, o agressor somente é punido pelo crime que efetivamente estiver dentro do prazo legal, pois, uma vez fora do prazo, extingue-se a sua punibilidade pela decadência.

Para fins de política criminal e de conscientização da população sobre o repúdio às práticas de violência doméstica, o prazo esguio ajuda a perpetuar a impunidade dos agressores que cometem esse tipo de violência contra a mulher.

Um prazo maior permitirá que a sensação de ineficácia do sistema processual-penal e da impunidade sejam diminuídas. A efetiva punição do agressor tem caráter punitivo-pedagógico não apenas para o sujeito, mas para toda a sociedade e para a construção de novos comportamentos em relação a mulher dentro do ambiente doméstico e familiar.

No caráter sociológico poderá levar a diminuição do machismo e do pensamento patriarcal dos homens, ao passo que caminhará para maior aceitação do movimento feminista e da mulher na busca pela igualdade de direitos e condições. Embora a igualdade seja um direito garantido constitucionalmente, na sociedade atual a mulher ainda enfrenta percalços na busca de sua dignidade humana e na equiparação de gêneros.

No viés histórico, um prazo maior demonstra que se busca a efetiva persecução penal de todos aqueles que comentem violência doméstica contra a mulher. O impacto da punição aos agressores ajudará a ressignificar o conceito de política criminal e atenderá aos tratados internacionais nos quais o Brasil, país atrasado na criação de dispositivos de enfrentamento da violência contra mulher, se comprometeu a combater e erradicar todas as formas de violência contra mulher, dentre elas a doméstica.

A ausência de extensão do prazo caminha na contramão da evolução do comportamento atual da sociedade que clama por justiça ainda que tardia e pelo respeito à



dimensão da mulher como ser humano e social. Cumpre destacar, que o crime de tortura, independente do gênero, é imprescritível dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A necessidade de um prazo maior é primordial para a mulher que tem a sua vontade cerceada em razão das circunstâncias da vida. A lei Maria da Penha é o exemplo daquela que lutou por 16 anos para ver o seu agressor punido. É o retrato de que as marcas passam, mas a lembrança e o desejo de reparação permanecem. São por essas razões que a lei penal necessita evoluir no que tange ao alargamento do prazo de apresentação da queixa-crime nos crimes de violência doméstica contra a mulher.

## CONCLUSÃO

Com a evolução social, a mulher conquista uma legislação específica para sua proteção contra a violência doméstica como símbolo do reconhecimento estatal de que como sujeito de direitos é merecedora de uma proteção específica ante o problema social da violência silenciosa que acomete os lares brasileiros.

Embora existam leis específicas e tratados internacionais que conferem proteção à mulher, ainda há o entrave do prazo de 6 meses para a apresentação da queixa crime contido no Código Penal datado de 1941, que não evoluiu conforme as legislações, e atualmente se mostra como um obstáculo ao exercício ao direito de queixa para aquela que convive com o agressor e sob a égide de medo que ele produz.

Nesse sentido, as transformações sociais clamam por um prazo maior para que se dê início à persecução penal e a mulher vítima possa exercer plenamente o seu direito de denunciar e de ser reparada pelas injúrias sofridas, sem que figure como testemunha no processo penal por causa do esgotamento do prazo de propor a queixa crime. O fato de a vítima ainda manter vínculo com o agressor e/ou ter medo de represálias, é reconhecido pelos tribunais e como um impedimento à apresentação da queixa crime dentro do prazo legal.

Contudo, a ausência da apresentação da queixa crime para dar início à persecução penal não evidencia a ausência do desejo da vítima em ver o agressor punido; pelo contrário, a punição que deveria ser feita pelo sistema penal se transforma em punição social. Assim, surgem movimentos de exposição do agressor nas redes sociais aliada à prática do cancelamento como um novo tribunal capaz de impor sanção tão ou mais gravosa que o poder Judiciário.

Entretanto, tais práticas sociais não podem servir de controle social em substituição às legislações pátrias por suas lacunas e ineficiências, acarretando mais problemas de ordem



civil a serem combatidos pelos Tribunais. A questão do prazo legal para a propositura da queixa é um fator primordial que merece revisão e atualização pelo legislador para contribuir para o fim da violência doméstica contra a mulher.

Um prazo maior terá impactos jurídicos, sociais e políticos no caminhar do combate às formas de violência doméstica contra a mulher rumo à erradicação dessa desumana realidade. O alargamento do prazo permitirá que a vítima apresente sua queixa crime quando realmente se sentir segura e livre das influências do agressor e, assim, obtenha a sua reparação. Para a sociedade, esta será a resposta de que não se pode agredir uma mulher e sair impune. Para o homem, o extermínio do machismo e da visão arcaica de que a mulher é um ser inferior. Para a história, o início de novos tempos rumo a um mundo melhor.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thais Machado; REIS, André Filipe Pereira Reid dos. A violência simbólica sob a perspectiva de Pierre Bourdieu e sua aplicabilidade no Brasil quanto à análise procedimental da lei Maria da Penha. *Revista Paradigma*: v. 27 n. 2 (2018). Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1074/pdf>> Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 23 ago. 2021.

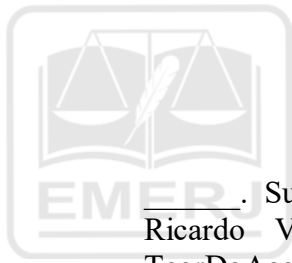
\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 28 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)> Acesso em: 23 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 779*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>> Acesso em: 28 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *ADI nº 4.442/DF*. Relator: Ministra Carmem Lucia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>> Acesso em: 11 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Resp. nº 1591179/CE*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600425200&dt\\_publicacao=14/08/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600425200&dt_publicacao=14/08/2019)> Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 54*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5113/5239>>. Acesso em: 10 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.051*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em: 27 mai. 2021.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Feminicídios em 2018*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>> Acesso em: 28 mai. 2021.

JORNAL O GLOBO. *Treze anos após Lei Maria da Penha, só 2,4% das cidades têm casas-abrigo para mulheres*. 25 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/treze-anos-apos-lei-maria-da-penha-so-24-das-cidades-tem-casas-abrigo-para-mulheres-23972179>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

NOGUEIRA, Luciana Resende. *Mídias sociais: uma nova porta de entrada para violência contra mulher*. Disponível em: <<http://ihs.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/47/2019/08/MIDIAS-SOCIAIS-porta-de-entrada-para-violencia-contra-mulher-de-LucianaRezende.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2021.



## A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 11.340/06: DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO

Aline Costa Velho do Nascimento

Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – este artigo discorre sobre a trajetória das limitações e abusos sofridos pela mulher. Busca-se destacar a luta por autodeterminação a nível global e, em outra perspectiva, inicia um direcionamento para o Brasil, em especial para os casos de violência no âmbito familiar contra a mulher. O presente trabalho apresenta uma breve crítica sobre as questionáveis alterações legislativas trazidas pelo Pacote Anticrime, bem como formula reflexões acerca do rumo da proteção à mulher, de modo a vê-la como objeto de tutela ou sujeito de direitos.

**Palavras-chave** – Lei Maria da Penha. Inconstitucionalidade. Prisão preventiva *ex officio*.

**Sumário** – Introdução. 1. Políticas públicas como ferramentas para o combate a opressão feminina. 2. O Pacote Anticrime trouxe um retrocesso legislativo na proteção à mulher? 3. Empoderamento jurídico feminino. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, vítimas da violência doméstica se encontram fragilizadas e desacreditadas com a legislação, haja vista que esta não consegue fornecer a proteção que elas tanto anseiam.

O presente trabalho possui como protagonista a mulher brasileira. Traz uma trajetória histórica de casos de discriminação em razão do seu gênero, acompanhado de uma notória ausência legislativa de combate efetivo a essas condutas.

Busca-se apresentar uma compreensão sobre a possibilidade de realizar uma ponderação de valores em prol de uma reprimenda efetiva na proteção à mulher, e não tão somente com uma preocupação de uma legislação simbólica.

A figura da mulher na história por anos ficou submetida a ser coadjuvante, por mais que a realidade de suas ações a elevasse a figura de protagonista, sempre associada ao papel de submissão, daquela que tolera as opressões familiares e sociais.

Apesar do superior quantitativo de mulheres no Brasil, elas se enquadram no sentido sociológico como um segmento de minorias, isto é, grupo de sujeitos que não têm amplo acesso aos seus direitos ou que não possuem parcela proporcional de poder político,



econômico ou social.

A análise do engajamento feminino apresenta-se ativa em toda história de conquistas sociais e políticas, porém, elas são deixadas de lado quando da inclusão de paridade de direitos com os homens.

As ações afirmativas em prol de direitos à mulher são algo novo e as existentes compõe um número ínfimo diante da problemática que o tema exige. Fica evidenciada a discriminação de gênero, a qual faz com que as mulheres sejam tratadas, na sociedade brasileira, como objetos e não como sujeitos. Essa noção, junto com a impunidade, contribui para diversos crimes de natureza violenta e sexual contra as mulheres.

A mulher é vítima das mais variadas formas de violência há anos, portanto, uma legislação simbólica que exista para apaziguar a voz feminina deve ser repudiada por todos. Por isso, ponderações de valores jurídicos devem ser aplicadas na prerrogativa de uma efetiva proteção à mulher.

Representantes de um sistema acusatório apontam no artigo 20 da Lei nº 11.340/2006 presença de vício de inconstitucionalidade por expressamente prever que o juiz possa de ofício, ou seja, sem a requisição do titular da ação penal, decretar a prisão preventiva de autor de crime previsto na referida lei.

Inicia-se o primeiro capítulo tratando da violência sexista ou da violência contra as mulheres como estrutural, não significa naturalizar a opressão-exploração de sexo-gênero que, se assim fosse, poder-se-ia contribuir sobremaneira para o reforço à ideologia da inferioridade feminina em detrimento da supremacia masculina.

Em outros termos, isso implica a desnaturalização as desigualdades e hierarquias que promovem a violência estrutural contra as mulheres e entre as mulheres.

Ao passo que, o segundo capítulo enfatiza a análise da alteração legislativa realizada no ano de 2019 pela Lei nº 13.984 e, desta forma, avaliar na concretude da prevenção geral e especial.

O terceiro capítulo termina com o aspecto jurídico de ponderação de valores em prol da preservação do direito à mulher ser vista como sujeito de direitos. Assim, a atenção às alterações legislativa no âmbito de normas que visam o combate à violência de gênero, em especial contra a mulher, dentro de um contexto de empoderamento jurídico feminino.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende anunciar um conjunto de proposições hipotéticas, acreditando serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-

las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

## 1. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FERRAMENTAS PARA O COMBATE A OPRESSÃO FEMININA

A palavra “mulher” traz embutida uma carga valorativa sem limites. Esse termo conduz a inimagináveis considerações, sobretudo quando se considera a bagagem social ou emocional de uma pessoa. A título de exemplo, sem qualquer apologia, é possível citar que o termo “mulher” remete à figura daquele ser que possui autonomia de gestar outro ser, bem como a figura daquele ser que não tem autonomia acerca da decisão final de continuar ou não com uma gestação não desejada, ou até mesmo decidir, em alguns casos, se vai ou não ter ligadura de trompas.

Durante muito tempo, por mais que a realidade de suas ações a elevasse a figura de protagonista, a mulher ficou submetida apenas à de coadjuvante, sempre associada ao papel de submissão, daquela que tolera as opressões familiares e sociais.

Apesar do superior quantitativo de mulheres no Brasil, sob uma perspectiva sociológica, elas se enquadram como um segmento de minorias, isto é, um grupo de sujeitos que não têm amplo acesso aos seus direitos ou que não possuem parcela proporcional de poder político, econômico ou social.

Por mais que tenha havido ativo engajamento feminino em toda a história de conquistas sociais e políticas, as mulheres ainda são deixadas de lado no que toca a paridade de direitos com os homens. São justamente o inconformismo com a desigualdade de direitos, as atrocidades praticadas contra o gênero feminino, bem como a ausência de uma legislação e uma efetiva representatividade política, que fazem surgir as ondas feministas, que se mostram contra a cultura sexista enraizada durante séculos.

A chamada primeira onda do feminismo tinha foco na igualdade de direitos no exercício da vida pública, marcada pela reivindicação ao direito do voto. A segunda onda trouxe questões mais ligadas à sexualidade e autonomia da mulher no contexto familiar. Já a terceira onda traz maior diversidade ao movimento por meio do conceito de



interseccionalidade entre gênero, raça e classe. O movimento reconhece que mulheres sofrem diferentes tipos de opressão, que devem ser reconhecidas para serem combatidas de forma efetiva<sup>1</sup>.

As ações afirmativas em prol de direitos da mulher são recentes e ainda compõe um número ínfimo diante da problemática que o tema exige.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)<sup>2</sup> surge nesse cenário descrito acima, embasada na terceira onda feminista, associada à condenação do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), constante no Relatório n.54 da OEA<sup>3</sup>.

Por oportuno, deve ser dito que o termo mulher engloba aquelas que tenham identidade social com o sexo feminino, ou seja, mulheres, lésbicas e transgênero (transexuais, travestis e intersexuais), todas protegidas pela Lei Maria da Penha.

É inegável a importância desta lei para a sociedade brasileira. Esclarece que o anseio não recai sobre a existência de uma publicação normativa, mas sim na elaboração de normas que tragam efeitos no mundo real.

Para Francisca Exposito e Sergio Ruiz<sup>4</sup>:

[...] existe relação entre violência e crenças culturais que considera as mulheres inferiores. Essa ideologia considera legítimo impor a autoridade às mulheres, usando a força se for necessário (força e agressividade), que os homens exercem se sua masculinidade se mostra ameaçada. A violência de gênero não é um fim em si mesma, mas instrumento de dominação e controle. O homem que usa a violência não almeja livrar-se da mulher (em geral), mas, sim, manter os laços que a sujeita.

Para corroborar a existência de um entendimento enraizado cultura brasileira sobre essa suposta inferioridade feminina, buscam-se, no berço da civilização, as aldeias indígenas. Maria Helena Ortolan Matos<sup>5</sup> apresentou trabalho com a etnia Sateré-Mawé, localizada na Amazônia, apontando que, apesar de ser possível identificar uma separação de funções entre homens e mulheres na dinâmica das atividades na aldeia, não se apresentava entre eles a ideologia de superioridade/inferioridade entre os gêneros.

<sup>1</sup> ZIRBEL, Ilze. Ondas do Feminismo. *Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, Brasil, v. 7, nº 2, 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>3</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01*, de 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> MATOS, Maria Helena Ortolan. *Mulheres no movimento indígena: do espaço de complementariedade ao lugar da especificidade*. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/genero\\_povos\\_indigenas.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/genero_povos_indigenas.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2021.





A pesquisadora<sup>6</sup> deixa claro que seus estudos permitem concluir que homens e mulheres na aldeia “comportam-se como complementares e não como adversárias ou mesmo excludentes entre si.” Assim, é nítido que a base das relações de violência contra a mulher se fixa em questões sociais e culturais. Por esta razão, devem ser estimuladas medidas educacionais e repressivas, com o objetivo de eliminar tais vícios sociais, reeducando a sociedade.

Conclui-se que é a própria sociedade que corrompe o homem, uma cadeia de condutas familiares que ensinam que quem ama cuida, mesmo que seja por meio de opressão e/ou violência. Essa dinâmica relacional persiste enraizada em estereótipos associados ao gênero, promovendo embriões sexistas em cada seio familiar brasileiro.

Ciente da urgência e relevância de medidas rápidas e efetivas, por todo o Brasil, surgem programas criados por ONGs ou órgãos públicos no combate ao elevado número de agressões ao gênero feminino.<sup>7</sup>

Um projeto que deve ser ressaltado é o a Patrulha Maria da Penha (PMP) da Polícia Militar do Maranhão. É um projeto criado em 2016, com o objetivo de acompanhar e atender mulheres em situação de violência doméstica e familiar por meio da fiscalização do cumprimento de medidas protetivas de urgência na região metropolitana de São Luís. As mulheres são acompanhadas diária, semanal, quinzenal ou mensalmente, dependendo da classificação de risco estabelecida pela coordenação da PMP.<sup>8</sup>

O trabalho é desenvolvido de domingo a domingo, das 7h30 às 22h00. A equipe da PMP também realiza campanhas de sensibilização da comunidade sobre a Lei Maria da Penha e sobre a rede local de proteção à mulher. Além disso, mantém um núcleo de atendimento disponível a mulheres de policiais que tenham sofrido violência doméstica e as policiais do gênero feminino ou funcionárias civis da polícia militar que tenham sofrido assédio no ambiente de trabalho.<sup>9</sup>

A mídia local divulga relatos que a frequência média de visita e a quantidade de renovações de medida protetiva por parte das mulheres diminuiu desde a institucionalização da PMP. Atribuem isso à visibilidade que o projeto recebeu na região metropolitana de São

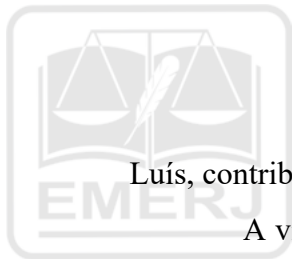
---

<sup>6</sup> MATOS, op. cit.

<sup>7</sup> BRASIL. Polícia Militar do Maranhão. *Aniversário De Quatro Anos Da Patrulha Maria Da Penha*. Disponível em: <<https://pm.ssp.ma.gov.br/aniversario-de-quatro-anos-da-patrulha-maria-da-penha/>>. Acesso em: 07 jul. 2021.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.



Luís, contribuindo com o efeito de dissuasão dos agressores que descumpririam as medidas.<sup>10</sup>

A violência contra uma mulher não se limita ao seu corpo ou a sua psique. Possui o condão de repercutir em toda a sociedade, como verdadeiro efeito dominó. Quando uma mulher sofre violência, geralmente ocorre em local privado ou na presença de pessoas próximas. Assim, diante de tantos dogmas de opressão aos direitos da mulher, surge na mente de muitas mulheres a dúvida acerca de noticiar a agressão sofrida ou não.

Nesse momento, recai sobre a vítima uma pressão ao adotar uma postura omissa e, desta maneira, reafirmar anos de comportamentos misóginos. Consequentemente, estipula-se a perpetuação dessa conduta por seu agressor, bem como para as demais pessoas que tenham ainda alguma dúvida acerca do respeito à integridade feminina.

Ao passo que, se a mulher decide notificar a violência, surge uma *via crucis* a sua frente até obter a concretização de uma mudança no cenário em que se encontra. Mas, mesmo assim, estimulará as demais mulheres, que ainda se apresentam fragilizadas, a lutar por seus direitos. A essas mulheres, além de todo um amparo psicológico, a agilidade na execução de medidas judiciais que, realmente tenham o condão de mudar o cenário que se encontram, é que terão a repercussão para que as demais mulheres tenham a confiança necessária para romper anos de sistema de opressão feminino.

A legislação nacional apresenta normas repressivas. Contudo, a um fator que engessa todo o aparato estatal disponível, qual seja a falta de agilidade nas medidas que conferem segurança a mulher agredida.

No próximo capítulo será abordado que, condicionar a proteção a mulher ao registro de ocorrência, gera como consequência burocratização o acesso da mulher à proteção, submetê-la a procedimentos vitimizadores, limitar as suas alternativas de apoio e suprimir seu espaço de escolha.

## 2. O PACOTE ANTICRIME TROUXE UM RETROCESSO LEGISLATIVO NA PROTEÇÃO À MULHER?

Essa segunda parte do artigo visa realizar um estudo acerca das alterações legislativas ocorridas no ano de 2019 e o impacto que ela possa gerar na estrutura de proteção de violência contra a mulher.

Com o objetivo de melhor contextualizar a dinâmica a ser apresentada, consideram-

---

<sup>10</sup> BRASIL; op.cit., nota 7.

se oportunas algumas explanações sobre nosso sistema processual penal.

Atualmente, há dois grandes sistemas processuais penais no mundo: o sistema penal inquisitório e o acusatório. Eles possuem características antagônicas, principalmente quanto à atuação da figura do magistrado na persecução criminal.

Na visão elucidada por Aury Lopes Junior:

Ensina a doutrina, basicamente, que é essencial ao sistema processual inquisitório a concentração das funções processuais no juiz (inclusive as investigatórias ou instrutórias), inexistindo uma relação dialética que garanta o efetivo exercício do contraditório. (...) O sistema processual acusatório, por sua vez, representa uma contraposição clara a seu antecessor: ele impõe uma nítida separação de funções entre aquele que investiga e aquele que julga, relegando às partes do processo, agora tratadas igualmente pelo julgador equidistante e com capacidade de influir em sua decisão (contraditório substancial), a iniciativa probatória, garantindo-se, assim — ao menos em tese —, a imparcialidade do juiz.<sup>11</sup>

Nesse sentido, muitos apontam que o sistema processual penal adotado no Brasil é o misto, uma vez que congrega aspectos do sistema inquisitório, que se revela mais presente na fase investigativa, e acusatório, que predomina na fase processual.

Sucedo que, em 24 de dezembro de 2019, adveio a Lei nº 13.964<sup>12</sup>, popularmente conhecida como “Lei ou Pacote Anticrime”, que, com o objetivo de reafirmar o sistema acusatório, moderniza e aperfeiçoa a legislação penal, material e processual, bem como demais leis ordinárias.

Inclusive, acrescenta o artigo 3º-A ao Código de Processo Penal<sup>13</sup> que, expressamente expõe tal escolha e, desta forma, busca acabar com qualquer dúvida acerca de qual sistema o ordenamento jurídico brasileiro adota. A redação do dispositivo mencionado enuncia que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu medida cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade (ADI nº 6.298)<sup>14</sup>, suspendendo a eficácia deste e outros dispositivos.

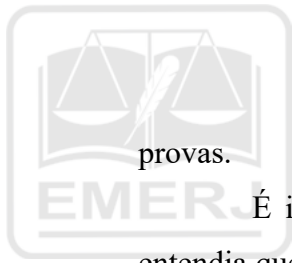
Diante dessa nova realidade, trazida pelas referidas alterações legislativas, conclui-se que ao juiz compete agora somente à função de julgar a causa, sem extrapolar os limites imparciais de suas atribuições, decidir algumas questões *ex officio* e interferir na produção de

<sup>11</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 45-47.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 2 set. 2021.

<sup>13</sup> BRASIL. *Decreto-Lei 3689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/de13689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689compilado.htm)>. Acesso em: 2 set. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



É interessante notar que, antes da vigência do Pacote Anticrime, a jurisprudência entendia que o juiz, após receber o auto de prisão em flagrante, poderia, de ofício, convertê-la em prisão preventiva. A conclusão era baseada na redação do art. 310, II, do CPP<sup>15</sup>.

Ocorre que a Lei nº 13.964/2019<sup>16</sup> revogou os trechos do CPP que previam a possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio*. Diante disso, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal passaram a entender que não é mais possível que o juiz ou Tribunal decretem, de ofício, a prisão preventiva. É sempre necessário o requerimento<sup>17</sup>:

Após o advento da Lei nº 13.964/2019, não é mais possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação por parte ou da autoridade policial, do querelante, do assistente, ou do Ministério Público, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia. (STJ. 3ª Seção. RHC 131.263, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/02/2021).

Dentro de contexto, abre-se um questionamento, como permanecerá uma das maiores medidas de eficácia da tutela judicial nos processos que envolvem a aplicação da Lei Maria da Penha, isto é, a possibilidade de concessão de prisão preventiva disposta em seu art. 20<sup>18</sup> em qualquer fase da investigação ou da instrução processual, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Já que tal mandamento entra em choque com a nova disposição da atuação do órgão jurisdicional na legislação anticrime de 2019.

Dentro dos ensinamentos de hermenêutica jurídica cabíveis ao confronto existente, tem-se a defesa pautada na compreensão de que se trata de um simples conflito aparente de normas, facilmente resolvido pelas técnicas de especialidade, subsidiariedade, entre outras, onde deve ser extraído que a legislação especial prevalece sob a geral e, desta forma, o mandamento estaria respaldado.

Entretanto, cabe uma atenção especial para o surgimento deste “confronto”, não seria, em verdade, um retrocesso social no combate ao feminicídio e à violência de gênero no Brasil, não mais permitindo a tutela de uma proteção à mulher em condição de vítima de violência doméstica e familiar na fase pré-processual da investigação policial.

Essa desconfiança vem pautando que toda mudança, como foi em tempos sombrios

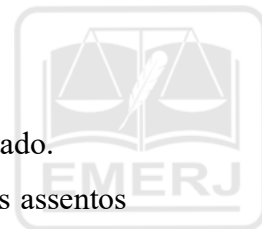
---

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 131.263. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RHC.clas.+e+%40num%3D%22131263%22%29+ou+%28RHC+adj+%22131263%22%29.suce.>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato/2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 2 set. 2021.



do nazismo, surge de forma sutil e silente. Portanto, nenhum indício deve ser descartado.

Infelizmente, ainda é forte a concepção machista nos Poderes no Brasil, os assentos ainda são preenchidos com número predominante de homens. Basta a observância de uma foto do Congresso Nacional, para essa constatação. Ademais, ainda há em tais locais comportamentos desrespeitosos quanto à presença feminina, vide importunação sexual sofrido pela deputada estadual de São Paulo, Isa Penna.<sup>19</sup>

A violência doméstica é um fenômeno dinâmico e singular que, por isso mesmo, demanda uma atuação diferenciada do Poder Judiciário, que, a nível preventivo, deve ser mais diligente e proativo, de modo a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica.

Esse papel do Poder Judiciário se apresenta relevante, na medida que alguns órgãos a ele vinculado já apresentaram nota interna informativa expondo ser aplicável a prisão *ex officio* trazida no art. 20 da Lei Maria da Penha<sup>20</sup>. Dessa forma, seriam evitadas decisões judiciais contraditórias no âmbito de um mesmo Tribunal.

Não é tema de combate contra a mulher, mas, recentemente, o próprio STF já flexibilizou a aparente vedação que o já citado art. 310, CPP<sup>21</sup> ao apresentar o entendimento de que, se a prisão *ex officio* for confirmada pela autoridade policial ou membro do Ministério Público, esta não deverá ser compreendida como ilegal – “O posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à prisão preventiva suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento.”<sup>22</sup>

No contexto do combate à violência doméstica, o objetivo das autoridades policiais não é apenas proporcionar um apoio jurídico de direito penal e direito processual penal, enquadrando a conduta do agente a um crime. Mais que isso: o papel essencial da autoridade policial é demonstrar que o Estado possui a capacidade e mecanismos de proteção à mulher, atuando com eficiência nas demandas.

Ademais, o Brasil sancionou a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de

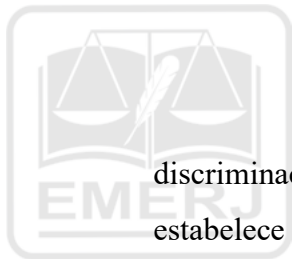
---

<sup>19</sup> TAVARES, Joelmir; ARCANJO, Daniela. *Deputada é apalpada por colega na Assembleia de SP e denuncia assédio; deputado pede desculpas*. Folha de São Paulo, São Paulo, 17 dez. 2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/12/deputada-e-apalpada-por-colega-na-assembleia-de-sp-e-denuncia-a-assedio-deputado-pede-desculpas.shtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *AgRg RHC n° 136.708/MS*. Rel. Min. Felix Fisher. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicação=informativo&acao=pesquisar&li vre=018079>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



discriminação contra a mulher, promulgada pelo que, em seu artigo 2º, alínea “g”<sup>23</sup>, estabelece que os Estados Partes se comprometem a derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra as mulheres.

É interessante notar que o juiz da vara especializada em violência doméstica e familiar atua não apenas como garantidor dos direitos e da liberdade do investigado ou acusado e das normas de direito e de processo, como também é garantidor da vida da mulher submetida a um cenário de violência, cuja atribuição decorre de normas superiores, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal<sup>24</sup>, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.<sup>25</sup>

É de se destacar que, conforme entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, “a situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, (...) se revela ipso facto. Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, (...), constitui-se em pressuposto de validade da própria lei”<sup>26</sup>.

A iniciativa do magistrado no âmbito da Lei Maria da Penha<sup>27</sup> é justamente refletir<sup>27</sup> uma atuação estatal a contento dos mecanismos criados para coibir a violência doméstica contra a mulher, ou seja, de desempenho judicial urgente em face do risco sério e concreto à segurança da vítima. Tratando-se de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Juiz deve avaliar criteriosamente as circunstâncias da agressão e decidir de ofício, sempre observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os fins da referida Lei.

### 3. EMPODERAMENTO JURÍDICO FEMININO

As trajetórias do feminismo e do constitucionalismo se cruzam. Pois, a construção histórica dos direitos fundamentais não é meramente teórica, já que nenhum direito deste teor simplesmente “caiu do céu”. Eles, os direitos fundamentais, são o resultado de disputas

<sup>23</sup> BRASIL. *Decreto n° 4.377*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Nota Técnica 5/2021 - Possibilidade de decretação da prisão cautelar ex officio nos casos de violência doméstica*. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/administracao-superior/vice-presidencia/centro-de-Inteligencia/notas-tecnicas/2021-1/nota-tecnica-5-2021.pdf>>. Acesso em 27 ago. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1416580/RJ*, Rel. Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20meses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20meses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf)> Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.



políticas, sociais, econômicas etc. Ou seja, se trata de uma história escrita a partir de rupturas que vão desde a revolução americana e francesa até as lutas operárias, pacifistas, sufragistas, feministas.

Nesta ordem de ideias, o presente artigo busca refletir sobre o direito fundamental das mulheres à proteção, enquanto vetor estruturante a partir do qual deve ser deduzido o limite de atuação do poder punitivo nas situações que envolvem a violência de gênero.

A mulher é alvo de violência durante décadas e tem na Lei Maria da Penha o primeiro instituto normativo destinado especificadamente para o gênero.

Entretanto, é preciso trazer à baila novamente que essa norma protetiva teve o seu nascimento associado à condenação do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), constante no Relatório nº 54 da OEA<sup>28</sup>. Veja que as décadas de sofrimento e morte de mulheres não tiveram o condão determinante para que sua edição tivesse advindo do trabalho dos parlamentares, dando concretude ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, em sua vertente de autodeterminação da mulher na sociedade.

Desde a sua edição em 2006, a lei já foi alvo de ações em que se indagou a constitucionalidade, inconstitucionalidade de alguns de seus artigos bem como teve várias alterações legislativas positivas e outras criticáveis, no sentido de estarem promovendo certa diminuição na abrangência de proteção à mulher.

A sociedade ainda está se solidificando na proteção à mulher e esta conclusão é corroborada com o dado de que foi necessária a interposição de uma Ação Direta De Constitucionalidade (ADC nº 19)<sup>29</sup> para reafirmar que a análise do art. 1º da Lei Maria da Penha de não estar ele violando o princípio constitucional da igualdade, em razão do fato de a Lei nº 11.340/06 ser voltada apenas à proteção das mulheres.

O art. 1º da Lei estabelece:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em

<sup>28</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01*, de 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19*, de 9 de fevereiro de 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



situação de violência doméstica e familiar.<sup>30</sup>

A ADC nº 19 foi necessária porque havia alguns juízes estaduais que declaravam inconstitucional a Lei Maria da Penha porque ela fazia discriminação entre homem e mulher ao protegerem apenas as mulheres em detrimento dos homens. Em nove de fevereiro de dois mil e doze foi julgada procedente por unanimidade, ou seja, o STF declarou constitucional o art. 1º da mencionada Lei, afirmando que não há violação ao princípio da igualdade.

Dessa feita, a Lei Maria da Penha somente protege a mulher. O homem até pode ser vítima de violência doméstica e familiar (ex: homem que apanha de sua esposa). No entanto, somente a mulher recebe uma proteção diferenciada. O homem recebe a proteção comum prevista no Código Penal.

A mulher, conforme o Relator, Ministro Marco Aurélio, é vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado - “Não há dúvida sobre o histórico de discriminação por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem – se é que acontecem – contra homens em situação similar”<sup>31</sup>, avaliou. A Lei Maria da Penha promove a igualdade em seu sentido material, sem restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino.

Para tanto, visando dar concretude às reflexões teóricas que se pretende lançar ao longo deste trabalho, abordar-se a alteração relativa à natureza da ação penal para os crimes contra a dignidade sexual, tendo o estupro como tipo incriminador mais impactante desta espécie. Em 2018, com a edição da Lei nº 13.718/18<sup>32</sup>, alterou-se artigo no Código Penal para determinar que as ações deste capítulo, crime contra dignidade sexual, sejam de natureza incondicionada. Ou seja, antes desta lei, a mulher (pois até a edição desta lei apenas a mulher era vítima do crime de estupro) teria a decisão de escolher se diante da conduta criminosa praticada contra si iria apresentar representação ou não ao membro do Ministério Público para que esse interpusse a referida persecução penal (ação penal).

Em um primeiro momento, pode-se crer que o legislador busca com essa alteração legislativa abarcar uma proteção à mulher em momento que se encontra fragilizada. Contudo, esse não é o único ponto de vista. Entre outros argumentos, surgiu o questionamento se essa preocupação legislativa em “amparar” a mulher não estaria viciada de discriminação, isto é,

---

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 29.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei nº 13.718*, de 24 de dezembro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.





submissão do papel da mulher ao retirar dela o poder decisório em seguir ou não com uma ação penal que recai essencialmente em seu foro íntimo.

O objetivo destes apontamentos é permitir uma reflexão da atuação do papel do Poder Legislativo e Poder Judiciário acerca da figura da mulher.

Tais poderes ainda possuem o predomínio de homens e estes na faixa etária dos sessenta anos, ou seja, componentes de uma geração enraizada nos valores machistas.

Os setores ditos como minorias ainda carecem de concreta proteção, como são as mulheres, crianças, idosos, comunidade LGBTQIA+ e aquelas normas que porventura foram elaboradas são objetos de questionamentos e/ou modificações constantes.

Diante desse cenário, não haveria além de uma simples omissão destes Poderes um quadro de não querer? Poderia afirmar que os produtos normativos ou decisões judiciais até aqui presentes servem apenas para atender a um anseio repressivo da sociedade, no chamado constitucionalismo simbólico? A alteração legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019<sup>33</sup> ao não mencionar que não estaria revogando o artigo 20, da Lei Maria da Penha<sup>34</sup> trata-se de uma falha legislativa ou um sutil silêncio proposital? Ademais, a referida lei de 2019 também fez outras alterações, tendo uma dela proporcionado o retorno da discussão doutrinária acerca da possibilidade da alegação da tese da legítima defesa da honra, na qual, busca justificar determinados crimes de natureza passional praticados pelo réu (geralmente, homem), atribuindo o fator motivador do delito ao comportamento da vítima (mulher).

A Lei Maria da Penha, neste ano de 2021, completa 15 anos e a mulher Maria da Penha, que sofreu várias agressões e tentativa de homicídios por parte de seu ex-marido, esteve presente em eventos por todo o Brasil, tendo repercussão na mídia destes para elevar a conscientização do combate à violência à mulher, porque a sociedade brasileira precisa disso, tomar para si a consciência que a mulher tem o poder de dizer NÃO, não ao abuso, não a opressão, não ao assédio, não a violência.

Dentro desse contexto, na data do dia 31 de agosto de 2021, o deputado estadual de Santa Catarina, Jesse Lopes, apresenta em sua rede social *Instagram* uma foto sua ao lado do ex-marido da senhora Maria da Penha, com o dizer “Conhecem este senhor? Seu nome é Marco Antônio, o marido da Maria da Penha. Visitou o meu gabinete e contou a sua versão sobre o caso que virou lei no Brasil. Sua história é, no mínimo, intrigante.”<sup>35</sup>

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>35</sup> Diante da repercussão negativa desta postagem o Deputado deletou a mencionada postagem. Contudo, sua existência permanece em notas de repúdio apresentadas pelo MPPR e por jornais locais.



Esse homem, como todo réu, já teve a sua versão apresentada, o exercício da ampla defesa e do contraditório exercidos e foi condenado judicialmente pela prática de crimes contra a sua ex-esposa, portanto, não há uma nova versão que possa surgir. Essa manifestação do deputado estadual corrobora o que este trabalho busca salientar, o viés misógino presente entre aqueles que são eleitos pelo povo e legitimados para a produção de normas a serem seguidas pela sociedade. Como um deputado se julga no direito de posar ao lado do agressor e, absurdamente, se orgulhando de ouvir a outra versão?

Tão alarmante foi essa postura e tão receosa se apresenta que o Procurador-Geral de Justiça, Fernando da Silva Comin, apresentou uma nota institucional acerca desta postagem, como segue:

É inadmissível que esse tipo de argumento de descredenciar a vítima seja apresentado por um Parlamentar no exercício de suas atribuições. Tal postura é amplamente combatida pelo Ministério Público de Santa Catarina, inclusive por meio de programas institucionais de prevenção e apoio às vítimas de violência doméstica. Ao relativizar um crime tão grave, denota um flagrante retrocesso à garantia de uma sociedade livre de violência contra as mulheres e é inaceitável que isso ocorra em um país que, somente em 2020, teve aproximadamente 17 milhões de mulheres vítimas de violência física, psicológica ou sexual e, infelizmente, ocupa a triste e incômoda posição de ser um dos países onde mais se mata mulheres. (...) Atitudes como a do Parlamentar em nada contribuem para a diminuição dessa violência. Ao buscar legitimar a ação de um criminoso condenado por crime de sangue, o Parlamentar ofende os familiares das vítimas que lamentam a perda de seus entes queridos, assim como deslegitima aqueles que buscam que os criminosos sejam punidos pelos seus crimes. A violência e o crime não podem jamais ser relativizados.<sup>36</sup>

Uma mulher é morta no Brasil a cada seis horas e meia. Maria da Penha, símbolo da luta contra a violência, precisou ir às Cortes Internacionais para ver o seu processo julgado dignamente. O Brasil foi condenado a cumprir a Constituição e, somente então, a Lei foi promulgada e, assim, vem permitindo a conscientização e fortalecimento às mulheres, vítimas de agressões no âmbito familiar.

## CONCLUSÃO

A luta feminina não é por superioridade de gênero, e sim em busca de igualdade, a fim de que as mulheres possam tomar as rédeas de suas próprias vidas e decisões. É acabar com a histórica discriminação a que estão expostas, associada ao desconhecimento de determinadas questões e/ou procedimentos legais que leva ao enfraquecimento de sua

---

<sup>36</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. *Nota Institucional*. Disponível em <<https://www.mpsc.mp.br/noticias/nota-de-repudio>>. Acesso em: 1 set. 2021.



cidadania, abrindo espaço para a manutenção das desigualdades e intervenções de cunho assistencialista e salvacionista no âmbito do sistema de justiça.

A mulher não é vítima, isto é, ela não é ser incapacitado que precise ser amparado, tutelado pelo sistema jurídico, pois pensar desta forma é promover uma relação de alienação ao gênero feminino, porque assim observa-se no outro extremo um alienador, provavelmente, do gênero masculino.

A mulher é plenamente capaz para atuar como sujeito de direitos e afirmar essa posição na sociedade, contudo, o que lhe falta é o meio em iguais condições a todos os sujeitos.

Sendo assim, toda legislação em prol da mulher deve ser compreendida como uma atuação do empoderamento jurídico feminino que favorece a conscientização do poder de fala feminino bem como o exercício de seus direitos como cidadã.

Entretanto, essa postura da mulher na sociedade, em seu sentido amplo, não está segura de ações que visam de forma indireta ou não, limitar ou reduzir seu papel de ser ativo nas dinâmicas sociais, portanto, toda alteração legislativa deve ser avaliada com perspicácia e estudada em suas reflexões futuros.

O presente trabalho buscou levantar esse questionamento, certa dúvida com as alterações advindas pelo chamado pacote anticrime, será que tais alterações são ensaios de uma tentativa de limitar o empoderamento jurídico feminino? Detalhes, como por exemplo, a foto do parlamentar com o ex-marido condenado por tentativa de homicídio a sua ex-esposa, com o dizer de que deveria ser escutada a sua versão, não estaria implicitamente indicando posição contrária ao empoderamento feminino? Até quando esse clima de certa instabilidade existirá em na sociedade?

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 2 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.377*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.718*, de 24 de dezembro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. *Nota Institucional*. Disponível em <<https://www.mpsc.mp.br/noticias/nota-de-repudio>>. Acesso em: 1 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19*, de 9 de fevereiro de 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg RHC nº 136.708/MS*. Rel. Min. Felix Fisher. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicação=informativo&acao=pesquisar&livre=018079>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.416.580/RJ*, Rel. Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 131.263*. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RHC.clas.+e+%40num%3D%22131263%22%29+ou+%28RHC+adj+%22131263%22%29.suce.>>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Nota Técnica 5/2021 - Possibilidade de decretação da prisão cautelar ex officio nos casos de violência doméstica*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/administracao-superior/vice-presidencia/centro-de-Inteligencia/notas-tecnicas/2021-1/nota-tecnica-5-2021.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01*, de 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MATOS, Maria Helena Ortolan. *Mulheres no movimento indígena: do espaço de complementariedade ao lugar da especificidade*. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/genero\\_povos\\_indigenas.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/genero_povos_indigenas.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2021.

TAVARES, Joelmir; ARCANJO, Daniela. *Deputada é apalpada por colega na Assembleia de SP e denuncia assédio; deputado pede desculpas*. Folha de São Paulo, São Paulo, 17 dez. 2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/12/deputada-e-apalpada-por-colega-na-assembleia-de-sp-e-denuncia-assedio-deputado-pede-desculpas.shtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

ZIRBEL, Ilze. Ondas do Feminismo. *Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia, Brasil*, v. 7, nº 2, 2021.



## A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO PELO PROCESSO PENAL BRASILEIRO DO DEPOIMENTO ESPECIAL PARA VÍTIMAS CAPAZES DO CRIME DE ESTUPRO

Amanda Matheus Maia

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.  
Advogada.

**Resumo** – O trabalho enfoca na necessidade de oitiva especial para vítimas capazes no crime de estupro uma vez que o atual modelo de inquirição gera vitimização secundária, demonstrando-se cada vez mais um desestímulo à persecução penal e verdadeira violação à integridade moral. É um tema atual, haja vista que recentes divulgações pela mídia de trechos de inquirição de vítima sexual e debates sociais demonstram que a aplicação de métodos que busquem minimizar os efeitos traumáticos deve ocorrer também para as vítimas capazes no crime de estupro. A fim de viabilizar tal reflexão, é necessário ponderar se a oitiva especial da vítima capaz é apta a reduzir a vitimização secundária e garantir a sua integridade psicológica sem confrontar o contraditório e romper com a paridade das armas e a gestão da prova pelas partes.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Crime de Estupro. Depoimento da Vítima. Oitiva Especial.

**Sumário** – Introdução. 1. A característica da clandestinidade no crime de estupro e sua relação com o valor probatório da palavra da vítima. 2. Oitiva especial da vítima capaz no crime de estupro como instrumento de redução da vitimização secundária. 3. A implementação da oitiva especial e o direito ao contraditório. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica enfoca no depoimento das vítimas nos crimes sexuais, especificamente na necessidade de oitiva especial para vítimas capazes no crime de estupro.

O crime de estupro tem a sua característica da clandestinidade reconhecida pela doutrina e jurisprudência, uma vez que, geralmente, não deixa vestígios e testemunhas.

Dessa forma, o depoimento de vítimas de estupro possui grande valor probatório no processo penal. A palavra da vítima e o modo de coletar essa prova, portanto, devem ser tratadas respeitando-se as peculiaridades desse delito.

Consciente do drama vivido pela vítima sexual, o legislador brasileiro garantiu, por meio da Lei nº 13.431/2017, o depoimento especial para crianças e adolescentes nos crimes sexuais. Tal ato goza de caráter investigativo e visa a proteção e amparo da vítima em desenvolvimento na apuração das possíveis violências sofridas.

Contudo, recentes divulgações pela mídia de trechos de inquirição de vítima capaz no crime de estupro e os decorrentes debates na sociedade demonstram que deve ocorrer a



aplicação de métodos que busquem minimizar os efeitos traumáticos também para as vítimas capazes no crime de estupro.

Isso, porque a vítima capaz, ultrapassando o abalo psíquico e o temor da rotulação social, ao ser submetida a uma oitiva em inobservância às particularidades do delito, poderá rememorar a violência sofrida e encontrar nesse ato uma vitimização secundária e um desestímulo à persecução penal.

Constata-se na atual forma de coleta da palavra da vítima uma ineficácia à garantia de seu direito à integridade moral e mental, sendo necessário discutir uma forma de inquirição da vítima capaz no crime de estupro em que esteja presente o zelo para corretamente prevenir, apurar e penalizar a violência sexual.

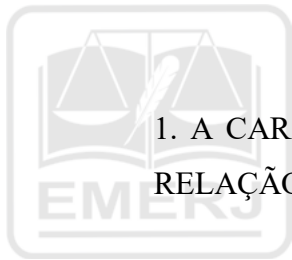
O primeiro capítulo apresenta o crime de estupro e analisa de que modo suas singularidades, como a sua reconhecida clandestinidade, aumentam a relevância da palavra da vítima no sistema de provas do livre convencimento motivado e, por conseguinte, fazem surgir a necessidade de um especial procedimento de coleta de relatos.

Segue, no segundo capítulo, o estudo da possibilidade de uma oitiva especial da vítima capaz como um instrumento apto a reduzir a vitimização secundária e garantir a sua integridade psicológica.

Por fim, o terceiro capítulo dedica-se a examinar a viabilidade da conciliação entre a aplicação da oitiva especial de vítimas capazes no crime de estupro, que se caracteriza como prova antecipada, e o contraditório, observando a paridade das armas e a gestão da prova pelas partes.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, com seus objetivos de caráter explicativo, uma vez que a pesquisadora pretende legitimar a tese da necessidade de implementação pelo processo penal brasileiro de oitiva especial para vítimas capazes no crime de estupro.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, valendo-se a pesquisadora de pesquisas bibliográficas e comparadas para sustentar a dissertação.



## 1. A CARACTERÍSTICA DA CLANDESTINIDADE NO CRIME DE ESTUPRO E SUA RELAÇÃO COM O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA

O crime de estupro encontra-se tipificado no artigo 213 do Código Penal<sup>1</sup>. O infrator desse delito impõe um ato sexual a alguém por meio de violência física ou moral. O núcleo do crime de estupro é constranger, na acepção de coagir, sendo o constrangimento efetuado por violência ou grave ameaça.

O bem jurídico a que se visa tutelar ao tipificar o crime de estupro é a liberdade sexual. Luiza Nagib Eluf<sup>2</sup> explica que a liberdade sexual é a possibilidade de escolher, de forma desimpedida, o exercício ou não da sexualidade.

Portanto, existindo consentimentos para a prática do ato sexual, ainda que externados apenas após o início da conduta, não há crime, pois estaria diante do livre exercício do direito à liberdade sexual.

Ensina Bruno Gilaberte<sup>3</sup> que ainda que inexista manifestação da vítima, em caso de silêncio, poderá ocorrer a consumação do crime. Isso porque, há a possibilidade de o silêncio representar não uma permissão para o ato sexual, mas sim uma forma de defesa ou medo que objetive repelir a perpetuação ou agravamento da violência.

Com isso, por vezes, o estupro é praticado sem deixar vestígios, seja pelo modo em que se consuma, seja pelo o trauma do ofendido, que tende a tardar o início da persecução penal enquanto as evidências se dissipam.

Ademais, o ambiente em que é executada a transgressão, correntemente, é um local ermo, sem a presença de testemunhas, restando apenas como personagens o ofensor e o ofendido.

Portanto, a clandestinidade torna-se, reconhecidamente, uma característica do crime de estupro. Tal peculiaridade gera uma limitação nos elementos de prova. Ensina João Batista Oliveira de Moura<sup>4</sup>:

Os crimes sexuais, na maioria das vezes, dão-se às ocultas. Quando deixam vestígios materiais, tais como esperma, sangue, saliva, pelos ou lesões, é possível a realização da perícia sobre o acusado ou suspeito. No entanto, quando não deixam vestígios ou não permitem a realização da perícia sobre o corpo do arguido, seja por seu desaparecimento, perecimento ou por negativa em fornecer material físico-corporal ao exame pelo expert, a palavra da vítima torna-se preponderante na formação da convicção do juiz.

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2021.

<sup>2</sup> EFLUF, Luiza Nagib. *Crimes Contra os Costumes e Assédio Sexual*: edição condensada. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 27.

<sup>3</sup> GILABERTE, Bruno. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 12.

<sup>4</sup> MOURA, João Batista Oliveira de. *Crimes Sexuais: a inquirição da vítima como objeto de prova*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 32



Por ser uma infração penal que pode deixar vestígios, o estupro é considerado um crime material. O Código de Processo Penal<sup>5</sup> estabelece no artigo 158 que os crimes materiais serão comprovados mediante exame pericial, corpo de delito.

Segue a lei processual<sup>6</sup> afirmando, no artigo 167, que, caso não haja viabilidade para elaboração da prova pericial, a comprovação seguirá por meio de prova testemunhal. Essa produção de provas, típica em crimes materiais, costuma não ser cabível no crime de estupro, dada a mencionada clandestinidade, restando apenas a palavra da vítima.

Para mais: o percurso natural feito pelas vítimas de crimes em geral é o direcionamento imediato às autoridades policiais para noticiar o crime e facilitar a instauração da apuração criminal.

Contudo, pelas particularidades da violação, a vítima de estupro não costuma se dirigir de imediato às autoridades policial, haja vista o abalo em que se encontra após o fato. Logo, mesmo nos casos de materialidade, é comum a perda de indícios.

Assim, com o reconhecimento da clandestinidade nos crimes de estupro e das singularidades durante a produção probatória, há grande relevância da palavra da vítima, que tem natureza jurídica de meio de prova.

O crime de estupro não comporta a mesma análise de outros crimes, devendo haver observância de suas características desde a discussão sobre o fato criminoso até sua instrução probatória.<sup>7</sup>

A palavra da vítima será o instrumento da prova enquanto o objeto da prova será a prática ou não deste crime contra a liberdade sexual.<sup>8</sup> O Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup> reconhece a força probante da palavra da vítima no crime de estupro e, ao julgar o HC nº 298.653/RJ, pontuou:

Inviável a análise quanto à absolvição do paciente por insuficiência probatória, por demandar revolvimento das provas dos autos, providência não admitida na via estreita do habeas corpus. A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos.

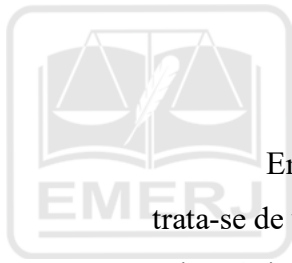
<sup>5</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2021.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> ARRAES, Arrielle Devoyno. *O valor da palavra da vítima de estupro perante o estado juiz e o réu no processo penal*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Curitiba, Unicuritiba, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/ARIELLE-DEVOYNO-ARRAES.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>8</sup> MOURA, op. cit., p. 32.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 298653*. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2016-04-19;298653-1530191>> Acesso em: 05 abr. 2021



Embora o delito de estupro seja um dos crimes que mais causa perturbação social, trata-se de um crime muito subnotificado. A subnotificação ocorre porque, ainda que por vezes seja o único meio de prova, há dificuldades para a coleta da palavra da vítima.

A vítima gera expectativas negativas de que, a partir do seu relato, sua declaração será posta sob suspeita, reviverá a infração sofrida, terá exposta a sua intimidade física, confrontará o agressor e esclarecerá cenários de sofrimento. Tais expectativas impedem uma plena oitiva do ofendido.

O alcançar o sistema judiciário, a vítima pode ainda sofrer uma vitimização secundária. A primeira vitimização é a sofrida com a prática do delito e, posteriormente, ao buscar a persecução penal, com a falta da observância das características do crime de estupro no procedimento de instrução criminal, em especial no ato de inquirição, acontece a segunda vitimização. Atesta João Batista Oliveira Moura<sup>10</sup>:

Nesse sentido, é de destacar que traumas são eventos que causam dor. Logo, todo e qualquer evento que seja capaz de reportar a vítima à lembrança do abuso ou violência sofrida é um novo instrumento de dor. Sua reação natural e normal será a de eliminação da sua causa e a tentativa de remediá-la por meio de mecanismos de autoproteção psíquica, entre eles o silêncio, a mentira e a retratação.

Com isso, demonstrada a importância da palavra da vítima no crime de estupro, verifica-se que é necessário buscar a redução da vitimização secundária e garantia da integridade psicológica da vítima ao ouvir a vítima no processo judicial, não somente para observar o direito à dignidade da pessoa humana, mas também assegurar um justo julgamento.

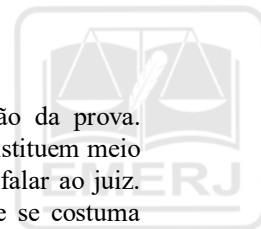
## 2. OITIVA ESPECIAL DA VÍTIMA CAPAZ NO CRIME DE ESTUPRO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A prova está relacionada à busca da verdade, oportunizando o pronunciamento do juiz sobre aquela demanda e é um ângulo do próprio direito de ação, que não se esgota no direito de alcançar um provimento jurisdicional qualquer, sendo também o direito de possuir uma adequada instrução probatória.

Quanto à declaração da vítima como espécie de prova, é necessário frisar que a vítima não se confunde com a figura da testemunha. Ao discursar a respeito do valor probatório da palavra da vítima, declara Nucci<sup>11</sup>:

<sup>10</sup> MOURA, op. cit., p. 46.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 412.



Trata-se de ponto extremamente controverso e delicado na avaliação da prova. Primeiramente, convém mencionar que as declarações do ofendido constituem meio de prova, tanto quanto é o interrogatório do réu, quando este resolve falar ao juiz. Entretanto, não se pode dar o mesmo valor à palavra da vítima, que se costuma conferir ao depoimento de uma testemunha, esta, presumidamente, imparcial.

No crime de estupro, o procedimento das inquirições e o modo de seus assentamentos podem constituir uma prova insuficiente e falha, uma vez que o magistrado e servidores acabam por registrar o que consideram devido ao processo, observando apenas questões acerca de autoria e materialidade, afastando-se, não por desinteresse, mas sim por possuírem apenas formações jurídicas, de outros elementos importantes na colheita de prova desse tipo de crime.

A gestualidade, por exemplo, de extrema importância para avaliação de um psicólogo, pode ser algo tão desimportante para o magistrado, que nenhuma observação desse aspecto será produzida.

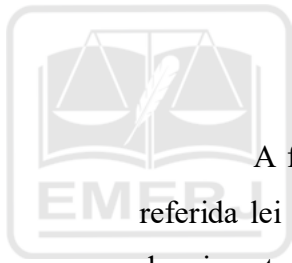
Tendo em vista a valoração da declaração da vítima nos crimes sexuais, e os riscos de vitimização secundária na exposição em juízo dos relatos sofridos, é possível notar a importância de trazer para o direito maior contato com outras disciplinas, a exemplo, a psicologia, e outras ferramentas ainda pouco utilizadas, como inquirições audiovisuais, para alcançar uma nova forma de coleta de declarações das vítimas, equilibrando as garantias do acusado com a proteção e a integridade psíquica da vítima. Ministra João Batista Oliveira de Moura<sup>12</sup>:

Nessa senda, muito embora as partes possam protestar, impugnando quanto à omissão de dados relevantes da inquirição pelo magistrado, entre eles elementos relativos à linguagem corporal e gestual, como o fato de a vítima demonstrar-se nervosa, chorar, gesticular, limpar a boca constantemente, relevar revolta, entre outros, somente a gravação audiovisual é capaz de garantir o registro integral da linguagem verbal e gestual, possibilitando no tempo processual adequado e se necessário, sua reavaliação, seja pelo próprio julgador, seja pelos sujeitos processuais ou peritos.

Destaca-se que o legislador ordinário, ao tutelar direitos da criança e do adolescente, já indicou observar a importância de uma oitiva especial para o caso de crimes sexuais. A Lei 13.431/2017<sup>13</sup> prevê que a criança ou adolescente em situações de violências, entre elas a sexual, terá um procedimento de entrevista diferenciado.

<sup>12</sup>MOURA, op. cit., p. 46.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 13.431* de 4 de abril de 2017. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2021.



A fim de proteger o infante que se encontra em fase de desenvolvimento psíquico, a referida lei criou a escuta especializada, a ser realizada por um profissional qualificado, e o depoimento especial, em que, embora colhido por delegado quando na fase de inquérito, ou por juiz, na instrução criminal, será realizado sempre em um ambiente acolhedor. Ensina Nucci:<sup>14</sup>

O ideal, segundo o art. 11, é a colheita do depoimento uma única vez, em produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado, o que certamente é um benefício a todos, visto que a mente (e a memória) infanto-juvenil trabalha com fantasias e ficções, que podem mesclar-se com o fato ocorrido quanto mais o tempo passar. Impõe-se o depoimento especial em produção antecipada de provas em duas situações: a) criança ou adolescente menor de 7 anos; b) casos de violência sexual. Não vemos óbice a que o delegado represente ao juiz para que, também noutras situações, haja a colheita antecipada e única da prova.

Tal previsão legal aponta para o reconhecimento da possibilidade de o Judiciário ofertar à vítima sexual acolhimento e abrigo permitindo que ela relate o fato necessário mantendo-se ao máximo a integridade física, ao permitir acompanhamento de profissionais com expertise para a situação.

Somada à oportunidade de gravação da oitiva, que garante a desnecessidade de repetição da prova e a coleta integral do depoimento, há a evidente atenuação da vitimização secundária, o que deve ser garantido também às vítimas capazes. Nesse sentido, João Batista Oliveira de Moura<sup>15</sup>:

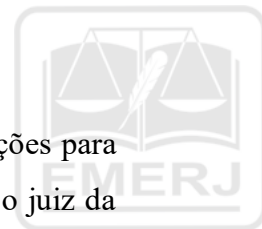
O direito das vítimas maiores ter sua dignidade e saúde psíquica preservadas, a fim de que não sejam vitimizadas pelo confronto com o suposto violador e outras exposições impostas pelo processo penal, tais como exames físicos, perícias psicológicas e repetidos depoimentos, merece relevância jurídica similar ao das vítimas infanto-juvenis.

Oportuno apontar também que o direito processual penal português demonstra nítida atenção à necessidade de uma especial forma de inquirição das vítimas sexuais maiores de idade, possuindo instrumento denominado “Declarações para Memória Futuras”.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *A escuta, o depoimento especial e o novo crime de violação de sigilo processual*. Disponível em: <<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/554147027/a-escuta-o-depoimento-especial-e-o-novo-crime-de-violacao-de-sigilo-processual>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

<sup>15</sup> MOURA, op. cit, p. 99.

<sup>16</sup> CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Declarações para Memórias Futuras – enquadramento jurídico, prática e gestão processual*. Disponível em: <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_Declaracoes\\_e\\_Prova.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Declaracoes_e_Prova.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2021.



Previstas no artigo 271 do Código de Processo Penal Português, as declarações para memória futura visam a resguardar a vítima capaz no crime sexual, permitindo que o juiz da instrução realize a coleta da declaração ainda na fase de inquérito ou de instrução, praticando uma verdadeira antecipação da audiência<sup>17</sup>:

O instituto das declarações para memória futura é comumente caracterizado como uma antecipação parcial da audiência de julgamento envolta numa concordância prática de interesses que se materializam no interesse público da descoberta da verdade material, na conservação da prova e, por fim, na protecção da vítima. Por tal motivo entende-se que as mesmas representam um modo de produção antecipada da prova, porquanto representam uma excepção ao disposto pelo artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que prevê “não valem em julgamento, nomeadamente para efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência.

As declarações para memória futura representam a possibilidade de colher oitiva da vítima notificando e garantindo a presença do Ministério Público e de defensor, com vistas a garantir a ampla defesa e a utilização posterior no processo penal<sup>18</sup>:

É comumente referido que o recurso a declarações para memória futura nos casos de crimes de tráfico de pessoas e contra a liberdade e a autodeterminação sexual prende-se no facto de “o dever de testemunhar comportar um assinalável efeito de vitimização secundária em que a pessoa é levada a reviver os sentimentos negativos (medo, ansiedade, dor) experimentados aquando da infracção, efeito este especialmente intenso e pernicioso se estiver em causa um núcleo muito restrito de intimidade pessoal como sucede no âmbito dos crimes sexuais.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, ratificada pelo Estado Brasileiro em 1995, determina como dever do Estado, em seu artigo 7º, alínea b, o agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher<sup>19</sup>. Buscando aproximar técnicas especializadas já existentes às vítimas capazes, houve no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás a adoção do depoimento especial, previsto para infantes na Lei 13.431/2017<sup>20</sup>, para uma vítima maior de idade. O magistrado que aplicou o procedimento, Rodrigo Foureaux, apontou que<sup>21</sup>:

É extremamente desagradável e desconfortável para qualquer vítima de crime decorrente de violência sexual relembrar os fatos. É necessário que sejam empregadas técnicas, quando da oitiva da vítima, que causem o menor desconforto possível, haja o máximo respeito e a vítima sinta-se acolhida e protegida pelo Estado. O formato em

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> BRASIL. *Decreto n.º 1.973* de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)> Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.



que três pessoas, sobretudo se não houver técnica, realizam perguntas para a vítima em audiência, e, por vezes, três homens, é danoso para a mulher que na esperança de se sentir acolhida acaba sendo revitimizada e ocorre a prática de violência institucional.

Com o exposto, é possível notar que a oitiva especial, já utilizada em nosso ordenamento jurídico nos processos de crimes sexuais envolvendo infantes, é um instrumento hábil para garantir a proteção psíquica e moral da vítima capaz no crime sexual, que igualmente necessita desse procedimento acolhedor e multidisciplinar que vise a redução das chances de vitimização secundária.

### 3. A IMPLEMENTAÇÃO DA OITIVA ESPECIAL E O DIREITO AO CONTRADITÓRIO

Dada a clandestinidade como característica dos crimes sexuais, o processo penal, de modo habitual, acha-se na dependência da palavra da vítima, estando sob risco. É instaurado um conflito entre a declaração da vítima, por vezes única espécie de prova do crime, e a narrativa de quem se diz insuspeito.

Sob o sopro do Estado Democrático de Direito, há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia da não culpabilidade, ou Estado de Inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>22</sup>. Sobre o referido direito fundamental, esclarece Guilherme de Souza Nucci<sup>23</sup>:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe a acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.

Por ser considerado ponto congênito do indivíduo, o Estado de Inocência engloba outro significativo princípio do processo penal: o *in dubio pro reo*, adotado implicitamente no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal brasileiro<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> ROTA JURÍDICA. *Juiz aplica depoimento especial, adotado para crianças e adolescentes, para mulher adulta vítima de estupro*. Disponível em: <<https://www.rotajuridica.com.br/juiz-aplica-depoimento-especial-usado-para-criancas-e-adolescentes-para-mulher-adulta-vitima-de-estupro/>> Acesso em 16 ago. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>23</sup> NUCCI, op. cit., p. 34.

<sup>24</sup> BRASIL. op. cit., nota 4.

No tocante a esse princípio, Nucci faz a seguinte alusão<sup>25</sup>:

Integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (in dubio pro reo), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado.

Além da necessidade de cuidados para garantir os direitos fundamentais do acusado, deve-se observar também que há evidente envoltura do estado psíquico do julgador na decisão de um crime contra a dignidade sexual, sendo público que nesta área a emoção desponta de forma apurada. Explica José Guilherme de Souza<sup>26</sup> que a emoção presente ao decidir acerca desse delito é:

ao contrário das decisões de mérito prolatadas em outras áreas do direito, um veículo vivo e palpável do que se passa, simultaneamente, no físico e no psiquismo dos envolvidos com o problema que ela busca solucionar.

Os juízes, costumeiramente, não apenas na seara criminal, tampouco apenas nos crimes sexuais, têm, em razão da projeção de seus cargos, um fardo sociocultural. As expectativas da comunidade, quanto a maneira de perceber e avaliar dos magistrados, demonstram-se elevadas. Em conformidade a tal entendimento expõe Amilton Bueno de Carvalho<sup>27</sup>:

Na relação com a comunidade, o juiz representa, no inconsciente das pessoas, a figura do pai. Evidente que o juiz, enquanto regra, aceita/assume esta figura. Ele é aquele que pune, repreende, autoriza o casamento, determina a separação conjugal, distribui os bens. A comunidade, quando não consegue resolver seus problemas, busca socorro na figura do pai/julgador. A relação "familiar" é tão forte que há até controle da sexualidade do juiz pela própria sociedade, além óbvio, de controles menores: na maneira de vestir, de se portar, em relação aos amigos. É algo forte, presente, marcante.

Por outro lado, para o entendimento da palavra da vítima como instrumento da prova em processos cujo objeto é a apuração da materialidade e autoria de crimes sexuais, exige-se certa imersão no embaraço dinâmico em que funciona essa espécie de criminalidade.

Não obstante o crime de estupro seja um dos delitos que mais causa consternação social, pelo embate entre o direito e o lado primitivo do homem, trata-se de um crime muito acobertado.

<sup>25</sup> NUCCI. op. cit., p. 34.

<sup>26</sup> SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais*. Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 126.

<sup>27</sup> CARVALHO, apud BONATO, Gilson. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 9.



Encobrir o estupro a qualquer preço é uma prática remota que se estende na contemporaneidade por persistirem o preconceito e os vestígios de uma época em que homens adultos eram os únicos a manter o poder. Sensível à complexidade da questão, afirma João Batista Oliveira de Moura<sup>28</sup>:

A dominação masculina sobre o sexo feminino, que por séculos se arrastou nas sociedades, mantém seus resquícios. O assalto sobre a sexualidade feminina, em muitos casos, era visto como motivo de conquista, um direito inerente às guerras, senão efetivamente uma arma de guerra como forma de abatimento do inimigo.

A vítima carrega expectativas pessoais de, a partir explanação do crime, ter sua declaração sob suspeita, reviver a infração, ter exposta a intimidade física em exames periciais, encarar o agressor, ser solicitada a esclarecer cenários. E essas expectativas impedem a vítima de noticiar o crime sexual.

Deste modo, surge a necessidade de um procedimento especial para colher a declaração da vítima que, ao mesmo tempo, não represente uma violação às garantias e presunções do acusado. Nesse sentido, explica João Batista Oliveira de Moura<sup>29</sup>:

Um modelo ideal de inquirição de vítimas sexuais não prescinde da harmonização do conjunto de atos que compõe sua estrutura com as garantias de defesa, sob pena de não subsistir no sistema jurídico constitucional.

Há nos modelos especiais de oitiva citados ao longo do capítulo 2, como o depoimento especial e as declarações para memória futura, a harmonia entre a proteção a integridade psíquica da vítima e os direitos do acusado, uma vez que a gravação integral do depoimento servirá como prova processual, atendendo não apenas a acusação como também a defesa.

Observa-se que a inquirição gravada e com participação de psicólogos ou psiquiatras não obsta a participação de outros sujeitos processuais, garantindo o sistema acusatório e reduzindo a possibilidade de contaminações nos relatos. Conforme João Batista de Moura<sup>30</sup>:

A videoconferência é instrumento essencial na formação de um ambiente cênico estruturalmente adequado à inquirição das vítimas sexuais. Ao mesmo tempo em que

---

<sup>28</sup> MOURA, op. cit., 17

<sup>29</sup> Ibid., p. 241.

<sup>30</sup> Ibid., p. 256.





é capaz de proporcionar à vítima segurança e tranquilidade para relatar fatos, garante aos sujeitos processuais a avaliação do conteúdo da história. As garantias de defesa se ampliam, pois arguido e defesa participam diretamente na formação da prova por meio da contrainquirição.

Uma vez que o princípio do contraditório garante à parte contrária o direito de se declarar sobre toda alegação fática feita no processo, a gravação de uma oitiva pode asseverar uma defesa mais dilatada, pois haverá mais material para enfrentamento do que apenas meras transcrições da colheita da prova oral.

De outro lado, para o magistrado, que, como visto, recebe um peso social, e que não pode eximir-se de decidir sobre o conflito, além de ter que fundamentar suas decisões, haverá maior sustentação, já que num processo com oitiva especial há a participação de profissionais com conhecimento técnico a instrução probatória torna-se mais enriquecida.

Para a vítima, a implementação da oitiva especial garantirá a preservação da saúde psicológica e a redução da vitimização secundária.

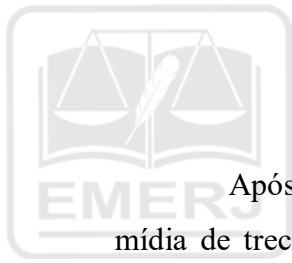
Dessa forma, o depoimento especial para vítimas capazes no crime de estupro apresenta benefícios a todos os sujeitos processuais e não representa uma violação ao contraditório e a ampla defesa.

## CONCLUSÃO

Conforme explicitado ao longo do presente artigo, a clandestinidade é reconhecidamente uma característica do crime de estupro, o que retira vestígios materiais da prática do crime sexual, reduzindo os meios de prova, fazendo com que a palavra da vítima assumam relevante valor probatório. No entanto, a coleta dessa prova pode fazer com que a vítima reviva a infração sofrida.

Diante desse cenário, observa-se que é necessário buscar a redução da vitimização secundária e garantia da integridade psicológica da vítima ao ouvir a vítima no processo judicial, não somente para observar o direito à dignidade da pessoa humana, mas também assegurar um justo julgamento.

Assim, atento a essa necessidade, o ordenamento jurídico brasileiro apresentou relevante evolução acerca da proteção da integridade psíquica das vítimas infantis ao editar a Lei 13.431/2017, que prevê a criança ou adolescente em situações de violências, entre elas a sexual, terá um procedimento de entrevista diferenciado.



Após quatro anos da promulgação da Lei 13.431/2017, recentes divulgações pela mídia de trechos de inquirição de vítima sexual durante audiência judicial geraram grande repercussão social e indicaram que a aplicação de métodos que busquem minimizar os efeitos traumáticos deve existir também para as vítimas capazes no crime de estupro.

Diante disso, surge a necessidade de o sistema judiciário demonstrar-se confiável e acessível, agindo com o devido zelo para preservar a saúde psicológica da vítima capaz no crime sexual, que busca reparação e auxílio do Estado, e apresentar novos métodos de coleta do depoimento do ofendido, a fim de não produzir desestímulos à persecução penal e perpetuação da violência.

Ficou evidente, portanto, que há a necessidade de implementação da oitiva especial para vítimas capazes nos crimes sexuais, já empregada em outros ordenamentos jurídicos e, como mencionado, prevista na legislação brasileira para casos de violência contra infantes.

Cumprе apontar, ainda, que a implementação da oitiva especial para vítima capaz nos crimes sexuais, visando a garantir a saúde mental dela, também pode ser útil ao acusado, uma vez que haverá a avaliação da credibilidade da narrativa da vítima por profissionais habilitados.

Com isso, quanto maior a garantia da integridade da vítima, mais fácil torna-se garantir o direito à ampla defesa.

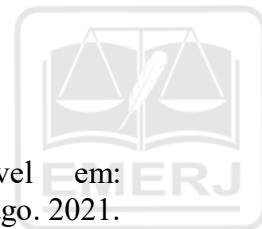
## REFERÊNCIAS

ARRAES, Arrielle Devoyno. *O valor da palavra da vítima de estupro perante o estado juiz e o réu no processo penal. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)* – Centro Universitário Curitiba, Unicuritiba, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/ARIELLE-DEVOYNO-ARRAES.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 02 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm) Acesso em: 16 de ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm) Acesso em: 02 mar. 2021.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *"O Juiz e a Jurisprudência: um desabafo crítico" in Garantias Constitucionais e Processo Penal*. BONATO, Gilson (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Declarações para Memórias Futuras – enquadramento jurídico, prática e gestão processual*. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_Declaracoes\\_e\\_Prova.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Declaracoes_e_Prova.pdf). Acesso em: 14 ago. 2021.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

EFLUF, Luiza Nagib. *Crimes Contra os Costumes e Assédio Sexual: edição condensada*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999

GILABERTE, Bruno. *Direito Penal: crimes contra a dignidade sexual 2*. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2020.

MOURA, João Batista Oliveira de. *Crimes Sexuais: a inquirição da vítima como objeto de prova* - Curitiba: Juruá, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* - 13. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense: 2016.

SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais*. Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.



## CONDUÇÃO COERCITIVA DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUA REVITIMIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Ana Carolina Morgado de Moraes

Graduada pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Advogada.

**Resumo** – a violência doméstica e familiar contra a mulher ocasiona não só o crime descrito no tipo penal, mas também seu sofrimento no decorrer da investigação e do processo penal, configurando sua revitimização. A condução coercitiva da vítima mulher configura sua vitimização secundária ao não observar corretamente seu papel como sujeito processual, tratando-a como testemunha, e não ofendida, sem levar em consideração sua vulnerabilidade e as peculiaridades do crime praticado no âmbito doméstico e familiar. Desta forma, vê-se necessário lembrar do direito das mulheres como Direito Humano. O escopo do trabalho é analisar a ilegalidade da condução coercitiva da vítima de violência doméstica, frente à Lei Maria da Penha, os Direitos Humanos e os Direitos ao Esquecimento e ao Silêncio.

**Palavras-chave** – Condução Coercitiva. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Revitimização.

**Sumário** – Introdução. 1. Da revitimização da mulher no processo penal e sua ilegalidade frente à Lei Maria da Penha. 2. Do entendimento jurisprudencial e doutrinário da condução coercitiva da vítima de violência doméstica e seu papel como sujeito processual. 3. Da incompatibilidade da condução coercitiva da vítima de violência doméstica com os Direitos Humanos e os Direitos ao Esquecimento e ao Silêncio. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática da condução coercitiva da vítima de violência doméstica e a sua conseqüente revitimização durante o processo penal. Discute a possibilidade da realização de tal conduta, respaldada em um direito penal autoritário e distante das causas femininas, frente à Lei Maria da Penha, os Direitos Humanos e os Direitos ao esquecimento e ao silêncio.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei nº 11.340/2006 e tratados internacionais, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, tragam princípios e direitos que resguardam as mulheres, a condução coercitiva da vítima de violência doméstica esbarra nestas proteções, trazendo as seguintes reflexões: É tolerável a revitimização da mulher a fim de satisfazer a necessidade de mais meios de prova? Até que ponto a vítima de violência doméstica pode ser vista como testemunha? A condução coercitiva da vítima de violência doméstica é compatível com os Direitos Humanos e os Direitos ao Esquecimento e ao Silêncio?



A possibilidade da conduta em questão já foi discutida pelo STJ, mas ainda é muito controvertido na esfera doutrinária e questionada por advogados e magistrados.

O primeiro capítulo do trabalho analisa a revitimização da mulher no processo penal, ao ser submetida à condução coercitiva em casos de violência doméstica e familiar, sem ponderar sua integridade ou vontade de se resguardar, e a ilegalidade de tal conduta frente à Lei Maria da Penha.

Prosseguindo, o segundo capítulo examina a vítima de violência doméstica e seu papel como sujeito processual, além de observar o entendimento doutrinário e o do STJ sobre a condução coercitiva no caso em questão.

Por fim, o terceiro capítulo defende a incompatibilidade da condução coercitiva da vítima de violência doméstica com os Direitos Humanos e os Direitos ao Esquecimento e ao Silêncio.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de preposições hipotéticas, as quais acredita serem válidas e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática, além de uma análise da legislação e da jurisprudência.

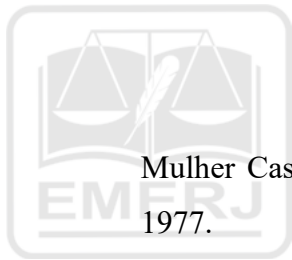
## 1. DA REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NO PROCESSO PENAL E SUA ILEGALIDADE FRENTE À LEI MARIA DA PENHA

A desigualdade entre homens e mulheres, até hoje, encontra-se presente na sociedade, sustentada pela repressão feminina no decorrer dos tempos, e respaldando a prática da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por muito tempo a mulher foi totalmente controlada pelo homem, sendo submetida a suas vontades, tendo seus direitos e interesses sob o domínio masculino, alcançando somente a partir do século XX a maioria deles, como: o do voto, em 1934, com a Constituição Federal<sup>1</sup>; o de colaboradora do marido nos interesses da entidade familiar, com o Estatuto da

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.



Mulher Casada<sup>2</sup>, em 1962; o de se divorciar, com a promulgação da Lei do Divórcio<sup>3</sup>, em 1977.

A mulher, por muitas vezes, ainda continua sendo vista de forma deturpada, sendo, mesmo que ilegalmente, reprimida e coisificada, até mesmo dentro do próprio lar. Vale lembrar a famosa síndrome da Barbie, onde, nas palavras de Christiano Gonzaga<sup>4</sup>, a mulher é vista socialmente como objeto de desejo, nos mesmos moldes de uma boneca, daí o nome alusivo à Barbie. Tal síndrome retira a ideia da independência da mulher, como dona de seu próprio corpo e tendo sua própria voz.

A Constituição Federal<sup>5</sup> de 1988 e a Lei Maria da Penha<sup>6</sup> de 2006, configuram uma grande conquista feminina na luta por seus direitos e pela igualdade de gênero, principalmente, no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. E, embora tais ordenamentos jurídicos não impeçam que tal violência ocorra, resguardam as migalhas maculadas de sua dignidade.

A LMP, em seu art. 5º, estabelece que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Ocorre que esta violência não só afeta a mulher com a prática do crime descrito no tipo penal, como também acarreta em seu sofrimento no decorrer da investigação e do processo penal, além de influenciar diretamente sua rotina e vida particular.

Para Carvalho e Lobato<sup>7</sup>, as misérias do processo penal não são apenas para o acusado, atingindo também a vítima, que sofre o mesmo processo de privação que o delinquente. Segundo os Promotores de Justiça, além de ser uma perdedora diante do autor da infração, a vítima assim também é diante do Estado.

A doutrina<sup>8</sup> subdivide a vitimização, ou seja, os danos causados a vítima – sejam físicos, psíquicos ou materiais – em três espécies: primária, secundária e terciária. A vitimização primária é a causada pelo cometimento do crime; a secundária, é causada pelas

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei n° 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/14121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>3</sup>BRASIL. *Lei n° 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>4</sup>GONZAGA, Christiano. *Manual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 199.

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>6</sup>BRASIL. *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>7</sup>CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. *Vitimização e processo penal*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/11854/vitimizacao-e-processo-penal>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>8</sup>GONZAGA, op. cit., p. 193.



instituições estatais diante da prática da infração penal; a terciária, ocorre no meio social, com o isolamento que a sociedade lhe impõe ao tomar conhecimento do crime.

Logo, ao observar o sofrimento imposto à vítima no âmbito policial e judicial, nota-se que a mulher está sendo imposta à sua vitimização secundária – também chamada pela doutrina de sobrevivitização ou revitimização.

No âmbito policial, a falta de preparo das autoridades; a insensibilidade em seu trabalho; a rotina diária policial; as deficiências burocráticas; e a falta de profissionais especializados, atingem a mulher vítima de violência doméstica, que já se encontra fragilizada. Ademais, a realização do exame de corpo de delito, em decorrência de crimes sexuais, pode ocasionar uma revitimização da mulher.

No âmbito judicial, encontros no corredor com o agressor; as excessivas perguntas do juiz, do promotor e do defensor, que em sua maioria é masculina, junto com a dificuldade e o constrangimento de elaborar perguntas que tendem a ser íntimas; o desprezo de alguns advogados de defesa que visam somente a absolvição de seus clientes; ocasionais retaliações de familiares do acusado; e o incentivo primordial à reconciliação do casal também vitimizam a mulher que sofreu violência doméstica.

Diante de todo constrangimento e sofrimento causado no pós-agressão, muitas mulheres optam por não se submeterem novamente a exaustivas formas invasivas que têm o único fim de obter a verdade real. Sendo assim, elas evitam comparecer às audiências, com o objetivo de não repetirem todas as informações que já foram prestadas anteriormente.

Mediante tal escolha, acabam sendo impostas à medida de condução coercitiva. Ocorre que tal medida revitimiza a mulher vítima, sem levar em consideração os direitos humanos e seu direito ao silêncio. Além disso, descumpre o que claramente está previsto na Lei Maria da Pena.

Observa-se que o próprio art. 10-A, III, da LMP garante à mulher vítima sua não revitimização, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

Verifica-se que falta muita sensibilidade e tato por parte dos operadores do judiciário, que, mesmo diante de tantas provas, continuam a insistir em inquisitivos e repetitivos depoimentos, submetendo a mulher vítima de violência doméstica a conduções coercitivas, revitimizando-a e perpetuando sua dor. Além de infringir diretamente vários direitos e garantias fundamentais, não cumpre o previsto da LMP.



A Lei nº 11.340 foi considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica, perdendo apenas para Espanha e Chile<sup>9</sup>.

A LMP visa proteger a mulher vítima, determinando a implementação de atendimento policial especializado, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher, preferencialmente por servidores do sexo feminino; a capacitação dos agentes públicos; e uma operação integrada.

Sua implementação traz luz ao ordenamento jurídico ao compreender a vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica e a necessidade de um tratamento mais humanizado e sofisticado, com o fim de atender o seu melhor interesse. Por isso torna-se extremamente necessário seu cumprimento, na tentativa de romper este ciclo de subjugação da mulher e realmente defender seus interesses. Mas para sua real efetivação, é necessário a cooperação de todos os agentes na esfera policial e judicial: juízes, promotores, defensores, advogados, delegados, psicólogos, policiais, médicos, etc.

Diante da situação de vulnerabilidade em que a mulher vítima de violência doméstica e familiar se encontra, passa-se a analisar o seu papel como sujeito processual, para entender melhor o motivo pelo qual a sua condução coercitiva deveria ser impossibilitada no processo penal brasileiro.

## 2. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO DA CONDUÇÃO COERCITIVA DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEU PAPEL COMO SUJEITO PROCESSUAL

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 506814/SP<sup>10</sup>, alegando ser cabível a condução coercitiva da vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher para depor em juízo, uma vez que o próprio Código de Processo Penal prevê esta possibilidade, conforme seu art. 201, §1º.

Não obstante, faz-se necessário analisar o papel da vítima de violência doméstica no processo penal como sujeito processual, a fim de entender o descabimento de tal medida.

<sup>9</sup>BRASIL. Compromisso e Atitude. *Legislação sobre violência contra as mulheres no Brasil*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacao-sobre-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil/>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

<sup>10</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 506814/SP*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901192389&dt\\_publicacao=12/08/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901192389&dt_publicacao=12/08/2019)>. Acesso em: 07 abr. 2021.





Uma vez que, por a vítima representar papel de ofendido, e não de testemunha, pode se recusar a prestar declarações e, conseqüentemente, não poderia sofrer a condução coercitiva.

Insta esclarecer que o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro diferencia topograficamente a vítima da testemunha, uma vez que traz o ofendido em seu artigo 201, na parte destinada a dispor sobre as provas no processo penal, enquanto aborda a sistemática das testemunhas em seus artigos 202-205. Não só o CPP mostra que ambos são sujeitos processuais distintos, como também a doutrina tem se manifestado a fim de diferenciar vítima e testemunha.

André Nicolitt<sup>11</sup> aponta como distinção os seguintes fatos: de que as testemunhas prestam depoimento, o ofendido, declaração; de que o ofendido, ao contrário da testemunha, não presta compromisso com a verdade e tem interesse no processo. Para ele, embora o ofendido tenha o dever de contribuir com a justiça, seu dever não gera sanção.

Ainda, refletindo como a doutrina conceitua o tema, José Malcher<sup>12</sup> diferencia ambos apontando que a testemunha é quem viu ou sabe algo sobre o crime, devendo informar a respeito, enquanto o ofendido é quem sofre os efeitos do crime, não prestando depoimento, mas fazendo declarações.

Eugenio Pacelli<sup>13</sup> afirma que o ofendido não integra o rol de testemunhas de acusação, logo, não pode ser considerado testemunha, não tendo o compromisso de dizer a verdade. Todavia, tem entendimento similar ao firmado pelo STJ, pois entende que é lícita a condução coercitiva caso não compareça em juízo ao ser regularmente intimado. O doutrinador também alega que uma vez que o ofendido atribuiu a prática de um crime a alguém, ele tem o dever de depor sempre que intimado, podendo vir a ser apurada a sua responsabilidade penal pela falsa imputação do crime. E, somente na hipótese de ser processado pela denúncia caluniosa, iria poder se resguardar do direito ao silêncio, agora na posição de acusado, e não de ofendido.

Por outro lado, para a Defensora Pública Simone Estrellita<sup>14</sup>, o argumento de Pacelli é inconsistente, uma vez que a vítima não pode ser obrigada a depor visando a apuração de sua eventual responsabilidade penal. Para a defensora, deve ser observado o princípio *Nemo tenetur se detegere*, também conhecido como princípio da não autoincriminação.

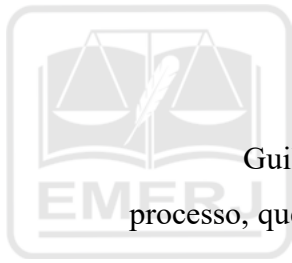
---

<sup>11</sup>NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 399.

<sup>12</sup>MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 286.

<sup>13</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 544.

<sup>14</sup>CUNHA, Simone Estrellita da. Vítima não é testemunha! Breves considerações a respeito do depoimento da vítima nos processos julgados pelo juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: CEJUR, 2017. p. 194.



Guilherme Nucci<sup>15</sup> enxerga o ofendido como uma figura naturalmente parcial no processo, que não está sujeito a se comprometer com a verdade, não podendo ser submetido a processo por falso testemunho, ao contrário do que é defendido majoritariamente pela jurisprudência e pela doutrina, como, por exemplo, por Scarance Fernandes<sup>16</sup>.

Nucci defende a possibilidade da condução coercitiva da vítima, alegando que, além de ser dever da vítima a colaboração com o poder Judiciário, a conduta é essencial para a busca da verdade real. Entretanto, o autor discorda da possibilidade de a vítima ser processada por desobediência, o que é defendido por doutrinadores como Scarence Fernandes e Tourinho Filho<sup>17</sup>.

Ademais, Nucci<sup>18</sup> elenca a condução coercitiva, seja da vítima, réu, testemunha, ou qualquer outra pessoa que se recuse injustificadamente a comparecer em juízo ou na polícia, como uma das seis espécies de prisão cautelar.

Não é necessário apenas analisar o papel da vítima como ofendido ou testemunha, mas é extremamente importante se lembrar de que a vítima em questão é a mulher que sofreu violência doméstica e familiar, que ainda vivencia uma cruel realidade de opressão e subjugação, proveniente de uma sociedade inerente às causas femininas.

Observa-se então, que após ter sido responsabilizado por descumprir a Convenção de Belém do Pará<sup>19</sup> no ano 2000, sob o viés da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres<sup>20</sup> e da Constituição Federal<sup>21</sup>, o Brasil aprovou a Lei Maria da Penha<sup>22</sup>, que foi um grande marco jurídico referente às relações de gênero e uma conquista que se tornou um importante símbolo da luta contra a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. A LMP é uma lei específica, voltada ao combate da violência contra a mulher, que também oferece medidas protetivas, para assegurar e cautelar as vítimas.

Em seu art. 4º, a Lei nº 11.340<sup>23</sup> indica que: em sua interpretação, “serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”. O que leva a entender que nos

---

<sup>15</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 250.

<sup>16</sup>FERNANDES apud *ibid.*, p. 250.

<sup>17</sup>TOURINHO FILHO apud *ibid.*, p. 251.

<sup>18</sup>*Ibid.*, p. 312.

<sup>19</sup>BRASIL. *Decreto nº 1.973*, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>20</sup>BRASIL. *Decreto nº 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>21</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>23</sup>*Ibidem*



crimes que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher, não deveria ser possível a realização da condução coercitiva da vítima que, ao ser intimada, não comparece para depor, uma vez que a realização de tal conduta não levaria em consideração as peculiaridades do crime praticado no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para Ruben Casara e Antônio Belchior<sup>24</sup>, a condução coercitiva da mulher para depor representa nova violência a seu desfavor, configura ilegalidade por violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ao importar nova lesão à vítima.

A mulher vítima de violência doméstica e familiar deve ter sua dignidade resguardada, levando-se em consideração sua vulnerabilidade e seu direito violado no plano material. Para que isso ocorra, é necessário seu acolhimento, que se tenha mais cuidado no processo penal, que medidas especiais sejam tomadas para que esta mulher receba amparo, para que não ocorra uma perpetuação da violência já iniciada, mas sim uma proteção integral por parte do Estado.

Destarte, ao analisar a revitimização da mulher no processo penal como um meio desnecessário de obtenção de provas, ajudando a sustentar um processo penal autoritário e ultrapassado, com resquícios de uma sociedade ainda repleta de desigualdade entre homens e mulheres; ao entender que a mulher vítima de violência doméstica não é testemunha, mas ofendida, que ainda está fragilizada por ser submetida ao crime em meio doméstico e familiar; passa-se a observar a ilegalidade da condução coercitiva da vítima de violência doméstica e familiar, ao analisar os direitos humanos e os direitos ao esquecimento e silêncio, por revitimize a mulher ao não ponderar sua integridade psíquica e moral.

### 3. DA INCOMPATIBILIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COM OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS AO ESQUECIMENTO E AO SILÊNCIO

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que ocorreu em Beijing, na China, em 1995<sup>25</sup>, reconheceu a plena interpretação dos direitos humanos das mulheres e meninas como

---

<sup>24</sup>CASARA, Ruben R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013, p. 404.

<sup>25</sup>DECLARAÇÃO DE PEQUIM. *IV Conferência Mundial sobre as mulheres: ação para igualdade, desenvolvimento e paz*. 1995. Pequim: 1995. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pekin.htm>>. Acesso em: 02 set. 2021.



parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Na conferência, ficou convencido de que os direitos da mulher são direitos humanos. E, por mais que possa parecer óbvia a interpretação de que os direitos das mulheres são direitos humanos, a necessidade de tal apontamento na Declaração de Pequim demonstra e denuncia a desigualdade de direitos entre homens e mulheres.

A Constituição Federal<sup>26</sup>, a Confederação de Belém do Pará<sup>27</sup> e a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça<sup>28</sup> estabelecem que as vítimas sejam tratadas com humanidade.

As Diretrizes Nacionais de Femicídio, estabelecem que a vítima deve ser tratada com dignidade, não tendo seu sofrimento minimizado; sendo respeitada sua dor; evitando que seja exposta ao acusado; evitando questionamento discriminatórios e comentários que produza estereótipos de gênero e julgamentos de valor sobre seu comportamento<sup>29</sup>.

Visto todas as questões levantadas nos capítulos anteriores a respeito da revitimização da mulher vítima de violência doméstica e familiar, e, ao analisar o objeto de estudo – a condução coercitiva da vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher – percebe-se que tal conduta viola flagrantemente os direitos das mulheres, configurando, também, violação aos direitos humanos.

Uma vez que o ordenamento jurídico permite a ocorrência de tal ato, ele não está tratando a mulher com humanidade, ou, ainda, respeitando sua vulnerabilidade como vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher, mas fere sua dignidade ao minimizar seu sofrimento, sem respeitar devidamente sua dor, submetendo-a, como já visto, muitas vezes, à exposição diante do acusado, à questionamentos discriminatórios e comentários que produzem estereótipos de gênero e julgamentos de valor sobre seu comportamento.

No mesmo sentido, tais condutas, como observado pela ministra Carmen Lucia em audiência pública do RE nº 1.010.606, ocorrido em 2017, provocam nas vítimas o sentimento de querer desistir da busca pela justiça e da punição do acusado, uma vez que não querem mais lembrar dos fatos ocorridos, se arrependendo de terem buscado a tutela estatal. Defendeu a Ministra, neste eventual julgamento, que quem não quiser lembrar, para ter o direito de

---

<sup>26</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 18.

<sup>28</sup>ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 60/147*, de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <<https://undocs.org/A/RES/60/147>>. Acesso em: 02set. 2021.

<sup>29</sup>BRASIL. *Diretrizes Nacionais Femicídio*, de abril de 2016. Disponível em: <[https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2021.



esquecer, deve ter esse direito, e o Direito deve dar condições para que cada um faça esse esquecimento<sup>30</sup>.

Com o julgamento do RE nº 1.010.606<sup>31</sup>, em maio de 2021, firmou-se o entendimento de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, não podendo obstar, em razão do tempo, a divulgação de dados e fatos verídicos, obtidos lícitamente, e publicado em meio de comunicação social análoga ou digital.

Destarte, a situação fática que originou tal recurso extraordinário em nada se assemelha com o caso concreto tema deste trabalho, uma vez que o RE analisou a veiculação do caso de Aída Curi<sup>32</sup>.

Aída Curi foi violentada e assassinada em 14 de julho de 1958. Ela foi jogada do terraço de um edifício na Avenida Atlântica, em Copacabana – RJ. O crime foi extremamente chocante e revoltou a população a época. Um dos acusados, Ronaldo Castro, foi absolvido pelo júri, o que causou uma grande repercussão negativa, visto as inúmeras denúncias de corrupção por trás do julgamento.

Anos após o crime, o programa Linha Direta, da TV Globo, retratou o ocorrido, divulgando foto da vítima sem o consentimento de sua família. Segundo os familiares de Aída, a Globo extrapolou os limites da liberdade de expressão e informação, o que configuraria dano moral. Por isso, o reconhecimento do direito ao esquecimento, neste caso, seria importante para preservar a memória e a imagem da vítima. Entretanto, o STF entendeu, com o referido julgamento do RE nº 1.010.606, que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, não acolhendo as teses da parte autora.

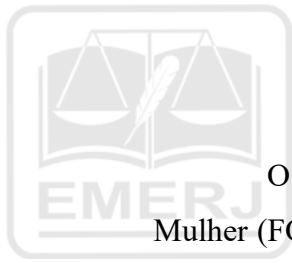
Em relação à condução coercitiva da vítima de violência doméstica, o fato de não se respeitar seu direito ao esquecimento, não extrapola limites do direito de liberdade ou informação, mas viola seus direitos enquanto mulher e pessoa, ao não tratá-la com humanidade, respeito e dignidade, protegendo-a em sua situação especial de vulnerabilidade, submetendo-a à revitimização secundária.

Mesmo com a condução coercitiva da vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher, muitos magistrados têm entendido que a ofendida, ainda em uma tentativa de se resguardar, de evitar reviver os sofrimentos causados pela violência sofrida, teria o direito de permanecer em silêncio no momento de sua declaração.

<sup>30</sup>BRASIL. Supremo Tribunal federal. *Audiência Pública RE nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal federal. *RE nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>32</sup>COPACABANA.COM. *O Assassinato De Aida Cury Em Copacabana, Rio De Janeiro*. Disponível em: <<https://copacabana.com/aida-cury>>. Acesso em: 15 set. 2021.



O Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) editou o Enunciado 50<sup>33</sup>, que defende que deve ser respeitada a vontade da vítima de não se expressar durante seu depoimento em juízo, após devidamente informada dos seus direitos. Por mais que este enunciado não tenha força vinculante, tem se tornado cada vez mais recorrente decisões nesse sentido.

Entretanto, recentemente, o TJRJ anulou uma audiência na qual a juíza alertou uma vítima de seu direito ao silêncio, alegando que é imprescindível o depoimento da ofendida, de sorte a viabilizar a formação da convicção do julgador, uma vez se tratando de violência doméstica, delitos que usualmente são praticados na clandestinidade<sup>34</sup>.

Ora, obsta salientar que a vítima de violência doméstica tem sim o direito de permanecer em silêncio. Não resta dúvidas de que ela tem o dever de contribuir com a justiça, entretanto, não é proporcional a sua submissão a exaustivos interrogatórios repetitivos em sede judicial.

É necessário que a vítima entenda que seu não comparecimento para depor, ou sua permanência em silêncio, pode ocasionar a absolvição do réu ou o enfraquecimento das provas, no entanto, ela tem o direito de pôr um ponto final a sua dor, seguir sua vida e deixar o sofrimento para trás.

Sendo assim, as vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher não podem ser novamente punidas, sendo submetidas a medidas invasivas e extremas como a condução coercitiva, mas devem ser respeitados seus direitos ao esquecimento e ao silêncio. A elas deve ser garantido o direito de não revisitar novamente a sofrida violência imposta em seu seio doméstico e familiar. Assim, serão realmente resguardados os direitos humanos da mulher.

## CONCLUSÃO

Várias Convenções e Tratados Internacionais, leis e medidas do Poder Executivo, além da própria Constituição Federal, garantem direitos e proteção às mulheres. E, mesmo assim, ainda é nítida a desigualdade presente entre elas e os homens, bem como continua frequente a violência praticada no seio doméstico e familiar.

<sup>33</sup>FONAVID. *Enunciado 50*. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>34</sup>CONJUR. *TJ-RJ anula audiência em que juíza estimulou vítima a ficar em silêncio*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/tj-rj-anula-audiencia-juiza-estimulou-vitima-ficar-silencio>>. Acesso em: 02 set. 2021.



Em um primeiro momento, buscou-se estabelecer, em linhas gerais, um panorama histórico-evolutivo do tratamento da mulher. Sendo, assim, observado o modo infeliz como ela era tratada no passado, bem como suas conquistas históricas. Além de analisar também o modo como é tratada ainda hoje no âmbito doméstico e familiar, e no policial e judiciário.

A seguir, buscou-se analisar o modo que a mulher é tratada sob a tutela do Estado, que, por vezes, acaba resultando em sua revitimização, configurando descumprimento ao previsto na Lei Maria da Penha. Obsta que tal ilegalidade gera ainda mais dor e constrangimento à mulher vítima, o que respalda sua tentativa de seguir em frente, sem reviver novamente o delito sofrido.

Em sequência, analisou-se as consequências da condução coercitiva da vítima de violência doméstica e familiar, ficando entendida como uma revitimização secundária, ao não observar a situação de vulnerabilidade em que a vítima se encontra.

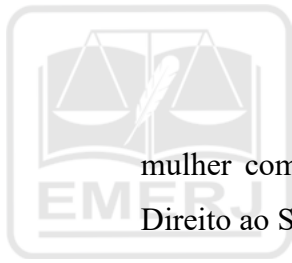
Em um segundo momento, foi analisado o posicionamento do STJ – qual seja, a possibilidade da condução coercitiva da vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher –, e o papel da vítima como sujeito processual. Após observar os entendimentos doutrinários sobre o assunto, comparando os direitos e deveres do ofendido e da testemunha, entendeu-se que, como ofendida, a mulher vítima, que já está fragilizada, deve ter sua dignidade resguardada, não podendo ser submetida à condução coercitiva.

E, em um terceiro momento, foi analisada a incompatibilidade de tal medida com os direitos humanos, e com os direitos ao esquecimento e ao silêncio. Analisou-se a perspectiva que a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que ocorreu em Beijing na China, trouxe sobre os direitos humanos das mulheres.

Observou-se que a revitimização da mulher vítima de violência doméstica e familiar provoca na vítima um desejo de desistir da busca pela justiça e da punição de seu agressor, na tentativa de não reviver e se lembrar do delito ocorrido. Foi analisado também o caso de Aída Curi, que levou o STF a firmar jurisprudência sobre o direito ao esquecimento. Entendendo-se que quem não quiser lembrar, para ter o direito de esquecer, deve ter tal direito, e o Direito deve dar condições para que cada uma faça esse esquecimento.

E, por fim, foi analisado a possibilidade de a vítima invocar o direito ao silêncio, ainda em uma tentativa de se resguardar, o que é defendido pelo Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Assim, infere-se que o presente trabalho é uma pesquisa que tem por fim esclarecer a incompatibilidade da condução coercitiva da vítima de violência doméstica e familiar contra a



mulher com a Lei Maria da Penha, os Direitos Humanos, o Direito ao Esquecimento e o Direito ao Silêncio, visto a consequente revitimização que tal medida causa à mulher.

Destaca-se que a legislação atual e os pareceres jurisprudenciais, assim como as medidas judiciais e policiais, estão longe de realmente proteger a mulher de sua vitimização, e, principalmente, de sua revitimização. Razão pela qual é necessária a interrupção da condução coercitiva da mulher vítima, na tentativa de minimizar seu sofrimento e lhe dar uma chance de seguir em frente.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 60/147*, de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <<https://undocs.org/A/RES/60/147>>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Compromisso e Atitude. *Legislação sobre violência contra as mulheres no Brasil*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacao-sobre-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil/>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.973*, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.377*, de 13 de setembro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes Nacionais Femicídio*, de abril de 2016. Disponível em: <[https://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/14121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2021.





\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 506814/SP*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901192389&dt\\_publicacao=12/08/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901192389&dt_publicacao=12/08/2019)>. Acesso em: 07 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública RE nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. *Vitimização e processo penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11854/vitimizacao-e-processo-penal>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

CASARA, Ruben R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013.

CONJUR. *TJ-RJ anula audiência em que juíza estimulou vítima a ficar em silêncio*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/tj-rj-anula-audiencia-juiza-estimulou-vitima-ficar-silencio>>. Acesso em: 02 set. 2021.

COPACABANA.COM. *O Assassinato De Aída Cury Em Copacabana, Rio De Janeiro*. Disponível em: <<https://copacabana.com/aida-cury>>. Acesso em: 15 set. 2021.

CUNHA, Simone Estrellita da. Vítima não é testemunha! Breves considerações a respeito do depoimento da vítima nos processos julgados pelo juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Gênero, sociedade e defesa de direitos: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher*. Rio de Janeiro: CEJUR, 2017.

DECLARAÇÃO DE PEQUIM. *IV Conferência Mundial sobre as mulheres: ação para igualdade, desenvolvimento e paz*. 1995. Pequim: 1995. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pekin.htm>>. Acesso em: 02 set. 2021.

FONAVID. *Enunciado 50*. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>>. Acesso em: 02 set. 2021.

GONZAGA, Christiano. *Manual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2020.

## A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO EM DISSOLUÇÃO FAMILIAR À LUZ DA SUPERAÇÃO DO VIÉS MERAMENTE PATRIMONIALISTA DO DIREITO ANIMAL

Ana Gabriela Campos Bottino

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

**Resumo** – o papel cada vez mais relevante conquistado pelos animais na sociedade e as frequentes descobertas científicas no que tange à sua senciência, têm feito com que o tratamento puramente patrimonial a eles conferido pelo Direito brasileiro se mostre ineficiente para tutelar de maneira adequada suas relações jurídicas. Em relação ao instituto da Família, os animais de estimação passaram a ser considerados verdadeiros membros do núcleo familiar, dando surgimento à uma nova espécie de família, a multiespécie. Por conta disso, diversos conflitos inusitados, especialmente em relação à possibilidade de concessão de guarda compartilhada nos casos de dissolução do vínculo afetivo de seus tutores, começam a ser levados para análise do Poder Judiciário, e a ausência de legislação sobre o tema acaba por impedir uma solução justa e satisfatória. Diante dessa realidade, os Tribunais brasileiros começam a apontar para uma mudança de paradigma, com a superação gradativa do viés patrimonialista do Direito dos Animais, e vêm entendendo pela aplicação analógica dos dispositivos referentes à guarda compartilhada existente para menores aos casos envolvendo animais de estimação, conferindo verdadeira efetividade social à norma.

**Palavras-Chave** – Direito de Família. Guarda compartilhada. Animais de estimação. *Status* jurídico. Seres sencientes. Vínculo familiar. Nova família multiespécie brasileira.

**Sumário** – Introdução. 1. A incompatibilidade do tratamento jurídico conferido aos animais de estimação face à senciência animal e à nova configuração das famílias brasileiras. 2. Superação gradativa da visão puramente patrimonial do Direito animal: evidências concretas da tendência de despatrimonialização. 3. A sistemática da aplicação do instituto da guarda compartilhada de menores aos casos envolvendo animais de estimação: analogia necessária ante à lacuna normativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de regulamentação da guarda compartilhada de animais de estimação em dissolução familiar a partir da análise da gradativa superação do viés meramente patrimonial do Direito Animal. Busca-se demonstrar que os animais de estimação vêm adquirindo cada vez mais espaço nos lares brasileiros, levando ao surgimento de um novo tipo de família, que os engloba como efetivos membros do núcleo familiar. Com isso, as relações humanas com os animais ficam mais complexas e requerem tratamentos e tutelas específicos, ainda não previstos na legislação pátria.



O crescimento exponencial do mercado relativo aos animais de estimação e as controvérsias cada vez mais peculiares que vêm sendo levadas para solução pelo Poder Judiciário deixam evidente que há a formação de fortes laços afetivos dos humanos para com os animais de estimação, que passam a integrar a ampla noção de família. Da mesma forma, estudos científicos comprovam que os animais são seres sencientes, capazes de compreender as emoções vivenciadas e os vínculos emocionais formados com outras espécies.

No âmbito do Direito de Família, controvérsias relativas à situação dos animais de estimação após a dissolução do vínculo conjugal de seus tutores vêm sendo suscitada em sede processual.

O Código Civil brasileiro ainda categoriza os animais como bens semoventes. Essa definição atrelada à ausência de legislação específica faz com que a questão da posse do animal seja decidida levando-se em consideração somente critérios objetivos de propriedade, com julgamento da lide favorável àquele cujo nome esteja registrado o animal. No entanto, a nova realidade das famílias brasileiras reclama solução jurídica diversa, que se adeque efetivamente à superação fática do viés meramente patrimonialista conferido aos animais e que leve em consideração fatores subjetivos da relação, pensando no melhor interesse tanto do animal quanto de seus tutores.

Apesar de o tema ainda ser controvertido em âmbito jurisprudencial, percebe-se uma tendência dos Tribunais brasileiros de se conformarem à realidade a eles subjacente, especialmente pela formação de importantes precedentes que entendem pela aplicação analógica do instituto da guarda compartilhada existente para menores aos casos envolvendo animais de estimação.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando-se a ressignificação do papel dos animais de estimação na sociedade, notadamente pelo seu impacto direto na configuração das famílias brasileiras e pelos estudos científicos que comprovam a chamada senciência animal.

A partir dessa nova realidade, segue-se, no segundo capítulo, em uma análise da evolução da jurisprudência pátria em relação ao tema, investigando-se se a superação da visão puramente patrimonialista do Direito dos Animais verificada na realidade fática é acompanhada pelo Direito. Desse modo, não obstante o notório atraso legislativo, questiona-se um possível tímido movimento de *overruling* jurisprudencial.

O terceiro capítulo busca ponderar, guardadas as devidas proporções, a aplicação analógica e adaptada da sistemática do instituto da guarda compartilhada de menores à



controvérsia envolvendo os animais de estimação, com base em uma breve investigação quanto ao alcance e real significado da expressão “melhor interesse do animal”.

A pesquisa é desenvolvida pelo método descritivo, uma vez que o pesquisador pretende fazer uma análise minuciosa e descritiva do objeto de estudo a fim de se chegar à uma conclusão.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de documentos e da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua defesa.

## 1. A INCOMPATIBILIDADE DO TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO FACE À SENCIÊNCIA ANIMAL E À NOVA CONFIGURAÇÃO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS

O Direito, enquanto instrumento de mudança social, deve acompanhar as transformações fáticas, econômicas, políticas e históricas da sociedade. A própria eficácia das normas jurídicas depende de sua capacidade de adequar-se às relações sociais, a fim de que não se transformem em letras frias e vazias, desprovidas de força impositiva.

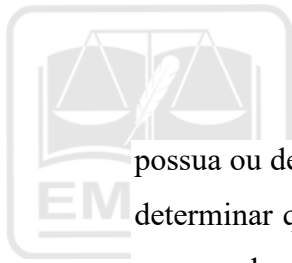
No que tange aos direitos dos animais, é nítida a existência de um verdadeiro embate em relação ao tratamento legal a eles conferido. Por um lado, ainda persiste o tradicional paradigma jurídico pautado no antropocentrismo, determinando que tudo o que advém do meio ambiente tem a finalidade única de satisfazer os interesses humanos; de outro, vêm surgindo movimentos significativos que vão de encontro a esse padrão, embasados na reestruturação do papel dos animais na sociedade e na minimização da verticalidade de sua relação com os humanos.

O sistema jurídico brasileiro não fugiu à tradição de atribuir uma visão predominantemente antropocêntrica ao tratamento concedido aos animais. Baseado na concepção de superioridade humana, foi a eles concedida uma tutela jurídica desprestigiada em comparação aos seres humanos, sendo enquadrados como bens móveis semoventes, por possuírem movimento próprio, conforme artigo 82 do Código Civil<sup>1</sup>.

O artigo 1.228 da referida Codificação dispõe que: “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

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2021.



possua ou detenha”<sup>2</sup>. Ainda que o parágrafo 1º do dispositivo<sup>3</sup> mitigue o disposto no *caput*, ao determinar que os poderes da posse e da propriedade devem ser exercidos de modo que seja preservada a fauna, o que nele se resguarda é a fauna em sentido amplo, ou seja, em “blocos”, sem atentar-se ao interesse animal individualmente considerado<sup>4</sup>. A proteção não se dá baseada no interesse da própria coisa, mas em benefício de um interesse da comunidade<sup>5</sup>.

O fundamento dos direitos dos animais é o reconhecimento de que eles são seres sencientes, o que lhes confere um valor intrínseco autônomo. A senciência pode ser compreendida como o nível mais básico da consciência, exprimindo-se como a capacidade de sentir de forma consciente. Isso significa que não basta a experiência de emoções e sensações, mas, conscientemente, ser capaz de diferenciá-las de maneira positiva ou negativa<sup>6</sup>.

A senciência animal, por muitos anos, teve suporte puramente teórico, destacando-se os trabalhos de Peter Singer<sup>7</sup>, Gary Francione<sup>8</sup> e Tom Regan<sup>9</sup>. Contudo, na última década, esse panorama vem se modificando, e pesquisadores têm unido forças para desvendar os mistérios do sentimento animal. Uma série de estudos empíricos, especialmente desenvolvidos por neurocientistas, têm analisado não só o viés comportamental e anatômico, mas também neural e psicológico dos animais<sup>10</sup>, e concluído pela existência de consciência animal<sup>11</sup>, ao menos em relação aos animais vertebrados com sistema nervoso central bem desenvolvido e complexo<sup>12</sup>.

Em relação aos animais de estimação, o debate se torna ainda mais relevante, tendo em vista o papel que passaram a ocupar dentro do núcleo familiar, dando origem ao que se

---

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> LEVAI, Fernando Laerte. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Mantiqueira, 2004, p. 127.

<sup>5</sup> BECHARA, Érika. *A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 72.

<sup>6</sup> BROOM, Donald M. *Sentiente and Animal Welfare*. Oxfordshire: Cabi, 2014, p. 6.

<sup>7</sup> SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2008.

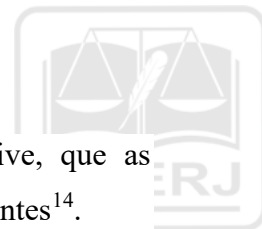
<sup>8</sup> FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

<sup>9</sup> REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006.

<sup>10</sup> A título de exemplo: V. PROCTOR, Helen. *Animal Sentience: Where are We and Where are We Heading?* Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4494284/#B14-animals-02-00628>> Acesso em: 05 abr. 2021; BOYLE, Eleanor. *Neuroscience and Animal Sentience*. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Neuroscience-and-Animal-Sentience-Boyle/186d16ba84eb9f77250c7e9fd3ee461bb343faf0>> Acesso em: 05 abr. 2021; DAWKINS, Marian. *Why Animals Matter: Animal Consciousness, Animal Welfare, and Human Well-Being*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>11</sup> FRANCIS CRICK MEMORIAL CONFERENCE ON CONSCIOUSNESS IN HUMAN AND NON-HUMAN ANIMALS, 2012, CHURCHILL COLLEGE, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *The Cambridge Declaration on Consciousness*. Disponível em: <<http://femconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>> Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>12</sup> COCHRANE, Alasdair. *Animals rights without liberation: applied ethics and human obligations*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2012, p. 24.



convencionou chamar de “família multiespécie”<sup>13</sup>. Pesquisas apontam, inclusive, que as famílias brasileiras possuem mais animais de estimação do que crianças e adolescentes<sup>14</sup>.

A concepção de “família” vem sofrendo inúmeras modificações ao longo dos anos. Tradicionalmente vista sob uma ótica bem delimitada, constituída exclusivamente por mãe, pai e filhos legítimos dentro de um casamento formal, o conceito de família tem passado por um processo de abertura e ressignificação<sup>15</sup>, o que dá margem para a configuração de novos grupamentos familiares.

O vínculo afetivo, base da família multiespécie, traduz-se na formação de um elo emocional e relacional recíproco. Essa interação promove mudanças positivas na vida dos seres humanos, estimulando e melhorando sua saúde física, psicológica e emocional<sup>16</sup>. O animal passa a integrar o núcleo simbólico do imaginário doméstico, aprendendo sua linguagem, costumes e compartilhando sua identidade e singularidade<sup>17</sup>.

De certo, essa relação não é meramente metafórica e sentimental, reverberando de maneira nítida na esfera jurídica<sup>18</sup>. Desse modo, não é mais cabível o tratamento legal meramente patrimonial conferido aos animais, em especial aos de estimação, que desconsidera a realidade fática e se baseia unicamente em uma Codificação civil cuja entrada em vigor se deu há quase duas décadas.

Nesse sentido, necessária se faz a criação de um novo regime jurídico apto a tutelar de maneira adequada o importante espaço conquistado pelos animais na sociedade, mormente com o enquadramento desse grupo em uma categoria legal *sui generis* intermediária: a dos seres sencientes, a qual seria compatível com as teorias clássicas e modernas sobre a definição de “sujeitos de direitos”. Isso significaria que, por serem dotados de sentimentos e consciência e possuírem interesses, os animais passariam a ser titulares autônomos de direitos e garantias na ordem jurídica. A lógica seria similar à que já pôde ser observada inúmeras vezes ao longo da História: apesar de negros, mulheres e crianças já terem sido caracterizados, de forma absurda,

<sup>13</sup> SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 82, p. 223-248, abr.-jun. 2016.

<sup>14</sup> ZWETSCH, Livia Borges. *Guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da conjugalidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 16.

<sup>15</sup> SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis, op. cit.

<sup>16</sup> SCHMIDT, Beatriz; GAZZANA, Cristina. Novas configurações familiares e vínculo com animais de estimação em uma perspectiva de família multiespécie. In: III CONGRESSO DE PESQUISA E EXTENSÃO DA FSG, v. 3, n. 3, Faculdade da Serra Gaúcha, 2015. *Anais do III Congresso de Pesquisa e Extensão da FSG*. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/pesquisaextensao/article/view/1600>> Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>17</sup> SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis, op. cit.

<sup>18</sup> WHITE, Steven. Companion animals: members of the family or legally discarded objects? *University of New South Wales Law Journal*, New South Wales, v. 32, n. 3, p. 852-878, 2009, p. 855. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228202080\\_Companion\\_Animals\\_Members\\_of\\_the\\_Family\\_or\\_Legally\\_Discarded\\_Objects](https://www.researchgate.net/publication/228202080_Companion_Animals_Members_of_the_Family_or_Legally_Discarded_Objects)> Acesso em: 28 set. 2021.



como propriedade, a legislação, acertadamente acompanhando o progresso social, foi transformada e adaptada de forma a proteger esses grupos e considerá-los como sujeitos merecedores de direitos indisponíveis próprios, dignidade e tutela<sup>19</sup>. O que se espera é que o avanço social faça com que, guardadas as devidas proporções, também se passe a considerar completamente destoante da realidade o tratamento puramente patrimonial conferido aos animais.

Os direitos a serem estendidos a eles, por óbvio, seriam aqueles compatíveis com a sua natureza e limitados pelas práticas sociais contemporâneas. Assim, em termos de aplicabilidade imediata e eficaz, defende-se a garantia de uma dignidade existencial aos seres sencientes, traduzida como direito ao bem-estar e de não sofrer, em qualquer que seja a circunstância. Esse posicionamento enquadra-se perfeitamente à realidade, pois não implica na exclusão absoluta do uso dos animais, mas o condiciona à sua condição de senciente. Com isso, não haveria óbice ao abate de animais para fins alimentares, por exemplo, desde que este fosse feito sem sofrimento.

## 2. SUPERAÇÃO GRADATIVA DA VISÃO PURAMENTE PATRIMONIAL DO DIREITO ANIMAL: EVIDÊNCIAS CONCRETAS DA TENDÊNCIA DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO.

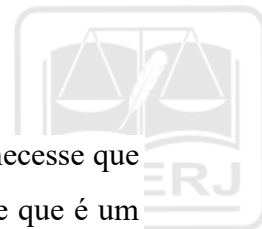
Tradicionalmente, disputas envolvendo animais eram dirimidas com fundamento na visão antropocêntrica e patrimonialista a eles conferida pelo Direito Civil clássico.

Por conseguinte, eventuais controvérsias quanto ao destino de animais de estimação após o fim do vínculo conjugal até então existente entre seus tutores eram solucionadas com base na letra fria da legislação pátria e nos institutos da posse e propriedade. Nesse sentido, uma vez levado o conflito para a sede processual, especialmente quando em conjunto com as demais questões atinentes à dissolução familiar, era usual que o magistrado do caso invocasse a falta de plausibilidade jurídica no pedido de aplicação do instituto de família, mais especificamente a guarda compartilhada, aos animais de estimação. Sob o fundamento de tratar-se de semoventes, caracterizados como coisas pelo Código Civil, entendia a jurisprudência que, como tal, e uma vez comprovado que foram adquiridos com esforço comum no curso do

---

<sup>19</sup> SIMMONS, Schyler. What is the Next Step For Companion Pets in the Legal System?: The Answer May Lie With the Historical Development of the Legal Rights For Minors. *Texas A&M Law Review*, Fort Worth, v. 1, fall, p. 253-285, 2013, p. 256. Disponível em: <<https://scholarship.law.tamu.edu/lawreview/vol1/iss1/11/>>. Acesso em: 28 set. 2021.





casamento ou da entidade familiar, deveriam ser partilhados<sup>20</sup>. Ainda que se reconhecesse que um animal se diferencia de um bem inanimado, não se afastava o entendimento de que é um bem passível de valoração e, portanto, de divisão<sup>21</sup>.

Portanto, em havendo conflito negativo de competência entre vara cível e vara de família, entendia-se pela fixação da competência da primeira, por tratar-se a lide de questão exclusivamente possessória<sup>22</sup>.

É notório que, por muito tempo, houve uma resistência do Poder Judiciário de se adequar à gradual transformação vivenciada pelas famílias brasileiras no que tange à inserção dos animais de estimação como efetivos membros do seio familiar e na sua consideração autônoma, sendo as decisões processuais pautadas exclusivamente nos dizeres expressos da lei. No entanto, a falta de legislação adequada não pode obstar a resolução dessa temática.

Nos últimos anos, devido ao aumento exponencial dos casos levados para solução judicial e ao fortalecimento dos debates sociais e jurídicos envolvendo animais, tem se tornado cada vez mais difícil negar essa nova realidade. Diante desse contexto, é possível perceber que os Tribunais brasileiros caminham timidamente para um movimento de superação de precedentes, o chamado *overruling* jurisprudencial.

O julgamento do Recurso Especial n.º 1.713.167/SP<sup>23</sup> pelo Superior Tribunal de Justiça foi uma importante virada de chave nessa questão. Para a Corte, os animais não podem ser considerados como meras coisas inanimadas, pois merecem tratamento peculiar em virtude das relações afetivas estabelecidas entre os seres humanos e eles e em função da preservação da dignidade da pessoa humana. Assim, a solução de casos que envolvam disputa de animais por ex-conviventes deve levar em consideração a preservação e a garantia dos direitos da pessoa humana, o bem-estar animal e a limitação aos direitos de propriedade que recaem sobre ele, sob pena de abuso de direito.

Com isso, passou a ser pacífico o entendimento de que varas de família possuem competência para julgamento de questões envolvendo a guarda de animais de estimação. Uma

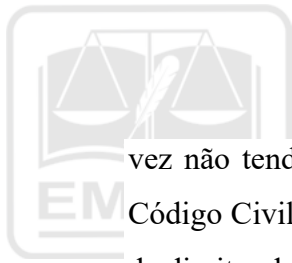
---

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento n.º 0050135-88.2016.8.07.0000*. Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira. Disponível em: Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 0003428-28.2011.8.26.0091*. Relator: Fábio Quadros. Disponível em: Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Conflito de Competência n.º 0221372-21.2017.8.21.7000*. Relator: Eduardo João Lima Costa. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504716653/conflito-de-competencia-cc-70074572579-rs/inteiro-teor-504716658>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.713.167/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>> Acesso em: 13 set. 2021.



vez não tendo sido a relação afetiva existente entre seres humanos e animais regulada pelo Código Civil, deve o juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, deixando-se de considerar o animal como um mero bem e pautando-se nos aspectos subjetivos do vínculo existente entre eles<sup>24</sup>.

O fundamento utilizado pelo STJ para permitir a instituição de guarda aos animais, contudo, possuiu um enfoque muito maior na proteção da dignidade humana dos ex-cônjuges e do vínculo emocional construído em torno do animal, do que em um reconhecimento de direitos autônomos próprios dos animais, que acabaram sendo protegidos de forma secundária e reflexa<sup>25</sup>. Não obstante, fora fixado um importante parâmetro: os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como seres sencientes – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais –, também devem ter o seu bem-estar considerado.

A partir desse contexto, é possível observar o surgimento de decisões judiciais que não só rompem com o paradigma tradicional de enquadrar os animais na categoria de meras coisas e, como tais, inseri-los na divisão da partilha, como também superam os fundamentos e os limites fixados pelo STJ, reconhecendo os animais como verdadeiros sujeitos de direito merecedores de proteção e tutela próprias.

Nesse sentido, diante da realidade social, científica, normativa e jurisprudencial que envolve o tema, diversos magistrados passaram a entender que o animal em disputa não pode ser considerado como coisa, objeto de partilha, e ser relegado a uma decisão que divide entre as partes o patrimônio comum. Como ser senciente, uma vez afastado da convivência que estabeleceu, deve merecer igual e adequada consideração<sup>26</sup> apta a influenciar a formação do convencimento do juiz e a motivação de sua decisão.

É possível encontrar julgados que adotam o entendimento de que cabe ao Poder Judiciário, ao analisar o caso concreto, fazer prevalecer o melhor interesse dos animais e seu

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n.º 2052114-52.2018.8.26.0000*. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>25</sup> No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n.º 2073278-05.2020.8.26.0000*. Relator: Jair de Souza. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/854615963/agravo-de-instrumento-ai-20732780520208260000-sp-2073278-0520208260000/inteiro-teor-854616013?ref=serp>> Acesso em: 13 set. 2021. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n. 2207443-23.2019.8.26.0000*. Relatora: Paula Lima. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894456431/agravo-de-instrumento-ai-22074432320198260000-sp-2207443-2320198260000/inteiro-teor-894456626>> Acesso em: 13 set. 2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22111>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo em segredo de justiça. Relator: Carlos Alberto Garbi. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>> Acesso em: 13 set. 2021.

bem-estar<sup>27</sup>, ponderando cuidadosamente todos os aspectos fáticos que envolvem a disputa. Desse modo, deve-se transformar a ideia de que animais não são apenas coisas/bens no meio jurídico brasileiro, e entendê-lo como um indivíduo, com valores em si, sujeito de vida e de interesses<sup>28</sup>. Dessa forma, para dirimir lides relacionadas à tutela de tais seres, é possível e necessário juridicamente, além de ético, se utilizar, por analogia, as disposições referentes à guarda de humano incapaz<sup>29</sup>.

Fora do âmbito do Direito de Família, verifica-se o mesmo movimento de despatrimonialização da visão do Direito Animal. Cada vez mais surgem projetos de lei que procuram conferir uma gama de direito próprios aos animais e garantir a eles proteção adequada e autônoma<sup>30</sup>. Além disso, outros desdobramentos podem ser observados no âmbito judicial, suscitando interessantes discussões, como a possibilidade de os animais serem autores individuais em demandas judiciais, titulares de danos morais e perda de guarda aos tutores em razão de maus-tratos.

Apesar de os animais não serem pessoas na acepção do termo, são sujeitos titulares de direitos civis e constitucionais, dotados de uma espécie de personalidade *sui generis*, típica e própria à sua condição<sup>31</sup>. É preciso, pois, superar o antropocentrismo a partir do reconhecimento de que o homem não é o único sujeito digno de consideração moral, e que, portanto, os princípios de igualdade e justiça não se aplicam somente aos seres humanos, mas a todos os sujeitos viventes.

<sup>27</sup> A título de exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 1018185-68.2020.8.26.0002*. Relator: Sá Moreira de Oliveira. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230723594/apelacao-civil-ac-10181856820208260002-sp-1018185-6820208260002/inteiro-teor-1230723618>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. *Processo n.º 0150108-40.2016.8.06.0001*. Juiz de Direito: José Lopes de Araújo Filho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/117948571/processo-n-0150108-4020168060001-do-djce>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>29</sup> MORAES, Naiara da Luz de. *Aspectos jurídicos sobre a guarda de animais de estimação em casos de dissolução dos vínculos afetivos*. 2016. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/4776/1/NAIARA%20DA%20LUZ%20DE%20MORAES.pdf>> Acesso em: 24 ago. 2021.

<sup>30</sup> A título de exemplo: BRASIL. *Lei n.º 14.064*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm)> Acesso em: 13 set. 2021; BRASIL. *Projeto de Lei n.º 145*, de 2021. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0ta5bt8e979tj7hmbjv5erbft407655.node0?codteor=1959938&filename=PL+145/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ta5bt8e979tj7hmbjv5erbft407655.node0?codteor=1959938&filename=PL+145/2021)> Acesso em: 13 set. 2021; BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n.º 27*, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1630428359616&disposition=inline>> Acesso em: 13 set. 2021; BRASIL. *Projeto de Lei n.º 3.093*, de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9013322&ts=1631634329454&disposition=inline>> Acesso em: 13 set. 2021..

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo em segredo de justiça*. Relator: Carlos Alberto Garbi. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>> Acesso em: 13 set. 2021.



### 3. A SISTEMÁTICA DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA DE MENORES AOS CASOS ENVOLVENDO ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO: ANALOGIA NECESSÁRIA ANTE À LACUNA NORMATIVA.

Como demonstrado, diante da nova realidade de formação de vínculos emocionais e relações afetivas entre pessoas e seus animais de companhia, o Poder Judiciário se vê diante de disputas pela guarda e de pedidos de regulamentação de visitas de animais de estimação após o fim do casamento ou união estável, da mesma forma que ocorre em relação aos filhos menores. Devido à falta de positivação de normas destinadas à regulação dessas situações, a melhor solução parece ser aquela em que os julgadores se valem da aplicação analógica do instituto da guarda compartilhada de crianças e adolescentes para ofertar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Quando a dissolução ocorre de forma amigável, há registros na jurisprudência de homologação de acordos de visitas ao animal de estimação e, até mesmo, auxílio financeiro para os cuidados com seu dia a dia, o que corrobora a ideia de flexibilização da concepção patrimonial dos animais e o início do reconhecimento judicial do vínculo de afetividade formado com os seres humanos<sup>32</sup>.

O impasse maior decorre dos casos em que o divórcio acaba em litígio e não há consenso quanto à situação dos animais de estimação. A nova realidade que os enquadra como sujeitos de direitos membros do núcleo familiar faz com que as decisões baseadas puramente no direito patrimonial não sejam mais adequadas. O vínculo emocional existente entre o animal de estimação e seus cuidadores humanos deve ser levado em conta, fazendo com que a disputa não possa ser resolvida simplesmente com a aquisição de outro animal de estimação substituto. Assim, busca-se soluções intermediárias que considerem esse aspecto, mitigando e adaptando a legislação da guarda do Direito de Família.

A aplicação dessas normas parece ideal a partir do momento em que leva em consideração e como critério decisório o melhor interesse do animal, tal como ocorre com o melhor interesse da criança na guarda de filhos. No entanto, é preciso conferir adaptabilidade aos dispositivos para que, em cotejo com as peculiaridades do caso, melhor se adequem às relações envolvendo animais.

Nesse sentido, a definição do melhor interesse do animal apoia-se na análise das condições de vida do animal de estimação, em atenção às suas necessidades e interesses. A

---

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 29.

verificação desse critério deve basear-se não apenas no vínculo afetivo formado, mas também nas questões que envolvam custo de vida, espaço e rotina do animal<sup>33</sup>.

A aplicação do princípio do melhor interesse decorre, primeiramente, do reconhecimento dos animais como seres dotados de inteligência e sensibilidade, sendo capazes de compreenderem os sentimentos que recebem e demonstram. Em segundo lugar, reforça sua utilização o fato de que, como já demonstrado, a relação que os seres humanos possuem com seus animais de estimação nos dias de hoje traduz-se quase como um vínculo paterno/materno-filial. Nessa perspectiva, a justificativa para se garantir o melhor interesse da criança, qual seja, dar amparo àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade e que não podem proteger-se por conta própria, é exatamente a mesma para que se estenda idêntico entendimento aos animais de estimação.

Esse interesse do animal, contudo, ao contrário do interesse da criança, deverá ser compatibilizado com o interesse do casal<sup>34</sup>.

O bem-estar animal deve ser visto sob a ótica física e psicológica. No que tange ao primeiro aspecto, os animais necessitam dos mesmos cuidados básicos de uma criança: água, comida, tratamento adequado, cuidados com a saúde, e outros adaptados à sua natureza, como um ambiente apropriado para o seu tamanho e espécie. Em relação ao segundo aspecto, é preciso garantir um estado psicológico equilibrado ao animal, que pode ser observado por meio de *standarts* comportamentais e biológicos<sup>35</sup>, a fim de evitar-se o desenvolvimento de distúrbios emocionais, como a depressão.

Por outro lado, é preciso atentar-se ao melhor interesse dos próprios cuidadores do animal. Diversas decisões já foram tomadas no sentido de que estes são acometidos por grande angústia e problemas psicológicos quando são obstados do contato com seu *pet* após a dissolução do vínculo familiar.

Alguns estudiosos entendem, inclusive, que, no caso de conflito entre o interesse do animal e de seus protetores, deve aquele prevalecer em detrimento deste, uma vez que os humanos têm melhores e mais adequadas condições de encontrarem soluções de autoajuda<sup>36</sup>.

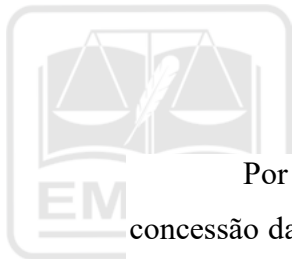
---

<sup>33</sup> Ibid. p. 21.

<sup>34</sup> CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 187, jan. 2016. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>35</sup> MCLAIN, Tabby. Adapting the Child's Best Interest Model to Custody Determination of Companion Animals. *Journal of Animal Law*, Michigan, v. 6, p. 151-168, 2010. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/janimlaw6&div=10&id=&page=>>> Acesso em: 08 abr. 2021.

<sup>36</sup> MILLS, Eithne; AKERS; Keith. Who Gets the Cats... You or Me?: Analyzing Contact and Residence Issues Regarding Pets upon Divorce or Separation. *Family Law Quarterly*, Chicago, v. 36, n. 2, p. 283-301, 2002. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/25740384>> Acesso em: 05 abr. 2021.



Por óbvio, as disposições do Código Civil que se referem ao poder familiar quanto à concessão da guarda de menores, devem ser mitigadas e reinterpretadas, pois não se pretende na hipótese um reconhecimento legal de filiação, somente da existência do vínculo afetivo, que parece ser suficiente para a equiparação de algumas regras aplicáveis aos menores incapazes. A ideia é a de que, com a formação desse vínculo emocional e familiar, o animal passa a ter direitos de cuidado e conduta responsável por parte de ambos os seus protetores, que passam a ter deveres para com ele. Ao contrário das crianças e adolescentes, contudo, os animais de companhia jamais alcançarão independência e autonomia, sendo constantemente dependentes dos humanos com quem convivem.

Resta evidente, portanto, que é juridicamente viável e adequada a aplicação do instituto da guarda compartilhada de menores aos casos de disputa de guarda animal, desde que observadas suas limitações e adaptações, sendo esta a solução mais satisfatória a ser adotada pelos Tribunais brasileiros enquanto perdurar a morosidade da legislação pátria em relação ao tema.

## CONCLUSÃO

Este trabalho constatou que não há mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro para o tratamento puramente antropocêntrico dado aos animais. A partir da comprovação de que algumas espécies possuem capacidade de sentir e processar emoções e sentimentos, não é possível enquadrá-las na categoria de “bens”, uma vez que remete à uma concepção puramente patrimonial. É preciso que os animais sejam reconhecidos como verdadeiros sujeitos de direitos, detentores de direitos próprios e autônomos, garantindo-lhes efetiva tutela estatal.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, no que tange aos animais de estimação, essa tutela deve ser ainda mais específica devido à redefinição de seu papel da sociedade. A nova posição assumida por eles nas famílias os torna verdadeiros membros familiares, a partir da criação de um vínculo emocional e afetivo com os seres humanos. Assim, não é possível mensurá-los a partir de um valor econômico, como se faz com um objeto inanimado.

Como demonstrado ao longo da pesquisa, essa realidade tem feito com que situações inusitadas sejam levadas para apreciação do Poder Judiciário. Em casos de dissolução da unidade familiar, disputas em torno da guarda do animal têm surgido. A falta de legislação que discipline a temática torna difícil o trabalho dos operadores do Direito, que enfrentam um impasse na solução do conflito. O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na

ideia de que, enquanto não sobrevier um estatuto jurídico particular à condição animal, a melhor solução é aquela que já vem sendo gradativamente adotada pelos Tribunais brasileiros, com a aplicação analógicas das regras do Direito de Família aos animais, sobretudo as que dizem respeito à guarda de menores.

Ficou evidente, por essas razões, que a guarda compartilhada de animais de estimação é possível, uma vez que se fundamenta na mesma justificativa da guarda de crianças e adolescentes: garantir proteção àqueles que não têm capacidade de fazê-lo por conta própria. Com isso, aplicando o princípio do melhor interesse, resguarda-se aos animais de companhia, seres dependentes que estarão em desenvolvimento durante toda a sua vida, uma tutela adequada à sua natureza e função social.

Faz-se imprescindível, portanto, que o Direito se molde a essa nova realidade e que os magistrados atuem com mais sensibilidade nos casos relativos à guarda compartilhada de animais de estimação, os enxergando como seres sencientes integrantes do núcleo familiar e não como mera propriedade, pacificando esse entendimento e não deixando margem para decisões contrárias.

## REFERÊNCIAS

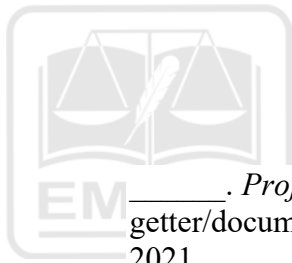
BECHARA, Érika. *A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 14.064*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm)> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei da Câmara n.º 27*, de 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1630428359616&disposition=inline>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n.º 145*, de 2021. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0ta5bt8e979tj7hmbjv5erbft407655.node0?codteor=1959938&filename=PL+145/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ta5bt8e979tj7hmbjv5erbft407655.node0?codteor=1959938&filename=PL+145/2021)> Acesso em: 13 set. 2021.



\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n.º 3.093*, de 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9013322&ts=1631634329454&disposition=inline>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.713.167/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento n.º 0050135-88.2016.8.07.0000*. Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457779090/20160020474570-0050135-8820168070000>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n.º 2052114-52.2018.8.26.0000*. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n.º 2073278-05.2020.8.26.0000*. Relator: Jair de Souza. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/854615963/agravo-de-instrumento-ai-20732780520208260000-sp-2073278-0520208260000/inteiro-teor-854616013?ref=serp>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento n. 2207443-23.2019.8.26.0000*. Relatora: Paula Lima. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894456431/agravo-de-instrumento-ai-22074432320198260000-sp-2207443-2320198260000/inteiro-teor-894456626>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 0003428-28.2011.8.26.0091*. Relator: Fábio Quadros. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/227817155/apelacao-apl-34282820118260091-sp-0003428-2820118260091/inteiro-teor-227817175>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 1018185-68.2020.8.26.0002*. Relator: Sá Moreira de Oliveira. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230723594/apelacao-civel-ac-10181856820208260002-sp-1018185-6820208260002/inteiro-teor-1230723618>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo em segredo de justiça. Relator: Carlos Alberto Garbi. Disponível em: <<https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=69099>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Ceará. *Processo n.º 0150108-40.2016.8.06.0001*. Juiz de Direito: José Lopes de Araújo Filho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/117948571/processo-n-0150108-4020168060001-do-djce>> Acesso em: 13 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0019757-79.2013.8.19.0208*. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22111>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Conflito de Competência n.º 0221372-21.2017.8.21.7000*. Relator: Eduardo João Lima Costa. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504716653/conflito-de-competencia-cc-70074572579-rs/inteiro-teor-504716658>> Acesso em: 13 set. 2021.

BOYLE, Eleanor. *Neuroscience and Animal Sentience*. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Neuroscience-and-Animal-Sentience-Boyle/186d16ba84eb9f77250c7e9fd3ee461bb343faf0>> Acesso em: 05 abr. 2021.

BROOM, Donald M. *Sentiente and Animal Welfare*. Oxfordshire: Cabi, 2014.

CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 187, jan. 2016. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>> Acesso em: 30 ago. 2021.

COCHRANE, Alasdair. *Animals rights without liberation: applied ethics and human obligations*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2012.

DAWKINS, Marian. *Why Animals Matter: Animal Consciousness, Animal Welfare, and Human Well-Being*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

FRANCIS CRICK MEMORIAL CONFERENCE ON CONSCIOUSNESS IN HUMAN AND NON-HUMAN ANIMALS, 2012, CHURCHILL COLLEGE, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *The Cambridge Declaration on Consciousness*. Disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>> Acesso em: 05 abr. 2021.

GARNER, Robert. *A theory of Justice for animals: animals rights in a nonideal world*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LEVAI, Fernando Laerte. *Direito dos animais*. 2. ed. São Paulo: Mantiqueira, 2004.

MCLAIN, Tabby. Adapting the Child's Best Interest Model to Custody Determination of Companion Animals. *Journal of Animal Law*, Michigan, v. 6, p. 151-168, 2010. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/janimlaw6&div=10&id=&page=>>> Acesso em: 08 abr. 2021.

MILLS, Eithne; AKERS; Keith. Who Gets the Cats... You or Me?: Analyzing Contact and Residence Issues Regarding Pets upon Divorce or Separation. *Family Law Quarterly*, Chicago, v. 36, n. 2, p. 283-301, 2002. p. 300/301. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/25740384>> Acesso em: 05 abr. 2021.



MORAES, Naiara da Luz de. *Aspectos jurídicos sobre a guarda de animais de estimação em casos de dissolução dos vínculos afetivos*. 2016. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/4776/1/NAIARA%20DA%20LUZ%20DE%20MORAES.pdf>> Acesso em: 24 ago. 2021.

PROCTOR, Helen. *Animal Sentience: Where are We and Where are We Heading?* Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4494284/#B14-animals-02-00628>> Acesso em: 05 abr. 2021.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006.

SCHMIDT, Beatriz; GAZZANA, Cristina. Novas configurações familiares e vínculo com animais de estimação em uma perspectiva de família multiespécie. In: III CONGRESSO DE PESQUISA E EXTENSÃO DA FSG, v. 3, n. 3, Faculdade da Serra Gaúcha, 2015. *Anais do III Congresso de Pesquisa e Extensão da FSG*. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/pesquisaextensao/article/view/1600>> Acesso em: 05 abr. 2021.

SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 82, p. 223-248, abr.-jun. 2016.

SIMMONS, Schyler. What is the Next Step For Companion Pets in the Legal System?: The Answer May Lie With the Historical Development of the Legal Rights For Minors. *Texas A&M Law Review*, Fort Worth, v. 1, fall, p. 253-285, jan. 2013. Disponível em: <<https://scholarship.law.tamu.edu/lawreview/vol1/iss1/11/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Porto Alegre: Lugano, 2008.

WHITE, Steven. Companion animals: members of the family or legally discarded objects? *University of New South Wales Law Journal*, New South Wales, v. 32, n. 3, p. 852-878, 2009. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228202080\\_Companion\\_Animals\\_Members\\_of\\_the\\_Family\\_or\\_Legally\\_Discarded\\_Objects](https://www.researchgate.net/publication/228202080_Companion_Animals_Members_of_the_Family_or_Legally_Discarded_Objects)> Acesso em: 28 set. 2021.

ZWETSCH, Livia Borges. *Guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da conjugalidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.



## O PENHOR LEGAL DO HOSPEDEIRO EM CONFRONTO COM A VEDAÇÃO DE COBRANÇA VEXATÓRIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ana Paula de Souza Marques

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogada.

**Resumo** – As relações de consumo se apresentam como protagonistas na nova ordem econômica mundial, por isso, a sua importância. Com o passar do tempo, e com as mudanças tecnológicas e estruturais no mercado consumidor, o ordenamento jurídico também deve evoluir para se adaptar às inovações trazidas pela globalização. Cada vez mais se percebe a exigência de equilíbrio nessas relações e a quebra do dogma da autonomia da vontade privada, de forma que hoje a relação de consumo pode ser definida como uma relação entre consumidor e fornecedor pautada no princípio da boa-fé objetiva, cooperação, transparência e confiança que devem estar presentes em todas as fases do negócio avençado. Nesse cenário, não há espaço para normas que violem direitos ou garantias em nome do pacta sunt servanda, mas sim na interpretação mais favorável ao consumidor. A essência do trabalho é abordar o caráter de norma de ordem pública da lei consumerista e verificar a relevância de se afastar normas infraconstitucionais que importam em violação de direitos como é o caso do penhor legal do hospedeiro quando se veda expressamente a cobrança vexatória no CDC.

**Palavras-chave** – Direito do Consumidor. Cobrança Vexatória. Penhor Legal do Hospedeiro.

**Sumário** – Introdução. 1. A incompatibilidade do penhor legal do hospedeiro frente à superação do Direito Civil clássico e a ordem protecionista do consumidor. 2. A ordem principiológica e protecionista da lei consumerista frente ao caráter primitivo do penhor legal do hospedeiro. 3. O conflito entre regras e a característica de norma de ordem pública do CDC. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca demonstrar a incompatibilidade da garantia real do penhor legal em favor do hospedeiro, prevista no Código Civil de 2002, frente ao direito fundamental de proteção aos direitos do consumidor constitucionalmente garantido.

A principal motivação para sustentar o presente trabalho reside no sentido de que este conflito normativo e principiológico vem contribuindo para o surgimento de demandas judiciais baseadas no abuso de direito praticado por fornecedores de produtos e serviços. Com isso, busca-se apontar a necessidade da revogação do dispositivo por incompatibilidade com o preceito de ordem fundamental.

Com efeito, objetiva-se demonstrar que a regra contida no artigo 1.471 do Código Civil viola a vedação de cobrança vexatória prevista no Código de Defesa do Consumidor, fere a



proteção ao consumidor como direito fundamental constitucional, e, conseqüentemente, desrespeita a dignidade da pessoa humana dentro das relações de consumo.

Com base nos ensinamentos doutrinários e nas orientações dos Tribunais Superiores, busca-se comprovar que, para a existência de uma relação contratual justa e equilibrada entre fornecedor e consumidor, sem que haja ofensa aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, é necessária a extinção do instituto do penhor legal do hospedeiro.

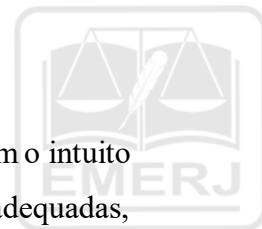
Para tanto, pretende-se evidenciar outras formas de o hospedeiro reaver o seu crédito, caso haja inadimplemento do consumidor. Nesse sentido, faz-se necessário demonstrar outras possibilidades legais disponibilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com os deveres anexos que regem os contratos, sem que eventual cobrança atente contra os direitos individuais do consumidor.

Diante disso, no primeiro capítulo, pretende-se aventar a incompatibilidade do penhor legal do hospedeiro com os princípios do CDC, tendo em vista a superação do paradigma individualista e patrimonialista do Direito Civil clássico, assim como discutir essa espécie de autotutela e os aspectos que violam direitos fundamentais, eis que a Constituição Federal prevê expressamente a proteção aos direitos do consumidor.

O segundo capítulo segue no sentido de esclarecer alguns conceitos importantes e procura explicar que o instituto, ora em debate, está em desacordo com os valores jurídicos e sociais que devem estar presentes nas relações contratuais, posto que está em confronto com os princípios e comandos normativos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e por conseguinte não atende as necessidades da sociedade de consumo moderna.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, seguindo a linha da incompatibilidade, busca-se discutir que este conflito de leis em nada contribui para o desenvolvimento moderno do Direito e para a paz social. Mas, ao contrário disso, colabora para o surgimento de relações jurídicas cada vez mais marcadas pelo traço da desigualdade. Então, como é possível afirmar juridicamente a coexistência harmônica entre a norma proibitiva de cobrança vexatória prevista no CDC e a norma permissiva do penhor legal do hospedeiro?

A pesquisa científica no ambiente jurídico é de extrema relevância para que o desenvolvimento e a atualização do Direito acompanhem as constantes mudanças na sociedade, cada vez mais ávida em busca de um Estado atuante e que garanta efetivamente os direitos fundamentais a ela conferidos, mas é imperioso estabelecer um exame acurado de fenômenos jurídicos e analisar questões controvertidas, a fim de fundamentar o estudo com argumentos concretos e cooperar com a sociedade científica de maneira realista.



Na hipótese, pretende-se explorar os contornos do objeto da investigação com o intuito de explicar os fenômenos jurídicos e abordar soluções, as quais se entende como adequadas, objetivando, com base em fundamentos jurídicos e sociais, defender e corroborar a posição proposta neste trabalho.

Assim, a proposta é utilizar o procedimento de pesquisa bibliográfica e abordar a proposição da temática com suporte na metodologia qualitativa e explorar os objetivos traçados na problematização, para, ao final, sustentar a defesa.

## 1. A INCOMPATIBILIDADE DO PENHOR LEGAL DO HOSPEDEIRO FRENTE À SUPERAÇÃO DO DIREITO CIVIL CLÁSSICO E A ORDEM PROTECIONISTA DO CONSUMIDOR

A globalização trouxe muitas mudanças para a economia mundial e essas mudanças trouxeram várias consequências. Dentre elas, destaca-se o aumento do volume de negócios comerciais e a grande demanda do mercado consumidor. Essa nova face da sociedade de consumo fez com que o constituinte de 1988 inovasse, incluindo, como direito fundamental, a proteção e defesa dos direitos do consumidor.

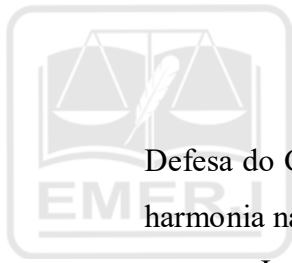
Em verdade, quando se observa a CRFB/1988, faz-se necessário destacar o princípio da isonomia, um preceito fundamental de grande importância para o fortalecimento do estado democrático de direito e para a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Com efeito, o artigo 5º *caput*, inciso I da Constituição Federal<sup>1</sup> orienta o legislador infraconstitucional de maneira a editar leis que tratem de maneira desigual os desiguais e de maneira igual os iguais.

Por certo, diante das transformações trazidas pela nova constituinte, foi preciso fazer um movimento de releitura de todo o ordenamento jurídico pátrio, em que a CRFB/1988 deixa de ser um mero fundamento de validade das normas infraconstitucionais e passa a ser um verdadeiro vetor hermenêutico, um vetor axiológico de todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, atendendo aos anseios da sociedade de consumo e o comando constitucional, o legislador infraconstitucional, no exercício de sua competência, editou a Lei nº 8.078/90<sup>2</sup> com o objetivo principal de proteger e defender o consumidor nas relações de consumo frente àquele que detém a experiência mercantil. Fez-se, então, nascer o Código de

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.



Defesa do Consumidor, a fim de prestigiar o princípio da isonomia, assim como proporcionar harmonia nas relações de consumo.

Justamente em razão das diversas transformações humanas e sociais, o Código Civil de 1916 refletia um verdadeiro descompasso frente à evolução da sociedade e as exigências que surgem com ela. Chamado a organizar a nova codificação civil, Miguel Reale<sup>3</sup> criou uma Comissão de Redação do Anteprojeto do CC de 2002, na qual cada jurista selecionado ficaria responsável por uma parte de sua elaboração.

Com a determinação em superar o Direito Civil clássico baseado no individualismo e no patrimonialismo, em 11 de janeiro de 2003 entra em vigor um novo Código Civil, pautado nos postulados da sociabilidade, eticidade e operabilidade, com o olhar voltado para a Constituição da República de 1988 e para os valores constitucionais.

Ainda nesse contexto, há de se reconhecer que o Direito Civil está vivendo uma “despatrimonialização”, ou seja, o patrimônio não é mais um fim em si mesmo, mas um meio para o alcance da dignidade da pessoa humana. O Direito Civil está caminhando para deixar de empunhar a espada do direito do ter para vestir a capa do direito do ser<sup>4</sup>.

Apesar de adotar uma visão mais humanista, preocupada com valores como dignidade da pessoa humana, isonomia, razoabilidade, solidariedade, boa-fé objetiva e função social, o que se percebe, desde logo, é que isso não foi suficiente para alertar o legislador infraconstitucional sobre o contrassenso em manter uma espécie de garantia real com natureza de autotutela no artigo 1.467, inciso I do CC<sup>5</sup>.

Art. 1.467, I, CC: São credores pignoratícios, independentemente de convenção:  
I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito.

Nas palavras da professora Maria Helena Diniz<sup>6</sup>, o penhor legal

surge em razão de imposição de lei, com o escopo de assegurar o pagamento de certas dívidas de que determinadas pessoas são credoras e que, por sua natureza, requerem tratamento especial. Por isso a própria norma jurídica confere a essas pessoas o direito de tomarem certos bens como garantia até conseguirem obter o total pagamento das quantias que lhes devem.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 21 set. 2021.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2021.

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.



No entanto, sob a ótica do Direito Civil Constitucional, essa espécie de autotutela que permite o hospedeiro, fornecedor de pousada ou alimento, reter os objetos que estejam na posse do consumidor como garantia no caso de risco do não pagamento das despesas feitas no estabelecimento, sem qualquer tipo de autorização judicial, caracteriza cobrança vexatória que viola a proteção da dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III da Constituição da República<sup>7</sup>.

É de suma importância frisar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado e, nessa linha de raciocínio, parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na vigente normativa constitucional foi fazer com que a pessoa humana seja o próprio fundamento e fim da sociedade.

A doutrina especializada é bastante esclarecedora ao falar que “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.<sup>8</sup>

No âmbito do Direito do Consumidor, a cobrança que expõe o consumidor ao ridículo, à situação de constrangimento ou o submete a ameaças é expressamente vedada. Com efeito, são raras as previsões legais no ordenamento jurídico pátrio que admitem a autotutela, pois segundo o jurista e professor Flávio Tartuce e o professor Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>9</sup>:

[...] o exercício da força não é a forma que se procura prestigiar num Estado democrático de direito. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto [...].

Nesse sentido, é possível constatar que o penhor legal de que trata o artigo 1.467, I do Código Civil<sup>10</sup> vigente não se coaduna com os seus próprios postulados, muito menos com a sistemática protetiva consumerista.

Além disso, a proteção e defesa do direito do consumidor é um direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição da República de 1988<sup>11</sup> e que corresponde aos direitos fundamentais de terceira geração. Estes caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção da coletividade e dos grupos.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318.

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 282.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



Impende destacar que os direitos fundamentais de terceira geração surgem com a complexificação das relações das sociedades de massas e, também, com as mudanças dadas pelo crescente desenvolvimento tecnológico e científico.

Quando tais direitos figuram consagrados pelos diplomas normativos de cada Estado, vigentes numa ordem jurídica concreta, ou seja, constitucionalizados, são dotados de mecanismos de efetivação mais eficazes. Tanto é assim que as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo quando principiológicas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, têm caráter preceptivo de aplicação imediata e não programático.

Forçoso dizer que isso fica claro em uma leitura mais atenta do artigo 5º, § 1º da CRFB,<sup>12</sup> dado que é uma norma-princípio, um mandado de otimização dirigido aos operadores e intérpretes do direito, que devem aplicar os direitos fundamentais aos casos concretos, independentemente de regulamentação legislativa, tendo em vista força normativa da constituição.

Cumprе ressaltar que a proteção e defesa dos direitos do consumidor, prevista na lei e na constituição, cumpre um papel importantíssimo no sistema jurídico. O artigo 1º do CDC<sup>13</sup> é bastante didático quando dispõe que as normas nele contidas são totalmente voltadas à proteção e à defesa dos direitos do consumidor. Isso se traduz na busca em efetivar o equilíbrio nas relações de consumo e em garantir maior segurança jurídica.

É a segurança jurídica que concretiza valores e fins públicos de acordo com a decisão política do constituinte e legislador, reduzindo o espaço de criatividade do intérprete e, ao menos retoricamente, torna o Direito mais previsível e objetivo.

Todavia, como o próprio Ministro Luiz Edson Fachin salienta, a “segurança jurídica não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo”<sup>14</sup>.

Mister compreender que uma norma que possibilita a violação de direitos, sob o argumento do exercício regular do direito, não merece guarita na ordem constitucional contemporânea. Isso porque, distintamente do CC de 1916, o CC de 2002 imputa responsabilidade civil não só nos casos de ato ilícito, mas também confere a responsabilidade civil para o agente que extrapola no exercício do seu direito.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2021

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Segurança jurídica entre ouriços e raposas*. 2013. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822635/seguranca-juridica-brilhante-artigo-de-luiz-edson-fachin>>. Acesso em: 14 set. 2021.





Nesse sentido, a respeito do conceito de abuso de direito, o doutrinador Rubens Limongi França<sup>15</sup> é bastante elucidativo ao definir o abuso de direito como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.

Resumindo essa construção, pode-se chegar à conclusão de que o penhor legal do hospedeiro não se coaduna com a nova sistemática constitucional do Código Civil vigente e nem se compatibiliza com a vedação de cobrança vexatória contida no artigo 42 da Lei nº 8.078/90<sup>16</sup>.

De qualquer sorte, as normas que protegem o vulnerável nas relações de consumo devem ser contempladas para que se obtenha a tão almejada segurança jurídica. Sem prejuízo, somente assim é possível alcançar o equilíbrio, a harmonia e a paz social.

## 2. A ORDEM PRINCIPIOLÓGICA E PROTECIONISTA DA LEI CONSUMERISTA FRENTE AO CARÁTER PRIMITIVO DO PENHOR LEGAL DO HOSPEDEIRO

Toda rede principiológica trazida pelo CDC, especialmente no que se refere ao artigo 4º<sup>17</sup>, é para concretizar o comando constitucional de proteção ao consumidor, com o objetivo de buscar a harmonia e o equilíbrio na relação deste com o fornecedor de produto ou serviço, por se presumir o consumidor a parte mais frágil na relação.

Os elementos dessa relação jurídica de consumo, sob o aspecto subjetivo conforme artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor<sup>18</sup>, são, por um lado, o consumidor direto ou por equiparação e, por outro, o fornecedor.

De acordo com a Lei nº 8.078/90<sup>19</sup>, “o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Neste ponto, nota-se que o código adotou um conceito amplo e indeterminado.

Frente ao conceito jurídico indeterminado adotado pelo CDC, impende destacar que foram criadas algumas teorias acerca do tema. A teoria finalista clássica vai dizer que consumidor é o destinatário final fático e econômico. Tal teoria exige os dois requisitos, o que restringe o alcance para a caracterização de consumidor a merecer a proteção do diploma

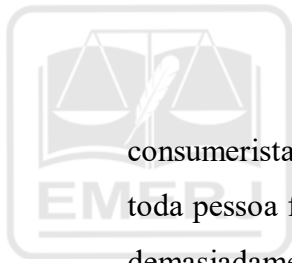
<sup>15</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., Saraiva, 1991, p. 891.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem.



consumerista<sup>20</sup>. De outro modo, a teoria objetiva ou maximalista compreende como consumidor toda pessoa física ou jurídica que utiliza um bem como destinatário final fático, o que amplia demasiadamente o alcance para caracterização de consumidor.

Para efeito de melhor compreensão do tema, a doutrina de Flávio Tartuce e Daniel Neves<sup>21</sup> diferencia o destinatário final fático – aquele que põe fim a cadeia de consumo, ou seja, utiliza um bem ou serviço como último integrante da cadeia de consumo – do destinatário final econômico – aquele que adquire o bem ou serviço sem obter com ele proveito econômico.

Importante salientar que a jurisprudência do STJ<sup>22</sup> adota a teoria finalista clássica, ou seja, restringe o conceito para admitir como consumidor somente aquele que é destinatário final fático e econômico do bem ou serviço. Todavia, de maneira excepcional, o STJ<sup>23</sup> abraça a teoria finalista clássica mitigada, ou temperada, ou aprofundada. Para a Corte Superior, em alguns casos é consumidor todo o destinatário final fático, não econômico, mas que no caso concreto é a parte mais vulnerável na relação jurídica de consumo.

Segundo a doutrina especializada, a teoria adotada pela jurisprudência

[...] possui uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis, envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente<sup>24</sup>.

Diante de tais considerações, percebe-se que o princípio da vulnerabilidade disposto no artigo 4º, inciso I do código consumerista<sup>25</sup> é determinante na interpretação do artigo 2º do CDC<sup>26</sup>. Para a doutrina de Cláudia Lima Marques: “vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> TARTUCE; NEVES, op cit., p. 59.

<sup>22</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1685098*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201685098>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

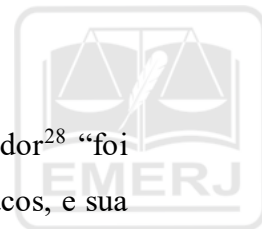
<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1321083*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201321083>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>24</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.



Com toda razão, a autora esclarece que o Código de Defesa do Consumidor<sup>28</sup> “foi construído para o fim especial de proteger os vulneráveis, os diferentes, os mais fracos, e sua origem constitucional deve ser a guia de sua interpretação”.

Relevante salientar que o CDC é uma norma eminentemente principiológica, isto é, está constituído de uma série de princípios que possuem como objetivo maior conferir direitos aos consumidores, que são os vulneráveis da relação, e impor deveres aos fornecedores.

Para tanto, o princípio da defesa do consumidor pelo Estado é de suma importância para a compreensão da tese defendida no presente trabalho, pois tem como fundamento disposições constitucionais que tratam da defesa do consumidor, em especial os elencados nos artigo 5º, XXXII<sup>29</sup> e no artigo 170, V da CRFB/88<sup>30</sup>, que elevam a proteção do consumidor à condição de princípio fundamental da ordem econômica.

Nesse sentido, o princípio do protecionismo de que trata o artigo 1º<sup>31</sup> impõe que as regras do CDC não podem ser afastadas nem mesmo por convenção das partes, sob pena de nulidade absoluta, conforme dispõe o artigo 51, inciso XV<sup>32</sup> do mesmo diploma, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor.

Com efeito, a criação de políticas públicas ligadas à proteção do consumidor se traduz em verdadeira ação afirmativa do Estado para a efetiva execução da Política Nacional das Relações de Consumo.

De toda maneira, ao observar o artigo 5º do CDC<sup>33</sup>, percebe-se que o legislador se preocupou em trazer para o nosso microsistema instrumentos capazes de executar os objetivos traçados na Política Nacional das Relações de Consumo sem se descuidar em harmonizar tais objetivos com o desenvolvimento econômico do país.

Como se pode verificar, o princípio da harmonização contemplado no artigo 4º do CDC demonstra a atenção dispensada pelo legislador em viabilizar o equilíbrio nas relações de consumo de forma a preservar os interesses econômicos dos consumidores e dos fornecedores. “Nesse contexto, nas relações negociais consumeristas deve estar presente o justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes, em todos os momentos relacionados com a prestação e o fornecimento”<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>34</sup> TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 51.



Sem prejuízo de tantos outros, o princípio da vulnerabilidade é a pedra basilar de todo microsistema consumerista. Com razão,

ninguém discute mais porque o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, foi escolhido porque seu papel na sociedade de consumo é intrinsecamente vulnerável perante o seu parceiro contratual, o fornecedor<sup>35</sup>.

Dentro dessas ideias, é de grande importância a observação do conceito de penhor legal nas lições de Sílvio de Salvo Venosa<sup>36</sup>, pois é uma espécie de garantia de direito real que “a lei estabelece em favor de determinadas pessoas”. Nas palavras do celebrado autor<sup>37</sup>:

No tocante aos hospedeiros e fornecedores de pousada e alimento em geral, a lei concede o benefício do penhor, levando em conta o risco dessa atividade, em que o prestador de serviços trava contato com desconhecidos, sem condições de previamente certificar-se de sua idoneidade. Por essa razão, permite a apreensão de bagagens e pertences dos hóspedes e fregueses.

Sem embargos das críticas que se podem colocar, a autotutela insculpida no penhor legal do hospedeiro é claramente um resquício do que era adotado nos primórdios, como a chamada “justiça com as próprias mãos”, “olho por olho”, “dente por dente”, entre outras formas de autotutela dos tempos medievais, que nada se coaduna com o moderno Direito Privado de hoje.

Naquele tempo, em razão das circunstâncias que cercavam os fornecedores de produtos e serviços da época, permitir e legitimar a autotutela era um meio bastante eficaz e apropriado de garantir que o credor pudesse fazer com que o devedor cumprisse com a sua obrigação, antes que este pudesse sair sorrateiramente no meio da noite sem fazer o devido pagamento.

Por outro lado, nos dias de hoje, os argumentos a que se refere o celebrado autor acima citado<sup>38</sup> não se sustentam, uma vez que o risco dessa atividade é quase inexistente no que se refere a celebração do contrato de hospedagem ou similares. Principalmente diante da era digital, das comunicações via internet, redes sociais, aplicativos especializados em contratos de hospedagem, entre outras formas e instrumentos seguros de contratação eletrônica.

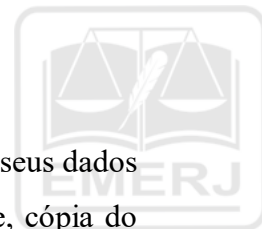
Celebrar contrato com desconhecidos faz parte do risco do empreendimento de qualquer fornecedor de produtos ou serviços, sendo dispensável, inclusive, certificar-se previamente sobre a idoneidade da outra parte. Isso ocorre porque esses estabelecimentos

<sup>35</sup> MARQUES, op. cit., p. 317.

<sup>36</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5, p. 486.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.



exigem que o pretense hóspede preencha, no momento do *check-in*, uma ficha com seus dados pessoais e forneça cópia de um documento de identidade com foto, ou passaporte, cópia do cartão de crédito, bem como informe o número da placa do carro, caso o consumidor esteja na posse de algum veículo.

Causa estranheza que uma norma de caráter tão excepcional, que permite ao credor usar das próprias forças para buscar a satisfação do seu crédito, mediante coerção indireta do devedor, retendo a coisa deste no caso de risco de inadimplemento, ainda tenha guarita no ordenamento jurídico nacional.

Isso porque a natureza jurídica de garantia do penhor legal do hospedeiro tinha o seu fundamento na urgência diante do risco do inadimplemento por parte do hóspede e na impossibilidade de o hospedeiro buscar, a tempo, a autoridade judiciária. No entanto, hodiernamente, os hospedeiros possuem todos os instrumentos tecnológicos disponíveis ao seu alcance para se prevenirem e resguardarem os seus negócios de forma lícita, sem que precisem se utilizar de comportamentos abusivos e ofendam princípios fundamentais.

Por fim, verificadas tais conceituações, percebe-se que a norma civilista está em total desalinho com os fundamentos e objetivos do código protecionista e com o mandamento constitucional. Isto fica muito bem evidenciado pelo conteúdo excepcional, rudimentar e de caráter coercitivo da norma, a qual coloca o consumidor em desvantagem no momento da contratação.

### 3. O CONFLITO ENTRE REGRAS E A CARACTERÍSTICA DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA DO CDC

Como já dito anteriormente, o conflito entre a norma que dispõe sobre o penhor legal do hospedeiro e a norma que proíbe a cobrança vexatória em nada contribui para a harmonia nas relações de consumo e a paz social na economia. Mas, ao contrário disso, colabora para o desequilíbrio e para a desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor.

Tendo isso em mente, percebe-se a necessidade de um instrumento que possa solucionar o embate, preservando os interesses econômicos das partes envolvidas diretamente sem afastar as garantias protetivas do vulnerável na relação.

Para tanto, com base no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor<sup>39</sup>, a chamada Teoria do Diálogo das Fontes tem sido aplicada de modo considerável pelos Tribunais

---

<sup>39</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.



Superiores, sempre levando em consideração o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor.

Nas lições do professor e jurista Flávio Tartuce<sup>40</sup>:

A essência da teoria é de que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. No Brasil, a principal incidência da teoria se dá justamente na interação entre o CDC e o CC/2002, em matérias como a responsabilidade civil e o Direito Contratual.

Ocorre que, como se verá adiante, essa teoria não consegue atingir um resultado satisfatório quando uma dessas normas afronta diretamente um direito fundamental, haja vista a “prevalência do princípio *pro homine* e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais por aplicação do CDC às relações privadas”<sup>41</sup>.

Na esteira desse raciocínio, apesar de a Lei nº 8.078/90<sup>42</sup> ser uma lei formalmente ordinária, é importante ressaltar a sua origem normativa constitucional, na qual ficou evidente a vontade do legislador, conforme o artigo 5º inciso XXXII da CRFB<sup>43</sup>, de maneira que as normas protetivas de defesa do direito do consumidor possuem status de norma supralegal.

Sem embargos às críticas existentes e posições contrárias, a doutrina especializada reconhece o status hierárquico do CDC como norma de eficácia supralegal, ficando abaixo da constituição, ao lado das convenções e tratados internacionais – não internalizados nos termos do artigo 5º, § 3º da CRFB<sup>44</sup> – e acima das leis ordinárias.

Com efeito, o CDC é uma lei de função social, razão pela qual, no caso de conflito entre regras, não há que se falar na teoria do diálogo das fontes da doutrina de Erik Jayme<sup>45</sup>, mas apenas em subsunção.

O cerne da questão é exatamente este: se o CDC veda qualquer tipo de prática abusiva por parte do fornecedor no momento de efetuar uma cobrança frente ao consumidor inadimplente, decorre da lógica que o penhor legal do hospedeiro está frontalmente violando uma norma, cujo comando decorre diretamente da constituição, e reduzindo a proteção do consumidor.

<sup>40</sup> TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 32-33.

<sup>41</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 150.

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>43</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> JAYME apud MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, 2003.

Sem prejuízo do que dispõe o artigo 42 do CDC<sup>46</sup>, o código consumerista considera a proibição ao exercício de algumas práticas como proibição de caráter absoluto.

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:  
Pena Detenção de 3 meses a 1 ano e multa<sup>47</sup>.

Nesse ponto, verifica-se que a vontade do legislador foi a de proteção total do consumidor em todas as suas vertentes. Isso porque o princípio da intervenção mínima no Direito Penal busca limitar o poder incriminador do Estado, a fim de criminalizar apenas aquelas condutas consideradas capazes de lesionar determinado bem jurídico.

Fazendo uma breve leitura do artigo 42 do CDC de 1990<sup>48</sup> e do artigo 1.467, inciso I do CC<sup>49</sup>, nota-se nítido caráter violador da norma civilista para favorecer exclusivamente o fornecedor em detrimento dos direitos do consumidor.

Art. 42 do CDC. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.  
Art. 1.467 do CCB. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito.

O Código de Defesa do Consumidor é um direito privado, solidarista, com influência direta da constituição, dotado de função social. Logo, basta possibilidade ou perigo de que a cobrança vexatória ocorra para caracterizar a violação.

Como já dito anteriormente, o fornecedor possui vários instrumentos acauteladores à sua disposição para evitar um inadimplemento futuro, ou para efetuar a cobrança do seu crédito quando o inadimplemento já tiver sido implementado.

Hodiernamente, sem prejuízo de tantas outras opções, é muito comum que o hospedeiro exija cópia do cartão de crédito ou depósito em conta para garantia da reserva. Cabe ao fornecedor a administração do seu negócio, escolhendo a melhor maneira de manejar o que se denomina o risco do empreendimento.

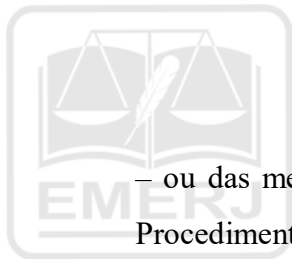
Esses procedimentos garantem ao fornecedor a possibilidade de se utilizar das medidas extrajudiciais de cobrança – inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.



– ou das medidas judiciais – Ação de Execução de Título Extrajudicial, Ação de Cobrança Procedimento Comum, Ação Monitória.

Em continuidade, não se pode perder de vista o que prevê o artigo 4º, inciso III do CDC<sup>50</sup> no que se refere a harmonização e compatibilização da proteção do consumidor frente à necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio entre os participantes das relações de consumo. De imediato o que se busca é equidade.

Ainda no plano do equilíbrio entre os interesses dos participantes na relação de consumo, nas palavras da jurista Cláudia Lima Marques<sup>51</sup>, equidade contratual

[...] significa o reconhecimento da necessidade, na sociedade de consumo de massa, de restabelecer um patamar mínimo de equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, intervindo o Estado de forma a compensar o desequilíbrio fático existente entre aquele que pré-redige unilateralmente o contrato e aquele que simplesmente adere, submetido à vontade do parceiro contratual mais forte. Assim institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo e possibilitam um controle tanto formal quanto do conteúdo destes contratos, tudo para alcançar a esperada justiça contratual.

Em suma, como se retira do artigo 1º do CDC<sup>52</sup>, quis o legislador infraconstitucional evidenciar a eficácia de ordem pública das normas consumeristas para rechaçar qualquer possibilidade de a lei sofrer ab-rogações ou derrogações, com o propósito de diminuir ou extinguir direitos e garantias do consumidor para favorecer quem quer que seja.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de relevantes proporções jurídicas e sociais no que tange ao relacionamento entre o consumidor e o fornecedor de pousadas e alimentos. O embate materializa-se pelo confronto entre o instituto do penhor legal do hospedeiro e a vedação de cobrança vexatória.

De um lado, os fornecedores querem preservar a autotutela do penhor legal do hospedeiro como garantia de recebimento em caso de inadimplemento; de outro, a parte mais vulnerável na relação de consumo, os consumidores, exige que os seus direitos sejam protegidos de acordo com os mandamentos constitucionais.

<sup>50</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.

<sup>51</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1, p. 492.

<sup>52</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.





O entendimento a que chegou esta pesquisa consubstancia-se na ideia de que os postulados da nova codificação civil não sustentam a manutenção de uma espécie de autotutela, que acarreta a quebra da base objetiva nas relações contratuais de consumo. Observou-se que a lei consumerista, transpassa a ideia individualista e liberal de nosso Direito Civil clássico.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo do segundo capítulo, foi possível verificar que o princípio da defesa do consumidor pelo Estado é fato irreversível, haja vista seu fundamento em disposições constitucionais que tratam o consumidor como protagonista na ordem econômica.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do trabalho, a de verificar que a autotutela viola direitos da personalidade dos consumidores, e que este direito fundamental deve ser priorizado levando-se em conta argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados não apenas em fontes positivadas, mas em fundamentos jurídicos e principiológicos presentes nas mais diversas fontes do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, chega-se à conclusão de que o caráter de norma de ordem pública significa que o CDC chega para impor a todas as regras nele dispostas. Todos estão submetidos e não podem se afastar, nem mesmo por convenção entre partes, sob pena de nulidade absoluta. Esta pesquisa chegou ao entendimento de que há uma verdadeira quebra com o postulado da autonomia da vontade.

O principal argumento usado por esta pesquisa para a solução dessa questão sustentou-se na premissa de solução do conflito por subsunção. Isso quer dizer que existindo uma norma que seja integralmente aplicável a um determinado caso, a outra será necessariamente declarada inválida no caso de incompatibilidade total entre as normas e estará fora do ordenamento jurídico.

Sem dúvida, faz-se necessário uma atualização no que se refere à norma do penhor legal do hospedeiro, tendo em vista as constantes inovações que trouxeram nova dinâmica às relações de consumo e aos contratos regidos pelo CDC. Quando verificada uma diminuição da proteção do consumidor por meio de outra norma, estar-se-ia contrariando o anseio constitucional, de forma que essa nova lei seria inconstitucional.

A despeito das relações contratuais sob o manto da lei do consumidor, é importante frisar que as cláusulas e disposições introduzidas no instrumento contratual devem ter a finalidade de possibilitar a aproximação das partes de maneira franca e honesta, para afastar práticas perniciosas do fornecedor para com o consumidor, presumidamente mais vulnerável.

O equilíbrio nas relações de consumo só pode ser efetivamente conquistado limitando-se os poderes do fornecedor e priorizando os valores imperativos, como cooperação, boa-fé,



solidariedade e proteção da confiança, que devem estar presente durante todo o período de desenvolvimento da relação de consumo, a fim de garantir segurança jurídica.

Se o primeiro objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária, não se mostra coerente concretizar isso permitindo que uma norma violadora de direitos e princípios fundamentais continue a vigorar no ordenamento jurídico nacional.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta deste trabalho consiste na tese de que não há outro caminho para o legislador e para os aplicadores e intérpretes do direito que aquele de afastar as normas infraconstitucionais quando implicarem retrocesso social ou violação aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor que não cooperam para a construção da sociedade de consumo idealizada na Constituição da República.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 4 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1685098*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201685098>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1321083*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201321083>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Segurança jurídica entre ouriços e raposas*. 2013. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822635/seguranca-juridica-brilhante-artigo-de-luiz-edson-fachin>>. Acesso em: 14 set. 2021.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., Saraiva, 1991,

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1.

\_\_\_\_\_. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, 2003. Disponível em: <[https://www.academia.edu/38001279/DI%C3%81LOGO\\_ENTRE\\_O\\_C%C3%93DIGO\\_DE\\_DEFESA\\_DO\\_CONSUMIDOR\\_E\\_O\\_NOVO\\_C%C3%93DIGO\\_CIVIL\\_DO\\_DI%C3%81LOGO\\_DAS\\_FONTES\\_NO\\_COMBATE\\_%C3%80S\\_CL%C3%81USULAS\\_ABUSIVAS\\_DI%C3%81LOGO\\_ENTRE\\_O\\_C%C3%93DIGO\\_DE\\_DEFESA\\_DO\\_CONSUMIDOR\\_E\\_O\\_NOVO\\_C%C3%93DIGO\\_CIVIL\\_DO\\_DI%C3%81LOGO\\_DAS\\_FONTES\\_NO\\_COMBATE\\_%C3%80S\\_CL%C3%81USULAS\\_ABUSIVAS](https://www.academia.edu/38001279/DI%C3%81LOGO_ENTRE_O_C%C3%93DIGO_DE_DEFESA_DO_CONSUMIDOR_E_O_NOVO_C%C3%93DIGO_CIVIL_DO_DI%C3%81LOGO_DAS_FONTES_NO_COMBATE_%C3%80S_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_DI%C3%81LOGO_ENTRE_O_C%C3%93DIGO_DE_DEFESA_DO_CONSUMIDOR_E_O_NOVO_C%C3%93DIGO_CIVIL_DO_DI%C3%81LOGO_DAS_FONTES_NO_COMBATE_%C3%80S_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 11. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodvm, 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 14 set. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.



## A RECEPÇÃO DO ARTIGO 26 DA LEI Nº 7.170/1983 FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988

André Fernandes Roppa Cruz

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** – os momentos de instabilidade democrática ainda guardam fortes relações legislativas com o ordenamento jurídico pátrio e suas repercussões são sensíveis na prática judiciária diária. Nesse contexto, a Lei nº 7.170/1983 ainda é uma criação daquele período que vigora dentro do momento de maior democracia recente. Com isso o presente artigo busca entender as suas origens históricas, como a norma ainda é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial o seu artigo 26, e como tal conversa com as normas atuais.

**Palavras-chave** - Direito Constitucional. Lei nº 7.170/1983. Lei de Segurança Nacional. Constituição Federal da República do Brasil. Recepção.

**Sumário** – Introdução. 1. Análise histórica e social do momento normativo da Lei 7.170/1983 em perspectiva com o momento da promulgação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. 2. O Projeto De Lei 2.108/2021: Uma Evolução Da Lei De Segurança Nacional à luz da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. 3. A recepção do artigo 26 da Lei nº 7.170/1983 pela Constituição Federal da República Do Brasil de 1988. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica discute a recepção da Lei nº 7.170 de 1983, a Lei de Segurança Nacional – LSN/83- pela Constituição Federal da República do Brasil de 1988 – CFRB/88, em particular o seu artigo 26. Procura-se entender se o protecionismo legislativo criado durante a ditadura militar de 1964 encontra fundamento legal, sociológico ou principiológico com o Estado Democrático de Direito instituído pela atual Carta Política.

Para responder ao tema central deste artigo, analisa-se objetivamente as diversas posições doutrinárias sobre o tema, valendo-se também da análise comparativa entre a LSN/83 e o Projeto de Lei nº 2.108 de 2021, que propõe instituir a Lei de defesa do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo que revoga todas as disposições da LSN/83.

De igual maneira, há análise jurisprudencial do tema, em especial dos julgados do Supremo Tribunal Federal - STF, que tem sua competência para processar e julgar os ilícitos penais previstos no artigo 26 da LSN/83 estabelecida em razão do artigo 102,



inciso I, alínea “b” da CFRB/88, bem como a importância foi atribuída àquele Órgão, em análises paradigmáticas recentes.

A CFRB/88 é um importante documento histórico, político e social, responsável pelo rompimento em concreto da antiga ordem ditatorial, que sobrepujava o País desde 1964; contudo romper completamente com o ordenamento pretérito não significa ignorar ou anular todos os dispositivos até então vigentes, tal prática criaria uma insegurança jurídica desastrosa, mas sim criar um filtro para a análise de todas aquelas normas e atos normativos, através de uma cooperação entre os diversos agentes institucionais, entre a doutrina, o operador do direito e o magistrado.

Noutro giro, a lisura doutrinária nem sempre encontra correspondência na eficácia prática, fato que gera uma insegurança tão crítica quanto a simples não adoção das leis daquele período ditatorial, assim surgem algumas questões: é possível um Estado Democrático de Direito aceitar normas penais de um Estado Ditatorial?; a Lei LSN/83 encontra parâmetros normativos para ser considerada recepcionada?

De fato, a questão se mostra mais pacífica na jurisprudência do que na doutrina, na medida em que as poucas vezes nas quais a questão foi debatida, o discurso limitou-se aos artigos e livros especializados no tema, o único questionamento jurisprudencial ocorreu recentemente e encontra-se parado nos anais do STF.

Nesse diapasão, é evidente que o tema trabalho encontra relevante valor jurídico, uma vez que a questão não foi decidida em abstrato, ao mesmo tempo que o STF, responsável pelo seu julgamento, continua usando deliberadamente os dispositivos normativos daquela norma. Na mesma medida, o valor social é exposto na insegurança decorrente de uma lei autoritária, que tipifica condutas que podem ser trabalhadas mesmo fora do âmbito criminal.

As questões específicas são abordadas ao longo do trabalho. No primeiro capítulo será estudado o contexto histórico da criação da LSN/83 e limita-se à questão: o contexto histórico da edição dessa norma encontra semelhanças com o momento da promulgação da CFRB/88?

Superada a questão histórica e social, o segundo capítulo tem como foco o breve estudo comparado da LSN/83 – com foco nos agentes do artigo 26 – em perspectiva com o Projeto de Lei nº 2.108 de 2021, bem como com a própria CFRB/88 e seus institutos guardados. Nesse capítulo a questão central é se os institutos projetados pela LSN/83 encontram fundamento de validade normativo frente aos novos dispositivos jurídicos.

No terceiro capítulo será feita uma abordagem em abstrato do artigo 26 da LSN/83 com as regras-normas e as regras-princípios da CFRB/88. Aqui o objetivo é responder de forma concisa o tema central do trabalho: se aquela norma encontra foi recepcionada pela Constituição.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita-se serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las.

## 1. ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIAL DO MOMENTO NORMATIVO DA LEI Nº 7.170/1983 EM PERSPECTIVA COM O MOMENTO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988

O presente artigo científico não se limita apenas a reconhecer a existência de matérias adjacentes à construção do Direito, mas assume que elas são intrínsecas à sua existência, ao seu desenvolvimento e à sua plena constituição. Dessa forma, a análise histórica e social do momento da introdução da LSN/83<sup>1</sup> no ordenamento jurídico pátrio é essencial para a comparação posterior com os elementos fundamentais da CFRB/88<sup>2</sup>.

A construção do Golpe Cívico-Militar de 1964 não começou exatamente em 1 de abril daquele ano. Tanto a situação política quanto a situação financeira da recente democracia brasileira já se encontrava em situação delicada, a polarização global provocada pós Segunda Guerra não deixou de fora a jovem república.

Como bem aponta Boris Fausto<sup>3</sup>:

Enquanto ocorria o realinhamento nos meios civis, ganhava impulso, em setores das forças armadas, uma visão das relações internacionais enquadrada na perspectiva da guerra revolucionária. Essa noção foi formulada no contexto da Guerra Fria e ganhou contornos mais nítidos após a ascensão de Fidel Castro ao poder. A vitória da revolução Cubana demonstrava aos olhos de determinados setores militares a implantação, no mundo subdesenvolvido, de uma guerra revolucionária que ocorria paralelamente ao confronto entre os dois grandes blocos de poder.

Dessa forma, João Goulart, eleito democraticamente como vice-presidente da República do Brasil e que posteriormente assumiu o cargo máximo de chefe do executivo,

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 7.170* de 1983. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>3</sup> FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2. ed. 5 reimp. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 192.



não encontrou em 1962 o ambiente exatamente saudável e próspero para implementar suas ideias de governo, alia-se ainda o fato da inclinação política do então mandatário do executivo ir de encontro aos ideias da cúpula superior das Forças Armadas. Jango, como era conhecido, encontrou resistência política no congresso para a implementação de suas políticas públicas; a diminuição virtuosa do Produto Interno Bruto – PIB e a disparada da inflação não garantiam a segurança necessária nem aos investidores externos e nem aos opositoristas.

A medida adotada por Jango para burlar a resistência dos congressistas foi a edição de decretos para implementar as reformas de base, assinados após grandes comícios, contudo a investida foi frustrada. Em 1 de abril de 1964 Jango dirigiu-se de Brasília à Porto Alegre, com o Uruguai como destino final; o presidente do Senado declarou vacância do cargo de presidente do executivo; e as tropas militares já se deslocavam nos grandes centros. Era o fim da experiência democrática.

A política militar pós Golpe de 1964 iniciou-se de forma rigorosa, sob a bandeira de livrar o Brasil da corrupção e do comunismo e para reestruturar a democracia, os militares que estavam no poder criaram medidas restritivas, restringiram a liberdade política e individual, perseguiram, torturaram e executaram opositores ao regime; tudo com base nos Atos Institucionais – AIs – que na prática serviam como os tão criticados decretos de Jango.

Nesse contexto ocorreu a edição do Decreto-Lei nº 314/1967<sup>4</sup> referência no rodapé, que instituiu a Lei de Segurança Nacional, que tinha como escopo definir os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Aquela servia como um instrumento do regime militar para legitimar a atuação contra opositores e proteger as pessoas e instituições que julgassem relevantes.

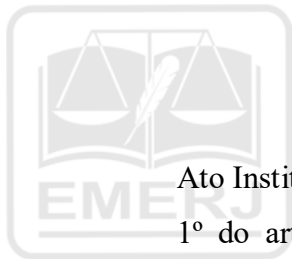
Mediante a chegada ao poder do general-presidente Arthur Costa e Silva, filiado à corrente ideológica conhecida como Linha Dura, houve a edição do Decreto-Lei nº 510/1969<sup>5</sup>, que tornou mais rígidas as penas das Lei de Segurança Nacional, além de adicionar diversos verbos a tipo penais.

Porém, em setembro do mesmo ano, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1º do

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 314* de 1967. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/De10314impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10314impressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 510* de 1969. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/De10510impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10510impressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.



Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969<sup>6</sup> referência, combinado com o parágrafo 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968<sup>7</sup>, referência sancionaram uma nova Lei de Segurança Nacional, tão rígida quanto a anterior, mas que documentou em um único dispositivo todas as alterações anteriormente produzidas, além de tipificar novas situações fáticas e especificar o processo de julgamento.

Como um de seus últimos atos na presidência, Geisel sancionou a Lei nº 6.620 em 17 de dezembro de 1978<sup>8</sup>, que revogou os dispostos normativos no Decreto-Lei nº 898/1969<sup>9</sup>, no Decreto-Lei nº 975/1969<sup>10</sup> e na Lei nº 5.786/1972<sup>11</sup>, tendo como efeito a compilação do disposto na então Lei de Segurança Nacional, na lei de contrabando e transporte de terroristas, praticados por meio de aeronaves e na lei de apoderamento e controle de aeronaves.

Ocorre que apenas durante o governo do general-presidente João Baptista de Oliveira Figueiredo o processo de reabertura ganhou forma e velocidade. Uma reforma em todo o regime era mais do que necessária, de um país próspero e em pleno desenvolvimento, o Brasil passou a ser um dos maiores devedores do Fundo Monetário Internacional – FMI; os partidos opositores fundados nos ideais comunistas e socialista da União Soviética começam a ser organizar de forma profissional; o movimento pelas eleições diretas ganhava cada vez mais força entre a sociedade civil; e nesse contexto, sob ameaça de perda do Poder foi promulgada em 14 de dezembro de 1983, a Lei nº 7.170<sup>12</sup> – a nova Lei de Segurança Nacional – tornou mais rígidos os dispositivos da lei que até então tratava do tema, protegeu de forma desigual aqueles que estavam na cúpulapolítica mais elevada, contudo, tornou o processo decisório mais célere.

Com o afastamento substancial dos militares das cúpulas de poder e a inserção de civis, abriu-se caminho para que as eleições gerais de 1986 ocorressem de forma direta, elegendo tanto governadores, como senadores e deputados. Essa mesma cúpula

---

<sup>6</sup> BRASIL. *Ato Institucional nº 12* de 1969. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-12-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-12-69.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. *Ato Institucional nº 5* de 1968. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 6.620* de 1968. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 898* de 1969. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htmimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htmimpressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 975* de 1969. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0975impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0975impressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 5.786* de 1972. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5786impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5786impressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



congressista eleita em 1986 assumiu o escopo de Assembleia Nacional Constituinte, com início dos trabalhos em 1 de fevereiro de 1987.

A CFRB/88 foi promulgada em 5 de outubro daquele ano e foi um verdadeiro paradigma tanto normativo quanto ideológico e surge em um contexto de neopositivo, no qual os postulados éticos-morais ganham vinculação jurídica e passam a ser objetos de definição pelos juízes constitucionais, com o objetivo de atrapalhar abusos, por ação ou omissão, dos poderes Estatais. E com a positivação de princípios ético-morais, a dignidade da pessoa humana encontra espaço fundamental dentro do universo normativo; a norma deixa de ser o centro do ordenamento jurídico, dando espaço à dignidade da pessoa humana e outros princípios constitucionalmente previstos.

Para Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>, a CFRB/88 é um sucesso institucional, em suas palavras:

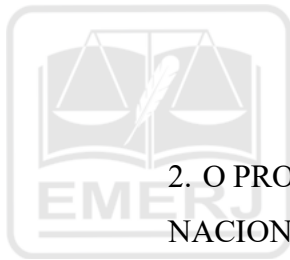
A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se inúmeras eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país três décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Justamente ao contrário. Ao longo desse período, diversos episódios deflagraram crises que, em outras épocas, dificilmente teriam deixado de levar à ruptura da legalidade constitucional.

Assim, é possível inferir as Leis de Segurança Nacional sempre foram editadas, promulgadas, alteradas e impostas durante o regime militar ditatorial, que teve início em 1964, sem o devido processo democrático que validasse suas normas, tampouco participação direta da população ou por seus representantes. Noutro giro, CFRB/88 foi elaborada por um Congresso Nacional democraticamente eleito, no período democrático e pós ditatorial, com emendas sempre votadas em um rigoroso processo legislativo, formado por representantes do povo eleitos diretamente.

Ademais, a diferença entre os dois diplomas não consiste exclusivamente em seu momento de criação, mas nos princípios e dogmas que defendem. Enquanto aquele é um instrumento punitivista e que protege determinados órgãos e pessoas, esta prega a igualdade e independência entre todas as instituições, além de elevar a pessoa humana a sujeito de direitos e não mero objeto, tampouco realiza escalonamento entre aqueles que ocupam cargos no Legislativo, no Executivo ou no Judiciário, com aqueles que optaram fora da esfera de influência direta do Estado.

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



## 2. O PROJETO DE LEI Nº 2.108/2021: UMA EVOLUÇÃO DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988

Como exaustivamente abordado no capítulo anterior, os dispositivos legais que deram origem à LSN/83<sup>14</sup>, como o próprio dispositivo legal, tiveram origem em períodos de pouca representatividade popular. Além disso, a redemocratização teve como ápice a edição da CFRB/88<sup>15</sup>, símbolo de diversos avanços sociais e coletivos.

Sobre o sucesso institucional da CFRB/88, comenta o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>16</sup>:

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora de golpes, contragolpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, vice-presidente da República, deixou de convocar eleições após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como exigia a Constituição, permanecendo indevidamente na presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935 e o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contragolpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares, inicialmente, vetaram a posse do vice-presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964 veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional n. 5. Em 1969, o impedimento à posse do vice-presidente civil, Pedro Aleixo, e a outorga de uma nova Constituição pelos ministros militares. (...)

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nas últimas décadas, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

De certo, como já abordado, em uma primeira análise a LSN/83 apresenta aparente divergência diante da CFRB/88, contudo a sua revogação automática não é possível. Não é possível pois, em primeiro lugar, não há nenhum dispositivo constitucional que revogue as leis anteriormente editadas; noutro ponto, mesmo se tratando de ato originários, entender pela não recepção absolutas de todas as leis editadas antes da entrega em vigor

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 13.



da nova constituição causaria danos maiores do que admitir a lei incompatível e, posteriormente, analisar sua constitucionalidade.

Com efeito, cabe ao Judiciário analisar se a lei antiga é compatível com a nova constituição, tanto em seu aspecto material quanto em seu aspecto formal<sup>17</sup>. Assim, ao não reconhecer uma lei editada antes da CFRB/88 não gera uma inconstitucionalidade, mas sim a sua não recepção; por tal motivo – explica Pedro Lenza<sup>18</sup> – não é possível a análise da lei antiga por Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn, mas sim por meio de ADPF, consubstanciado pelos artigos 102, § 1º da CFRB/88 com o artigo 1º, inciso I da Lei nº 9.882 de 1999<sup>19</sup>.

Contudo, tal movimento ocorreu apenas em 04/03/2021 quando o Partido Socialista Brasileiro – PSB- por meio dos advogados Daniel Antonio De Moraes Sarmento, Pedro Henrique Carneiro Da Costa Rezende, Camilla Borges Martins Gomes, Ademar Borges De Sousa Filho, Joao Gabriel Madeira Pontes ingressou com ADPF<sup>20</sup> contra a LSN/83, com pedido não recepção em face da CFRB/88. Importante salientar que, dado o histórico do STF, o seu julgamento não será célere e possivelmente será extinto por perda do objeto.

Isso ocorre, porque o Senado Federal aprovou em 10 de agosto de 2021 o Projeto de Lei nº 2.108/2021<sup>21</sup> que revoga a LSN/83 e inclui na legislação crimes contra o Estado Democrático de Direito. Importante mencionar que a apresentação do projeto base ocorreu em 1991, mas sua tramitação nas duas casas do Congresso Nacional demorou nada mais do que 30 (trinta) anos e agora segue para análise do Presidente da República.

Primeiro ponto interessante no Projeto de Lei nº 2.108 de 2021 é a extinção da LSN/83 como uma lei especial e sua inclusão na parte especial do Código Penal - CP, como pode-se observar já na leitura de seus artigos iniciais.

---

<sup>17</sup> Importante destacar que ocorrerá uma análise híbrida dos dispositivos legais, ou seja, a análise formal ocorre em relação à Constituição na qual a lei foi editada, já a análise material ocorre em relação à Constituição sob a qual busca manter-se vigente. Dessa forma, a Lei 7.170 de 1983 deve respeitar as formalidades exigidas pela Emenda Constitucional nº1 de 1969 – que tem natureza de Constituição, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal – para a sua edição, como o quórum mínimo para aprovação e o órgão responsável por sua iniciativa; já em relação à Constituição de 1988, a Lei 7.170 de 1983 deve respeitar apenas as questões materiais, afastando-se a análise formalista.

<sup>18</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>19</sup> BRASIL, *Lei nº 9.882*, de 1999. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2021.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 799*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6124735>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 2.108* de 2021. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8978408&ts=1629401545582&disposition=inline>>. Acesso em: 24 ago. 2021.



Todavia, o ponto crucial para estudo do presente artigo é a exclusão dos artigos que criminalizavam a calúnia e difamação ao Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do STF, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação ou ofender lhes a integridade corporal ou a saúde, atentar contra a liberdade pessoal de qualquer das autoridades dos artigos anteriores ou matar qualquer um deles. Com isso surgem três possibilidades, a primeira é a destipificação dos crimes previstos nos artigos 26, 27, 28 e 29 da LSN/83; a segunda é a continuidade da vigência dos artigos não abordados pelos tipos legais existentes no Projeto de Lei; e, por fim, a possibilidade da continuidade típico normativa dos dispostos ali existentes.

Forçoso, em primeira análise, entender que não houve a destipificação dos tipos normatizados nos artigos supramencionados, na medida em que o artigo 1º do Projeto de Lei nº 2.108 de 2021 deixa claro a revogação dos artigos da LSN/83, combinado com o artigo 2º, § 1º do Decreto-Lei nº 4.657 de 1942<sup>22</sup> – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – fica mais evidente ainda que todos os artigos da supramencionada norma ficam inteiramente revogados, mesmo aqueles que não foram abordados pelo Projeto de Lei supramencionado.

Por outro lado, é possível o entendimento da continuidade típico normativa, na medida em que os crimes da LSN/83 encontram grandes semelhanças com tipos já existentes no CP. Contudo, entendo não ser esse o melhor entendimento, na medida em que a aplicação da continuidade típico normativa deve respeitar o princípio da legalidade<sup>23</sup> e assim trazer de forma expressa na nova normal legal os artigos que foram absorvidos pelos artigos remanescentes.

Dessa forma, possível falar que a interpretação teleológica e histórica do momento da criação da nova norma que regula os crimes contra a segurança nacional aponta para a escolha do legislador em afastar a proteção integral à figura dos administradores e passa a proteger os interesses da coletividade, pois além desse posicionamento tácito em não abarcar os crimes de calúnia e difamação contra as autoridades estatais, ainda coloca atividade típicas da democracia no âmbito de proteção penal dos bens jurídicos, como a proposta de criação do artigo 359-S ao CP, o qual estabelece um crime contra a cidadania.

---

<sup>22</sup>BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657* de 1942. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>23</sup> O princípio da Legalidade encontra fulcro tanto no artigo 5º, incisos II e XXXIX da Constituição da República Federal e do artigo 1º do Código Penal.



Assim, é possível dizer que o Projeto de Lei nº 2.108 de 2021 é uma clara evolução lastreada nos princípios elevados à nível maior pela CFRB/88, na medida em que retira a proteção aos órgãos e agente dotados de autoridade e passa a proteção à soberania estatal propriamente dita, bem como passa a proteger de forma mais incisa os direitos sociais.

A única crítica possível ao Projeto de Lei é o fato de não excluir de forma explícita os bens jurídicos que não busca mais tutelar na esfera criminal, bem como apontar a continuidade das investigações e processos em andamento. Não cabe, nesse artigo a análise temporal exacerbada para a análise a aprovação do referido Projeto de Lei, contudo é evidente que as pressões políticas atuais, baseadas em decisões contemporâneas do STF, principalmente contra a base aliada do Presidente da República e do Presidente da Câmara dos Deputados, contribuiram para uma análise mais célere da norma proposta a 30 (trinta) anos.

### 3. A RECEPÇÃO DO ARTIGO 26 DA LEI Nº 7.170/1983 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988

Para uma análise mais aprofundada a respeito da recepção da LSN/83<sup>24</sup>, em especial seu artigo 26, pela CFRB/88<sup>25</sup>, é importante mencionar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instrumento correto para a análise da recepção ou da norma pré-constitucional, como abordado em capítulos anteriores, não provoca propriamente um controle de constitucionalidade, na medida em que esse controle é exclusivo da ADIn e da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC. Dessa forma, aquele instrumento provoca o controle de compatibilidade.

No mesmo diapasão, o STF consolidou sua jurisprudência no sentido de não admitir que se efetive controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais, uma vez que a solução nesses casos seria a análise de compatibilidade material, inclusive com o auxílio do critério cronológico, fato que importaria na recepção ou não da norma.

Ademais, se não fosse bastante o entendimento consolidado pelo STF desde o início da vigência da CFRB/88, a entrada em vigor da Lei nº 9.882 de 1999<sup>26</sup>, que regulamentou o processo e julgamento da ADPF nos termos do § 1º do artigo 102 da CFRB/88 vigente, prevê expressamente o cabimento da referida ação em face de atos

---

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.



normativos anteriores à CFRB/88, conforme o artigo 1º, parágrafo único, inciso I daquela Lei.

Nesse sentido, a contestação levantada acerca da constitucionalidade da norma, por meio da ADIn nº 2.231-8 de 2000<sup>27</sup>, não questiona seu cabimento, mas sim os legitimados a propor a demanda em face de atos normativos anteriores à CFRB/88. Dessa forma, repetidamente o STF mantém o entendimento consolidado desde o julgamento da ADIn nº 2<sup>28</sup>:

EMENDA: LEI ANTERIOR QUE CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVINIENTE. IMPOSSIBILIDADE. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel À Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e não há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação antiga da jurisprudência do STF, mais que cinquentenário. Ação direta de que não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

Importante observar, ainda, que por não se tratar de análise de controle de constitucionalidade, os institutos próprios daquela ação não devem ser transportados para análise do controle de compatibilidade, fato que se traduz – em especial – na dispensa da cláusula de reserva de reserva de plenário consagrada no artigo 97 da CFRB/88. Nesse sentido o julgado sob relatoria dos Ministros Ricardo Lewandowski<sup>29</sup>:

Agravo Regimental. Reclamação. Alegado desrespeito à cláusula de reserva de plenário. Violação da Súmula Vinculante 10. Não ocorrência. Norma pré-constitucional. Agravo regimental a que se nega provimento. I - A norma cuja incidência teria sido afastada possui natureza pré-constitucional, a exigir, como se sabe, um eventual juízo negativo de recepção (por incompatibilidade com as normas constitucionais supervenientes), e não um juízo declaratório de inconstitucionalidade, para o qual se imporia, certamente, a observância da cláusula de reserva de plenário.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-8 de 2000*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/pgr-adi-stf-adequacoes-adpf.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2*. Relator: Ministro Paulo Brossard. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação nº 15786*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133962/agreg-na-reclamacao-rcl-15786-pe-stf/inteiro-teor-124550277>>. Acesso em: 02 set. 2021.

Superada esta breve análise, cabe destacar que ADPF não tem como único objeto de fundamento a CFRB/88, mas também deve olhar para os critérios formais da Emenda Constitucional nº 1 de 1969<sup>30</sup>, na medida em que o artigo 26 da LSN/83 foi editada sob sua vigência.

Em relação ao dispositivo constitucional mais antigo a referida Lei deve encontrar apenas a compatibilidade formal, sem necessidade de avaliação de sua matéria perante àquela norma. Diante de uma breve análise é possível conferir que a LSN/83 encontrava compatibilidade formal junto à Constituição de 1969, na medida em que à época não houve nenhuma medida legal para controlar a constitucionalidade da Lei, ademais houve publicação no Diário Oficial da União no dia 15 de dezembro de 1983, a respeito da aprovação da norma, bem como houve respeito ao processo legislativo firmado na Constituição anterior, qual seja, a aprovação pelo Congresso Nacional e em seguida a sanção pelo Presidente da República, que à época era o General João Figueredo.

Em última análise quanto a compatibilidade formal da LSN/83 com a Constituição da República de 1969 é preciso verificar se o instrumento era correto para legislar sobre o tema. A resposta mostra-se verdadeira, uma vez que de acordo com o artigo 8º, inciso XVII, alínea “b” da Carta de 1969 caberia à União legislar sobre direito penal, ademais, não há naquele dispositivo legal nenhuma obrigatoriedade específica quanto ao diploma legislativo para elaborar lei penal sobre o tema. Com isso é nítida a compatibilidade formal total entre a Lei estudada e a Constituição superada.

Noutro giro, deve haver uma compatibilidade material entre a Lei pré-constitucional e a Constituição vigente no momento de análise, ou seja, para os fins do presente trabalho deve haver uma compatibilidade material entre a LSN/83 e a CFRB/88.

Da análise do artigo 26 da LSN/83, a sua incompatibilidade diante do Estado Democrático de Direito e a liberdade de expressão e pensamento, sendo inclusive os fundamentos de mérito para ADPF impetradas junto ao STF.

Não obstante às demais normas existentes na LNS/83, não é possível falar que o artigo 26 da referida Lei viola o princípio constitucional da liberdade de expressão e pensamento, na medida em que o próprio ordenamento jurídico pode instaurar limites aos princípios constitucionalmente protegidos, desde que não esvazie e nem afete o núcleo

<sup>30</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1 de 1969*. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>31</sup> PORTELA, Ernesto. *A Constituição e seus 30 anos*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/70723/a-constituicao-e-seus-30-anos>>. Acesso em: 02 set. 2021.



essencial da norma constitucional. Nesse mesmo sentido o STF consolida sua jurisprudência:

Nesse contexto e de acordo com a precisa e oportuna síntese de Daniel Sarmiento, muito embora a posição adotada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADPF n. 130, quando sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de expressão, pois as limitações existentes seriam apenas aquelas já contempladas no texto constitucional, cabendo tão-somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade.<sup>32</sup>

Ademias, outros dispositivos do ordenamento jurídico pátrio tipificam condutas similares, como o CP. Sendo assim, tipificar condutas que ofendam a honra objetiva e subjetiva não é nenhuma novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tampouco incompatível com a CFRB/88.

Por outro lado, é preciso analisar se a proteção específica contra as autoridades listadas no artigo 26 da LSN/83 viola o princípio do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento superar o Estado Social e o Estado de Direito, passando a ser um promotor da justiça social e política da democracia popular, fazendo com que se constitua uma realização social profunda para a prática de direitos sociais fundadas na cidadania, na proteção aos direitos humanos, na igualdade e na proteção da dignidade da pessoa humana.

A criação de instrumentos específicos para a proteção de determinado grupo social não é uma inovação legislativa, tampouco se perdeu diante da promulgação da CFRB/88; contudo, não é possível assegurar que a proteção específica às autoridades, ali listadas, compactuam com o preceito fundamental do Estado Democrático de Direito.

Em princípio não há compatibilidade, na medida em que o artigo 5º, *caput*, da CFRB/88 cria uma igualdade formal entre todos aqueles que compõem o Estado e não há nenhuma razão atual para a proteção específica daqueles agentes, não há nenhuma vulnerabilidade deles em relação aos demais.

---

<sup>32</sup> ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. 8. ed. Curitiba. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 2016, v. 8, p. 112-142.





Além disso, a proteção específica gera uma hierarquização entre os agentes públicos, o que não deveria ocorrer dada a autonomia funcional e a equidade de tratamento constante, principalmente, no artigo 37 da CFRB/88.

Ante o exposto, é possível concluir que o artigo 26 da LSN/83 não deve ser recepcionado pela CFRB/88, pois embora encontre compatibilidade formal com a Lei Maior do seu tempo de criação, não encontra compatibilidade material com a atual.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente artigo, é possível findar que a LSN/83, em especial o seu dispositivo normativo que tipifica crimes contra a honra de determinadas autoridades não encontra nenhum fundamento de validade no atual sistema democrático, seja um fundamento legal, seja um fundamento lógico ou um fundamento moral.

É claro que dentro dos limites legais modernos, e possível a tipificação de determinadas condutas humanas voluntárias a fim de preservar a integridade física e moral de determinados bens jurídicos vistos como mais sensíveis, é o que ocorreu com a tipificação da conduta do feminicídio. Contudo, a mesma lógica deve guardar relação de validade com a CFRB/88, nesse sentido ao proteger apenas algumas figuras representativas o artigo 26 da LSN/83, particularmente, cria uma disfunção constitucional pois cria uma hierarquia entre os diferentes ocupantes de cargo público, em especial os cargos políticos e os cargos que demandam concurso público para o ingresso.

Noutro giro, o legislador não é inerte quanto aos demais dispositivos presentes na LSN/83, principalmente aqueles que dizem respeito ao bem jurídico da segurança pública de uma forma não pessoal. Tendo em vista a importância desses bens jurídicos, a aprovação do Projeto de Lei nº 2.108 de 2021 além espelhar o verdadeiro espírito da CFRB/88, acaba com os processos administrativos e judiciais temerários, muitas vezes usados pelas lideranças políticas para proteger a si e a aliados contra as críticas oriundas, em sua maioria, da oposição. O Projeto de Lei nº 2.108 de 2021 é um verdadeiro reforço à democracia e protege os bens jurídicos mais relevantes dentro de uma visão pública de defesa do Estado.

Apesar dos avanços, não é possível esquecer da ADPF que discute a legalidade da LSN/83 em perspectiva com a CFRB/88, muito embora a perda do objeto em razão da provável conversão do Projeto de Lei nº 2.108 de 2021 em lei seja uma hipótese viável,



ainda é interessante do ponto de vista acadêmico a sua análise pelos demais juristas, na medida em que os efeitos legais perduraram anos dentro do novo período democrático.

Não obstante a todos os avanços normativos, é necessária a análise minuciosa dos dispositivos legais capazes de gerar algum prejuízo a ordem constitucional vigente. O presente artigo ao trabalhar a origem, evolução e repercussão da Lei de Segurança Nacional não tem como foco apenas uma visão engessada do ordenamento, busca-se uma visão ampla para que os mesmos erros não sejam novamente cometidos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5* de 1968. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Ato Institucional nº 12* de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-12-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-12-69.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 314* de 1967. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0314impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0314impressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 510* de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0510impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0510impressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 898* de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htmimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htmimpressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 975* de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0975impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0975impressao.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 4.657* de 1942. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.786*, de 27 de julho de 1972. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/15786.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15786.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.620*, de 17 de dezembro de 1978. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6620-17-dezembro-1978-365788-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 21 abr. 2021.



\_\_\_\_\_. *Lei n° 7.170 de 1983.* Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.882 de 1999.* Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n° 2.108 de 2021.* Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8978408&ts=1629401545582&disposition=inline>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.231-8 de 2000.* Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/pgr-adi-stf-adequacoes-adpf.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 799.* Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6124735> >. Acesso em: 24 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.* Relator: Ministro Paulo Brossard. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n° 15786.* Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133962/agreg-na-reclamacao-rcl-15786-pe-stf/inteiro-teor-124550277> >. Acesso em: 02 set. 2021.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil.* 2. ed. 5 reimp. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTELA, Ernesto. *A Constituição e seus 30 anos.* Disponível em <https://jus.com.br/artigos/70723/a-constituicao-e-seus-30-anos>>. Acesso em: 02 set. 2021.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. 8. ed. Curitiba. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 2016, v. 8, p. 112-142.



## O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO

Andréia Marques Ramos

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UFRJ.  
Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho tem como objetivo abordar a inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico, desde sua elaboração com a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público até a inclusão no Código de Processo Penal. Abordando alguns questionamentos iniciais acerca de sua constitucionalidade. Não obstante, ressalta-se que como instituto legal que mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, numa direção apontada à política criminal de desencarceramento e desburocratização que vem sendo perseguida pelo Estado Brasileiro nos últimos tempos. Visando, dessa forma, uma solução célere e com menos prejuízos aqueles acometidos por suportar sanções penais, além disso as vantagens para toda a sociedade em termos de economia de recursos.

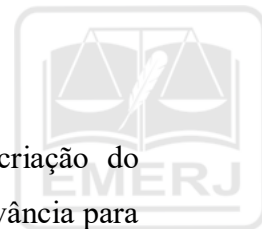
**Palavras-chave** – Direito processual penal. Acordo de não persecução penal. Princípio da obrigatoriedade da Ação Penal.

**Sumário** – Introdução. 1. O acordo de não persecução penal: sua previsão legal, requisitos de aplicabilidade e ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face do instrumento normativo que lhe deu origem. 2. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e seu entendimento como dogma. 3. As opções e a função da justiça negocial em prol da sociedade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a constitucionalidade da Resolução nº 181 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que regula a possibilidade de o Parquet propor o acordo de não persecução penal, ou seja, os casos em que mesmo tradicionalmente sendo estabelecida a instauração de ação penal pública o representante do Ministério Público poderia dispensá-la. Para tanto, os instrumentos pesquisados foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5790 e nº 5793 (ADIs) propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente.

Pretende-se, portanto, analisar os argumentos que foram apresentados no âmbito das ações de controle de constitucionalidade confrontando-os com os dispositivos da Resolução que estabelecem os mecanismos de dispensa da ação penal. Ressaltando que esta análise será feita principalmente sob o prisma da obrigatoriedade de ação penal dentre os argumentos utilizados nas ações que buscam a inconstitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal.



Não obstante, busca-se demonstrar de maneira geral os motivos de criação do mecanismo de não persecução penal, propondo-se especialmente estudar a sua relevância para a política criminal brasileira. Justamente pois, apesar da vertente positiva que esse instrumento de política criminal pode trazer, há inúmeras discussões sobre a sua constitucionalidade e possível afronta aos princípios norteadores do direito penal.

No embalo do clamor social por maior repressão aos criminosos, o Congresso Nacional aprovou o que se popularizou como “Pacote Anticrime” pela Lei nº 13.964/19. Em vigor desde janeiro de 2020, foram alteradas 17 leis penais, entre elas houve a formalização via lei do Acordo de Não Persecução Penal, o objeto do presente estudo, inserindo-se o disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o artigo 18 da Resolução nº 181 de 2017 do CNMP, onde constam os requisitos que devem ser preenchidos para que o acordo de não persecução penal seja proposto. O tópico é continuado com o exame não exauriente dos argumentos favoráveis e contrários presentes nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade focando naqueles que tratam do aparente não atendimento ao princípio não expresso da obrigatoriedade da ação penal.

No segundo capítulo, o enfoque é estudar de forma mais abrangente o princípio da obrigatoriedade da ação penal e entender como tem sido possível no ordenamento jurídico brasileiro mitigá-lo quando conveniente a política criminal adotada. Para isso, será abordado o exemplo previsto na Lei nº 9.099/95 que trata dos Juizados Especiais Criminais e a possibilidade de *sursis* processual.

Finalmente no terceiro capítulo, uma vez demonstrada a importância da superação da barreira supostamente imposta pelo ordenamento jurídico da obrigatoriedade da ação penal através das exceções já aceitas pelas normas vigentes, dá-se espaço às manifestações de como a opção pela justiça negociada é uma solução compatível com as mazelas da situação deplorável do sistema penitenciário brasileiro, até mesmo para se fazer efetivas as funções da pena. Considerando ainda que, a partir dela, seja viável alcançar o alívio da sobrecarga de trabalho nos tribunais e órgãos de persecução penal, em especial do Ministério Público, conseguindo um sistema mais ágil de investigação

O objetivo deste artigo é analisar a referida resolução, dando enfoque se afronta ou não o princípio da obrigatoriedade o que não pode ser feito sem antes analisar a constitucionalidade da resolução nº 181/17 e o seu processo de incorporação pelo sistema jurídico pátrio, além de demonstrar a relevância social do novo mecanismo e seus efeitos na política criminal brasileira.



Com o fito de garantir a cientificidade do trabalho, a pesquisa é desenvolvida através da metodologia hipotético-dedutiva, com base em premissas de altas possibilidade que são confrontadas pelo pesquisador de geral para o particular, com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las de maneira argumentativa.

Com este fim, a abordagem do objeto alvo desta pesquisa jurídica é imprescindivelmente qualitativa, sendo assim o pesquisador almeja valer-se de bibliografia pertinente a temática em voga, analisada na fase exploratória da pesquisa para dar base a sua tese, sem, contudo, esgotar o tema, tendo ciência que o entendimento do Supremo Tribunal Federal pode ser superado a qualquer momento.

## 1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: SUA PREVISÃO LEGAL, REQUISITOS DE APLICABILIDADE E AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTAS EM FACE DO INSTRUMENTO NORMATIVO QUE LHE DEU ORIGEM

Através da Resolução nº 181 de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)<sup>1</sup>, que regulamenta a investigação criminal realizada pelo referido órgão, dentre suas inovações, foi criado um possível acordo entre o Ministério Público (MP) e o investigado. Tal opção tem trazido alguns questionamentos acerca de sua aplicabilidade, validade e constitucionalidade.

O novo instrumento normativo trouxe a possibilidade de o MP propor um acordo ao investigado, sempre acompanhado de seu defensor, para que não seja ajuizada a ação penal pública correspondente a delito supostamente cometido. Não obstante, para que seja oferecido o acordo, é imprescindível que o investigado cumpra as condições presentes no artigo 18 do referido ato normativo. Esse mecanismo foi chamado de acordo de não-persecução penal e tem caráter administrativo.

Cabe ressaltar que a Resolução foi criada principalmente para regulamentar a investigação criminal realizada pelo MP. Sendo assim, a justificativa apresentada pelo CNMP foi que se conseguisse maior celeridade aos crimes mais graves, conforme se vê no próprio texto da Resolução<sup>2</sup>:

b) da Resolução CNMP nº 13 (que disciplina o procedimento investigatório criminal do Ministério Público), com o objetivo de tornar as investigações mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e respeitadoras

<sup>1</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 181*. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2020.

<sup>2</sup> Ibid.

dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados.

Isto concederia ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao próprio Ministério Público um lapso temporal maior para análise dos casos.

Em suma, as razões motivadoras da Resolução basicamente enfocam a celeridade processual, que acarreta na economia de recursos e eficiência, já que um sistema que consegue atingir seus fins em menor tempo e utilizando menos recursos, tende a ser mais proveitoso para a sociedade.

É cediço que seria inconstitucional a livre legislação por parte do Ministério Público. Diante disso, infere-se que as normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro devem ter conformidade com as normas da Constituição Federal, ou seja, atendimento ao princípio da Supremacia Constitucional. A Constituição tem uma hierarquia superior às demais leis. Logo, essas devem seguir a Lei Maior ao serem criadas.

O Processo Legislativo, operado por meio do Congresso Nacional, disciplinado nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal<sup>3</sup> consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas pelos “atores” envolvidos no processo.

Uma das espécies normativas é a resolução. Os atos normativos que criam obrigações e direitos fazem parte da função típica do Poder Legislativo.

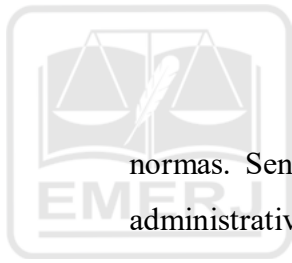
Todo esse procedimento legislativo é moroso, requer a realização de exames, estudos e discussões sobre os projetos em voga. São necessárias diversas fases. Inclusive é uma competência privativa da União por intermédio do Congresso Nacional consubstanciada no artigo 22, inciso I da Constituição Federal "Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho"<sup>4</sup>.

É evidente que as funções atribuídas ao Poder Legislativo em nada são similares ou se confundem com as atribuições do MP, que, primordialmente, promove privativamente ação penal, é garantidor e fiscalizador da separação de poderes.

Não é possível obliterar e relevar que inconstitucionalidades, possivelmente, presentes na Resolução do CNMP, pois, por meio dela, é inserido no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não-persecução penal. Atente-se para o fato de o MP não ter legitimidade para criar

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2021.

<sup>4</sup> Ibid.



normas. Sendo assim, a inovação é feita sem previsão legal expressa e trata-se de norma administrativa.

A viabilidade de acordo de não-persecução penal, conforme mencionado anteriormente, foi alvo de duas ADIs.

A Associação dos Magistrados Brasileiros postuou a ADI nº 5790<sup>5</sup>. Dentre muitos argumentos, a invasão de competência legislativa pela inovação em matéria penal e processual penal ganhou destaque. Além disso, aduz que o ANPP ou se submete ao rito do Código de Processo Penal para o inquérito policial ou dependerá de lei para que sua instituição seja válida, em conformidade com o artigo 22, inciso I da Constituição Federal. Não obstante, da forma como está disposto pela resolução, afligiria direitos e garantias individuais.

Por sua vez, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao propor a ADI nº 5793<sup>6</sup>, compactua com o defendido pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

A Legislação brasileira, em nenhum momento, dá poderes legislativos ao Conselho Nacional do Ministério Público. O CNMP não tem a competência de legislar sobre matéria processual. Com fulcro no disposto no artigo 130-A, §2º, I da Constituição Federal<sup>7</sup>:

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Ademais, a Resolução fere o art. 129, I da Constituição Federal: "São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei"<sup>8</sup> que, especificamente, assegura ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, na forma da lei.

A adesão ao sistema acusatório de persecução penal, pela Constituição Federal de 1988, tem a finalidade expressa de separar as funções de acusar, julgar e defender. Foi atribuído ao Ministério Público, com exclusividade, a titularidade da propositura da ação penal pública. Sendo assim, tendo em vista o caráter vinculado da atuação do MP e reconhecendo a

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 06/10/2017. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em 21 mar. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 13/10/d2017. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em 22 mar. 2021

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>8</sup> Ibid.





inconstitucionalidade do não ajuizamento da ação penal, não seja obrigado a agir, como propõe o acordo de não-persecução penal.

Uma vez reconhecida ocorrência do fato típico antijurídico não pode o MP simplesmente deixar de atuar da maneira que a Constituição Federal ordena.

Destaca-se que é dessa maneira que o princípio da obrigatoriedade da ação penal se institui, pois, em suma, se resume a obrigar o Ministério Público a atuar processualmente sempre que há um delito de ação penal pública.

Ainda deve ser compreendido que a sociedade urge para que a impunidade seja minimizada, ou seja, um dos pilares que sustentam o Estado é que ele detenha o poder de polícia necessário para que garanta a segurança aos indivíduos. Para isso, o Ministério Público não pode simplesmente decidir instituir um mecanismo novo e, de acordo com as suas próprias regras, arbitrariamente entender que não é mais necessário propor a ação penal, em contrariedade ao que a Constituição propõe.

Eugenio Pacelli de Oliveira<sup>9</sup> em consonância sobre o tema, discorre:

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas às condições da ação penal.

O próprio Código de Processo Penal<sup>10</sup>, em seu artigo 24, consagra o princípio da obrigatoriedade e afirma que ele é o que melhor atende aos interesses do Estado.

Logo, conclui-se que no acordo de não-persecução penal, há um vício desde a sua origem, tornando-o inconstitucional.

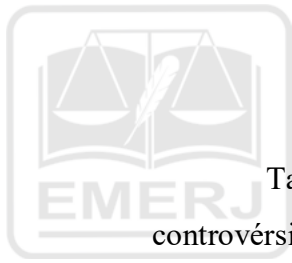
Não obstante o disposto acima, o Poder Legislativo, atendendo ao clamor da sociedade por um sistema mais justo e de certa forma mais rígido, conforme a exposição de motivos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019<sup>11</sup>, afirma.

Em poucas palavras, as reformas são necessárias para adequar o ordenamento jurídico a uma nova realidade. É imprescindível agilizar-se a tramitação das ações penais, a fim de que a resposta seja dada pelo Poder Judiciário em tempo razoável, evidenciando a existência de um Estado que seja, a um só tempo, eficiente e respeite a garantia constitucional do devido processo penal. Não será demais, aqui, lembrar que a segurança pública é, também, direito assegurado a todos pela Constituição Federal no art. 144.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: 2009. p. 114-115.

<sup>10</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

<sup>11</sup> BRASIL, *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: . Acesso em: 10 mar. 2021.



Tal reforma legislativa atendeu ao que se reivindicava pela população, findando as controvérsias acerca da possibilidade de aplicação de acordos de não persecução penal através de um mecanismo com presunção de constitucionalidade.

## 2. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E SEU ENTENDIMENTO COMO DOGMA

Defende-se que o princípio da Obrigatoriedade está vigente desde o Código de Processo Criminal do Império<sup>12</sup>, lei de 29 novembro de 1832, atualmente consagrado pelo art. 24 do Código de Processo Penal, Decreto Lei n. 3.689<sup>13</sup>, de 3 de outubro de 1941. Este princípio seria um dos aliados da pacificação social, de titularidade do Estado.

Deve ser considerado que, através desse princípio, o Estado guarda para si o exercício da jurisdição penal, inclusive veda a possibilidade de autotutela, vingança privada e do exercício arbitrário das próprias razões, criminalizando tais condutas, conforme disposto no artigo 345 do Código Penal<sup>14</sup>. Com essa contrapartida, assume o dever de proteger a sociedade e punir os cidadãos que pratiquem condutas delituosas.

Sendo assim, o sistema penal eleito conferiu ao Estado a responsabilidade de promover a ação penal pública, pelas mãos do Ministério Público, instituição encarregada conforme art. 129, I da Constituição Federal e do artigo 24 do Código de Processo Penal<sup>15</sup>.

Neste diapasão, quando presentes os indícios suficientes de autoria e havendo prova da materialidade, estão configurados os pressupostos da ação penal, bem como as condições da ação.

Confirmando essa perspectiva, Vicente Greco Filho<sup>16</sup> afirma:

A ação penal pública apresenta as seguintes características: Necessidade. Existindo elementos probatórios razoáveis, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia. O juízo de formação da *opinio delicti*, por parte do órgão do Ministério Público, é um juízo vinculado de legalidade e não oportunidade. A relação entre a infração penal e a propositura da ação penal é uma relação de obrigatoriedade e não de eventualidade [...].

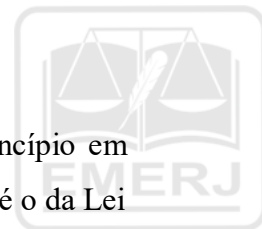
<sup>12</sup> BRASIL. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

<sup>13</sup> BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.



Eugênio Pacelli<sup>17</sup> entende que o Brasil já aceita algumas exceções ao princípio em questão, pois, há algumas normas que permitem a sua mitigação. Um claro exemplo é o da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, onde se prevê transação penal, e a suspensão condicional do processo<sup>18</sup>.

Tendo em vista essa relativização, cabe traçar um paralelo com o princípio da moralidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal<sup>19</sup>, em que se conclui que o Ministério Público não poderia abrir mão, sem justificativa, de ações penais viáveis, o que caracterizaria um protecionismo e favoritismo.

Outro aspecto relevante é a evolução do entendimento de que a obrigatoriedade da ação penal seria muito mais um dogma do que um princípio propriamente dito, pois, este imperativo seria de impossível concretização na conformação institucional do funcionamento do sistema de justiça criminal.

Dentro dessa crítica, há a perspectiva de que a compreensão dos arranjos institucionais do sistema de justiça, deriva do exercício de um espaço decisório. Contudo é de Giovanni Leone<sup>20</sup> a assertiva de que a discricionariedade no exercício da ação penal – oposto da afirmação de obrigatoriedade – é incompatível com uma visão democrática de ação penal”.

Para José Afonso da Silva<sup>21</sup>, a ideia da obrigatoriedade derivaria de modo inafastável do que chama de “império da lei”, isto é, a realização da igualdade e da justiça pela generalidade, pela busca da agilização das condições socialmente desiguais. Toda atividade estatal, pois, sujeita-se à lei, esta compreendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de separação de poderes em que a lei surge como ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, em atendimento a um processo legislativo previsto na Constituição.

Em termos positivos, o código de Processo Penal<sup>22</sup>, na sua Exposição de motivos quando menciona a ação penal, se limita a afirmar que “o projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*”, como decorrente do reclamo de “completa separação entre o juiz e o órgão de acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal”. A única

<sup>17</sup> PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 564.

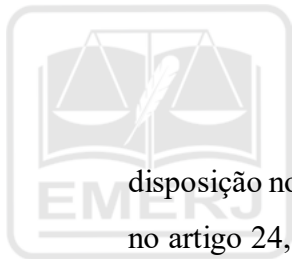
<sup>18</sup> BRASIL. *Lei n.º 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm): Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>20</sup> LEONE apud SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: A oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 35-50, jul./dez. 2017.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 421.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



disposição no CPP que nos faz concluir sobre a obrigatoriedade da ação penal esta materializada no artigo 24, redação que até os dias atuais não teve nenhuma modificação.

Muito embora isso não corresponda a interpretação de que não existem limites para o poder acusatório do Parquet. Rodrigo Leite Ferreira Cabral<sup>23</sup> assim defende em sua obra: assim, a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos fundamentaram o princípio da legalidade. A dedução que se pode ter a partir disso é que a obrigatoriedade no exercício da ação penal, pois, figura-se mais como uma cultura processual penal no Direito brasileiro do que um mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação.

Discorre-se ainda sobre os dois principais diplomas legais sobre persecução penal – Código Penal e Código de Processo Penal - que trazem preceitos com textos que mais reafirmam a titularidade da ação penal do Ministério Público do que exatamente preceituam a obrigatoriedade no exercício dessa atribuição. Este caráter configura-se muito mais como uma cultura processual penal brasileira do que um mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação.

Ademais, a obrigatoriedade da ação penal é comumente associada a uma impossibilidade fatídica de persecução penal de todos os fatos criminosos noticiados às instâncias de persecução penal.

Ainda, contribui André Luis Alves de Melo<sup>24</sup>:

Dessa forma, isto não significa que o princípio seja avaliado pela regra do “tudo ou nada”, o princípio como mandado de otimização deve ser analisado com base em outros elementos de razoabilidade. Nesse sentido, a oportunidade da ação penal integra a independência funcional do Membro do Ministério Público, mas deve ficar adstrita aos delitos de baixa e média ofensividade.

Devem ser considerados ainda os aspectos relacionados a insignificância da lesão ou não atendimento das exigências de princípios importantes do Direito Penal, como da intervenção mínima, lesividade concreta. Em suma, tais nuances só podem ser analisadas caso a caso conforme a política criminal adotada pelo Estado.

Logo, não se poderia deixar de concordar com tais posicionamentos mais flexíveis em relação a obrigatoriedade da proposição da ação penal pois justamente o objetivo central do

<sup>23</sup> CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p.174.

<sup>24</sup> MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 175.



presente trabalho é expor a necessidade de uma revolução na seara penal para que se possa atender aos anseios da sociedade alterando a realidade atual.

A busca pela modernização do sistema penal é uma necessidade latente, pois, ao adequar-se os procedimentos, a realidade será executável através de um planejamento financeiro, espacial, estrutural às situações que demandam maior atenção.

Nesse tom, exalta-se a lição de Tourinho Filho<sup>25</sup>:

[...] Por outro lado, considerando a impossibilidade de o Estado construir estabelecimentos penais que propiciem um mínimo de dignidade aos presos, considerando que o Poder Público deve preocupar-se com a grande criminalidade que vem causando inquietação à sociedade, considerando que a pena de multa normalmente imposta nas transações penais é diminuta e, se não for paga, o Estado não tem interesse em acionar sua máquina administrativa para executá-la, uma vez que as despesas para a cobrança são maiores que a soma a ser recebida, melhor seria que nessa reforma processual penal que se anuncia ficasse estabelecido que, nas infrações cuja pena máxima não ultrapassar 2 anos, a composição dos danos ou a simples conciliação entre vítima e autor do fato constitua causa impeditiva da ação penal. Na Alemanha, o §380 da StPO dispõe que nos crimes de ação penal privada (violação de domicílio, injúrias, calúnias, violação de correspondência, lesões simples, culposas ou dolosas), a reconciliação entre as partes constitui obstáculo à ação privada (Karl Heinz Gössel, *El derecho procesal penal em el estado de derecho*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007, t. I, p. 280), num genuíno processo penal de partes. Aliás, o art. 2º do Código de Processo Penal peruano confere ao Ministério Público o poder de abster-se de promover a ação penal nas infrações cuja pena máxima não supere 2 anos, e desde que não seja afetado gravemente o interesse público, se houver acordo entre autor do fato e ofendido.

Sem escolhas, o que resta é concordar com a passagem que se mostra bastante atual e sensata pela visão do processualista, visto que a sociedade se transforma e por isso as inovações, adaptações do direito criminal devem acompanhá-la.

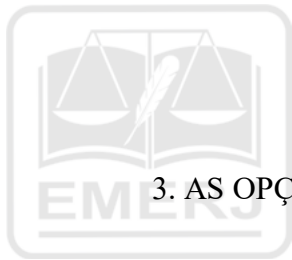
Não há como negar que a sobrecarga nas varas criminais acaba por gerar a extinção da punibilidade do réu pela prescrição. Dessa maneira, o sistema penal não consegue atender nenhum de seus fins.

Diante deste contexto, não se pode afirmar que as alternativas bem pensadas e executadas de forma organizada, seguindo procedimentos e métodos constitucionais gerem um cenário de impunidade.

A extrema judicialização de demandas é um dos problemas mais sérios enfrentados pelo Poder Judiciário, conseqüentemente, ele gera de maneira gradativa, a degeneração da qualidade da prestação jurisdicional. Quando isso passa a interferir no âmbito penal, a adversidade toma uma proporção muito mais severa, posto que se lida diretamente com direitos indisponíveis e com os bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

---

<sup>25</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.



### 3. AS OPÇÕES E A FUNÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL EM PROL DA SOCIEDADE

Já dizia Klaus Roxin<sup>26</sup> que o propósito do direito penal era justamente a defesa, a proteção dos bens jurídicos. Além disso, para este autor apenas em última *ratio* se deveria recorrer à esfera penal. Visto que as sanções impostas são muito gravosas ao ser humano, por exemplo, a restrição a liberdade é de extrema penalidade ao indivíduo.

Isso, sem contar todo o estigma gerado a quem sofre tais punições. A sociedade não é benevolente com aqueles que integram ou integraram o sistema carcerário. Há uma descrença generalizada na capacidade de recuperação e reintegração dessas pessoas na comunidade em que se inserem.

Não obstante, é compreensível que a lógica estatal, ao mesmo tempo se vê obrigada a enfrentar os obstáculos gerados pelos altos índices de criminalidade e marginalização, tente criar recursos que evitem o encarceramento.

Neste contexto, pretende assim deter o aumento dos contingentes prisionais e resguardar a contribuição que a inserção no sistema penitenciário possa colaborar para que a pessoa permaneça em continuidade delitiva levando em consideração a grande falha no sistema no seu suposto primordial propósito que é a recuperação e reinserção em sociedade.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, uma vez determinado que o princípio da obrigatoriedade da ação penal tem suas exceções e pode ser entendida como um dogma, posto que seria quase impossível alcançar todo o escopo de demandas que são submetidas todos os dias ao conhecimento da polícia.

Cabe a análise acerca da obrigatoriedade de proposição da ação penal pelo MP, questão ainda geradora de controvérsias, visto que foi pauta de ações judiciais.

Inicialmente, é válido discorrer sobre como é aplicado do acordo de não persecução penal (ANPP) A partir da aprovação da Lei nº 13.964/19 - Pacote Anticrime - inseriu em seu artigo 28-A ao Código de Processo Penal (CPP)<sup>27</sup> prevendo a criação do instituto do ANPP.

Por este artigo, pode ser conceituado o acordo como um negócio jurídico que é celebrado entre o Ministério Público e o investigado, mas com a necessidade de homologação judicial, antes do início da ação penal. Por meio deste acordo, o investigado se compromete a

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. *Estudos do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



cumprir determinadas condições. Caso ele cumpra integralmente as condicionantes do acordo, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade.

O artigo 28-A, caput e §2º do CPP<sup>28</sup> explicitam os requisitos para que o Parquet proponha o ANPP, dentre esses destaca-se a necessidade do investigado ter confessado a prática da infração penal, o que deverá ser gravado em áudio e vídeo. Além disso, é uma condição que a infração tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça, com a previsão de pena mínima menor do que 4 (quatro) anos, não cabendo transação penal e o investigado deve ser réu primário.

Ocorre que o Ministério Público, mesmo com a convergência de todas as premissas necessárias para que seja possível a proposição do ANPP, ainda pode se recusar a fazê-lo, ou seja, dentro de seu escopo de atuação, o Parquet pode entender ser necessária a proposição da ação penal.

A despeito dessa recusa, o investigado ainda pode requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28-A, § 14º do CPP<sup>29</sup>.

Antes de homologar o ANPP, é necessária a realização de audiência para que o magistrado possa analisar a legalidade do acordo, ou seja, se o investigado cumpre todos os requisitos do artigo 28-A do CPP<sup>30</sup> e se há voluntariedade por parte do investigado em fazer este ajuste.

Sobre isso discorre, Leonardo Barreto Moreira Alves<sup>31</sup>:

Quanto à voluntariedade, o magistrado verificará a ocorrência de algum tipo de vício de vontade, como o erro, o dolo e a coação. Além disso, deverá observar se o agente possui pleno e integral conhecimento do conteúdo do acordo por ele celebrado. No que diz respeito à legalidade, o juiz deverá examinar se o ANPP foi firmado em atendimento às hipóteses legais, assim como se as suas cláusulas estão em consonância com o regramento contido no art. 28-A do CPP. Certo é que o magistrado não poderá apreciar o mérito/conteúdo do acordo, matéria privativa do Ministério Público e do investigado, dentro do campo de negociação reconhecido pela Justiça Penal Consensual, sob pena de violação da sua imparcialidade e do próprio sistema acusatório.

Em recente decisão, o STF, ao julgar um caso em que o MP não propôs o ANPP, entendeu que o poder judiciário não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal, já que ele não tem atribuição para participar de negociações na seara investigatória.

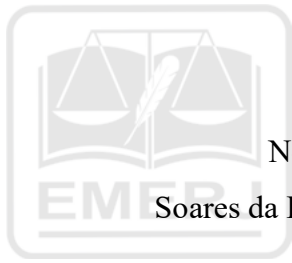
---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 356



No julgamento do *Habeas Corpus* nº 668.520/SP<sup>32</sup>, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que:

[...] não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP, não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP.

Ainda em uma das decisões, o ministro Gilmar Mendes, ao julgar o caso, compreendeu que “os requisitos legais objetivos não dão ao réu direito subjetivo à proposta de acordo, aduzindo que o acordo insere-se dentro da justiça negocial”<sup>33</sup>.

Não obstante o narrado acima, contrasta-se com tal decisão um dos principais objetivos do ANPP dado que a possibilidade de justiça negocial visa justamente uma opção ao encarceramento.

O sistema penal, além do promiscuo fato de estar totalmente articulado para que haja a punição a indivíduos vulneráveis socialmente<sup>34</sup>, não cumpre com a sua função finalística, qual seja, a ressocialização do indivíduo.

Sendo considerado por todos um local onde o apenado tem um contato mais incisivo com o cenário de criminalidade, pois é dominado por facções criminosas e a maior parte das vezes termina em condições piores do que entrou. Além de se tornar alguém com uma carga estigmática de forma que em raras exceções conseguirá se encaixar na sociedade e no mercado de trabalho novamente.

Recentemente, ainda com a criminalidade em seu cenário mais caótico, visando oferecer acordos para os delitos de médio potencial ofensivo, uma vez que pela Lei nº 9.099/95 que traz a previsão tutelada pelo Juizado Especial criminal.

Conforme leciona Miguel Reale Júnior<sup>35</sup> “o processo de simplificação na justiça é gradual”, portanto, deve-se notabilizar que a expansão da justiça penal consensuada teve seu

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 668.520/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1265352578/habeas-corporis-hc-668520-sp-2021-0156468-5/inteiro-teor-1265353192>>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 194.677/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/turma-stf-manda-orgao-superior-mpf.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>34</sup> REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais* [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n. 1019, set. 2020.

<sup>35</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Simplificação processual e desprezo ao direito penal..* Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017478c708a997e50479&docguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&hitguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&spos=1&epos=1&td=100&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 set. 2020.





início na Constituição Federal de 1988 em que se criou em seu artigo 98 a competência do Estado de criação dos Juizados especiais cíveis e criminais.

Renato Brasileiro Lima<sup>36</sup>, em sua obra, prega:

Com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, essa tradicional jurisdição de conflito cede espaço para uma jurisdição de consenso, na qual se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária do dano sofrido pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal.

O acordo de não persecução penal é uma evolução para a Justiça Negocial e o objetivo é preencher uma lacuna no direito penal consensual, haja vista que os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes com pena inferior a dois anos, faziam jus a acordos, como a transação penal, a suspensão condicional do processo. Logo, em análise aos crimes de médio potencial ofensivo, esses não tinham direito a nenhum tipo de acordo.

Hodiernamente, tem-se práticas consensuais na justiça brasileira que são de natureza abolicionista e provem alternativas mais eficazes do que a pena privativa de liberdade, na medida em que esta tem não atenuado a criminalidade.

## CONCLUSÃO

Ao atingir a conclusão do presente trabalho, é preciso salientar que em face à situação atual do Judiciário Criminal brasileiro bem como do Sistema Penitenciário pátrio, tal como pelas transformações necessárias do direito penal que se vê, a proposta trazida pela Resolução nº 181/2017, efetivada pelo pacote anti-crime, é uma linha procedimental de necessária adoção pelo ordenamento jurídico do Brasil.

Acreditando ser inevitável a busca por caminhos novos para o sistema criminal do país, é de fundamental importância a comparação sobre os tipos penais que mais encarceram no Brasil, além de qual o real período que os apenados brasileiros ficam encarcerados quando condenados a penas privativas de liberdade, o que em inúmeros casos demonstrará uma desproporção entre a ação ilícita cometida e a punição sofrida.

Além disso, é proposto que se esmiuce a relação próxima entre a ida às prisões brasileiras e a reincidência no crime, direcionando o olhar inclusive aos presos provisórios que passam um longo período sem ter uma sentença proferida.

<sup>36</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.1437 .



Cabe a reflexão sobre a efetividade das penas privativas de liberdade, se elas realmente cumprem seu papel, assim como se é razoável enclausurar pessoas quando estas cometeram delitos de menor gravidade, de modo que a pena não venha a ter o efeito inverso do almejado, tornando o indivíduo mais perigoso para a vida em sociedade.

Haja vista que pessoas que cometem ações com impactos completamente diferentes são postas no mesmo balaio.

Obviamente, é impreterível que se comparem com experimentos de outras nações, de forma que se possa estar a par de que em outros locais as formas consensuais se mostraram exitosas na seara criminal, acarretando transformações positivas no contexto desses países.

Com a abordagem dada pelo Pacote Anti-Crime é possível ver que o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico, um acordo de vontades, em que o investigado além de confessar o crime, aceita todo o avençado, sob pena de iniciar um processo criminal.

Por fim, insta frisar que o presente trabalho é simpático à flexibilização do princípio da obrigatoriedade, sendo este mitigado nos casos em que se possa optar, com base na adequação funcional do direito penal, pelo princípio da oportunidade, não deve haver dúvida quanto a isso. Aliás, tal escolha vem se mostrando tendência no que se refere ao direito penal em sistemas jurídicos mundo afora, como foi possível observar tendo em vista os exemplos de direito comparado citados neste estudo.

Portanto, deve-se largar a cultura tradicional do âmbito criminal e reconhecer que a mitigação ou releitura do princípio da obrigatoriedade, da forma que era concebido pela doutrina e a aplicação do princípio da oportunidade é benéfica à sociedade, à vítima e ao réu.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 181*. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 9099/95*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9099&ano=1995&ato=efcUzaU5UeJpWT3a7>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 194.677/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/turma-stf-manda-orgao-superior-mpf.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 668.520/SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1265352578/habeas-corpus-hc-668520-sp-2021-0156468-5/inteiro-teor-1265353192>>. Acesso em: 20 maio 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5790*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcl>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5793*. Relator: Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em: 22 mar. 2021

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.



OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. *Ciências Penais*, v. 9, p. 289-310, 2008. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc50000017478c708a997e50479&docguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&hitguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&spos=1&epos=1&td=100&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 set. 2020.

KAGUEIAMA, Miguel; Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais* [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n. 1019, set. 2020.

ROXIN, Claus. *Estudos do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: A oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 35-50, jul./dez. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.979/20 E A POSSIBILIDADE DE  
DECRETAÇÃO DO ESTADO DE SÍTIO NA PANDEMIA DA COVID-19: POSSÍVEL  
ATIVISMO JUDICIAL NA ADPF Nº 672 PARA SUPRIR A OMISSÃO DO CHEFE DO  
EXECUTIVO FEDERAL

Andressa Costa Barbosa de Lima Carneiro  
Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio  
de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – O presente artigo faz uma análise da possibilidade da decretação do estado de sítio no contexto da pandemia da covid-19. Partindo-se da Lei nº 13.979/20, que instituiu medidas de enfrentamento ao coronavírus, restringindo liberdades individuais, procura avaliar a constitucionalidade dessas normas. Verifica-se a posição ativista do STF na medida em que reconheceu a autonomia dos entes federados para instituírem restrição aos direitos fundamentais, devido às divergências entre governo federal e governos estaduais e municipais no combate à pandemia.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Federalismo. Competência concorrente. Pandemia. Estado de sítio. Ativismo judicial.

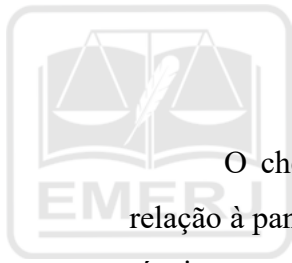
**Sumário** – Introdução. 1. A decisão do STF na ADPF nº 672: O ativismo judicial na pandemia da covid-19. 2. O federalismo brasileiro na pandemia da covid-19: Mudança de paradigma na decisão do STF. 3. Possibilidade da decretação do estado de sítio na pandemia da covid-19. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica procura analisar a viabilidade da decretação do estado de sítio, instituto presente na Constituição Federal, para regular a restrição das liberdades individuais no contexto da pandemia da covid-19.

Com o surgimento do coronavírus no mundo, os países começaram a adotar medidas de segurança para conter a disseminação da doença. A Organização Mundial de Saúde (OMS) recomendou medidas como isolamento e quarentena. Alguns países adotaram medidas mais severas, como o chamado *lockdown*, a restrição de pessoas nas áreas públicas e toque de recolher.

No Brasil, foi editada a Lei nº 13.979/20, com o intuito de regulamentar as ferramentas do Estado para o enfrentamento da emergência sanitária, dispondo das medidas de isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos, de interdição de atividades e serviços essenciais. Estados e Municípios normatizaram restrições em decretos de calamidade pública.



O chefe do executivo federal adotou, desde o início, uma postura negacionista em relação à pandemia, minimizando seus drásticos efeitos e indo de encontro com as orientações técnicas mundiais de enfrentamento e prevenção da circulação do vírus.

Diante da inércia na adoção de medidas eficazes em todo território nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a autonomia para os entes federados tomarem as providências necessárias para enfrentamento da covid-19, com base na competência comum quanto ao direito à saúde, incluindo restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos, interdição de atividades e serviços essenciais e até mesmo toque de recolher.

A Constituição Federal normatiza a decretação do estado de sítio, de competência exclusiva do Presidente, no caso de comoção grave de repercussão nacional, situação em que direitos fundamentais podem ser limitados. Ora, a crise sanitária da covid-19 não se encaixa nesse conceito?

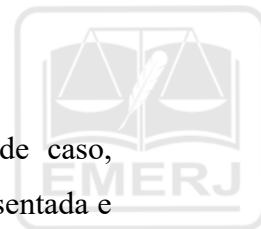
O tema é avaliado por alguns juristas, que negam a necessidade da decretação do estado de exceção para regular a pandemia, tendo em vista que a medida poderia dar ensejo a uma ditadura no país, levando-se em consideração que o atual modelo político do Executivo possui um viés totalitário.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o ativismo judicial como meio de suprir a omissão dos poderes legislativo e executivo. Analisa a decisão do STF, no contexto da pandemia, que reconheceu a autonomia dos entes federados para a adoção de medidas restritivas quanto à limitação das liberdades individuais, com base na proteção do direito à saúde.

No segundo capítulo, pontua-se as características do federalismo brasileiro, com o objetivo de aferir como a decisão do STF que reconheceu autonomia aos entes para o enfrentamento da pandemia afeta a federação. Analisa até que ponto podem os entes federados se autorregular para não gerar instabilidade no Estado Federal, tendo em vista que a emergência sanitária afeta todo o país.

O terceiro capítulo avalia a necessidade de decretação do estado de sítio para regular a pandemia da covid-19. Estuda o alcance da norma constitucional que prevê o estado de exceção, a fim de não esvaziar o instituto previsto constitucionalmente. Para tanto, procura explicitar os argumentos contra a medida excepcional, de modo a entendê-los e/ou rebatê-los, e analisar o contexto histórico do país que possibilita a rejeição para aplicação do instituto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, uma vez que a pesquisadora elege um conjunto de proposições acerca do tema para comprová-las ou rejeitá-las. Para tanto, a pesquisa será descritiva, explicativa e exploratória.



A abordagem do objeto da pesquisa jurídica é qualitativa com estudo de caso, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática apresentada e da análise da decisão do STF.

## 1. A DECISÃO DO STF NA ADPF Nº 672: O ATIVISMO JUDICIAL NA PANDEMIA DA COVID-19

Com o surgimento do coronavírus, inicialmente, na China, em dezembro de 2019<sup>1</sup>, alastrando-se, rapidamente, por quase todo o mundo, o Brasil editou a Lei nº 13.979/20<sup>2</sup> para regulamentar as medidas de enfrentamento da emergência sanitária, dispondo da previsão de ações para a contenção da propagação do vírus, como o isolamento, a quarentena, a restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos, e a interdição de atividades e serviços essenciais.

Em março de 2020, houve o primeiro caso registrado no Brasil<sup>3</sup>. A partir daí, os governos estaduais e municipais, seguindo as recomendações da OMS, começaram a adotar o isolamento social e a restrição da liberdade de locomoção e de algumas atividades não essenciais, conforme a previsão na Lei nº 13.979/20<sup>4</sup>, a fim de frearem a transmissão do vírus e preocupados com o colapso do sistema de saúde.

Os governos estaduais efetivaram as medidas de contenção através de decretos, que previam a suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas, entre outras, baseados na competência comum dos entes federados conferida pela Constituição Federal (art. 23, II, e art. 24, XII)<sup>5</sup> para atuar em prol da saúde pública.

O chefe do executivo federal, desde a aparição do vírus, minimiza seus efeitos drásticos, ignorando a proporção de mortes que o vírus vem causando. A posição contrária às

---

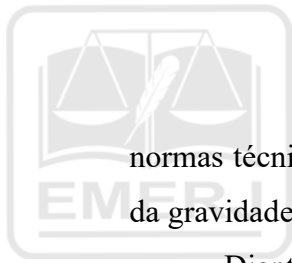
<sup>1</sup>G1. *Cronologia da expansão do novo coronavírus descoberto na China*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/22/cronologia-da-expansao-do-novo-coronavirus-descoberto-na-china.ghtml>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei nº. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2021.

<sup>3</sup>UNASUS. *Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença*. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>>. Acesso em: 07 mar. 2021

<sup>4</sup>BRASIL, op.cit., nota 2.

<sup>5</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2021.



normas técnicas de prevenção e os discursos inapropriados de um chefe de Estado para tratar da gravidade sanitária agravaram o momento de instabilidade no país.

Diante da ausência de uma política federal que atendesse às necessidades técnicas na área médica e epidemiológica, foi proposta a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>6</sup>, em que foram alegadas as ações omissivas e comissivas do Poder Público Federal, em especial, da Presidência da República e do Ministério da Economia.

O Conselho Federal da OAB alegou que o governo atuara de forma insuficiente e precária para enfrentar a emergência sanitária, praticando “ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo mundo”<sup>7</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar nas ações, reconheceu a competência comum de Estados, Distrito Federal, Municípios e União, na forma do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, em ações para combater pandemia da covid-19, o que confere a autonomia para os governadores e prefeitos estabelecerem medidas como o isolamento social, o fechamento do comércio e até toque de recolher<sup>8</sup>.

A decisão mostra a posição ativista do STF. O ativismo judicial é justamente essa atitude proativa e expansiva do Poder Judiciário em interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte.<sup>9</sup>

O judiciário independente é elemento indispensável da democracia. Barroso<sup>10</sup> ensina que o ativismo judicial se instala quando estão em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, quando há certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira

<sup>6</sup>CFOAB. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida cautelar*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752382699&prcID=5885755#>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

<sup>7</sup>Ibid.

<sup>8</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

<sup>9</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, nº 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

<sup>10</sup>Id. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Pensar*, Fortaleza, v.18, nº.3, p. 864-939, set./dez. 2013. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 07 mar. 2021.





efetiva. A “injustificável inércia estatal” ou “um abusivo comportamento governamental” justificam a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário<sup>11</sup>.

O ativismo judicial é uma necessidade do Poder Judiciário de satisfazer anseios sociais e está associado a uma participação mais ampla deste Poder na concretização dos valores e fins constitucionais. Porém, o Judiciário como seu intérprete maior da Constituição, não pode suprimir a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.

De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>12</sup>, o modo ativista se manifesta por meio de atitudes diferentes: i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; ii) a imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, iii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição.

No caso em análise, a má condução da crise sem precedentes por parte do Governo Federal ocasionou insegurança em toda a sociedade. É notória a divergência de atitude para lidar com a emergência sanitária entre os governos estaduais, municipais e o governo federal. Enquanto este ridiculariza os critérios de prevenção da disseminação da doença, outros representantes somam esforços para controlar o vírus. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário se mostra não só eficaz, mas essencial para manutenção da ordem constitucional.

O Judiciário deve agir para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum e aos direitos fundamentais, desde que dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. Na decisão que se analisa, o Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup> expandiu a competência comum dos entes federados em relação ao direito à saúde, fazendo com que ultrapassasse a sua proteção para atingir às restrições em outras liberdades individuais.

Segue ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA

<sup>11</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 367432*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5421924/recurso-extraordinario-re-367432-pr-stf>>. Acesso em: 07 mar. 2021

<sup>12</sup>BARROSO, op. cit., p. 26.

<sup>13</sup>BRASIL. op. cit., nota 9.



## IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.<sup>14</sup>

A Constituição Federal, desde o preâmbulo, determina a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Os direitos à vida, à saúde e à liberdade aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º CRFB/88)<sup>15</sup>.

A questão que norteia o presente trabalho gira em torno da limitação das liberdades individuais no contexto da pandemia por lei infraconstitucional ou decretos de calamidade pública editados pelos Estados e Municípios. A Constituição Federal dispõe do estado de exceção, em que se permite a restrição dos direitos fundamentais, o que não ocorreu em razão da covid-19.

Não obstante, à época do início da pandemia, não se mostrava viável a decretação do estado de exceção, tendo em vista a gravidade da medida e uma situação ainda desconhecida. Diante da omissão de uma política federal eficiente, o STF<sup>16</sup>, temendo com que o cenário agravasse, fez a ponderação entre direito à saúde e direito de ir e vir, prestigiando o primeiro para que o segundo pudesse ser limitado de acordo com os parâmetros estabelecidos.

## 2. FEDERALISMO BRASILEIRO NA PANDEMIA DA COVID-19: MUDANÇA DE PARADIGMA NA DECISÃO DO STF

O federalismo brasileiro tem influência no modelo norte americano, mas não pode ser confundido com este, porque o sistema federativo norte americano foi construído a partir da união de unidades políticas soberanas em um ente central, configurando a federação por agregação ou associação. Nesse tipo de federação, os Estados-membros mantêm seus ordenamentos, desde que estejam em conformidade com a Constituição Federal.<sup>17</sup>

No Brasil, o governo imperial unitário foi descentralizado para surgirem os Estados-membros com autonomia político-administrativa. Por isso, denomina-se a federação brasileira de federação centrífuga, também chamada de federação por segregação ou federação às

---

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>16</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>17</sup>ANDRADE, José Mendonça de.; JESUS, Gustavo Santana de.; SANTOS, Kleiton dos. *Formação do federalismo norte-americano e do federalismo brasileiro*. Interfaces Científicas, Aracaju, v.5, n.º.2, p. 29-36, fev. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/3594/2137>>. Acesso em: 11 ago. 2021.



avessas, pois se originou pela fragmentação de Estado Unitário de dentro para fora<sup>18</sup>. Nesse modelo de federação, os Estados ganham competência para criarem seus próprios ordenamentos jurídicos.

Conforme ensina José Afonso da Silva<sup>19</sup>, no Estado Federal, o poder se divide no espaço territorial, “gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente”. A federação, consiste então na “união de coletividades regionais autônomas”<sup>20</sup>.

Na federação brasileira, todos os Estados-membros estão vinculados à esfera jurídica do ente central- a União, e as disposições deste afetam àqueles. Por isso, afirma-se que o federalismo brasileiro praticamente permaneceu como sendo de um Estado unitário, cedendo apenas uma pequena autonomia constitucional para aos Estados-membros, podendo ser considerado como apenas um federalismo político-constitucional.<sup>21</sup>

A Constituição Federal consagrou o federalismo como um “sistema de repartição de competências que tenta refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais”<sup>22</sup>.

Pelo sistema de competências, a competência administrativa exclusiva da União está prevista no art. 21, da Constituição Federal<sup>23</sup> e a competência legislativa privativa encontra-se no art. 22.<sup>24</sup> As competências comuns administrativas estão previstas no art. 23, da CRFB/88<sup>25</sup>. O art. 24, da CRFB/88, trata da competência legislativa concorrente.<sup>26</sup> No art. 30, I, e II<sup>27</sup>, a Constituição permite aos Municípios a competência de legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. O Supremo Tribunal Federal adota o princípio da predominância do interesse<sup>28</sup> nos casos de conflitos de repartição de competência:

A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a

---

<sup>18</sup>Ibid., p. 34.

<sup>19</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. edição. Malheiros Editores. SP. 2005. p. 98.

<sup>20</sup>Ibid., p. 99.

<sup>21</sup>ANDRADE, José Mendonça de.; JESUS, Gustavo Santana de.; SANTOS, Kleiton dos. op. cit., p. 35.

<sup>22</sup>SILVA, op. cit., p.102.

<sup>23</sup>BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>24</sup>Ibid.

<sup>25</sup>Ibid.

<sup>26</sup>Ibid.

<sup>27</sup>Ibid.

<sup>28</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4228*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747914421>>. Acesso em: 29 ago. 2021



priori, diversas competências para cada um dos entes federativos – União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I).<sup>29</sup>

O enfrentamento da pandemia está inserido no conjunto de ações e políticas de vigilância epidemiológica e saúde. Na Constituição, essas ações estão previstas no art. 22, XXIII<sup>30</sup>, ao tratar da União para legislar sobre seguridade social, na qual inclui saúde, previdência e assistência social (art. 194, CRFB/88)<sup>31</sup>. O parágrafo único do art. 24 permite a delegação para os Estados através de lei complementar<sup>32</sup>.

Todavia, a previsão do art. 24, XII, da Constituição<sup>33</sup>, prevê que a previdência social, e a proteção e defesa da saúde é competência concorrente da União, Estado e Distrito Federal. O art. 23, II, da Constituição Federal<sup>34</sup> diz que a competência de cuidar da saúde e assistência pública é comum aos entes federados. Dessa forma, as ações administrativas e executivas estão inseridas no campo da competência comum.

No cenário legal, a Lei nº 8.080/90<sup>35</sup> que estabelece o Sistema Único de Saúde- SUS, em seu art. 16, traz a sua competência em coordenação dos serviços de vigilância epidemiológica e sanitária (alíneas ‘c’ e ‘d’). O artigo 17, IV, alíneas ‘a’ e ‘b’ e o art. 18, IV, da Lei 8.080/90, dá aos Municípios a competência para execução desses serviços.<sup>36</sup>

O dilema em questão se baseia na competência do SUS, que é um sistema único, porém as competências são descentralizadas. Os desafios de saúde são diferentes em cada região, a depender do seu grau de desenvolvimento e densidade populacional. Em relação a essas tarefas, o artigo 23, parágrafo único, da CRFB/88<sup>37</sup>, diz que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento em âmbito nacional. Porém, essa lei complementar não foi editada.

Imerge-se então num conflito federativo, em que a problemática gira em torno de centralizar ou descentralizar competências. Centralizar significa dizer que um ente tem competência decisória, e os demais, competência executória. Na descentralização, as decisões

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>Ibid.

<sup>34</sup>Ibid.

<sup>35</sup>BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>36</sup>Ibid.

<sup>37</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.



e execuções são tomadas conjuntamente em cada esfera. “O federalismo implica necessariamente algum nível de descentralização territorial”<sup>38</sup>.

Márcia Miranda Soares e José Ângelo Machado sustentam que os efeitos do federalismo nas políticas públicas dependem de “configurações institucionais específicas e das combinações dessas com outros elementos contextuais, como a existência de clivagens étnicas de base territorial, da presença ou não de elevados níveis de desigualdade de desenvolvimento entre as unidades constituintes da Federação, entre outros.”<sup>39</sup>

Para o Estado Brasileiro, em virtude de sua amplitude territorial, das múltiplas culturas e das desigualdades locais do ponto de vista de desenvolvimento e econômico, é mais sugestiva a descentralização.

O modelo de Estado Federal brasileiro é no sentido da cooperação, a fim de que os entes possam convergir para superar os contrastes regionais (que constitui fundamento da república) e “a atuação do governo central é marcada pela busca do desenvolvimento igualitário das diversas regiões”<sup>40</sup>.

Trata-se da distribuição horizontal de competências, “representado por um campo de competências comuns entre a Federação e os Estados”<sup>41</sup>. Ainda, “a utilização do sistema de competência concorrente indica a adoção do chamado federalismo cooperativo”<sup>42</sup>. Porém, como prescreve Anselmo, “as decisões do STF, em muitos casos, sob a justificativa de adoção do federalismo cooperativo, praticamente transformam a Federação Brasileira em um Estado Unitário.”<sup>43</sup>

A Lei nº 13.979/20<sup>44</sup>, que trata das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, em seu art. 3º, adota medidas de isolamento (inciso I) e quarentena, medidas de restrições às liberdades individuais e outras medidas que o SUS pode executar. Em diversos dispositivos, centralizou a competência e os parâmetros de algumas medidas restritivas na União. A União reservou ao Ministério da Saúde, no parágrafo

<sup>38</sup>SOARES, Marcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Enap. Brasília. 2018. p. 53. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3331>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

<sup>39</sup>Ibid., p. 104.

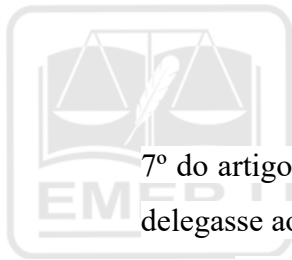
<sup>40</sup>ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro*. 2006. Dissertação (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 103. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7343>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

<sup>41</sup>Ibid., p.166.

<sup>42</sup>Ibid., p. 173.

<sup>43</sup>Ibid., p. 167.

<sup>44</sup>BRASIL. op. cit., nota 2.



7º do artigo citado, a competência para a adoção de tais medidas. No entanto, permitiu que a delegasse aos gestores locais (secretário estadual de saúde e secretário municipal de saúde).<sup>45</sup>

A portaria nº 356, de 11 de março de 2020<sup>46</sup>, no seu art. 4º, § 1º, fez essa delegação aos Secretários de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, mediante ato administrativo formal e devidamente motivado.

O conflito se deu por uma circunstância de caráter político, por uma distinção da visão do governo central, pelo chefe do poder Executivo Federal, e da visão dos governantes estaduais e municipais. O Presidente não se sensibilizou para a necessidade de medidas mais radicais em virtude da emergência sanitária e os governos subnacionais entenderam a necessidade de medidas mais extremas.

Os Estados e Municípios passaram então a adotar medidas restritivas para combater a disseminação do vírus. Porém, o Presidente da República, discordando desta política de enfrentamento, ampliou o rol de serviços essenciais para prever serviços que estariam fora do regime jurídico da pandemia<sup>47</sup>, utilizando-se dessa ferramenta para afetar, indiretamente, os planos estaduais e locais em suas restrições.

O Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup> reafirmou as competências próprias dos Estados e Municípios previstas constitucionalmente e reinvocou o critério do predomínio de interesse para a solução do conflito federativo, reconhecendo a competência comum quanto ao direito à saúde, para que, em virtude da tutela desse direito, houvesse a restrição de liberdades individuais.

Essa decisão trouxe uma mudança de paradigma das decisões do Supremo Tribunal Federal, que costumavam adotar uma postura mais centralizadora na União. Anselmo<sup>49</sup> elenca alguns fatores que poderiam contribuir para essa posição de centralização: “(a) unidade do ordenamento jurídico nacional; (b) a técnica de divisão de competências sem o deferimento de um rol específico de competências exclusivas para os Estados; (c) o preenchimento do conteúdo dos assuntos que foram expressamente atribuídos à União.”

---

<sup>45</sup>Ibid.

<sup>46</sup>BRASIL. *Portaria nº 356, de 11 de março de 2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>47</sup>BRASIL. *Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>48</sup>BRASIL. op. cit., nota 9.

<sup>49</sup>ANSELMO. op. cit., p. 168.

A partir da ADPF nº 672<sup>50</sup>, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura de descentralização para conferir autonomia aos entes, mas mascarou outra discussão, que tratava da limitação de direitos fundamentais inerentes à contenção da pandemia, como restrição ao direito de ir e vir, interdição de atividades e serviços essenciais, restrição do comércio e até mesmo toque de recolher, limitações estas que estão permitidas constitucionalmente apenas com a decretação do estado de exceção.

### 3. POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DO ESTADO DE SÍTIO NA PANDEMIA DA COVID-19

O tema está inserido dentro do que se chama de sistema constitucional das crises, em que se impõe limitações consentidas a liberdades públicas<sup>51</sup>. Trata-se de mecanismos que visam defender a ordem jurídica em situação de desestabilização, para a manutenção ou o reestabelecimento da normalidade constitucional.

As medidas excepcionais são previstas para “enfrentar situações político-institucionais ou socialmente adversas, de sorte a permitir a substituição, momentânea e ocasional, do sistema de legalidade ordinária — coincidente com período de normalidade — pelo de legalidade extraordinária — coincidente com período de crise”<sup>52</sup>.

De acordo com o sistema constitucional, são três as medidas que podem ser adotadas em estágio de crise, quais sejam: intervenção federal (art. 34, CRFB/88)<sup>53</sup>, estado de defesa (art. 136, CRFB/88)<sup>54</sup> e estado de sítio (art. 137, CRFB/88)<sup>55</sup>. Para esses casos, devem-se observar os princípios da necessidade, temporariedade, excepcionalidade e obediência estrita à Constituição<sup>56</sup>.

O estado de defesa é medida excepcional menos gravosa que o estado de sítio, decretado pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Congresso Nacional para localidades restritas e determinadas, nas hipóteses de a grave e iminente instabilidade

---

<sup>50</sup>BRASIL. op. cit., nota 9.

<sup>51</sup>MORAES. Humberto Peña. Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio. *Revista da EMERJ*, RJ, v. 6, n. 23, p. 198-216, 2003. Disponível em: < [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_198.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_198.pdf)>. Acesso em: 30 de ago. 2021.

<sup>52</sup>Ibid.

<sup>53</sup>BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>54</sup>Ibid.

<sup>55</sup>Ibid.

<sup>56</sup>MORAES, op. cit, p. 369.



institucional e calamidades de grandes proporções na natureza, conforme prevê o art. 136, caput, da CRFB/88<sup>57</sup>.

Não se pode entender o coronavírus apenas como uma crise sanitária, mas também como uma crise institucional e política pelos embates entre Presidente, governadores e prefeitos sobre as medidas de enfrentamento do vírus, como também econômica, na medida em que as restrições na economia agravaram a desigualdade social pelo aumento do desemprego.<sup>58</sup>

O estado de sítio é decretado pelo Presidente da República, após autorização do Congresso Nacional, nas hipóteses de comoção grave de repercussão nacional, ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (art. 137, I e II, CRFB/88)<sup>59</sup>. José Afonso da Silva<sup>60</sup> prescreve que essas são as condições de fato para o sítio, sem as quais seria um abuso injustificado sua decretação. Para o autor, as hipóteses restringem-se aos casos de guerras, rebelião ou revolução<sup>61</sup>.

Porém, a Constituição Federal, ao elencar a comoção grave de repercussão nacional como causa da decretação do sítio (art. 137, I, CRFB/88)<sup>62</sup>, deixa um conceito abstrato, aberto e não delimitado pela própria constituição. A pandemia do coronavírus poderia se encaixar perfeitamente nesta hipótese, tendo em vista a rapidez em que se espalhou o vírus por todo o país e o abalo institucional, político e social causado pela disseminação da doença e quantidade exagerada de mortes.

Conforme a previsão constitucional do artigo 139, CRFB/88<sup>63</sup>, na vigência do estado de sítio decretado com base na comoção de grave repercussão nacional, poderão ser adotadas as seguintes medidas: (I) obrigação de permanência em localidade determinada; (II) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (III) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (IV) suspensão da liberdade de reunião; (V) busca e apreensão em domicílio; (VI) intervenção nas empresas de serviços públicos; (VII) requisição de bens.

<sup>57</sup>BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>58</sup>IBGE. *Desemprego fica em 14,6% no trimestre até maio e atinge 14,8 milhões de pessoas*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31255-desemprego-fica-em-14-6-no-trimestre-ate-maio-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas>>. Acesso em: 30. ago. 2021.

<sup>59</sup>BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>60</sup>SILVA, op. cit., p. 767.

<sup>61</sup>Ibid.

<sup>62</sup>BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>63</sup>Ibid.





Ressalta-se que essas restrições não são cumulativas, pela ideia do argumento *a minori ad maius*, traduzido no brocardo “quem pode o mais, pode o menos”. O Presidente, então, pode adotar as restrições necessárias e que tenham correlação com o fim pretendido no decreto que instituir o sítio. O decreto indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas (art. 138, CRFB/88)<sup>64</sup>

A discussão se baseia no fato de uma lei infraconstitucional (no caso, a Lei nº 13.979/20) limitar direitos fundamentais, se essa previsão não afronta à Constituição, já que esta prevê que a única forma de limitação desses direitos é a partir da decretação do estado de sítio, o que não foi feito no contexto da emergência epidemiológica.

Foi decretado estado de calamidade pública na pandemia da covid-19.<sup>65</sup> Não há previsão constitucional para estado de calamidade pública. O art. 21, XVIII, da Constituição Federal<sup>66</sup>, dispõe que compete à União promover a defesa permanente contra as calamidades públicas. O efeito jurídico da calamidade pública é a possibilidade de abrir créditos adicionais (art. 167, §3º, da CRFB/88)<sup>67</sup>. O governo federal então pode gastar recursos que for preciso sem precisar de previsão orçamentária. A hipótese está prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>68</sup>, em seu art. 85. O estado de calamidade pública pode dar início ao estado de defesa ou de sítio, se a situação se agravar.

Em parecer, a Ordem dos Advogados do Brasil entendeu ser flagrantemente inconstitucional e descabido<sup>69</sup> o estado de sítio na pandemia da covid-19. Entendeu que o decreto legislativo que declarou o estado de calamidade pública foi medida adequada para resolver desafios institucionais, diferentemente das restrições abusivas que decorreriam da decretação de estado de sítio.<sup>70</sup>

O fato de o chefe do poder executivo ter um histórico de postura autoritária somado à instabilidade política ao início da pandemia gerada pelas divergências na forma de enfrentamento entre o Presidente e os governos estaduais e municipais, em virtude da omissão daquele, levaram a ideia de que a implementação do estado de sítio levaria a um cenário propício para a implementação de uma ditadura no país.

---

<sup>64</sup>Ibid.

<sup>65</sup>BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 18 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>66</sup>BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>67</sup>Ibid.

<sup>68</sup>BRASIL. *Lei Complementar nº 101*, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>69</sup>JOTA. *Leia a íntegra do parecer da OAB contra a possibilidade de estado de sítio*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/leia-a-integra-do-parecer-da-oab-contra-a-possibilidade-de-estado-de-sitio-21032020>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>70</sup>Ibid.



Cabe destacar que o texto constitucional é pautado por fundamentos democráticos e ele prevê essas medidas extraordinárias como forma de resguardar o próprio Estado. Ainda que o ambiente político não seja favorável à implementação do estado de sítio, a não aplicação do instituto faz perder a força normativa da Constituição.

Mesmo que a atitude do Presidente que vá de encontro às medidas essenciais para a emergência na saúde pública, não se pode pensar em tirar sua legitimidade para decretar uma norma constitucional. Para isso, caberá apreciação judicial se os executores cometerem abuso ou excesso de poder durante a vigência do estado de sítio, por meio de mandado de segurança, habeas corpus ou outro meio judicial hábil<sup>71</sup>, baseando-se nos limites das restrições autorizadas no decreto que o institui.

O controle jurídico reside na verificação da execução das medidas. O Poder Judiciário pode atuar para resguardar a Constituição, caso houver arbitrariedade nas prerrogativas do estado de sítio, a fim de tutelar o estado democrático de direito, e não deixar que se torne uma ditadura.

O fato de existirem as limitações às liberdades no estado de sítio não isenta o Estado de eventual responsabilidade civil de ato ilícito que vier a praticar durante o estado de exceção. O controle judicial poderá ocorrer também após cessado o estado de sítio, se houver apuração de ilícitos causados pelos seus executores e qualquer pessoa prejudicada pode recorrer ao Poder Judiciário para responsabilizá-los e pedir a reparação do dano que tiver sido causado.<sup>72</sup>

Em se tratando de restrição aos direitos fundamentais, em um cenário de crise nacional, não parece apropriado prever limitações por meio de decretos, ainda que tenham objetivo de resguardar o direito à saúde e o interesse público. As leis e os decretos estão subordinados à Constituição Federal e são hierarquicamente inferiores à Constituição, e esta prevê o estado legalidade extraordinária como forma de limitar o exercício das liberdades individuais.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho fez uma análise do panorama legal e jurisprudencial no contexto da pandemia da covid-19. Procurou avaliar a possibilidade de a emergência sanitária ter sido uma possível causa para decretação do estado de sítio previsto constitucionalmente como

---

<sup>71</sup>SILVA. op. cit., p. 770.

<sup>72</sup>Ibid.



estado de exceção. Ainda, analisou a decisão do STF na qual reconheceu a competência comum dos entes federados para tratar do enfrentamento ao coronavírus.

A pandemia da covid-19 acentuou a instabilidade política, social, econômica e institucional no Brasil devido à divergência de posicionamento na adoção das normas para combater o vírus por parte do Executivo Federal e dos governos estaduais e municipais. Foi editada a Lei Federal nº 13.979/20 que instituiu medidas e restrições às liberdades individuais para o enfrentamento da emergência sanitária.

Porém, a rejeição por parte do Presidente às normas de segurança previstas pela OMS levou a uma dificuldade na integração de políticas públicas uniformes em todo o país. Com o agravamento da pandemia e o colapso do sistema de saúde em várias cidades, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal em diversas ações no controle de constitucionalidade.

O STF reconheceu a autonomia dos entes federados para instituírem medidas de enfrentamento ao coronavírus de acordo com as peculiaridades de cada local. A decisão se baseou na competência concorrente quanto ao direito à saúde prevista no art. 23, da CRFB/88. Porém, o questionamento da pesquisa residia no fato de outros direitos previstos constitucionalmente, como direito de ir e vir e à liberdade econômica serem limitados por meio de lei infraconstitucional, sem ter sido decretado estado de exceção.

A pesquisa buscou mostrar que a Constituição Federal tem um instituto que solucionaria o problema: a decretação do estado de sítio. Porém, como a medida é excepcional e limitante dos direitos fundamentais, houve um receio de deixá-la ser instituída em virtude da figura presidencial que governa o país, para que o espaço não fosse propício para uma possível ditadura.

Dessa forma, o estudo mostrou a posição ativista do STF, como guardião da Constituição, na qual reconheceu essa autonomia dos entes federados para que, em prol do direito à saúde, pudessem restringir outras liberdades individuais, tendo em vista a omissão do governo federal em adotar medidas eficazes no enfrentamento da pandemia. Ainda, essa autonomia revelou uma mudança de paradigma nas decisões da Suprema Corte, que costumava centralizar na União as competências.

Em um cenário de normalidade, a lei infraconstitucional, por limitar direitos individuais, seria inconstitucional, na medida em que a Constituição prevê a decretação dos estados de exceção para que haja tais limitações os direitos, o que não foi feito. Mas, a instabilidade política do país gerou um receio de virar o cenário ideal para uma ditadura se houvesse a instituição do estado de sítio. A decisão do STF se mostrou mais adequada, embora o não estabelecimento do instituto do estado de sítio gere uma perda da força



normativa da Constituição, em que a pandemia da covid-19 se inseria perfeitamente nos requisitos para sua decretação.

## REFERÊNCIAS

ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro*. 2006. 247 f. Dissertação (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7343>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

ANDRADE, José Mendonça de.; JESUS, Gustavo Santana de.; SANTOS, Kleiton dos. *Formação do federalismo norte-americano e do federalismo brasileiro*. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/3594/2137>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, nº 3, p. 864-939, set./dez. 2013. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, nº 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 07 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto Legislativo nº 6*, de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 101*, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 356*, de 11 de março de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 367432*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5421924/recurso-extraordinario-re-367432-pr-stf>. Acesso em: 07 mar. 2021

CFOAB. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida cautelar*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752382699&prcID=5885755#>. Acesso em: 07 mar. 2021.

G1. *Cronologia da expansão do novo coronavírus descoberto na China*. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/22/cronologia-da-expansao-do-novo-coronavirus-descoberto-na-china.ghtml>. Acesso em: 07 mar. 2021.

IBGE. *Desemprego fica em 14,6% no trimestre até maio e atinge 14,8 milhões de pessoas*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31255-desemprego-fica-em-14-6-no-trimestre-ate-maio-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 30 ago. 2021.

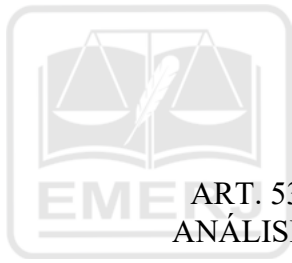
JOTA. *Leia a íntegra do parecer da OAB contra a possibilidade de estado de sítio*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/leia-a-integra-do-parecer-da-oab-contr-a-possibilidade-de-estado-de-sitio-21032020>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MORAES. Humberto Peña. Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 198-216, 2003. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_198.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_198.pdf). Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. edição. Malheiros Editores. SP. 2005.

SOARES, Marcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. *Federalismo e políticas públicas*. Enap. Brasília. 2018. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3331>. Acesso em: 11 ago. 2021.

UNASUS. *Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença*. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>. Acesso em: 07 mar. 2021



## ART. 53, §2º DA CRFB/88 E A TESE DA INAFIANÇABILIDADE LEGAL – UMA ANÁLISE TÉCNICA SOBRE A POSSIBILIDADE DE PRISÃO DO PARLAMENTAR FEDERAL

Anna Thácia Pereira Lutz

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo** – Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a chamada Tese da Inafiançabilidade Legal construída de forma gradativa pela jurisprudência da Corte e usada em determinado caso concreto para fundamentar mandado de prisão em flagrante de parlamentar federal. Destarte, houve a possibilidade de se levantar discussões doutrinárias e jurisprudenciais, bem como tecer críticas à formulação da referida Tese, tendo como base o que preceitua a Constituição Federal de 1988. No presente trabalho, pretende-se analisar certas manifestações jurídicas divergentes, assim como, trazer para o debate argumentos capazes de contestar a adoção da Tese em comento, com a finalidade precípua de sustentar uma adequada e técnica interpretação dos preceitos trazidos pela Lei Maior. Para tanto, analisa-se as inconstâncias jurídicas observadas na construção interpretativa que ensejou a Inafiançabilidade Legal, além de contrapô-las ao art. 53, §2º, CRFB/88 e aos pertinentes institutos jurídicos constitucionais.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Prisão do Parlamentar. Inafiançabilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Art. 53, §2º, CRFB/88 – A Imunidade Formal Parlamentar ante demandas jurisdicionais. 2. A Tese da Inafiançabilidade Legal – Uma análise sobre a problemática da sua construção. 3. A (in)aplicabilidade da Tese da Inafiançabilidade Legal sob a luz da Carta Magna. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa discutir a plausibilidade do acolhimento da Tese da Inafiançabilidade Legal, que amplia as possibilidades de prisão cautelar do parlamentar federal - assim como previsto para alguns outros ocupantes de cargos públicos -, não obstante o que preceituam o art. 5º, XLII, XLIII e XLIV e o art. 53, §2º da Constituição Federal. Busca-se trazer uma reflexão sobre a possível subversão da ordem constitucional e de como deve se dar a interpretação infraconstitucional, que tem como parâmetro o texto da Carta Magna.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de forma a possibilitar a discussão sobre o propósito legiferante com a inserção, no texto constitucional, das hipóteses em que se dá a prisão do parlamentar federal, considerada sua imunidade formal, contraposto ao acolhimento da Tese da Inafiançabilidade Legal pelo Plenário da Suprema Corte brasileira.



Observa-se que, quando da convocação da Assembleia Constituinte, houve opção do Poder Originário por firmar, no texto constitucional, o chamado Poder Constituinte Derivado Reformador, que nada mais é, em suma, do que um poder político de reforma do texto constitucional, que se dá por meio de emendas.

Como legitimados a exercer tal poder de reforma, Deputados e Senadores fizeram uso de suas atribuições para incluir no texto constitucional dispositivos que estabelecem suas Imunidades Material e Formal.

Assim, com a Emenda Constitucional nº 35/2001, parlamentares atribuíram novo texto ao artigo 53, §2º da CRFB/88, o qual estabelece que os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, o que caracteriza a mencionada Imunidade Formal ou Processual, enquanto o art. 5º, XLII, XLIII, XLIV, também da CRFB/88, faz menção expressa aos delitos considerados inafiançáveis pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em razão da previsão constitucional, o acolhimento da referida Tese no Inquérito nº 4.781, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, acentuou controvérsias entre entendimentos doutrinários e o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a necessidade de atenção ao tema.

Para melhor compreendê-lo, busca-se apresentar o conceito de “Imunidade Formal ou Processual do Parlamentar Federal” e compreender como e com qual objetivo tal instituto foi inserido no texto constitucional. Além disso, pretende-se pormenorizar a análise da norma processual penal que deu ensejo à criação da Tese da Inafiançabilidade Legal, assim dizendo, proveniente da lei, com hipóteses diversas das previstas na CRFB/88.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com um estudo sobre a razão de instituir uma Imunidade Formal para os parlamentares, ressalvada a possibilidade de seu afastamento na hipótese de flagrante de crime inafiançável, e as demandas jurisdicionais.

Segue o segundo capítulo trazendo à baila a análise dos dispositivos processuais penais que permitiriam a prisão cautelar do parlamentar federal em hipótese diversa à prevista no texto constitucional, bem como da aplicação da Tese da Inafiançabilidade criada a partir de tais dispositivos no Inquérito paradigma, instaurado no STF.

O terceiro capítulo enfatiza a posição da Lei Maior e os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de que toda norma infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, e debate uma possível subversão de tais preceitos como consequência do acolhimento da Tese.



A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o pesquisador traz análises de institutos jurídicos e suas implementações, com o fito de fomentá-las ou refutá-las de forma argumentativa.

Para isso, a explanação do objeto desta pesquisa jurídica dar-se-á, necessariamente, de forma qualitativa e explicativa, visto que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática discutida – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar a sua defesa.

## 1. ART. 53, §2º, CRFB/88 – A IMUNIDADE FORMAL PARLAMENTAR ANTE DEMANDAS JURISDICIONAIS

Antes de ser considerado um princípio constitucional, tradicionalmente, a Separação dos Poderes da República é tida como uma técnica, um mecanismo com o qual se objetiva impedir o exercício ilimitado de poder.

Inserido no cenário do Estado Republicano, a técnica da Separação dos Poderes da República em Executivo, Legislativo e Judiciário, em que cada um possui sua atividade preponderante – e não exclusiva – de administrar, legislar e julgar, respectivamente, ensejaria maior eficiência e estabilidade ao Estado que a adotasse. Ressalta-se que se trata de uma escolha política.

A Constituição da República Federativa do Brasil, 1988<sup>1</sup>, no seu art. 2º, prevê que os Poderes são independentes e harmônicos entre si, enquanto no art. 60, §4º, III, a Constituição também prevê que o então Princípio da Separação dos Poderes é uma de suas cláusulas pétreas.

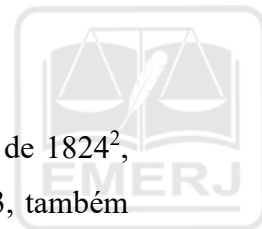
Em tal contexto, há de se destacar, neste trabalho, o Poder Legislativo, que traz como conjunto de normas a estatuir o regime jurídico aplicado aos seus membros, o Estatuto dos Congressistas, que abrange seus direitos e imunidades, bem como deveres e impedimentos.

As imunidades e demais prerrogativas atribuídas aos membros do Poder Legislativo foram criadas para proteger e concretizar a independência do Poder, visando o adequado desenvolvimento de suas funções típicas e atípicas.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2021.





Historicamente, o Estatuto dos Congressistas existe desde a Constituição de 1824<sup>2</sup>, além de ser possível afirmar que a Constituição de 1937<sup>3</sup>, em seus artigos 42 e 43, também permitia que os Parlamentares fossem responsabilizados por crimes contra a honra, entre outros.

O art. 53, da CRFB/88<sup>4</sup> traz em seu texto as chamadas Imunidades Material e Formal, sendo a Imunidade Formal, prevista no §2º, a relacionada às hipóteses de prisão e de processo. Trata-se, então, da impossibilidade de parlamentares serem presos ou de assim permanecerem.

O parágrafo 2º do art. 53, trata de um “estado de relativa incoercibilidade pessoal”<sup>5</sup> do parlamentar, chamada no sistema constitucional britânico de *Freedom Of Arrest*. O dispositivo traz a previsão da regra e, de forma simultânea, sua exceção:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, - salvo em flagrante de crime inafiançável-. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Nesse cenário, as prerrogativas são consideradas imprescindíveis ao exercício adequado da função legiferante, destacando-se o fato de não serem garantias individuais, mas sim, institucionais, sendo, portanto, irrenunciáveis pelos parlamentares.

Como pode ser visto, num cenário ideal, a existência de garantias direcionadas aos membros do Poder Legislativo se justifica pela necessidade de salvaguardar a independência atribuída pela Constituição a cada Poder da República.

Entretanto, reiteradas demandas chegam ao Supremo Tribunal Federal, no qual parlamentares federais têm prerrogativa de foro para serem julgados – mais uma de suas garantias constitucionais -, em que se faz necessária a análise, pela Suprema Corte, do alcance e da correta aplicação do mencionado dispositivo constitucional.

Ressalta-se que, dentre elas, como exemplo, discute-se se há ou não limite a ser imposto à chamada Imunidade Material – *Freedom of Speech* – que garante a inviolabilidade civil e penal aos Deputados e Senadores por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, conforme caput do art. 53, CRFB/88<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição política do império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2021.

<sup>3</sup>BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 29 set. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 510-0/143*, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80580>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



A incidência de tal Imunidade está diretamente relacionada com o exercício do mandato e exclui a tipicidade da conduta praticada pelo congressista. Sobre ela, o STF firmou entendimento<sup>7</sup> de que as manifestações proferidas dentro do parlamento gozam da sua forma absoluta, mesmo que não tenham relação direta com o exercício do mandato. Já para as manifestações proferidas fora do referido espaço, a imunidade se mostra relativa e, para que o parlamentar seja imune, é preciso que suas palavras tenham relação com o mandato exercido.

Levantados os julgados da Corte que se relacionam com a temática, vê-se que se faz necessária uma reflexão sobre a devida utilização que os parlamentares fazem das suas prerrogativas pois, de início, não há dificuldade em compreender a intenção do legislador constitucional quando optou por atribuir garantias aos membros dos Poderes, mostrando-se imperioso assegurar a independência e harmonia que entre eles deve haver.

Neste contexto, para que não haja também abuso do poder conferido pela Constituição, a Carta Magna trouxe o sistema de Freios e Contrapesos – *Checks and Balances* –, que confere a cada um dos Poderes a prerrogativa da interpenetração, como interferências e controles recíprocos, estabelece mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais<sup>8</sup>.

Além de vasta doutrina sobre o tema, é possível encontrar na jurisprudência a interpretação dada pela Suprema Corte brasileira:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, (...), representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta da República, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (...). [...], teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781/DF*, Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 9 mar. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4.039/DF*, Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

<sup>8</sup> DIMOULIS apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>>. Acesso em: 29 set. 2021.



Diante de tais considerações, ressalta-se que o Poder Judiciário tem, como função típica, julgar, exercer função jurisdicional, com objetivo de aplicar o direito ao caso concreto a fim de dirimir conflitos de interesse, consoante definição de José Afonso da Silva<sup>10</sup>.

As explicações supra se mostram pertinentes pois, como citado, Deputados e Senadores possuem foro por prerrogativa de função para serem julgados pelo STF no exercício de sua competência originária, em que pese a segunda parte do §2º do art. 53<sup>11</sup> compelir ao envio dos autos para que a respectiva Casa Legislativa decida sobre manter ou revogar a prisão cautelar do parlamentar, que nada mais é do que uma decisão política, considerando que será aberta e não precisa ser motivada.

Consideradas tais premissas, pondera-se, aqui, como se dá a atuação da Suprema Corte diante dos fundamentos estabelecidos pela Constituição, pela interpretação a ser dada aos dispositivos, contraposta às imunidades conferidas aos parlamentares.

As discussões que chegam à Corte se mostram das mais variadas, direcionadas, em algumas situações, ao que abrange as hipóteses de flagrância, numa perspectiva processual penal, em crimes permanentes, por exemplo, ou, ainda, direcionadas às hipóteses de crime inafiançáveis, que serão discutidas mais à frente, neste mesmo trabalho.

Em 2015, nas ACs nº 4036 e 4039<sup>12</sup>, com relatoria do então Ministro Teori Zavascki, a 2ª Turma do STF analisou pedido de prisão preventiva a ser decretada contra o Senador Delcídio do Amaral e outros, formulado pelo Procurador Geral da República.

Na ocasião, o STF ressaltou a previsão constitucional no sentido de que os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos antes de condenação transitada em julgado, exceto na hipótese de flagrância delitiva de crime inafiançável, conforme o art. 53, §2º, CRFB/88<sup>13</sup>.

Em resumo, a Corte entendeu que as condutas típicas do Senador configurariam crime permanente, reconhecida a hipótese de flagrância. Em se tratando do requisito da inafiançabilidade, reconheceu-se que os crimes praticados não eram absolutamente inafiançáveis, entretanto, estariam presentes os motivos que autorizariam a decretação da prisão

---

<sup>10</sup> SILVA apud LENZA, op. cit., p. 590.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>12</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4036/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310875378/acao-cautelar-ac-4036-df-distrito-federal-0008628-6420151000000/inteiro-teor-310875388>>. Acesso em: 9 mar. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4039/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4892330>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



preventiva, o que enseja situação em que não se admite fiança, pelo exposto no art. 324, IV do Código de Processo Penal<sup>14</sup>.

Foi, então, criado o precedente que possibilitaria a adoção da Tese da Inafiançabilidade Legal recentemente firmada pelo Plenário da Suprema Corte, que encontrou amparo entre alguns doutrinadores quanto à possibilidade de relativização do previsto no art. 53, §2º da CRFB/88<sup>15</sup>, bem como confrontou o entendimento de outros que a enxergam como uma inobservância do preceito constitucional. Tal cenário trouxe a necessidade de levantar uma reflexão sobre uma possível caracterização de subversão da interpretação que deve ser dada à norma.

## 2. A TESE DA INAFIANÇABILIDADE LEGAL – UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DA SUA CONSTRUÇÃO

Historicamente, num contexto de presunção de culpabilidade, a redação original do Código de Processo Penal, do ano de 1.941, em seu art. 322, abordava o instituto da fiança, nos crimes cabíveis, como um meio a possibilitar a colocação do indivíduo preso, em liberdade provisória. Nestes termos: “Ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir”<sup>16</sup>.

Assim, havendo possibilidade de arbitramento da fiança, o indivíduo seria solto mediante o pagamento; não sendo possível ser arbitrada, permaneceria detido, fosse em razão da prisão em flagrante somada ao não arbitramento da fiança, fosse pela prisão preventiva decretada.

No atual momento, ainda sob a ótica processual penal, como trata o autor Norberto Avena<sup>17</sup>, o instituto da fiança adquiriu autonomia, figurando no ordenamento como uma medida cautelar diversa da prisão, com possibilidade de ser aplicada isolada ou cumulativamente, para assegurar o comparecimento do agente aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, pela leitura do art. 319, VIII, CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>17</sup> AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 943.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.



Não obstante, o constituinte originário de 1.988, para salientar a gravidade desses delitos, decidiu pela inafiançabilidade dos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, os crimes hediondos definidos em lei e a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, todos previstos no art. 5º, XLII, XLIII, XLIV, CRFB/88<sup>19</sup> e reproduzidos no art. 323, CPP<sup>20</sup>.

No Capítulo anterior, houve menção às ACs nº 4036 e 4039<sup>21</sup>, Ações em que o então Ministro do STF, Teori Zavascki, decretou a prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral, a pedido da PGR, com fundamento na chamada Tese da Inafiançabilidade Legal.

Sobre o tema, o autor Bernardo Gonçalves Fernandes, em seu livro<sup>22</sup>, aborda as diferentes vertentes de entendimento geradas nos doutrinadores constitucionalistas e processualistas penais em razão das decisões proferidas.

Quanto à prisão decretada no caso Delcídio do Amaral, o autor demonstra as diferentes correntes doutrinárias, levantando a indagação sobre a possibilidade ou não da prisão preventiva do Senador e, quanto àqueles que concordam com a forma como a jurisprudência do STF foi sendo construída, traz o seguinte trecho:

1ª) Sim. O STF teria autorizado a prisão preventiva do Senador, relativizando o art. 53, §2º, CRFB. Nesse sentido, salienta Renato Brasileiro<sup>12</sup>, com base no voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia no HC 89.417/RO<sup>13</sup> que a excepcionalidade do contexto enseja a também excepcionalidade na forma de interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais, de tal forma que poderia ser considerada cabível a decretação de prisão preventiva de parlamentares. No caso de Delcídio haveria(...) situação de completa anomalia institucional que, culminando em um quadro de excepcionalidade, daria fundamento à relativização do art. 53, §2º, CRFB. (...) Assim, salienta-se que há entendimento de que a prisão seria formalmente descabida, mas não se pode considerar tal regra como intransponível, sob pena de se atentar contra a própria Constituição<sup>23</sup>.

Como se pode notar no trecho, houve o resgate de um precedente da Suprema Corte que deu ensejo à flexibilização/relativização da norma do art. 53, §2º, CRFB/88<sup>24</sup>, o HC 89.417<sup>25</sup>, caso concreto em que, dentre os 24 parlamentares estaduais da Assembleia Legislativa de Rondônia, 23 estariam envolvidos nos crimes apurados. A Corte considerou como uma

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

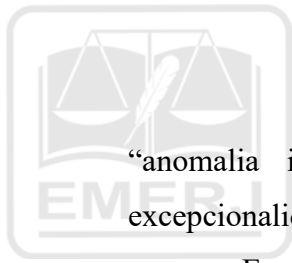
<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>22</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.182-1.197.

<sup>23</sup> BRASILEIRO apud ibid., p. 1.185.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 89417*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2397394>>. Acesso em: 31 ago.2021



“anomalia institucional, jurídica e ética”, caracterizando um caso de “superlativa excepcionalidade”.

Em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia pontuou:

3. (...)Pode-se afirmar ainda, nesse juízo, que a própria excepcionalidade da regra geral da custódia cautelar em detrimento de parlamentar já foi objeto de interpretação no STF, não em função de sua literalidade ou como regra isolada no sistema constitucional, mas de acordo com “os fins a que ela se destina”, em conformidade com a “aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo(...) 9. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de sua prisão, ressalvada a hipótese prevista na regra antes mencionada, não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda excluída do sistema constitucional, como se apenas aquela regra existisse, sem qualquer vinculação com os princípios que a determinam e com os fins a que ela se destina<sup>26</sup>.

Com base no precedente, os mesmos fundamentos foram, recentemente, utilizados pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes no INQ. 4781<sup>27</sup> para determinar a prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira. Mantida a prisão pela Câmara dos Deputados - art. 53, §2º, CRFB/88<sup>28</sup> - e, posteriormente, levada ao Plenário, a decisão do Relator fora referendada e a Tese da Inafiançabilidade Legal adotada pelo pleno da Suprema Corte.

Nas palavras do Ministro Relator:

Ressalte-se, ainda, que, as práticas das referidas condutas criminosas atentam diretamente contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; apresentando, portanto, todos os requisitos para que, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, fosse decretada a prisão preventiva; tornando, consequentemente, essa prática delitativa insuscetível de fiança, na exata previsão do artigo 324, IV do CPP (“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: IV quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva). Configura-se, portanto, a possibilidade constitucional de prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável, nos termos do §2º, do artigo 53 da Constituição Federal<sup>29</sup>.

Inafiançabilidade Legal, portanto, é a nomenclatura dada à tese formulada com fulcro no art. 324, CPP<sup>30</sup> e, no caso concreto em comento, observada a incidência do inciso IV do dispositivo, impôs-se que não será concedida a fiança (caput) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (inciso IV), estes previstos no art. 312, CPP<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 27.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>31</sup> Ibid.



Dadas as considerações, cabe agora uma ponderação: quando a CRFB/88 excepciona a possibilidade de prisão do parlamentar à hipótese de flagrante delito de crime inafiançável, pela literalidade, a Carta Magna fala em crime propriamente dito. Mais que isso, o próprio texto constitucional traz em seu corpo os crimes que devem ser considerados como inafiançáveis pelo legislador.

Por outro lado, ao estabelecer a inafiançabilidade de um delito com base nas hipóteses trazidas pelo art. 324, CPP<sup>32</sup>, deve-se observar que a norma processual não trata de crimes em espécie, mas, sim, de circunstâncias, acontecimentos que, demonstrada sua ocorrência, importam na impossibilidade de concessão de fiança e potencial viabilidade para que a prisão preventiva seja decretada.

Nota-se, então, que há razões para diferenciar o atributo da inafiançabilidade, imposto a delimitados tipos penais, das situações concretas que acabam por excepcionar a possibilidade do pagamento da fiança quando da prisão do agente criminoso. Frisa-se, ainda, que, a ter como objeto de análise a impossibilidade de concessão de fiança quando presentes os requisitos que justifiquem a prisão preventiva, tal vedação é aplicável a qualquer delito cometido, seja ele inafiançável ou não.

A CRFB/88 é literal, técnica e explícita sobre a hipótese de prisão cautelar em flagrante de crime inafiançável do parlamentar federal. Inobstante, em análise dos julgados aqui mencionados, verifica-se que a posição adotada pela Suprema Corte é no sentido da diferenciação entre o que seria inafiançabilidade absoluta e inafiançabilidade relativa<sup>33</sup>.

Absoluta seria a inafiançabilidade prevista na Constituição Federal, conforme dispositivos mencionados, enquanto a inafiançabilidade relativa seria a observada no caso concreto, com base nos art. 324, 327 e 328, CPP<sup>34</sup>. Essa, portanto, seria a inafiançabilidade que possibilitou a prisão do parlamentar, conferida mediante análise do caso concreto, seguidos os parâmetros do Código de Processo Penal.

Da jurisprudência da Suprema Corte vale, ainda, extrair o que pode se caracterizar como certa resistência ou incerteza quanto à adoção do referido entendimento, como por exemplo, a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, na PET 9218<sup>35</sup>, que salientou o seguinte:

Persiste fundada dúvida sobre a legitimidade da decretação de prisão preventiva do parlamentar federal, já que na ADI, 55526, ministros manifestaram-se de modo

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 27.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET. 9218*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027989>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



desfavorável a essa possibilidade. Diante da não configuração da flagrância e da fundada dúvida sobre a decretação da prisão preventiva, impõe-se o afastamento do senador da função parlamentar de modo a impedir que utilize do seu cargo para dificultar as investigações<sup>36</sup>.

Observa-se que o Ministro direcionou sua decisão para aplicação de medida cautelar diversa da prisão, diante da ausência de solidez apresentada pela vertente aqui discutida, qual seja, possibilidade de prisão cautelar do parlamentar federal inobstante ausência dos pressupostos da flagrância ou da inafiançabilidade constitucional.

Possível notar, portanto, que o tema apresenta divergências em razão de uma lógica invertida, podendo-se argumentar que há uma interpretação do texto constitucional à luz das normas do Código de Processo Penal, e não contrário. Extraiu-se uma inafiançabilidade que é excepcional, e não a regra, visto que a regra privilegia a liberdade, pelo Estado Democrático de Direito, e o que foge à regra, não se sustenta.

### 3. A (IN) APLICABILIDADE DA TESE DA INAFIANÇABILIDADE LEGAL SOB A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para melhor compreender a discussão aqui trazida, é preciso ter em mente que a previsão do art. 53, §2º, CRFB/88<sup>37</sup> é uma regra e não um princípio. Uma regra não admite relativização; ou é aplicável ao caso ou não.

Com o intuito de elucidar tais premissas, importante citar os ensinamentos contidos na obra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>38</sup>, em síntese, quando do estudo da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inspirados pela doutrina de Robert Alexy<sup>39</sup>. Ensinam os autores que:

[...] os princípios são proposições genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa. Na conhecida expressão de Robert Alexy, princípios jurídicos são “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]”<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p.93.

<sup>39</sup> ALEXY apud ibid., p. 93.

<sup>40</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 95.





De acordo com Alexy, citado pelos autores, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”<sup>41</sup>.

Com aplicação de tais lições à discussão aqui trazida, é possível observar que, no caso do Deputado Daniel Silveira, por exemplo, não houve uma aplicação literal da norma, mas, sim, uma construção interpretativa sobre a qual pode se dizer que extrapola o limite hermenêutico.

A estratégia interpretativa criada não se sustenta hermeneuticamente, visto que a regra do ordenamento jurídico pátrio é da afiançabilidade, como já dito, anteriormente, com base na doutrina. A inafiançabilidade não é uma regra. A construção interpretativa tornou a infração inafiançável, em decorrência das circunstâncias em que se deu, ainda que pelos requisitos da prisão preventiva e os requisitos exigidos tornam a prisão preventiva possível enquanto cautelar.

No capítulo anterior, houve menção à discussão doutrinária trazida por Bernardo Fernandes Gonçalves<sup>42</sup>, tendo sido apontada a 1ª corrente, que entende como adequada a posição jurisprudencial da Suprema Corte.

Abaixo, ressalta-se os apontamentos trazidos pelo autor para aqueles que entendem pela impossibilidade:

Seria possível prisão preventiva do Senador? (...) 2ª corrente: Não. Não seria possível a prisão preventiva de Deputado Federal ou Senador porque a única prisão cautelar que o art. 53, §2º da CRFB admite é a prisão em flagrante de crime inafiançável. Aqui, o entendimento é o de que o Ministro Teori Zavascki não decretou a prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral. Nesse sentido, o que corrobora com essa posição é não apenas a argumentação por ele utilizada, mas também a forma pela qual o Ministro descreveu o comando da decisão. Portanto, o STF não concordou em decretar prisão preventiva, mas reconheceu que o Senador estava em situação de flagrância, razão pela qual ordenou o cumprimento da prisão<sup>43</sup>.

Para enriquecer o debate, é possível analisar, ainda, em decisão mais antiga da Suprema Corte, especificamente, o voto do ex-Ministro Cezar Peluso na ADI 3.112-1 DF, do ano de 2007<sup>44</sup>. Nas palavras do ex-Ministro<sup>45</sup>:

Depois, parece-me que a Constituição estabeleceu os casos que considerou insuscetíveis de fiança, de graça e de anistia, mediante juízo de valor a respeito da gravidade dos delitos que prevê. E, quando, a meu ver, com o devido respeito, se remete à Lei para definição dos crimes hediondos, apenas abre uma exceção. Noutras

<sup>41</sup> ALEXY apud *ibid.*, p. 95.

<sup>42</sup> FERNANDES, op. cit., p. 1.186.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112-1/DF*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>45</sup> *Ibid.*



palavras, a interpretação do inciso XLIII implica dizer que, além dos casos que a própria Constituição estabelece, como os do inciso anterior e dos subsequentes, por exemplo, a lei só pode prever inafiançabilidade e insusceptibilidade de graça e anistia àqueles crimes considerados por ela, a lei, como hediondos. A alternativa estava posta ao legislador(...).

Pelas palavras do ex-Ministro, há possibilidade de se entender que a hipótese excepcional dada ao legislador infraconstitucional, pelo legislador constituinte, para ampliar a incidência da inafiançabilidade a outros delitos que não os previstos na CRFB/88 seria a inclusão de outros tipos no rol taxativo de crimes considerados hediondos pela Lei nº 8.072/1990<sup>46</sup>.

Além disso, as palavras de Norberto Avena<sup>47</sup> corroboram essa interpretação restritiva, que leva à possível conclusão de que o legislador se viu limitado pelo constituinte originário, tal como sustentou o ex-Ministro Cezar Peluso, acima mencionado. Disse o autor:

À exceção das infrações para as quais a legislação processual penal e a Constituição Federal, expressamente, afastam a possibilidade de fiança, as demais serão todas afiançáveis.

Na atualidade, a regra, portanto, é a afiançabilidade, com ressalva dos casos previstos(...). Quanto às situações de inafiançabilidade, o art. 323 do CPP foi ao encontro do texto inscrito no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV da Constituição Federal (...)<sup>48</sup>.

Por conseguinte, o texto constitucional traz suas exceções e sendo exceção, é de amplo conhecimento que não se deve admitir uma interpretação ampliada. Tal afirmativa foi ressaltada pelo ex-Ministro César Peluso no mesmo debate apurado na já citada ADI 3.112-1 DF, ao enfatizar que “se é exceção, a interpretação é restritiva, não apenas porque é exceção, mas porque é exceção gravosa à liberdade individual”<sup>49</sup>.

Também nesse sentido, em texto publicado pela Revista da Emerj, em junho de 2016, o Juiz de Direito do TJBA, Augusto Yuzo Jouti, fez uma análise conjunta entre esse e outros julgados disponíveis à época e as normas pertinentes, concluindo que a “Lei não pode estabelecer novos crimes inafiançáveis”<sup>50</sup>, conclusão esta que deu nome ao referido artigo.

Constatou o magistrado:

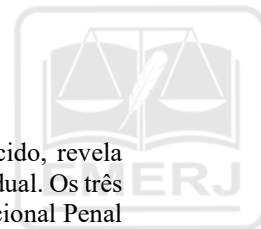
<sup>46</sup> BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 29 set. 2021.

<sup>47</sup> AVENA, op. cit., p. 942.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 44.

<sup>50</sup> JOUTI, Augusto Yuzo. Lei não pode estabelecer novos crimes inafiançáveis. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. 73, p. 55-76, abr./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista73/revista73\\_55.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista73/revista73_55.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2021.



O voto no Min. Cezar Peluso na ADIn 3112, ainda que isolado e vencido, revela excelente conteúdo jurídico-constitucional em matéria de liberdade individual. Os três assuntos – liberdade, prescrição e fiança – são regras do Direito Constitucional Penal e somente a própria Constituição Federal pode excepcioná-la.(...) Há verdadeiro rol taxativo de crimes inafiançáveis e imprescritíveis. (...)sempre que a legislação (Constituição e leis) referir-se a crime inafiançável, deve se considerar exclusivamente aqueles previstos nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º, CRFB, observando-se que o legislador ordinário pode fixar novos crimes hediondos, tornando-se automaticamente inafiançáveis. Porém, os simples impedimentos ou vedações previstas na lei infraconstitucional são apenas circunstâncias individuais que não caracterizam crimes inafiançáveis<sup>51</sup>.

Assim, como já debatido anteriormente, a CRFB/88 confere inafiançabilidade a determinados tipos penais, enquanto a tese da inafiançabilidade aponta circunstâncias concretas capazes de impossibilitar a concessão de liberdade ao indivíduo, mediante fiança, quando presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 324, CPP)<sup>52</sup>.

Resta, por fim, dar destaque ao fato de que há previsão normativa semelhante à do art. 52, §2º, CRFB/88<sup>53</sup> no tocante a outras autoridades, as quais só poderiam ter suas prisões cautelares decretadas em situação flagrante de delito inafiançável.

Sem maiores aprofundamentos sobre as demais possibilidades, menciona-se outros cargos que não dos membros do Congresso Nacional e Assembleias Legislativas, que somente podem ser presos em flagrante por delitos classificados como inafiançáveis pela Constituição Federal, como Advogados no exercício da profissão - art. 7º, §3º, Lei nº 8.906/1994<sup>54</sup>, membros do Ministério Público - art. 40, III, Lei nº 8.625/1993<sup>55</sup> e Magistrados - art. 33, II, LC nº 35/1979<sup>56</sup>.

Nesta toada, imperioso que a comunidade jurídica se mantenha atenta à jurisprudência ora firmada, sendo certo que a discussão se mostra bastante rica, com inúmeros argumentos a embasar a defesa das variadas teses, enquanto o acolhimento da tese pela Suprema Corte se mostra paradigmática e defende uma duvidosa aplicação do sistema processual penal em razão de excepcional circunstância.

---

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>53</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>54</sup> BRASIL. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 30 set. 2021.

<sup>55</sup> BRASIL. *Lei nº 8.625*, de 15 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm)>. Acesso em: 30 set. 2021.

<sup>56</sup>BRASIL. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 30 set. 2021.



Considerado todo o exposto, o presente trabalho objetivou debater, de forma técnica, uma relevante controvérsia jurídica gerada pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira no tocante à construção e posterior adoção da Tese da Inafiançabilidade Legal pelo Plenário da Corte. Contrapondo-a ao texto constitucional, buscou-se explorar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à Tese, bem como o previsto na letra da lei, de modo a enriquecer a discussão diante da pertinência e da contemporaneidade do tema.

Ao passo do desenvolvimento deste artigo, observou-se uma tendência de relativização da regra do art. 53, §2º da CRFB/88 adotada pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante os conceitos jurídicos diferenciadores da interpretação e da aplicação do que se chama de norma-regra e norma-princípio.

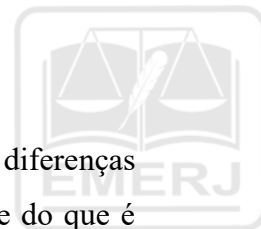
Nesta toada, a Suprema Corte justifica a posição adotada na grande excepcionalidade das condutas parlamentares observadas nos casos concretos ora relatados, o que permitiria o afastamento de premissas já consolidadas sobre o tratamento de institutos jurídicos relevantes, aludindo à inexistência de um direito absoluto e que, assim, regras e princípios devem ser interpretados como parte de um sistema normativo.

A pesquisa se mostrou relevante quando se pôs a tratar da análise de uma espécie de interpretação subversiva aplicada nas decisões dos casos concretos aqui debatidos, uma vez que tal interpretação demonstra a submissão da norma constitucional ao que resta estabelecido na norma infraconstitucional constante do Código de Processo Penal e não o contrário, sendo imperioso considerar todo o tratamento dado pelo ordenamento jurídico pátrio ao que é considerado regra e ao que é considerado exceção, de modo que à exceção não se pode conferir tratamento dado a uma regra.

Conjugadas as fontes de conhecimento apresentadas, foi possível observar a dificuldade temática de gerar uma unanimidade de entendimento, característica que, embora marcante do estudo do Direito, possibilita as mais variadas e divergentes proposições sobre um tema.

Conclui-se, assim, que, em que pese a Tese da Inafiançabilidade Legal tenha sido referendada pelo Plenário da Suprema Corte, a pesquisa possibilitou a percepção de que a matéria pode – e deve - ser ainda debatida e, principalmente, criticada, consideradas certas inconsistências existentes na tática interpretativa que lhe deu origem.

Imperiosa a tarefa, portanto, de confrontar a tese jurisprudencial debatida com o texto constitucional. Percebeu-se, então, que a problemática construtiva da Tese acaba por colidir



com axiomas jurídicos, há muito perpetuados no ordenamento pátrio, como as diferenças conceituais entre regra e princípio, diferentes tratativas do que é tido como regra e do que é exceção e a impossibilidade de interpretação ampliativa do que é excepcional, sob pena de gerar insegurança jurídica e uma insurreição aos preceitos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 29 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição política do império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)>. Acesso em: 30 set. 2021.

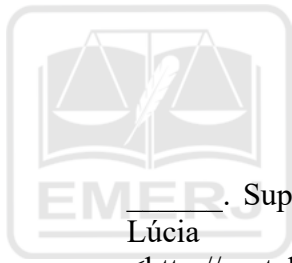
\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.625*, de 15 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm)>. Acesso em: 30 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 30 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112-1/DF*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4.036/DF*. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310875378/acao-cautelar-ac-4036-df-distrito-federal-0008628-6420151000000/inteiro-teor-310875388>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4.039/DF*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4892330>>. Acesso em: 9 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. . *Habeas Corpus nº 89417*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2397394>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 510-0/143*, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80580>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.781/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1763585>>. Acesso em: 29 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Pet nº 9.218*. Relator. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027989>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e Lindb*. 17. ed. rev., ampl. e atual. V. 1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

JOUTI, Augusto Yuzo. Lei não pode estabelecer novos crimes inafiançáveis. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. 73, p. 55-76, abr./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista73/revista73\\_55.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista73/revista73_55.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

## EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Ariela Cabral do Vale

Graduada pela Universidade Estácio de Sá do  
Rio de Janeiro.

**Resumo** – O presente artigo demonstra que existem peculiaridades quando da decretação da prisão penal e da prisão cautelar, pois tratam de ocasiões e finalidades distintas. De outro lado, embora haja a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade, o ordenamento permite excepcionalmente a aplicação do instituto da prisão cautelar, pois este tem escopo específico, que não é a aplicação da sanção penal. Insta mencionar ainda, que foi feita uma análise conclusiva, a qual permitiu verificar a possibilidade de execução provisória da pena, sem violar a presunção de inocência, pois mediante consulta aos precedentes dos Tribunais Superiores, foram apresentadas as mudanças de entendimento acerca do início da execução da pena, quando ainda pendentes de julgamento, recursos nas instâncias superiores.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Execução provisória. Pena privativa de liberdade. Presunção de não culpabilidade.

**Sumário** – Introdução. 1. Diferenças quando da aplicação da prisão pena e da prisão cautelar preventiva. 2. Da importância de compatibilizar o princípio da presunção de não culpabilidade com o instituto da prisão preventiva. 3. A execução provisória após condenação em 2ª instância viola a presunção de não culpabilidade? Conclusão. Referências.

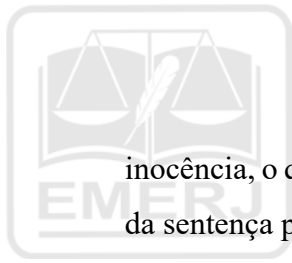
### INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar que não caracteriza violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, o início da execução provisória da pena privativa de liberdade, após a prolação de acórdão condenatório em segunda instância, ainda que haja recursos da defesa, para os Tribunais Superiores.

O instituto da execução penal é de suma importância para a satisfação da pretensão punitiva do Estado em relação ao autor do delito e inicia-se na fase processual seguinte à prolação de sentença condenatória em processo de conhecimento, com trânsito em julgado - ao menos em tese - que determina a punição a ser aplicada ao agente infrator da norma penal. Destarte, é por meio da execução da pena que o condenado pagará pelo mal praticado.

O capítulo inicial discute o momento adequado para se decretar a prisão pena e a prisão cautelar, especificando os objetivos de cada uma, haja vista que são institutos que jamais podem ser confundidos, pois tem finalidades diversas.

Em seguida, o capítulo 2 aborda a importância de se compatibilizar a decretação da prisão preventiva, que é uma medida cautelar, com a garantia do princípio da presunção de



inocência, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No capítulo 3, demonstra-se a controvérsia entre doutrina e jurisprudência acerca do início da execução provisória da pena privativa de liberdade, quando ainda há recursos da defesa para os Tribunais Superiores, bem como verifica-se a possibilidade de se iniciar o cumprimento da referida pena, logo após a prolação de acórdão condenatório em segunda instância, sem violação à presunção de inocência.

Por fim, na construção do presente artigo jurídico a abordagem qualitativa é a que se mostra mais adequada, com o objetivo de compreender as divergências relevantes no ordenamento pátrio, que justificam a problemática em questão. Os métodos escolhidos para construir a pesquisa explicativa, foram o fichamento e análise de bibliografia doutrinária, legislação, artigos, bem como notícias do site do Poder Judiciário e consultas aos precedentes necessários à demonstração da controvérsia que envolve o tema, sendo estes últimos em meio eletrônico, a fim de agregar conteúdo mais atual possível, haja vista as constantes as transformações no ordenamento jurídico, na busca de acompanhar os avanços da sociedade.

## 1. DIFERENÇAS QUANDO DA APLICAÇÃO DA PRISÃO PENA E DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA

A prisão penal se dá, quando houver a decretação de sentença condenatória impositiva de pena privativa de liberdade, após o trânsito desta, pois com este título, aplica-se a sanção ao autor do fato, em virtude do delito praticado por ele, satisfazendo definitivamente a pretensão punitiva do Estado. Tal decisão deve ser emitida por autoridade competente em observância ao princípio constitucional do devido processo legal durante todo o processo de conhecimento e execução<sup>1</sup>.

A referida prisão tem o objetivo de punir o autor do fato pelo delito praticado e consequentemente privá-lo de sua liberdade. Por se tratar de medida de punição extrema, ao réu deve ser garantida a aplicação mínima dos princípios da ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, sendo estes dois últimos previstos no Pacto Internacional sobre direitos Cívicos e Políticos em seus artigos 14.1, 14.2 e 14.3 – b<sup>2</sup> e também no Pacto de San José da Costa Rica

<sup>1</sup>LIMA. Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador – Bahia: Juspodivm, 2020. p. 973.

<sup>2</sup>BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso: 06 mar. 2021.





em seu artigo 8.1 e 8.2 – H<sup>3</sup>, a fim de que seja possível ao réu defender-se de maneira ampla e legal, haja vista o desequilíbrio entre as partes, vez que o Estado é mais forte do que o indivíduo que sofrerá a punição<sup>4</sup>.

Por outro lado, a prisão cautelar pode ocorrer mediante decretação de prisão preventiva, antes de sentença condenatória a pena privativa de liberdade transitar em julgado, configurando-se assim uma medida excepcional a ser aplicada somente em situações expressas em lei e não tem o caráter definitivo como na prisão penal. Vale ressaltar ainda, que com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19<sup>5</sup>, não é mais possível decretar a prisão preventiva de ofício, mas apenas a requerimento do órgão do Ministério Público, assistente, querelante ou representação da autoridade policial. Ainda de acordo com a lei supra, é possível revogar a prisão preventiva de ofício quando a medida não for mais necessária, bem como voltar a decretá-la, mediante razões que a justifiquem e aqui criou-se um problema, pois embora a redação do artigo descreva a impossibilidade de aplicar tal privação de liberdade *ex officio*, é possível entender pela viabilidade de uma nova decretação de ofício nas hipóteses em que se verifica a decretação inicial a pedido das partes; revogação *a posteriori*, em virtude de ausência de motivos para sua continuidade e por fim, quando o réu/investigado solto, dá ensejo à nova decretação<sup>6</sup>. Nesse sentido, em obediência aos princípios da celeridade e economia processual, esta é a solução mais acertada, pois sujeitar a nova decretação da preventiva *ex officio* apenas ao requerimento das partes, poderia tornar ineficaz a medida, face a possível demora na atuação dos peticionantes.

No tocante à observância do princípio da presunção de inocência, ou não culpabilidade, a decretação da prisão cautelar, em especial a preventiva, tem como objetivo garantir que haja o resultado útil ao processo e não uma forma de antecipação da pena, pois o mérito para aplicação da referida prisão é a periculosidade e não culpabilidade, sendo tal entendimento corroborado pela norma supracitada. Cumpre destacar que, a prisão cautelar está prevista não só na legislação penal atual, mas também no artigo 9.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dos quais o Brasil é signatário, demonstrando assim, que a liberdade de

<sup>3</sup>BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de julho de 1992. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso: 06 mar. 2021.

<sup>4</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35-36.

<sup>5</sup>BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2021.

<sup>6</sup>ALVES, Leonardo Barreto Moreira; JOSITA, Higyana. *O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 06 mar. 2021.



locomoção do indivíduo pode ser restringida de forma excepcional, para que se alcance a efetividade do processo criminal, não configurando uma prisão-pena.

Outra peculiaridade trazida pela Lei nº 13.964/19, que distingue a aplicação da prisão preventiva da prisão penal é quanto a autoridade competente para impô-la, isto é, a primeira pode ser decretada na fase de investigação pelo juiz das garantias e/ou na fase processual, pelo magistrado da instrução, ao passo que a segunda modalidade restritiva de liberdade só pode ser imposta pelo magistrado que conduziu a instrução processual, não se admitindo sua aplicação pelo juiz das garantias.

Destarte, a prisão cautelar preventiva não se confunde com a prisão penal por não poder ser aplicada como forma de punição ao autor do delito, aplicando-se somente de forma excepcional, pois se assim não fosse, feriria o princípio da presunção de inocência. Tal medida aplica-se às hipóteses taxativamente previstas nos artigos 312-313<sup>7</sup>, ambos do Código de Processo Penal, ou seja, quando não cabíveis outras medidas cautelares e restando evidenciada a necessidade de tal aplicação, observando-se a razoabilidade de sua duração, bem como é utilizada para que não haja a frustração do provimento jurisdicional definitivo<sup>8</sup>. Sendo assim, por ser medida restritiva da liberdade cautelar, não pode ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória, diferindo mais uma vez, da prisão penal que exige a formação do título judicial para enfim, aplicar a punição ao condenado.

## 2. DA IMPORTÂNCIA DE COMPATIBILIZAR O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE COM O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

O princípio da presunção de não culpabilidade está previsto no Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8<sup>o</sup> que traz a presunção de inocência a todo acusado de delito, enquanto não comprovada legalmente sua culpabilidade. O mencionado princípio também encontra respaldo na Carta Magna, em seu art. 5, LVII<sup>10</sup>, que estabelece a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, para que seja formada a culpa do acusado.

A partir daí, pode-se entender que - em regra - é necessária uma sentença condenatória transitada, para que haja a efetiva culpabilidade do autor do delito. Este princípio traz consigo

<sup>7</sup>BRASIL. *Decreto Lei nº 3689*, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2021.

<sup>8</sup>LIMA, op. cit., p. 973-975.

<sup>9</sup>BRASIL. op. cit. nota 3.

<sup>10</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2021.



a chamada regra probatória, onde o ônus da prova é de quem acusa e a regra de tratamento, surgindo a ideia de não poder ser feito um pré-julgamento acerca do acusado/réu enquanto não houver a prolação de uma sentença transitada que o declare como culpado<sup>11</sup>. Saliente-se ainda, que além de ser uma garantia constitucional, também é uma garantia processual penal de que o acusado não será declarado culpado, enquanto houver dúvidas acerca de sua culpabilidade<sup>12</sup>.

Por outro lado, a legislação processual penal traz a possibilidade de determinar a prisão preventiva do acusado, antes de sentença transitada em julgado, tanto na fase pré-processual quanto no decorrer da ação penal, desde que presentes os requisitos dispostos no art. 312<sup>13</sup> e não tenha sido suficiente a aplicação das outras cautelares estabelecidas no art. 319<sup>14</sup>, ambos do CPP. Dito isso, observa-se que tal prisão, é apenas uma medida cautelar e não uma antecipação de pena, e por isso, não há que se falar em violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, pois a finalidade da cautelar preventiva é a garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, observando-se a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, bem como o perigo no estado de liberdade do agente, sendo este último requisito incluído pela Lei nº 13.964/19<sup>15</sup>.

Nesse sentido, importante frisar que a medida restritiva de liberdade aplicada ao agente – antes da sentença condenatória transitar em julgado – não tem por objetivo a antecipação do cumprimento de pena, mas sim garantir o sucesso das investigações e um resultado útil ao final do processo, evitando assim, que o agente interfira nestes, com o objetivo de tumultuar as atividades exercidas no inquérito e na ação penal.

Além da finalidade de sua aplicação, outro motivo que gerou divergências sobre a prisão preventiva ferir ou não a presunção de não culpabilidade, se deu em razão da inexistência de norma regulamentando o seu prazo de duração, ou seja, por quanto tempo deveria perdurar essa medida, a fim de que ela não se tornasse uma punição, em vez de medida cautelar? A fim de resolver essa celeuma, após a reforma do CPP em 2008, a jurisprudência passou a considerar como prazo razoável de duração, a variação entre 110 e 190 dias, que se refere ao somatório dos prazos praticados desde o inquérito até o final da instrução processual. Além disso, a natureza cautelar do instituto em questão foi reforçada, pois a Lei nº 13.964/19 no art. 316, parágrafo único, determinou expressamente que o juiz revise a necessidade da manutenção da preventiva a cada 90 dias, isto é, ausentes os pressupostos que autorizaram a sua decretação, a

---

<sup>11</sup>LIMA, op. cit., p. 48-49

<sup>12</sup>Ibid., p. 47.

<sup>13</sup>BRASIL. op. cit. nota 7.

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>LIMA, op. cit., p. 1056-1061.



medida deve ser revogada e se não for feita essa análise dentro desse período, a preventiva se tornará ilegal, cabendo o seu relaxamento<sup>16</sup>.

Todavia, vale destacar uma observação feita pelo autor Guilherme Nucci, o qual aponta para a morosidade judicial - na prática - como um fator determinante para que o prazo de duração da preventiva seja violado, transformando um instituto que tem viés cautelar, em uma antecipação de pena, por perdurar além do necessário. Sendo assim, embora haja compatibilidade entre o princípio da presunção de não culpabilidade e o instituto da prisão preventiva, a doutrina e jurisprudência devem buscar meios mais efetivos, para cessar a ocorrência do binômio prisão cautelar necessária x lentidão do trâmite processual, que tem implicado flagrante desrespeito não só ao princípio da proporcionalidade, quanto da duração razoável do processo<sup>17</sup>.

Por fim, conclui-se que há compatibilidade entre os institutos em questão, pois embora o acusado/autor só seja considerado culpado e tenha sua liberdade cerceada após o trânsito em julgado da sentença condenatória que lhe impuser a prisão penal, o ordenamento pátrio admite que tal indivíduo seja privado de sua liberdade temporariamente, quando da decretação da prisão preventiva, em razão desta constituir medida cautelar e excepcional, que visa assegurar a efetividade das investigações e/ou andamento regular da ação penal.

### 3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA APÓS CONDENAÇÃO EM 2ª INSTÂNCIA VIOLA A PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE?

A respeito da execução da pena restritiva de liberdade, é importante mencionar alguns dos princípios fundamentais garantidos aos réus, quais sejam, presunção de inocência e ampla defesa, ambos previstos no Pacto de San José da Costa Rica no art. 8.2 e 8.2-H<sup>18</sup>, bem como nos incisos “LVII” e “LV” do art. 5º da Constituição de 1988<sup>19</sup> e por fim o princípio do duplo grau de jurisdição, disposto no art. 283<sup>20</sup> do CPP, os quais devem ser observados durante todo o processo penal, até que seja executada a pena restritiva de liberdade. Dito isto, no tocante ao início da execução da pena, este capítulo aborda as mudanças de posicionamento dos Tribunais

<sup>16</sup>Ibid., p. 1083-1086; 1093; 1099.

<sup>17</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 92.

<sup>18</sup>BRASIL. op. cit. nota 3.

<sup>19</sup>BRASIL. op. cit. nota 10.

<sup>20</sup>BRASIL. op. cit. nota 7.



Superiores quanto ao tema, bem como a possibilidade de executar provisoriamente a pena, após condenação em segunda instância.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena, ainda que pendente de julgamento os recursos especiais ou extraordinários, vez que são desprovidos de efeito suspensivo. A fim de acompanhar o posicionamento da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 267<sup>21</sup>, a qual dispõe sobre a expedição do mandado de prisão, ainda que interposto recurso sem efeito suspensivo contra decisão penal condenatória.

Entretanto, o julgamento do HC nº 84.078<sup>22</sup> trouxe uma mudança no entendimento do Tribunal, que passou a não admitir a execução provisória, quando pendente de julgamento recurso extraordinário. O Ministro Eros Grau, relator desse HC, utilizou como fundamento, o princípio da dignidade da pessoa humana, a inadmissibilidade da exclusão social do agente, bem como a necessidade de considerar que mesmo os criminosos são sujeitos de direitos, não podendo transformá-los em objetos processuais.

Nesse sentido, a Suprema Corte passou a entender que a presunção de inocência só pode ser afastada com o trânsito em julgado da sentença condenatória penal, inviabilizando a execução provisória quando os recursos em Tribunais Superiores estiverem pendentes de julgamento, ressalvado a hipótese em que o acusado estiver preso preventivamente. Todavia, como o direito não é absoluto, em 2016 o julgamento do HC nº 126.292<sup>23</sup> trouxe à tona a orientação anterior acerca do início da execução da pena, passando a admiti-la novamente, na pendência de julgamento dos recursos especiais e extraordinários, quando em segunda instância, for mantida a sentença condenatória de primeira instância.

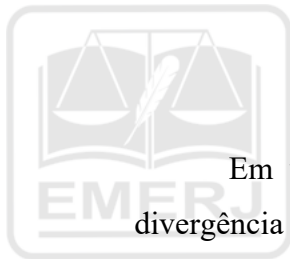
EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.<sup>24</sup>

<sup>21</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 267*. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_20\\_capSumula267.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2021.

<sup>22</sup>BRASIL. Tribunal Pleno. *Habeas corpus 84.078-7*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>23</sup>BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência. *Habeas-corpus* nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

<sup>24</sup>BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.



Em virtude da mudança de entendimento do STF acerca do tema, criou-se uma divergência quanto à constitucionalidade da redação contida no art. 283<sup>25</sup> do CPP e a fim de cessar o conflito, na deliberação cautelar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44<sup>26</sup>, por maioria de votos, os ministros reconheceram que o referido artigo não impede a execução após condenação em segunda instância, pois neste caso já se afastou a presunção de inocência, uma vez que já foi prolatada uma decisão condenatória<sup>27</sup>.

Entretanto, não era pacífico o entendimento entre os ministros da Suprema Corte quanto ao início da execução da pena, pois havia os defensores da prisão, após acórdão penal condenatório em segunda instância, notadamente o Ministro Alexandre de Moraes, que entende não haver nenhuma violação ao princípio da presunção de inocência<sup>28</sup> e em oposição, o Ministro Marco Aurélio de Mello, defensor da execução da pena somente após julgamento dos recursos interpostos nos Tribunais Superiores, em observância ao princípio supramencionado.

Assim, segundo o Min. Alexandre de Moraes, um dos defensores da execução da pena após condenação em segunda instância, em sua decisão monocrática proferida no HC nº 148.369, concluiu da seguinte forma:

Quanto ao mais, a pretensão formulada não encontra amparo na orientação firmada por esta Corte, que, no julgamento do HC 126.292/SP (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016), concluiu que a execução provisória de condenação penal confirmada em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse entendimento foi confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (julgadas em 05-10-2016), oportunidade na qual se decidiu, também, pelo indeferimento do pedido de modulação dos efeitos. E, em repercussão geral, foi reafirmada a jurisprudência, no exame do ARE 964.246 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).<sup>29</sup>

Em contrapartida, o Min. Marco Aurélio de Mello ao deferir a liminar no HC nº 151.819<sup>30</sup>, suspendendo a prisão até o julgamento do mérito do referido *habeas corpus*, ratifica

<sup>25</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância*. 2016. Brasília-DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

<sup>26</sup>BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

<sup>27</sup>MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 15. ed Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36-38.

<sup>28</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mantida execução provisória da pena de ex-prefeito de Miguelópolis (SP)*. 2017. Brasília-DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359120&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

<sup>29</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus nº 148.369*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312916602&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

<sup>30</sup>Consultor Jurídico. *Marco Aurélio concede HC a mandante do assassinato da missionária Dorothy Stang*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/supremo-concede-hc-mandante-assassinato-dorothy-stang>>. Acesso em: 26 set. 2020.



a sua orientação no sentido de que a execução da pena não deve ser iniciada após condenação em segunda instância:

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do habeas corpus nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

3. Defiro a liminar para suspender, até o julgamento do mérito desta impetração, a execução provisória do título condenatório. Comuniquem ao Juízo que se abstenha de expedir o mandado de prisão, ou, se já o tiver feito, que o recolha, ou, ainda, se cumprido, que expeça o alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja preso por motivo diverso do retratado no processo nº 2010.2.012127-8, da Segunda Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Belém/PA, considerada a execução açodada, precoce e temporã da pena. [...] <sup>31</sup>

Ainda sobre a maneira como os ministros têm se posicionado acerca do tema, vale frisar o voto da Ministra Rosa Weber no HC nº 152.752<sup>32</sup>, que optou por acompanhar o voto da maioria, enfatizando que, “independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado meu ponto de vista”, em observância ao princípio da colegialidade no processo de decisão nos tribunais Superiores, deve prevalecer o entendimento adotado desde 2016, permitindo-se a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, pois não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência<sup>33</sup>, entendimento que se coaduna com as razões já expostas em defesa da execução provisória da pena.

Vale mencionar ainda, que a controvérsia sobre o assunto ainda está longe de terminar, pois o Ministro Gilmar Mendes, que votou nas cautelares das ADC 43<sup>34</sup> e 44<sup>35</sup>, por manter a

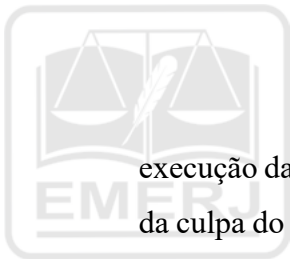
<sup>31</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar. Habeas-corpus 151.819*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ministro-manda-soltar-mandante.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

<sup>32</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto da ministra Rosa Weber no habeas corpus do ex-presidente Lula*. 2018. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

<sup>33</sup>Consultor Jurídico. Princípio da Colegialidade. *Leia o voto da ministra Rosa Weber no julgamento do HC de Lula*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/leia-voto-ministra-rosa-weber-julgamento-hc-lula>>. Acesso em: 21 junho. 2021.

<sup>34</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>35</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 27 set. 2021.



execução da pena após condenação em segunda instância, alegando a possibilidade de formação da culpa do agente após esgotadas as instâncias ordinárias, declarou em seguida a possibilidade de mudar seu entendimento quanto ao tema, conforme trecho destacado do seu voto no HC nº 142.173<sup>36</sup>, p. 5, que diz: “Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ”.

Nessa linha, é possível verificar um impasse dentro do Supremo Tribunal Federal, que até 2019, admitia a possibilidade de execução provisória da pena<sup>37</sup>, após condenação em grau recursal, contudo, nada impediria que houvesse outra mudança de entendimento como ocorrido em 2009, vez que a diferença entre os votos na última sessão em que o assunto foi posto em pauta foi ínfima, a saber, 6 votos favoráveis e 5 contra ao início da execução antes de julgado os recursos interpostos nos Tribunais Superiores.

Pois bem, em novembro de 2019, tal entendimento mudou novamente, como já esperado. Mais uma vez, a votação foi apertada, sendo 5 votos favoráveis e 6 votos contra ao início da execução provisória da pena. A decisão foi proferida no julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43<sup>38</sup>, 44<sup>39</sup> e 54<sup>40</sup>, ambas do DF. Todavia, a Suprema Corte deixou claro que a orientação atual, não impede a prisão realizada antes de esgotados os recursos, desde que demonstrada a necessidade da garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, bem como nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri<sup>41</sup>, quando a pena imposta for igual ou superior a 15 anos.

Ainda que a orientação atual da Suprema Corte seja pela impossibilidade de se executar a pena provisoriamente, por entender se tratar de violação à presunção de não culpabilidade prevista no art. 5º, LVII da CRFB/88<sup>42</sup>, o que certamente acarretará vultosas interposições de

<sup>36</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 142.173*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

<sup>37</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

<sup>38</sup>BRASIL. op. cit. nota 32.

<sup>39</sup>BRASIL. op. cit. nota 33.

<sup>40</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 27 set. 2021.

<sup>41</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos*. 07 nov. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&&&ori=1>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

<sup>42</sup>BRASIL. op. cit. nota 10.





recursos com o objetivo de protelar o fim do processo impedindo o trânsito em julgado e o início da execução penal, até que se alcance a prescrição da pretensão punitiva, os argumentos trazidos pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, na ADC 43<sup>43</sup>, que sustentaram o oposto, devem ser considerados para a defesa do início da execução provisória em segunda instância, pois conforme argumentos já expostos, não há violação ao princípio da presunção de inocência, que exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal, isto é, a decisão de segundo grau condenatória analisa de forma muito mais ampla a materialidade e autoria que a decisão de primeiro grau, que decretou prisão temporária ou preventiva, devendo tal condenação, em grau recursal, ser devidamente motivada e observar os demais princípios constitucionais, tais como o contraditório, ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.<sup>44</sup>

É imperioso citar também, na defesa da tese supracitada, trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, que aduziu o seguinte "A eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade." Importante observação da Ministra, pois com essa mudança de orientação do STF, somente aqueles que dispõem de um amplo aparato defensivo, incorrendo, inclusive, em abuso dos meios recursais, para conseguir fugir da responsabilização pelo delito e como já mencionado antes, alcançar a prescrição da pretensão punitiva, em razão de inúmeros recursos protelatórios, tem essa certeza ou crença de que não será penalizado.<sup>45</sup>

Por fim, ao considerar também os fundamentos aduzidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso<sup>46</sup>, verifica-se que - embora a Suprema Corte tenha fixado orientação diversa - de fato, não se vislumbra ofensa ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, quando do início da execução penal ora citada, pois não se trata de regra absoluta, devendo ser ponderada entre outros princípios e valores constitucionais, bem como não há que se falar em dúvidas acerca da autoria e materialidade, quando da condenação em segunda instância, uma

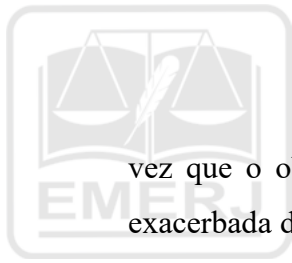
---

<sup>43</sup>BRASIL. op. cit. nota 32.

<sup>44</sup>BATISTA, Paulo Roberto. *O cumprimento da pena antes do trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-17/opinioao-cumprimento-pena-antes-transito-julgado> />. Acesso em: 17 jun. 2021.

<sup>45</sup>COELHO, Gabriela. *Cármem Lúcia vota a favor da prisão após condenação em 2ª instância*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/carmen-lucia-vota-favor-prisao-instancia>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

<sup>46</sup>BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.



vez que o objetivo é tornar mais efetiva a justiça criminal e, assim, obstar a interposição exacerbada de recursos com o intuito meramente procrastinatório.

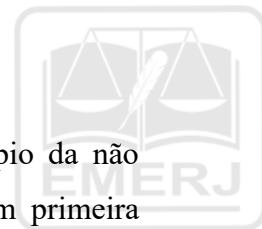
## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o trabalho objetivou demonstrar que em observância à Carta Magna, o Estado impõe limites a si mesmo para que a pena imposta não seja superior ao mal praticado, nem impossibilite o indivíduo de voltar a viver em sociedade, garantindo a este a aplicação dos princípios norteadores de um processo justo e o mais razoável possível, a saber: presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, ampla defesa e contraditório e, na fase executória, velar pela dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física e moral.

Apontou-se importantes diferenças entre a prisão penal e a prisão cautelar, que não podem ser confundidas, pois a prisão penal tem o objetivo de punir o autor do fato delituoso e só pode ser decretada ao final do processo, ou seja, é um tipo de sanção, enquanto que a prisão cautelar é uma modalidade de prisão excepcional a fim de resguardar o sucesso das investigações policiais e/ou garantir o resultado útil ao processo criminal, que pode ser decretada tanto na fase pré-processual quanto no decorrer da ação penal. Logo, são dois tipos distintos de prisão que jamais podem ser equiparadas.

Ademais, verificou-se a possibilidade de se compatibilizar o princípio da presunção de não culpabilidade com a aplicação da prisão preventiva, pois a finalidade desta é garantir que o indivíduo não crie embaraços no curso do inquérito/ação penal, ou seja, não se trata de restringir a liberdade do agente como forma de antecipação de pena, mas sim utilizar essa medida cautelar, que por ser temporária e excepcional, não tem cunho condenatório e via de consequência, não fere a presunção de não culpabilidade.

Em última análise verificou-se que a execução provisória da pena não viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Tal princípio estabelece que, ninguém será considerado culpado até decisão condenatória transitada em julgado. Entretanto, ainda há controvérsias a respeito da execução provisória da pena, quando houver recursos pendentes de julgamento nas instâncias superiores, pois há quem defenda a possibilidade de iniciar a execução, logo após acórdão penal em segunda instância e há os que defendem a impossibilidade de iniciar desde logo a referida execução, por ser uma violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, vez que ainda há recursos aguardando apreciação, ou seja, decisões não transitadas.



Conclui-se, assim, que a execução provisória da pena não fere o princípio da não culpabilidade, pois já houve uma decisão que declarou o réu como culpado em primeira instância, sendo ratificada por acórdão em segunda instância, bem como no procedimento do Tribunal do Júri, o condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 15 anos, já pode iniciar o cumprimento provisoriamente. Além disso, após recorrer ao juízo *ad quem*, onde é reanalisada toda matéria processual e ainda assim é mantida a condenação do juízo *a quo*, não há que se falar mais em inocência, não havendo, portanto, nenhuma violação ao princípio supracitado. Por fim, observou-se ainda, que ao se determinar o julgamento de todos os recursos interpostos nas instâncias superiores para somente depois iniciar a execução, isso garante à defesa a oportunidade de impetrar vultosos recursos visando impedir o trânsito da sentença penal condenatória e o início do cumprimento da pena e, conseqüentemente, alcançar a prescrição da pretensão punitiva, esquivando o apenado da sua responsabilidade penal.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; JOSITA, Higyna. *O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

BATISTA, Paulo Roberto. *O cumprimento da pena antes do trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-17/opiniao-cumprimento-pena-antes-transito-julgado/>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

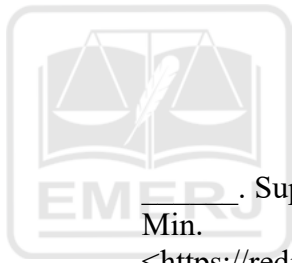
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ - Súmula 267*. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_20\\_capSumula267.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência. *Habeas-corpus* nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>>. Acesso em: 27 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888>>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância*. 2016. Brasília-DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos*. 07 nov. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&&&ori=1>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mantida execução provisória da pena de ex-prefeito de Miguelópolis (SP)*. 2017. Brasília-DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359120&ori=1>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto da ministra Rosa Weber no habeas corpus do ex-presidente Lula*. 2018. Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>. Acesso em: 21 de junho de 2021

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Ministro Luís Roberto Barroso. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. *Habeas corpus 84.078-7*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar. Habeas-corpus 151.819*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ministro-manda-soltar-mandante.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de julho de 1992. *Pacto de San José da Costa Rica*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso: 06 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso: 06 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus nº 148.369*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312916602&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 142.173*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248> >. Acesso em: 26 jun. 2021.

COELHO, Gabriela. *Cármem Lúcia vota a favor da prisão após condenação em 2ª instância*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/carmen-lucia-vota-favor-prisao-instancia>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. *Marco Aurélio concede HC a mandante do assassinato da missionária Dorothy Stang*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/supremo-concede-hc-mandante-assassinato-dorothy-stang>>. Acesso em: 21 junho. 2021.

\_\_\_\_\_. Princípio da Colegialidade. *Leia o voto da ministra Rosa Weber no julgamento do HC de Lula*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/leia-voto-ministra-rosa-weber-julgamento-hc-lula> >. Acesso em: 21 junho. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador – Bahia: Juspodivm, 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



## A LIMITAÇÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE NA INTEGRIDADE PSÍQUICA E O ABALO PSICOLÓGICO NOS *REALITY SHOWS*

Arina Figueredo do Vale Ferreira

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil  
*Lato Sensu* em nível de Especialização.

**Resumo** – o presente artigo busca fazer uma análise sobre a polêmica discussão de abusos psicológicos cometidos em *reality shows*. Pretende esclarecer até que ponto o direito da personalidade da integridade psíquica poderá ser indisponível e irrenunciável, mas, acima de tudo, sustentar que a saúde mental do participante deve prevalecer inalterada. A humilhação, o abuso de direito, as ofensas psicológicas jamais poderão ser tidas como forma de entretenimento, de maneira que as emissoras devem ser responsabilizadas por qualquer violação de direito de personalidade do participante.

**Palavras-chave:** Limitação aos direitos da personalidade. Integridade psíquica. Abalo psicológico. *Reality shows*.

**Sumário** – Introdução. 1. A indisponibilidade e a limitação voluntária ao direito da personalidade. 2. O abuso psicológico e a irrenunciabilidade do direito à personalidade da integridade psíquica em um reality show. 3. Diante dos abalos psicológicos há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a limitação do indivíduo que participa de *reality shows* quanto a renunciar ao direito à personalidade quando este atinge a sua integridade psíquica. Procura-se demonstrar a possibilidade do canal de entretenimento em não compactuar com comportamentos de outros participantes que de alguma forma atinja ou abale psicologicamente os demais, mas para isso é necessário analisar se a emissora pode adentrar aos direitos da personalidade de cada participante.

Para isso, divide-se o presente artigo da seguinte forma: o primeiro capítulo visa abordar o direito da personalidade em sentido estrito, especificamente se nestes casos, o direito da personalidade do indivíduo é indisponível.

O segundo capítulo visa a analisar se o participante, se sofrendo abusos a sua integridade psíquica em um reality show pode renunciar ao seu direito de personalidade de tal modo que não haja qualquer interferência da emissora de televisão.

O terceiro capítulo visa a pesquisar se diante dos abalos psíquicos decorrentes da violação a integridade psíquica de um participante, há violação ao princípio da dignidade e caso havendo as formas pelas quais devem ser estabelecidas regras dentro do programa para

que tais violações não tenham efeitos permanentes.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que o pesquisador através de vasta pesquisa busca soluções positivas ou negativas argumentativamente com a finalidade de comprovar ou rejeitar o descrito no presente artigo.

Para sustentar a sua tese, o pesquisador utiliza-se de doutrina, jurisprudência, artigos e modelos de convivência social, sendo a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica a qualitativa.

## 1. A INDISPONIBILIDADE E A LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA AO DIREITO DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal<sup>1</sup>, em seu art. 5º, inciso X assevera expressamente os direitos da personalidade como a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem. Em contrapartida, o Código Civil<sup>2</sup> - em seus artigos 11 e 12 - também explicita de forma clara que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, cujo exercício não poderá sofrer limitação voluntária, podendo-se, inclusive, requerer que a ameaça ou a lesão sofrida cesse com possível reclamação de perdas e danos.

Com base na legislação atual, discute-se a possibilidade de um indivíduo que aceita participar de um *reality show* de dispor do seu direito à honra e à dignidade que está mais aflorada naquela ocasião e se, nesse tipo de entretenimento, o indivíduo pode dispor do seu direito da personalidade quando alguém ofender a sua integridade, em especial a integridade psíquica.

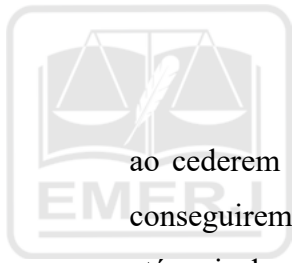
Quando se fala que o direito da personalidade é intransmissível e irrenunciável, também se diz que o direito é indisponível, isso quer dizer que o titular do direito não pode dele dispor, renunciar, transmitir a terceiros ou abandoná-los; isso porque o indivíduo nasce e morre com o direito de personalidade e só se extingue com a morte do indivíduo.

Todavia, existem direitos da personalidade que podem ser cedidos, como, por exemplo, o uso da imagem. O indivíduo pode dele dispor para comercializá-lo, por exemplo, é o que ocorre nos *reality shows*: o participante cede à emissora a sua imagem com o fim de entreter os telespectadores, sendo que, em troca, o participante busca um prêmio ao final do programa, como acontece com o BBB (Big Brother Brasil). Além disso, alguns participantes,

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>2</sup>BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.



ao cederem o uso de sua imagem, conseguem render bons frutos como fama e chances de conseguirem trabalhos dentro do meio artístico, gerando, assim, um maior ganho financeiro, até mais do que o prêmio que o *reality show* oferece ao participante vencedor.

Nesse ínterim, Carlos Roberto Gonçalves<sup>3</sup>, em sua obra *Direito Civil Brasileiro*, entende que “a indisponibilidade do direito da personalidade não é absoluta, mas relativa”.

Por outro lado, essa limitação ao direito da personalidade pode ser voluntária, desde que essa limitação não seja permanente e nem geral; é o que se destaca do Enunciado 4<sup>4</sup> da I Jornada de Direito Civil: “O exercício do direito da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral”.

A limitação voluntária do direito da personalidade do art. 11 do Código Civil<sup>5</sup>, confrontando-se com o Enunciado 4<sup>o</sup> da Jornada de Direito Civil, problematiza a questão da limitação voluntária do direito da personalidade no sentido de ser ou não indisponível contrariando o que a lei disciplina. Ocorre que, quando a jurisprudência foi em sentido contrário ao que disciplina a lei, ela apenas quis possibilitar a voluntariedade de determinados direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito à imagem.

Um exemplo disso são os contratos que podem utilizar da imagem de determinado artista para divulgar determinada marca, todavia, esse direito de uso à imagem, não é vitalício, mas voluntário com prazo de validade.

Essa limitação voluntária do direito da personalidade pode ser utilizada, mas com cautela, desde que tal limitação não seja permanente e, aqui, deve-se ter bastante atenção: a limitação não deve constituir um abuso de direito. Assim, só haverá disponibilidade desse direito se o ato de disposição não for genérico; o ato não pode ser permanente: ele deve ser transitório; o ato de disposição não pode ofender o titular do direito: esses são os fatores pelos quais a disponibilidade do direito pode ser relativizada.

Com base nesse entendimento de que os direitos da personalidade são indisponíveis e irrenunciáveis, caso não houver a ressalva da limitação voluntária, os direitos como a liberdade de ir e vir, a intimidade, a vida privada e a honra seriam violados em programas de entretenimento de *reality show*. Todavia, os participantes, de forma voluntária, dispõem-se a abrir mão de tais direitos para participarem do programa visando a receber um prêmio final.

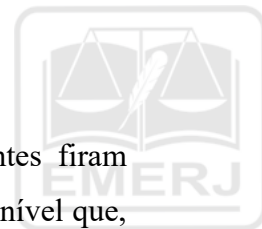
Outrossim, para que os direitos da personalidade acima mencionados não sejam

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

<sup>4</sup> CJF. *Enunciados de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650#:~:text=O%20exerc%C3%ADcio%20dos%20direitos%20da,n%C3%A3o%20seja%20permanente%20nem%20geral.>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.





violados e também para que as emissoras não sejam penalizadas, os participantes firmam contratos em que renunciam legalmente um direito que seria irrenunciável e indisponível que, como visto acima, essa limitação admite exceção: o participante estaria exercendo a sua autonomia de vontade, com limitações, pois não poderá renunciá-los de forma vitalícia, mas apenas temporariamente ou de forma parcial.

Nesse sentido é que se aplica o já exposto sobre o enunciado nº 4º da Jornada de Direito Civil<sup>6</sup>, em que o participante de um *reality show* poderá dispor dos seus direitos de personalidade. Todavia, essa disposição não pode ser permanente e nem geral, mas temporariamente e apenas de alguns direitos da personalidade.

Contudo, é importante ressaltar que embora o participante tenha todo o direito em renunciar parte dos seus direitos de personalidade por um período de tempo, não se pode deixar de lembrar que essa renúncia não é tão absoluta assim. Como já dito, o direito da personalidade pode ser renunciado, mas com cautela, desde que de forma alguma ofenda a um de seus participantes aplicando-se aqui no contexto de *um reality show*.

O art. 12 do Código Civil<sup>7</sup> esclarece que se pode exigir que cesse a ameaça ou a lesão ao direito da personalidade e ainda reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções.

Ou seja, o direito da personalidade não é tão indisponível assim, mas a partir do momento em que um dos participantes de um *reality show* tiver violado em grau elevado um dos direitos aos quais havia renunciado, quando ocorrer abuso do direito, as emissoras têm o dever de fazer cessar quem quer que esteja extrapolando com o respeito e esteja atingindo a dignidade de um outro participante, até mesmo o próprio participante pode requerer que sejam respeitados a sua honra e dignidade sem que isso seja tido como desistência da participação do programa.

Nesse momento, o participante que havia renunciado ao seu direito de personalidade que, em muitas das vezes, em *reality shows* o direito mais abalado é a honra e sua dignidade, já não possui mais o direito à limitação voluntária permitida pela jurisprudência e pela legislação, pois já ultrapassou a sua esfera de alcance. Nesse momento, o participante já não possui mais a disposição do seu direito, pois outrem irá agir para que seja cessada a violação do seu direito de personalidade que, muitas das vezes, em *reality shows*, a pessoa fica num ambiente confinado com várias pessoas dentro de uma casa como é o caso do BBB (Big

---

<sup>6</sup> CJF. op. cit., nota 4.

<sup>7</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.



Brother Brasil) e fica visivelmente abalada diante da violência que está sendo cometida contra ele e sequer consegue dar um passo adiante em sua defesa.

Diante disso, da violação que um participante esteja sofrendo à sua honra ou à sua dignidade, o direito da personalidade se torna disponível na medida em que a emissora tem o dever de resguardar a sanidade mental daquele participante que está sendo claramente deslegitimado, sofrendo por qualquer que seja a ameaça, fazendo a todo custo que sejam cessadas as ofensas ou qualquer outro motivo pelo qual o participante esteja sofrendo em sua integridade física e psíquica.

A omissão de uma emissora, vendo um participante passando por uma situação vexatória e humilhante sem nada fazer, não pode ser vista como se aquele participante quisesse passar por isso ou que ele assinou um contrato em que se dispôs a passar por todos os tipos de situações e que renunciou aos seus direitos da personalidade. Deve haver algum tipo de punição para participantes que ferem e abalam psicologicamente outros participantes. Ofender a imagem ou a honra de alguém jamais será uma forma de entretenimento legítima.

## 2. O ABUSO PSICOLÓGICO E A IRRENUNCIABILIDADE DO DIREITO À PERSONALIDADE DA INTEGRIDADE PSÍQUICA EM UM *REALITY SHOW*

O abuso ou a violência psicológica se caracterizam por ações ou omissões que visem a causar danos à autoestima, desenvolvimento ou imagem de alguém. É, ainda, uma modalidade de violência de mais complexa identificação, por se tratar de uma violência velada, silenciosa e que não deixa marcas físicas na vítima, mas em seu psicológico, sua saúde mental.

No abuso psicológico, o agressor tem por objetivo deixar a vítima insegura e acuada, atingindo a sua moral, utilizando-se de xingamentos, intimidações, rejeições, ameaças, humilhações, chantagens, discriminação, críticas ao corpo, isolamento de amigos e familiares e, em algumas vezes, faz com que a vítima duvide da sua sanidade mental.

Os abusadores, por outro lado, apresentam temperamento instável e explosivo; há uma mudança de comportamento, em relações amorosas, por exemplo. No início de um namoro, o agressor pode se apresentar como a pessoa mais doce e amável do mundo e, de uma hora para outra, mudar completamente a sua personalidade, demonstrando ser uma pessoa controladora, que impõe as suas regras, preferências e desconsidera os interesses do outro, além de não demonstrar empatia com os sentimentos alheios e apresentar dificuldades em demonstrar e controlar as suas ações.



Diante de toda a explanação, de como se comporta um abusador e possíveis consequências ao abusado, adentrar-se-á na esfera dos *realities* e como um comportamento abusivo extrapola a esfera patrimonial de forma a ser irrenunciável dispor do direito à integridade.

A *psique* humana diz respeito ao aspecto interior da pessoa, zelo, compreende a higidez psíquica da pessoa, consiste no dever de que ninguém pode causar dano à *psique* de outrem.

Pontes de Miranda<sup>8</sup> define o direito à integridade psíquica como “dever de todos de não causar danos à psique de outrem, e do Estado, ou dos parentes, de velar pelos insanos da mente”.

Desse modo, o equilíbrio e a integridade física da pessoa humana constituem matéria de direito à saúde e o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, este é o ponto importante.

A integridade de uma pessoa é absoluta, não podendo se atentar contra a incolumidade do indivíduo e sua saúde, tanto é que são ilícitos os exames médicos e corporais, tratamentos médicos que mexem com a psique do indivíduo quando não autorizado por ele.

É fácil verificar na Constituição Federal a proteção que é dada à integridade da pessoa. A Carta Magna adotou a dignidade da pessoa humana no art. 5º<sup>9</sup>, caput como princípio fundamental. Nos incisos III e XLIII protege o indivíduo contra a prática de tortura, do tratamento desumano ou degradante, bem como no inciso XLIX sobre a defesa da integridade moral do preso, por exemplo.

Os direitos da personalidade se dividem em duas categorias: os inatos e os adquiridos. Os inatos como o direito à vida e a integridade física e moral, e os adquiridos, que decorrem do status individual. O art. 11 do Código Civil<sup>10</sup> assevera que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Todavia, são também absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis e acarretam a indisponibilidade dos direitos da personalidade. Os titulares não podem dele dispor, transmitir a terceiros, renunciando-os ou abandonando-os porque nascem e se extinguem com os

<sup>8</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomos 7 ao 9. São Paulo: Bookseller, 2004.

<sup>9</sup> BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>10</sup> BRASIL. op. cit., nota 2.



indivíduo e, neste caso, falamos aqui sobre o direito à integridade.

Alguns atributos dos direitos da personalidade podem ser cedidos e admitem cessão de uso, sendo indisponível por um determinado período de tempo, como por exemplo, a imagem que pode ser explorada comercialmente mediante pagamento. Aqui o interesse é estritamente financeiro: é o que ocorre nas novelas, propagandas, *reality show*. Todavia, a indisponibilidade dos direitos da personalidade não é relativa, é absoluta, é o que diz o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil<sup>11</sup> promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral”. Ou seja, há um limite para essa irrenunciabilidade do direito à imagem ou integridade que é o que estamos a abordar.

Em programas de *reality show* os participantes por um determinado período renunciam a alguns dos seus direitos da personalidade em prol do entretenimento para alcançar no final o prêmio que é oferecido no programa.

Os direitos à liberdade de ir e vir, à intimidade, à honra, à vida privada e à integridade ficam em “suspensão” por um determinado período. Como já se falou, não podem esses direitos serem privados para sempre.

Trazendo à baila um momento em que houve claramente a prática de abuso psicológico por parte de uma integrante a todos os demais, foi o que ocorreu no último BBB 21, realizado pela emissora Globo. Sabe-se que a participação em *reality shows* não são para qualquer pessoa, e dependendo de qual *reality* se participa a pessoa pode desencadear uma série de emoções, personalidades e características que em sua vida em sociedade não seria capaz de tomá-las.

No *reality*, em comento, uma determinada participante agiu de forma totalmente arbitrária com os colegas de confinamento, discutindo, xingando, menosprezando-os, intimidando-os, humilhando-os, atingindo-os totalmente em sua *psique* de forma a lhes trazer prejuízos de ordem psicológica, houve de fato abuso psicológico, um ciclo de violência aos demais participantes, inclusive um deles não aguentou tanta pressão psicológica e abandonou o programa.

Sobre esse acontecimento, a questão que se levanta é a seguinte: por que ninguém fez nada? A emissora de televisão deveria ter feito algo a fim de fazer parar os abusos psicológicos daquela participante aos outros a fim de garantir ao menos a dignidade deles tendo em vista que se trata de um programa que é mundialmente conhecido? E as autoridades,

---

<sup>11</sup> CJF. op. cit., nota 4.

o Estado, deveria ter tomado alguma atitude?

A questão é complexa e traz à tona diversos direitos da personalidade de uma pessoa que são indisponíveis e que apenas ele poderá renunciá-los ou não. O desejo de ir para um reality show sabendo que tais coisas poderiam acontecer foi uma escolha, cada participante fez a sua escolha ciente de suas consequências. Em tese, a escolha foi o participante em dispor por um determinado período dos seus direitos de personalidade.

Atualmente, o reality BBB o qual estamos falando, estabelece como único motivo para expulsão a violência física e nada mais, esse foi o motivo pelo qual a participante não foi expulsa do programa naquela ocasião, fez tudo, menos agredir fisicamente alguém.

Todavia, como já dito, a questão da integridade é um direito fundamental esculpido na Constituição Federal que compõe o direito à vida. A integridade psicológica de um indivíduo está atrelada à sua saúde, que está ligado diretamente ao direito à vida, ou seja, sem uma boa saúde o direito fundamental da vida estará ameaçado, ferindo assim a um direito essencial esculpido na Constituição Federal.

No *reality* em comento, vendo todos os desmandos causados por essa participante aos demais pode-se caracterizar os danos causados como crime de tortura esculpido na Lei nº 9.455/97<sup>12</sup>, pois houve sofrimento mental aos demais participantes, o Estado, com o poder que lhe é atribuído e, em nome da preservação do direito fundamental dos indivíduos brasileiros que a constituição promete proteger, deveria ter intervindo de alguma forma no referido programa a fim de fazer com que os abusos psicológicos perpetrados cessassem. Mas não o fez!

Há inclusive, um julgado precedente do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.095.385) que estabeleceu que a humilhação da vítima não pode ser tratada como entretenimento:

Processo Civil. Ação de indenização por danos morais. Valor da causa que não interfere diretamente no montante da indenização pleiteada. Atribuído valor excessivo à causa, na inicial. Impossibilidade de se inviabilizar o acesso à Justiça. Correta redução pelo magistrado. Agravo retido rejeitado. Responsabilidade Civil. Indenização por danos morais e uso indevido de imagem. Prazo decadencial. Art. 56 da Lei de Imprensa, não recepcionado pela CF de 1988. Precedentes do STJ. Preliminar de decadência afastada. Programa "Pânico na TV". Despejadas baratas vivas sobre a autora, que transitava em via pública. Terror que repercutiu na atividade psíquica da vítima, que não se confunde com mera brincadeira. Além do dano moral, uso não autorizado da imagem, não desvirtuado por se tratar de filmagem em local público, nem pelo uso de 'mosaicos'. Punição deve ser exemplar,

---

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei crimes de tortura*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm) >. Acesso em: 12 fev. 2022.



para que o ofensor não reincida na conduta. Caráter reparatório, punitivo e pedagógico da indenização por dano moral. Indenização fixada em montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos. Rejeitados a matéria preliminar e o agravo retido; recurso da autora provido, improvido o do réu<sup>13</sup>.

Nesse sentido, vê-se que não se pode tratar de forma absoluta que o direito da personalidade e a integridade psíquica são invioláveis e irrenunciáveis. Quando o Estado identifica que um indivíduo está sendo violado em sua saúde psicológica, e que a saúde é um direito fundamental, é dever do Estado assegurar e resguardar os direitos que a lei concede aos cidadãos brasileiros, ele deve intervir naquela situação e fazer cessar a violação ao direito fundamental que está sendo violado.

### 3. DIANTE DOS ABALOS PSICOLÓGICOS, HÁ VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

Em seu primeiro artigo, a Constituição Brasileira já traz entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e importante também é mencionar o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)  
III - a dignidade da pessoa humana; (...)

#### Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana assume uma posição de destaque no ordenamento jurídico e é considerado como um dos princípios fundamentais de que todos os outros princípios norteiam, dele vem todas as outras normas jurídicas.

Para conseguir identificar se há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana quando há uma situação de abalo psicológico dentro de uma reality show é necessário conceituar tal princípio, identificar a sua natureza e daí extrair a informação que se persegue.

Segundo Anderson Schreiber<sup>14</sup>, a dignidade da pessoa humana não corresponde a algum aspecto específico da condição humana, mas é tida como inerente a todo e a qualquer

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.095.385/SP*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802276207&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>14</sup> SCHREIBER. Anderson. *Direitos da Personalidade: Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

ser humano, é um valor próprio que identifica o ser humano como tal.

A dignidade da pessoa humana é o valor próprio que identifica cada ser humano, o seu valor-síntese, reúne esferas essenciais ao desenvolvimento e realização humana, o seu conceito, não pode ser rígido, mas cada sociedade, em cada momento histórico o conceitua de algum modo e ele deve ser aprendido por cada sociedade a partir do seu próprio substrato cultural.

A Constituição interpretada à luz do seu sistema e da moralidade crítica, endossa a ideia de que o Direito e o Estado existem para a pessoa, e não o contrário. A pessoa tem um valor intrínseco, e não pode ser instrumentalizada e isso vale para toda e qualquer pessoa, não importando o seu status social ou os atos que a pessoa praticou, todos tem igual dignidade. Isto é, todo ser humano, é sujeito de direitos, com capacidade para tomar decisões e tem o direito de fazer o que quiser, daí a garantia das liberdades individuais e da democracia, ele é tido como um ser racional, mas também como alguém que possui sentimentos, vontades corporais e sociais e todas essas características devem ser valorizadas.

Nesse contexto, a legitimidade do Estado e da ordem jurídica passa a ter amparo em duas ideias fundamentais: a democracia e respeito aos direitos humanos. A legitimidade do Estado, depende ao menos que a dignidade da pessoa humana seja “levada a sério” no âmbito da comunidade, como dito, a dignidade varia de acordo com cada momento histórico e de acordo com esse momento histórico a dignidade sempre deve ser levada a sério para que haja um genuíno esforço de proteção e promoção dos direitos das pessoas no sentido da superação das situações caracterizadoras de tratamento indigno.

Todavia, a pergunta que se faz é: por que essa tal dignidade humana é importante, e mais ainda, por que ela é valiosa no contexto desse artigo? Porque, pelo fato de a dignidade humana ser inerente a todo e cada indivíduo, ele protege a condição humana, protege o físico, o psicológico, a moral, os genuínos aspectos e manifestações, levando como base a pessoa sempre com um fim e nunca como um meio.

Assim, tudo o que for contrário à dignidade da pessoa, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa, o sujeito de direito, à condição de objeto, viola tal princípio. Foi o que aconteceu, por exemplo, no *reality show* do Big Brother Brasil 21. Houve uma determinada participante que ofendeu, denegriu e violou a imagem de vários participantes em uma única temporada, abalou psicologicamente com palavras e com ações a *psique* de mais da metade da casa causando assim uma alteração no ambiente onde só se via medo, discussões, raiva e proliferação de ódio fazendo com que um participante tenha chegado ao seu ápice psicológico pedindo para sair da casa. A participante em comento, em especial, causou uma rixa tão



grande com um participante a ponto de deixá-lo constrangido e humilhado mandando-o sair da cozinha da casa, pois ela não queria a sua presença, mas apenas iria comer quando ela saísse de lá. Neste caso, há nítido abuso psicológico, violando de forma grotesca a dignidade da pessoa humana do participante abusado.

Num outro momento, essa mesma participante, criticou o comportamento de uma das confinadas pelo fato de ser nordestina, ou seja, clara a hipótese de xenofobia. A participante classificou a forma da nordestina falar como quem era mal educada, apenas pelo fato de ser paraibana. Neste caso, o abuso foi tão forte que causou até repúdio nacional dos telespectadores levando-os a se manifestarem de forma ativa por todos os meios de comunicação, inclusive com um forte apelo em redes sociais.

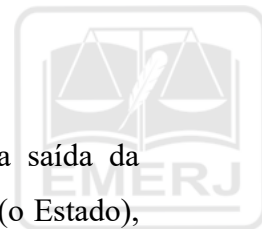
Mas a abusadora não parou por aí. Para completar a série de abusos, ainda feriu gravemente com palavras outra participante, apenas pelo fato de supor que ela estaria “dando em cima” do participante que ela estava envolvida, chamando-a de sonsa, falsa e mentirosa, fato que, visivelmente abalou a ofendida desestabilizando a sua *psique*.

É importante ressaltar que muitas das vezes, esses abusadores que sabem que é errado o que estão fazendo, sabem que não podem extrapolar os limites nas “brincadeiras” que mexem com o psicológico das pessoas, muitas das vezes “maquia” o ato desrespeitoso alegando por exemplo que tomou determinada atitude em razão de influência alcoólica fazendo assim com que o agredido o perdoe e sinta pena. O agressor, não é agressor 24 horas por dia, ele faz isso em pequenas camadas, pequenas atitudes que vai minando a mente de quem é agredido. Muitas das vezes, esse mesmo agressor que corrói a mente do agredido é uma pessoa alegre, carismática, divertida, inclusive alterna momento de diversão com a própria vítima. Ora está agredindo-a, ora está brincando com ela para “maquiar” o seu comportamento e agressão.

Isso se percebeu por exemplo, no *reality show* do Big Brother Brasil 21, a agressora sorria para todos os cantos e de uma hora para outra começava a “perturbar” a psique dos participantes, mas quando não estava em sua posição de ataque era uma pessoa extremamente divertida, inclusive com a sua vítima para quando houvesse um confronto da vítima com o agressor, o agressor se defenderia dizendo: mas eu brinco com você sempre, de modo algum queria magoar você, ou seja, o agressor cria uma situação de vitimização para agradar e conseguir o perdão da vítima e dos demais participantes para que assim não seja vista como a vilã da história.

De igual maneira aconteceu nesse *reality*, só que neste caso, a agressora foi além, agrediu mais de uma pessoa e todo o restante do grupo foi capaz de identificar as agressões,





tanto que a única coisa que foi feita foi indica-la ao paredão possibilitando a saída da participante, pois não haveria outro jeito dela sair dali, ou seja, quem deveria agir (o Estado), não agiu, pois a justificativa era de que cada um possui a rédea da sua personalidade (da sua vida) e, em poucas palavras faz o que quer com os seus direitos mais íntimos, não cabendo ao Estado envolver-se em tal questão.

Com base nesses exemplos que ocorreram nesse *reality show*, demonstram claramente, que a violação a *psiqué* de uma pessoa, o abalo psicológico que ela pode passar dentro de um confinamento, para o entretenimento dos telespectadores, viola e muito a dignidade da pessoa humana. A liberdade de programação deve ser conciliada com outros direitos fundamentais e não pode desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve ser lembrado sempre que dentro dos direitos da personalidade existem várias outras ramificações que são irrenunciáveis e que em primeiro lugar, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado, ninguém, jamais deve ser submetido a tortura psicológica, abusos psicológicos, humilhações e ainda assim, ser dito como um direito da pessoa, que o Estado nada deve fazer, que não deve intervir, mas deve ser sopesado sempre o poder-agir do Estado na preservação dos direitos fundamentais garantidos na Constituição.

É claro que não se deve proibir que uma pessoa faça da sua vida o que queira, até porque cada indivíduo leva a sua vida da forma que melhor lhe convém. o Estado nisso não pode intervir, sob pena de impor um autoritarismo que também é contrário à natureza do próprio Estado Democrático de Direito, mas o ser humano, deve ser tratado com respeito, não se deve permitir que, pelo fato de uma pessoa ser livre, o fato de ter ido por livre e espontânea vontade se expor em um *reality show*, mesmo que afronte a sua própria dignidade, que seja humilhado, abusado psicologicamente em rede nacional afetando em seu íntimo a sua dignidade.

Desse modo, chega-se à conclusão de que sim, os abusos psicológicos causados dentro de uma *reality show* podem violar a dignidade da pessoa humana e em casos mais extremos, o Estado deve intervir para que assim faça valer a proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos agindo conforme dita a Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

A *psique* humana diz respeito ao interior da pessoa e compreende a sua forma mais zelosa possível em termos de direito da personalidade, a higidez psíquica da pessoa. A integridade psíquica consiste no dever de que ninguém pode causar dano à *psique* de outrem.

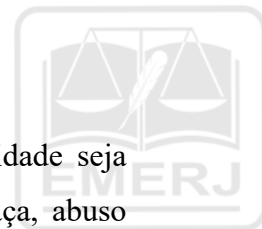


A Constituição Federal e o Código Civil estabelecem de forma bem clara que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis e que não podem sofrer limitação voluntária. Com base nesse entendimento, há muito tempo se discute sobre se os participantes de *reality show* poderiam dispor do seu direito da personalidade. Sabe-se que os participantes podem dispor do direito de imagem por um determinado tempo. O exercício do direito da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem que ser posto em primeiro lugar pois é um dos princípios vetores da personalidade, do direito da personalidade tendo em vista que os acontecimentos históricos que ocorreram em no século XX o princípio da dignidade da pessoa humana não poderia ser deixado de fora quando se falar em limitação de um dos direitos da personalidade, são direitos inatos, inalienáveis, absolutos, vitalícios, relativamente indisponíveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais, intransmissíveis e irrenunciáveis, não pode um direito tão importante ficar de fora quando o assunto é limitação de um direito da personalidade, pois além de tudo, sobre o artigo aqui discorrido, quando se fala em integridade psíquica e abalo psicológico tais questões estão diretamente ligadas a dignidade de uma pessoa, lesar diretamente com a *psiqué* de um indivíduo é ferir e violentar o princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser respeitada em consonância com a Constituição Federal.

O cerne da questão é até onde o participante pode dispor do seu direito da personalidade, aonde está essa limitação? O *reality* mencionado foi capaz de demonstrar, que com as atitudes de determinada participante houve sim a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e que há um limite de utilização desse direito de personalidade, de forma que quando ele ultrapassa e atinge a esfera psíquica, abalando psicologicamente uma pessoa fazendo-a sofrer em sua integridade e abalos em sua *psiqué* pode e deve ser repreendido pelo Estado que deve fazer cessar qualquer lesão à integridade física e a *psiqué* do indivíduo mantendo fiel o que está disciplinado na Constituição Federal em seu art. 5º, caput, incisos V, X, XXXVI, bem como os artigos 11 e 12 do Código Civil.

Não pode haver qualquer violação ao direito à sua psique de forma que caso seja identificada qualquer violação ao direito de ir e vir, se o participante está sofrendo humilhações ou abuso de direito em grau elevado é dever do Estado intervir de modo que não haja qualquer ameaça à psique do participante, bem como é dever da emissora de televisão intervir no comportamento daquele que está praticando tais atos sob pena de sofrer com as sanções cabíveis.



Desse modo, não se pode concordar que, embora o direito da personalidade seja inerente a cada indivíduo e que ninguém pode nele opinar, deixe que uma ameaça, abuso psicológico, humilhação ou ofensa sejam formas de entretenimento, até porque isso não condiz com o que disciplina a Constituição Federal.

Em síntese, os direitos da personalidade devem ser respeitados, cada indivíduo possui o livre arbítrio de levar a sua vida da forma que lhe aprouver. Todavia, há uma limitação para os direitos da personalidade, ainda mais os direitos que incluem a saúde mental do indivíduo, quando a integridade mental é abalada, quando há um abuso psicológico onde a vítima não possui forças para se defender o Estado pode e deve resguardar tais direitos, pois neste caso, o direito à saúde mental, a integridade da *psiqué* humana está garantida na Constituição Federal e se lá está garantida, deve ser preservada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

CJF. *Enunciados de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650#:~:text=O%20exerc%C3%ADcio%20dos%20direitos%20da,n%C3%A3o%20seja%20permanente%20nem%20geral.>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomos 7 ao 9. Ano: 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade: Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.095.385/SP*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802276207&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 28 ago. 2021.



## A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CPP APÓS O JULGAMENTO DO HC Nº 598.886/SC NO STJ

Arthur de Assis Costa

Graduado pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogado.

**Resumo-** o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 598.886-SC, determinou que o reconhecimento de pessoas, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas às formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O presente trabalho relata os motivos que ensejaram a mudança jurisprudencial ocorrida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as graves consequências de uma condenação injusta na vida de um cidadão e a potencialização do racismo estrutural nos erros ocorridos. Apresenta as mazelas da execução penal e do sistema carcerário, demonstrando a temeridade que é a exposição de um inocente a locais desumanos. Em consonância com o que foi decidido e determinado no julgado analisado, expõe que os atores responsáveis pela persecução penal devem estar empenhados na concretização de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República.

**Palavras-chave-** Direito Processual Penal. Artigo 226 do Código de Processo Penal. Reconhecimento fotográfico. Mudança jurisprudencial. HC nº 598.886-SC do Superior Tribunal de Justiça.

**Sumário-** Introdução. 1. Reconhecimento de pessoas e a realidade dos inocentes condenados no Brasil. 2. Mazelas do sistema carcerário e as consequências de uma condenação injusta. 3. Nova interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal após o julgamento do HC nº 598.886/SC no Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda a nova interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo.

Para tanto, será abordado o julgamento do HC nº 598.886/SC, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, posições doutrinárias e jurisprudenciais, além de pesquisas a respeito do tema, de modo a demonstrar que a inobservância da atual recomendação ensejará a continuidade das inúmeras condenações de inocentes, que evidenciam o racismo estrutural enraizado na sociedade.



O tema é controvertido, tendo em vista que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não era uníssona e por diversas vezes admitiu, no caso de reconhecimento por fotografia, o descumprimento das disposições dos requisitos formais presentes no artigo 226 do CPP, sob o argumento de serem meras recomendações, e não uma exigência absoluta.

No primeiro capítulo serão abordados os motivos que ensejaram a mudança jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a precariedade do reconhecimento pessoal e a consequente constatação de inúmeros inocentes condenados.

Serão abordados os aspectos da falibilidade da memória humana, o fenômeno das falsas memórias e a consequente constatação da seletividade do sistema penal, tendo que a maioria das pessoas condenadas injustamente são pessoas negras, periféricas, pobres e de baixa escolaridade.

Para melhor compreensão da temeridade que é condenar um inocente, no segundo capítulo serão analisadas as mazelas da execução penal e do sistema carcerário, por meio de caso concreto será demonstrado o quão cruel e impiedoso é submeter um inocente a locais desumanos e cruéis.

O terceiro capítulo irá demonstrar a necessidade de se uniformizar o entendimento adotado a partir do julgamento do HC nº 598.886/SC, que conferiu nova e adequada interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal.

Nesse viés, o Ministro relator sinalizou a magistratura nacional, Órgãos de segurança nacional e demais atores envolvidos na persecução penal para que reproduzam em julgados penais soluções similares à que serviu de motivo para a mudança jurisprudencial.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.



## 1. A FALIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E A REALIDADE DOS INOCENTES CONDENADOS NO BRASIL

O reconhecimento de pessoas e coisas está positivado no artigo 226 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, segundo Lopes Junior<sup>2</sup>: “é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências”.

Conforme descrito por Lopes Junior<sup>3</sup>, “o ponto de estrangulamento é o nível de (in) observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal”.

A jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, admitia, no caso de reconhecimento por fotografia, descumprimento as disposições dos requisitos formais presentes no artigo 226 do CPP, sob o argumento de serem meras recomendações, e não uma exigência absoluta, nesse sentido<sup>4</sup>:

[...]

2. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação.

3. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o Magistrado é livre para formar sua convicção com fundamentos próprios a partir das evidências apresentadas no curso da instrução processual, não estando obrigado a ficar adstrito aos argumentos trazidos pela defesa ou pela acusação, nem tendo que responder, de forma pormenorizada, a cada uma das alegações das partes, bastando que exponha as razões do seu convencimento, ainda que de maneira sucinta.

4. Neste caso, o Tribunal apresentou motivação suficiente para rejeitar os argumentos que davam base à tese absolutória, solucionando a *quaestio iuris* de modo claro e coerente, não se vislumbrando deficiência de fundamentação apta a ensejar a nulidade do feito.

5. Habeas corpus não conhecido.

Ocorre que a falta de observância prevista no artigo 226 do CPP, anteriormente aceita pelo judiciário, ensejou constantes prisões e condenações que, oficialmente, ocorriam por engano.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 02 mai. 2021.

<sup>2</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 487.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 488.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 474.665-PR*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95962129&num\\_registro=201802736719&data=20190603&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95962129&num_registro=201802736719&data=20190603&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 01 jul. 2021.

---

Lopes Junior<sup>5</sup> menciona os diversos fatores que modulam a qualidade da identificação de um suspeito, tais como:

[...] o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.

Pesquisa realizada em julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no período compreendido entre os meses julho de 2015 a julho de 2020, demonstra que o Estado do Rio de Janeiro foi condenado a indenizar 78 pessoas presas injustamente, sendo condenado pela Justiça a pagar R\$ 2,3 milhões de reais<sup>6</sup>.

Relatório apresentado, em setembro de 2020, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro<sup>7</sup> apontou que 53 pessoas foram acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho ao longo dos últimos seis anos. Em todos os casos o procedimento foi realizado na fase inquisitiva.

Em sede de tutela de urgência<sup>8</sup>, o Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da comarca da capital/RJ determinou “que as delegacias do município do Rio de Janeiro procedam à retirada das fotos do autor dos seus álbuns de suspeitos” após um cidadão ser acusado 4 (quatro) vezes por crimes que diz não ter cometido<sup>9</sup>.

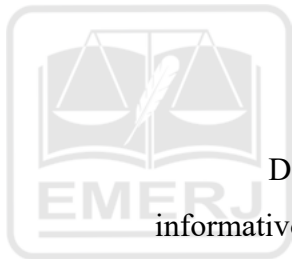
<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 493.

<sup>6</sup> SOARES, Rafael. Em cinco anos, Estado do Rio foi condenado a indenizar 78 pessoas presas injustamente. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 30, set. de 2020. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/em-cinco-anos-estado-do-rio-foi-condenado-indenizar-78pessoas-presas-injustamente-24636722.html>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

<sup>7</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório de análise de casos sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0030977-35.2021.8.19.0001*. Juíza: Regina Lucia Chuquer de Almeida Costa de Castro Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2021.001.026027-1&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

<sup>9</sup> HERINGER, Carolina. *Acusado 4 vezes de crimes que diz não ter cometido, ex-militar consegue na Justiça a retirada de sua foto dos álbuns suspeitos*. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 15, mar. de 2021. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/acusado-4-vezes-de-crimes-que-diz-nao-ter-cometido-ex-militar-consegue-na-justica-retirada-de-sua-foto-dos-albuns-de-suspeitos-rv124925023.html>>. Acesso em: 31 mai. 2021.



Diante de tantos equívocos, houve mudança jurisprudencial no STJ, informativo nº 684<sup>10</sup>, passando a estabelecer que o descumprimento das formalidades previstas no artigo 226 do CPP enseja a nulidade do reconhecimento, não podendo servir sequer como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo<sup>11</sup>.

No julgado que determinou a mudança jurisprudencial o Ministro relator, Rogério Schietti Cruz<sup>12</sup>, no item 5 do voto, detalhou os reflexos do fenômeno das falsas memórias na prova do reconhecimento pessoal; ressaltando o cuidado que se deve ter ao valor da prova do reconhecimento, diante da elevada inclinação a falhas e distorções.

Entre os estudos apresentados cabe destacar Reyna e Lloyd<sup>13</sup> que detalham a possibilidade de fragmentação da memória, ao longo do tempo, impossibilitando o acesso das informações de determinado evento ocorrido.

Fato é que há diversos estudos, notadamente no campo da Psicologia moderna, que demonstram as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Os estudos indicam que a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento. Ao mesmo tempo, as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras, com relatos mais vívidos em testes de recordação.

Além disso, o julgado<sup>14</sup> realçou a seletividade do sistema penal diante do perfil das pessoas que são acusadas injustamente: pessoas negras, periféricas, pobres e de baixa escolaridade, sugerindo expressamente o racismo estrutural.

Segundo Lopes Junior<sup>15</sup>, a maior autoridade sobre o tema das falsas memórias é a professora de Psicologia Elizabeth Loftus<sup>16</sup> que revolucionou os estudos sobre o tema, comprovando a possibilidade de se instituírem falsas memórias.

Provavelmente a maior autoridade nessa questão das falsas memórias, na atualidade, seja Elizabeth Loftus, cujo método revolucionou os estudos nessa área ao demonstrar a possibilidade de implantação das falsas memórias (procedimento de sugestão de falsa informação). Uma informação enganosa

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886-SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num\\_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>11</sup> Anteriormente era pacífico que as disposições contidas no artigo 226 do CPP configuravam uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta. Assim, era válido o ato mesmo que realizado de forma diversa da prevista em lei.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>13</sup> REYNA; LLOYD apud BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 478.

<sup>16</sup> Professora de Psicologia e Direito na Universidade de Washington, é Ph.D em Psicologia, com dezenas de trabalhos publicados sobre o tema.



tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nossa recordação, e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado.

Os erros do Judiciário, condenando inúmeros inocentes, tornaram-se tão calamitosos que no ano de 2016 foi criada a associação sem fins lucrativos *Innocence Project Brasil*, organização voltada especificamente para enfrentar a grave questão das condenações de inocentes no país<sup>17</sup>.

Superada explanação de que não seria nenhum fato excepcional um cidadão ser condenado por algum delito que não cometeu, passa-se a análise objetiva da sistemática penal na vida de um indivíduo que supostamente tenha transgredido a norma penal e percorre árduo caminho até a Reabilitação prevista no Código Penal.

## 2. MAZELAS DO SISTEMA CARCERÁRIO E AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA CONDENAÇÃO INJUSTA

As transgressões à legislação de execução penal se iniciam nas cadeias públicas, que deveriam ser destinadas especificamente ao recolhimento de presos provisórios, na forma do artigo 102 da Lei de Execuções Penais<sup>18</sup>.

Além disso, o artigo 300 do Código de Processo Penal<sup>19</sup> preconiza que as pessoas presas provisoriamente deveriam ficar separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

A Lei de Execução Penal, no artigo 84, determina que acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, sejam separados dos acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e ambos segregados dos acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nas demais hipóteses.

No artigo 85<sup>20</sup>, acrescenta que o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, o preso provisório deve ficar separado do

<sup>17</sup> INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Apresentação*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://https://www.innocencebrasil.org/innocence-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



condenado por sentença transitada em julgado, além de estabelecer critérios na separação.

Todavia, conforme informativo 543 do STJ<sup>21</sup>, o que se constata são “[...] inúmeras irregularidades nas cadeias públicas de todo o Brasil, tais como superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade e desrespeito à integridade física e moral dos detentos.”<sup>22</sup>

Situações que revelam clara violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e à garantia constitucional da integridade física e moral do preso, na forma do artigo 5º, inciso XLIX, da CRFB/88<sup>23</sup>.

Diante do constante e persistente descaso do Poder Executivo, no sistema prisional, o STF, em sede de repercussão geral, RE nº 592.581/RS<sup>24</sup>, fixou tese em que é possível o controle jurisdicional de políticas públicas:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

O Ministro relator, Ricardo Lewandowski, em seu voto, pormenorizou o assombroso “panorama atual das prisões brasileiras”, títulos impactantes como “descida ao inferno de Dante<sup>25</sup>” e “excursionando pelo Hades<sup>26</sup>” impressionam e descrevem um cenário execrável.

<sup>21</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.389.952- MT*, Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq\\_uencial=35575402&num\\_registro=201301926710&data=20161107&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=35575402&num_registro=201301926710&data=20161107&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jun. 2021.

<sup>22</sup> Neste julgado o STJ considerou que “a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal”.

<sup>23</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 03 mai. 2021.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 03 jun. 2021.

<sup>25</sup> O Inferno descrito por Dante está em forma de um funil, que segue em direção ao centro da terra, onde Lúcifer está à espera. Em cada círculo são punidos pecados distintos, de acordo com seu grau de “gravidade” Os pecados menos graves são punidos nos primeiros círculos e os mais graves nos últimos.

<sup>26</sup> O Reino de Hades, ou mundo inferior na mitologia grega, é a terra dos mortos, o local para onde a alma das pessoas se dirigiria após a morte. Nesse local as almas passariam por um julgamento, onde seu destino seria decidido.

Desapegado do propósito de escandalizar e propondo reflexão acurada sobre o tema, será transcrito trecho de um relatório de inspeções, apresentado no julgado, e que demonstram situações assombrosas:

[...] No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário.

Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço.

O Centro de Detenção de Novo Horizonte, também conhecido como Cadeia Modular ou, ainda, Cadeia dos Contêineres, tampouco estabelece qualquer divisão entre os presos.

(...)

No Presídio Modular de Novo Horizonte há infestação de ratos e grande quantidade de lixo e entulho acumulados no pátio.

Em Novo Horizonte há presos que têm marca de mordidas de roedores e a quantidade de lixo é tanta que há permanente chorume no piso do estabelecimento. A caixa de água tem vazamento que inunda o local para banho de sol e mistura lixo e esgoto a céu aberto.

Em Argolas as embalagens em que são servidas as refeições servem também para depósitos de fezes, pois não há vaso sanitário na cela improvisada que fica no corredor que dá acesso a outras duas celas do estabelecimento.

Na DPJ de Vila Velha há sete fileiras de redes amarradas na cela e os presos ficam apenas deitados, pois não têm espaço para ficarem de pé, sendo que alguns estão nessas condições há mais de um ano, e sem espaço apropriado para banho de sol.

(...)

Na DPJ de Jardim América há tanta gente que o agente carcerário é obrigado a solicitar ajuda de outros agentes e dos próprios presos para poder trancar as celas. Literalmente os presos são socados dentro das celas [...]

Ao realizar inspeções no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, em 22-11-2018, editou resolução determinando o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade, no referido estabelecimento, devido a situação degradante e desumana, conforme informativo 701 do STJ<sup>27</sup>.

Sendo constatada a violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais, falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária o

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 136.961*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisaru maedicao&livre=0701.cod.&utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+ju s%20s%20FFqsb+%28STJ+-+Informativos+de+Jurisprud%3AAncia%29](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisaru%20maedicao&livre=0701.cod.&utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+ju%20s%20FFqsb+%28STJ+-+Informativos+de+Jurisprud%3AAncia%29)>. Acesso em: 15 jun. 2021.



STF, por meio da ADPF 347<sup>28</sup>, reconheceu que o sistema penitenciário nacional deve ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”<sup>29</sup>.

Ao preso provisório, de acordo com a Lei de Execuções Penais, capítulo II – artigos 10 a 27- e em consonância com a CRFB/88, deveria ser garantida assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, moral e religiosa que o ajudassem a retornar ao convívio social.

Segundo indicam os organizadores da obra que avalia os 30 anos da Lei de Execução Penal:<sup>30</sup>

é dever das autoridades o respeito e a preservação à integridade física e moral dos presidiários, pois mesmo com sua liberdade privada, o indivíduo tem direito a tratamento digno e lhe é assegurado o direito de não sofrer violência moral e física.

Ocorre que na realidade o Estado brasileiro ultrapassa, e muito, o caráter retributivo da sanção penal, causando sofrimento desproporcional e repudiado pela CRFB/88, conforme relatado na Reclamação nº 25.119 do STF<sup>31</sup>:

o sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito — de que não pode ser despojado — ao tratamento digno.

Diante dessa colossal incompatibilidade entre preceitos constitucionais e a teleologia da LEP com a realidade punitiva, Juízes de Execução Penal, na pesquisa do

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf> > Acesso em: 04 jun. 2021.

<sup>29</sup> O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando verifica-se a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura e de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

<sup>30</sup> SANTIAGO, Eduardo Araruna Santiago; OLIVEIRA, Bruno Queiroz; VASQUEZ, Leandro Duarte. *30 anos da lei de execução penal: evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa*. Florianópolis: Conceito editorial, 2014, p. 17.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 25119*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310443834&ext=.pdf> > Acesso em: 04 jun. 2021.



IPEA<sup>32</sup>, afirmam que o tratamento indigno e degradante faz com que somente pessoas diferenciadas e realmente dispostas estejam plenamente capazes a ressocialização:

Onde cabe quatro, você coloca dez. Qual a dignidade que você está dando para o preso? O tratamento ao preso tem que ser humanizado. (...) só aqueles que querem mesmo, que são abnegados e que o sofrimento é muito grande, é que conseguem ser ressocializados [...]

Segundo Bitencourt<sup>33</sup>, o sistema progressivo da pena parte de um conceito retributivo, se inicia aniquilando a pessoa e sua personalidade humana. Com o objetivo de que o apenado conquiste progressivamente a readaptação, por meio de demonstração de boa conduta e conseqüente abrandamento do regime.

Em mais um julgado, sob a sistemática de repercussão geral, que expõe as mazelas do sistema carcerário e faz uma verdadeira “radiografia” da execução penal no Brasil, o STF, no RE nº 641.320/RS<sup>34</sup>, detalhou o abandono dos modelos de estabelecimentos previstos no artigo 33, §1º, alíneas “b” e “c” do Código Penal<sup>35</sup>.

Baseado na decisão do RE nº 641.320/RS foi editada a súmula vinculante nº 56 e ficou estabelecido que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime penal mais gravoso por violação aos princípios da individualização da pena e da legalidade, artigo 5º, incisos XLVI e XXXIX da CRFB/88<sup>36</sup>.

A possibilidade de submeter um inocente as agruras de um sistema de execução penal medieval deve ser analisada com muita cautela.

A organização *Innocence*<sup>37</sup> relata o caso de Heberon Lima de Oliveira, acusado de estupro, permaneceu preso preventivamente por quase 3 anos, sendo estupro na cela e contraindo o vírus HIV. A Defensoria Pública do Estado do Amazonas conseguiu comprovar que o fato nunca ocorreu, sendo absolvido.

<sup>32</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Pesquisa sobre o desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2095.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2095.pdf)> Acesso em: 03 jun. 2021.

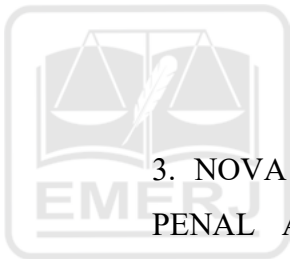
<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 135.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 641.320/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>> Acesso em: 05 jun. 2021.

<sup>35</sup> O Código Penal prevê como adequado ao regime semiaberto a “colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar” e ao regime aberto “casa de albergado ou estabelecimento adequado”.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 28.

<sup>37</sup> INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Casos*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/casos>>. Acesso em: 15 jul. 2021.



### 3. NOVA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL APÓS O JULGAMENTO DO HC n° 598.886/SC NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas conclusões do julgamento do HC n° 598.886/SC<sup>38</sup>, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no artigo 226 do CPP, por constituírem garantia mínima ao sujeito que se encontra na condição de suspeito da prática de um crime, além de estabelecer diretrizes a serem seguidas:

#### XI. Conclusões

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

Conforme mencionado no julgado paradigmático, a principal missão do Superior Tribunal de Justiça consiste em “uniformizar a melhor interpretação da lei federal, formando precedentes que orientem o julgamento de casos futuros”<sup>39</sup>.

Segundo Mitidiero<sup>40</sup>:

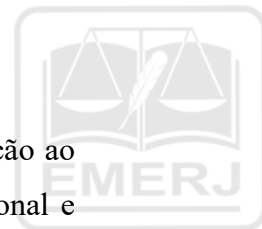
a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

---

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 14.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> MITIDIERO apud Ibid.



No julgado, além de expressamente conferir nova e adequada interpretação ao artigo 226, do Código de Processo Penal, indicou para toda a magistratura nacional e órgãos de segurança a necessidade de ser adotada a nova interpretação:

este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir nova e adequada interpretação do art. 226 do CPP, sinaliza, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais.

Além disso, enfatizou o papel de fiscalização da correta aplicação da lei penal do Ministério público, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua peculiar incumbência de guardião da lei, conforme expressamente previsto no artigo 129 da CRFB/88<sup>41</sup>.

Também mencionou que mesmo na qualidade de parte acusadora, ao mover a ação penal pública, o Ministério Público não abandona o compromisso de fiscalizar e respeitar as liberdades públicas, tendo em vista a indisponibilidade do bem tutelado, a liberdade.

No item IX, do julgado paradigmático, o Ministro Relator, Rogério Schietti Cruz, sinalizou a necessidade de adoção de novas rotinas pela Polícia Civil dos Estados da Federação, bem como de todos os atores da persecução penal:

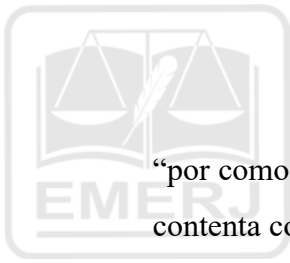
De nada, porém, servirá esta decisão se continuarem os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestarem essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético em seu proceder e cientificamente exercitado por seus protagonistas.

Em verdade, essa indiscutível realidade em relação ao reconhecimento pessoal “impõe aos operadores do Direito, desde o policial que atua no flagrante até os membros das mais altas cortes do Poder Judiciário, o desafio de se apropriarem de técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes”.

Nesse viés, cabe mencionar a teoria da perda de uma chance no processo penal, que traz consequências processuais à acusação. O Estado tem o dever legal de realizar uma produção probatória de forma diligente e zelosa, no entanto, em muitas ocasiões,

---

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 37.



“por comodismo e inércia no modo de produção de provas na apuração criminal, que se contenta com apenas indícios para condenar ou parcos elementos de prova.”<sup>42</sup>

Segundo Morais da Rosa<sup>43</sup>:

No Processo Penal constitucionalizado a carga probatória é da acusação. Ao acusado não cabe provar qualquer fato — mesmo quando objeto com um álibi, ainda que não comprovado o álibi, tal situação não repercute no seu *status* inicial de inocente.

[...]

Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, pode-se invocar a teoria da “perda de uma chance”, própria do Direito Civil, justamente para se analisar os modos de absolvição em face da possibilidade e não produção de provas pelo Estado.

Quando a prova é lastreada unicamente no reconhecimento fotográfico em que não há posterior reconhecimento pessoal e nem corroborada por outras provas o STJ tem determinado o trancamento da ação penal:

(...) RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO NA FASE DE INQUÉRITO. INEXISTÊNCIA DE POSTERIOR RECONHECIMENTO PESSOAL. INDÍCIOS DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior firmou entendimento de que o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo (HC n. 598.886/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020).

2. In casu, verifica-se que os indícios de autoria para recebimento da denúncia são fundados exclusivamente no reconhecimento fotográfico e que não foi realizado posterior reconhecimento pessoal, não sendo viável para sustentar justa causa para prosseguimento da ação penal em face do ora paciente. Precedentes.

3. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0002125-50.2019.8.15.0011 da 5ª Vara Criminal da comarca de Campina Grande/PB. (RHC 142.773/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021)

Por fim, Lopes Junior<sup>44</sup> sugere uma remodelagem do reconhecimento pessoal, como forma de redução de danos. Segundo o autor, existem duas formas de reconhecimento pessoal: simultâneo e sequencial. O Código de Processo Penal o

<sup>42</sup> CARVALHO, Tiago Carvalho. *A teoria da perda de uma chance no processo penal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-processo-penal/>>. Acesso em: 01 set. 2021.

<sup>43</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

<sup>44</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., p. 496.



sistema simultâneo, em que todos os elementos são mostrados ao mesmo tempo, sendo considerado um método sugestivo e perigoso.

O reconhecimento realizado sem o autor presente revela como o sistema brasileiro é maculado, vítimas e testemunhas compreendem que o reconhecimento só ocorre quando há um suspeito. Essa percepção implementa a indução no procedimento, gerando relevantes índices de equívocos.

Segundo Williams<sup>45</sup>, “no reconhecimento sequencial os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que, antes de ver o próximo suspeito, responda se foi esse o autor do fato ou não”.

Na atualidade, o reconhecimento sequencial é apontado pela psicologia judicial como o método mais seguro e confiável, pois requer uma tomada de decisão do reconhecedor, sem que seja disponibilizada a quantidade de participantes do processo.

Dessa maneira, o nível de indução é diminuído, e aumenta-se a confiabilidade do procedimento, tendo em vista que, no reconhecimento simultâneo, é feita uma concepção relativa, no processo de tomada de decisão. No reconhecimento sequencial, porém, “a testemunha faz um julgamento absoluto, comparando cada membro do reconhecimento com a sua própria memória do culpado.”<sup>46</sup>

## CONCLUSÃO

O trabalho apresentado expôs a mudança jurisprudencial ocorrida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento do HC nº 598.886/SC, referente à necessária observância das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal.

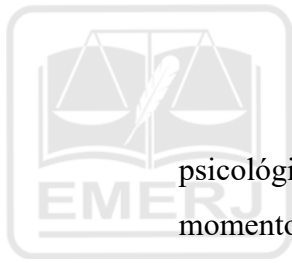
Procurou-se demonstrar que diante do entendimento anteriormente adotado pelo Poder Judiciário, em que os requisitos formais presentes no artigo 226 do Código de Processo Penal seriam meras recomendações, e não uma exigência absoluta, ocorreram diversas condenações injustas com base em reconhecimento fotográfico falho, além de evidenciar que tal procedimento potencializa o racismo estrutural presente na sociedade.

Por meio da análise do julgado objeto do trabalho e doutrina especializada sobre o tema, pode-se constatar que estudos científicos da memória humana e

---

<sup>45</sup> WILLIAMS apud LOPES JUNIOR, op. cit., p.496.

<sup>46</sup> Ibid.



psicológicos comprovam a alta probabilidade de falibilidade que pode ocorrer no momento do reconhecimento fotográfico.

Com o intuito de propor reflexão sobre o dano irreparável que é expor um ser humano a locais tão indignos, foram demonstradas as mazelas da execução penal e os horrores do sistema carcerário.

Fatos constatados por meio de julgamentos em sede de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, sendo verificada a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Para que a solução apresentada no julgado do HC nº 598.886/SC tenha efetiva aplicabilidade há necessidade de uniformização do novel entendimento em todas as instituições que atuam na persecução penal, pois os erros no reconhecimento fotográfico se iniciam nas Delegacias de Polícia e são ratificados pelo Ministério Público e o Poder Judiciário.

Ainda que o Ministério Público seja um Órgão de acusação não pode se despojar de exercer devidamente o controle externo da atividade policial e fiscalizar a correta aplicação da lei penal, já que tem o dever de zelar por sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por meio da apresentação da teoria da perda de uma chance probatória, aplicada ao processo penal, e a necessária observância dos princípios da inocência e não-culpabilidade, buscou-se demonstrar que o Estado-acusação deve ser zeloso e eficiente na produção probatória que visa a condenar um indivíduo, não podendo se valer de provas falhas e precárias, principalmente quando há possibilidade de se produzirem meios probatórios eficazes que não se concretizam por ineficiência do Estado.

Por fim, foi apresentada a doutrina de proposta de remodelagem do reconhecimento pessoal, como forma de redução de danos, que consiste no reconhecimento sequencial dos suspeitos e é apontado pela psicologia judicial como o método mais seguro e confiável.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 02 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 03 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 474.665-PR*, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95962129&num\\_registro=201802736719&data=20190603&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95962129&num_registro=201802736719&data=20190603&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 01 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 598.886-SC*. Relator: Ministro Rogerio SchiettiCruz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num\\_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 02 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.389.952- MT*. Relator: Ministro HermanBenjamin. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35575402&num\\_registro=201301926710&data=20161107&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35575402&num_registro=201301926710&data=20161107&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 03 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 136.961*. Relator: Ministro Reynaldo SoaresdaFonseca. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0701.cod.&utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+jus%2FFqs+sb+%28STJ++Informativos+de+Jurisprud%C3%Aancia%29](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0701.cod.&utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+jus%2FFqs+sb+%28STJ++Informativos+de+Jurisprud%C3%Aancia%29)>. Acesso em: 15 jun. 2021.

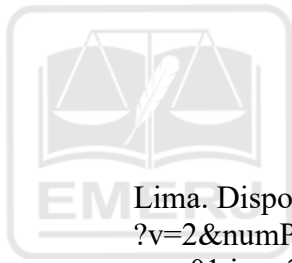
\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 641.320/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n° 25119*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310443834&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n° 0030977-35.2021.8.19.0001*. Juíza: Regina Lucia Chuquer de Almeida Costa de Castro



Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2021.001.026027-1&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CARVALHO, Tiago Carvalho. *A teoria da perda de uma chance no processo penal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-processo-penal/>>. Acesso em 01 set. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório de análise de casos sobre reconhecimento fotográfico em sede policial*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2021.

HERINGER, Carolina. *Acusado 4 vezes de crimes que diz não ter cometido, ex-militar consegue na Justiça a retirada de sua foto dos álbuns suspeitos*. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 15, mar. de 2021. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/acusado-4-vezes-de-crimes-que-diz-nao-ter-cometido-ex-militar-consegue-na-justica-retirada-de-sua-foto-dos-albuns-de-suspeitos-rv124925023.html>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Apresentação*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.innocencebrasil.org/innocence-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. *Casos*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/casos>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Pesquisa sobre o desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2095.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2095.pdf)> Acesso em: 03 jun. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>>. Acesso em: 05 set. 2021.

SANTIAGO, Eduardo Araruna Santiago; OLIVEIRA, Bruno Queiroz; VASQUEZ, Leandro Duarte. *30 anos da lei de execução penal: evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa*. Florianópolis: Conceito editorial, 2014.

SOARES, Rafael. Em cinco anos, Estado do Rio foi condenado a indenizar 78 pessoas presas injustamente. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 30, set. de 2020.

## O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O RÉU REINCIDENTE: A APLICAÇÃO HESITANTE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Arthur Rodrigues Vieitos

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** – a interação entre os institutos penais da insignificância e reincidência ainda não encontra regramento legal. A árdua tarefa de garantir a coerência na relação entre os referidos institutos cabe à jurisprudência, na lacuna da lei. Entretanto, observa-se um descompasso entre o que preconiza a literatura científica e o posicionamento dos Tribunais. A jurisprudência é analisada em movimento, isto é, a partir de suas recentes modificações, buscando identificar as inovações do Judiciário e pressupostos que permanecem inalterados. Identifica-se um padrão decisório excessivamente flexível, acarretando em uma aplicação casuística dos institutos. Como solução, defende-se a desvinculação da reincidência como critério de aferição da insignificância penal.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Insignificância. Reincidência.

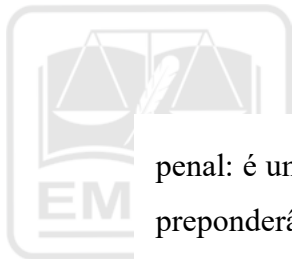
**Sumário** – Introdução. 1. A teoria tripartite do crime e a antinomia aparente entre os institutos da reincidência e da insignificância. 2. Controvérsias acerca da aplicação, pela jurisprudência brasileira, da insignificância ao réu reincidente: o posicionamento do STF e do STJ. 3. A aplicação mitigada do princípio da insignificância ao réu reincidente para concessão de regime prisional mais benéfico e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo investigar a interação entre os institutos penais da reincidência e da insignificância, bem como a interpretação adotada pelo ordenamento jurídico nacional acerca do tema. Os institutos em análise ocupam polos distintos na tensão que se desdobra por todo o direito penal, entre as garantias do réu e a segurança pública.

A insignificância é um instituto despenalizador, por excelência. Este princípio – também conhecido como princípio da bagatela – informa que lesões ou ameaças a bens jurídicos precisam se revestir de uma gravidade mínima para serem objeto de sanção penal. Trata-se de uma inovação teórica trazida pela doutrina funcionalista de Claus Roxin, que aduz a desnecessidade da pena quando a conduta não suscita um desvalor político-criminal, ainda que formalmente típica.

Inversamente, o instituto da reincidência atua em desfavor do réu. Positivada no art. 63 do Código Penal, a reincidência provoca múltiplas consequências gravosas no processo



penal: é uma circunstância agravante para a fixação da pena provisória (art. 61, inciso I), com preponderância sobre as atenuantes (na forma do art. 67); prejudica a concessão de regime prisional mais favorável (na forma do art. 33, §2º); impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de crime doloso (art. 44, inciso II); interrompe o prazo prescricional (art. 117, VI) e aumenta em um terço a prescrição executória (art. 110); e impede a transação penal e a suspensão condicional do processo (art. 76, §2º, inciso I e art. 89 da Lei nº 9.099/1995). A reincidência possui longa tradição no ordenamento jurídico brasileiro, já presente no art. 39, §19 do Código Penal de 1890.

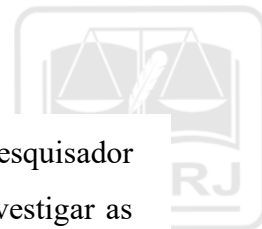
A aplicação do princípio da insignificância ao réu reincidente não encontra regramento expresso na legislação, cabendo à jurisprudência consolidar a matéria. A doutrina, por sua vez, tece críticas à construção jurisprudencial, descrevendo-a como oscilante. Neste contexto, o presente estudo apresenta uma abordagem conceitual dos institutos, de maneira a elucidar suas contradições à luz das diretrizes constitucionais, e propõe uma leitura crítica do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores.

O primeiro capítulo aborda a posição dos institutos da insignificância e da reincidência dentro da teoria tripartite do crime. A partir deste estudo, busca-se demonstrar que há apenas uma antinomia aparente entre ambos, dado que a insignificância incide sobre a tipicidade da conduta, enquanto a reincidência incide sobre a culpabilidade do agente.

O segundo capítulo avalia o posicionamento da jurisprudência brasileira quanto à interação entre os referidos institutos, ressaltando suas inconsistências teóricas. Ao destacar o tratamento do tema na jurisprudência, evidencia-se que os parâmetros estabelecidos são excessivamente flexíveis, dando azo a uma aplicação casuísta dos institutos.

O terceiro capítulo investiga a possibilidade de uma aplicação mitigada do princípio da insignificância penal ao réu reincidente, por meio da concessão de regime prisional mais benéfico e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Trata-se de uma solução adotada em julgados recentes dos Tribunais Superiores, como forma de ponderação entre os institutos. Analisar-se-á os pressupostos desta alternativa, bem como suas repercussões práticas.

A pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo, ao estabelecer hipóteses teóricas que serão confrontadas com dados reunidos na jurisprudência e na doutrina nacional, com intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.



Para tanto, a abordagem do objeto será qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente como um arsenal teórico, a fim de investigar as fontes do direito e formular uma conclusão crítica.

## 1. A TEORIA TRIPARTITE DO CRIME E A ANTINOMIA APARENTE ENTRE OS INSTITUTOS DA REINCIDÊNCIA E DA INSIGNIFICÂNCIA

A formalização da ciência penal em uma estrutura lógica é uma conquista do Estado Democrático de Direito. A fim de coibir o exercício arbitrário ou ilegítimo do poder punitivo estatal, as categorias jurídicas devem ser dotadas de uma densidade teórica autônoma e devem integrar a fundamentação da sentença penal. Isto possibilita aos diferentes atores processuais examinar o raciocínio judicial, exposto na fundamentação, e sua conformidade com os preceitos dogmáticos. Dessa forma, a sistematização da ciência penal serve como contenção à arbitrariedade, pois a decisão judicial que a viole trará vício de fundamentação, e consequentemente será nula.

Daí o esforço doutrinário para a formulação de uma teoria coerente, que abarque os aspectos essenciais do conceito de crime. Seguindo a matriz alemã, a doutrina brasileira majoritária adotou a teoria tripartite, conceituada na lição de Artur Gueiros e Carlos Japiassú<sup>1</sup> como:

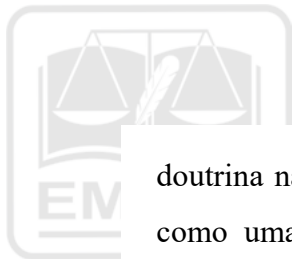
Em geral, conceitua-se o crime por intermédio de um processo de abstração científica denominado de método analítico. Ou seja, crime é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável. A esses caracteres básicos são, ainda, agregadas as formas especiais do seu aparecimento: a tentativa e o concurso de pessoas. Cuida-se, portanto, da decomposição do objeto de estudo em partes para ser novamente reagrupado e compreendido de maneira sequencial, permitindo-se, ao final das sucessivas etapas, verificar se, no caso concreto, ocorreu fato punível pela lei penal.

É a partir deste alicerce conceitual que são erigidos os institutos penais, que devem ser concatenados organicamente para fundamentar a aplicação da pena. Logo, torna-se imprescindível a identificação dos institutos da insignificância e reincidência dentro desta sistemática para avaliar sua interação.

Destarte, cumpre apresentar e localizar a insignificância dentro da dogmática penal contemporânea. Elaborado por Claus Roxin e apropriado de maneira idiossincrática pela

---

<sup>1</sup>JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].



doutrina nacional<sup>2</sup>, o princípio da insignificância adentrou o ordenamento jurídico brasileiro como uma chave interpretativa do conceito de tipicidade: além da subsunção do fato à hipótese contida no tipo incriminador, é necessário também que haja uma lesão considerável ao bem jurídico tutelado por este tipo. Valiosa a lição Luiz Regis Prado<sup>3</sup> sobre o tema:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima non curat praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete infimamente a um bem jurídico-penal.

Extrai-se que o princípio da insignificância se vincula à tipicidade, excluindo-a nos casos de lesão desprezível ao bem jurídico. Sua aplicabilidade decorre dos princípios constitucionais que norteiam a função da pena, em especial o princípio da lesividade e da retributividade.

A reincidência, por sua vez, é um instituto antigo no ordenamento jurídico brasileiro. Positivada nos art. 63 e 64 do Código Penal, a reincidência tem natureza jurídica de agravante genérica. Porém, seus efeitos não se restringem à dosimetria, afetando também o regime prisional, a substituição por penas restritivas de direito, a prescrição, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

O presente estudo não adentra nas discussões acerca da recepção constitucional da reincidência. Apesar das críticas<sup>4</sup> em direção oposta, este debate foi estabilizado no julgamento com Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 453.000, no qual o Plenário do STF<sup>5</sup> fixou tese no sentido de que “surge harmônico com o princípio constitucional da

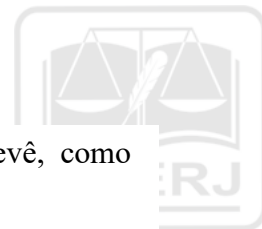
<sup>2</sup>Alexander de Castro defende que a interpretação brasileira do princípio da insignificância guarda pouca semelhança com o modelo elaborado por Claus Roxin. Na versão brasileira, o princípio se refere à intensidade da lesão ao bem jurídico, ao passo que a versão de Roxin se refere à intensidade do meio de execução da coerção. DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, nº 74, p. 39-64, jan./jun. 2019.

<sup>3</sup>PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 114.

<sup>4</sup>Registra-se, a título de ilustração, a posição de Ferrajoli quanto a reincidência: “entende-se que, num sistema garantista assim configurado, não tem lugar nem a categoria periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaborada pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 400.

<sup>5</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REExt. nº 453.000/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2282540>>. Acesso em: 03 abr. 2021.





individualização da pena o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência”.

Confirmada a constitucionalidade da reincidência, cabe localizá-la dentro da estrutura analítica do conceito de crime. O voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski<sup>6</sup>, nos autos do processo supramencionado, sustenta o seguinte posicionamento:

Hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai, em razão de sua vontade rebelde, particularmente interior e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que, para um homem, normalmente ajustável à ordem do Direito, isto é, de temperamento e vontade menos decisivamente adversos aos impeditivos da norma, seria estímulo suficiente para afastá-lo da prática de um novo crime.

Portanto, pode-se dizer que a reincidência atua sobre a culpabilidade, ensejando uma maior reprovabilidade do agente que retorna ao comportamento delituoso, mesmo após ser sancionado penalmente.

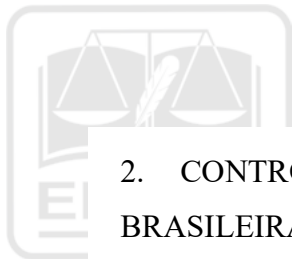
A partir do exposto, é possível constatar que não há uma antinomia entre os institutos sob análise. A insignificância exclui a tipicidade da conduta, posto que a agressão ínfima ao bem jurídico não é fato punível, mesmo que a conduta seja formalmente típica. Por outro lado, a reincidência ressalta a culpabilidade, na medida em que acentua o juízo reprovabilidade que recai sobre o agente. Observa-se que os referidos institutos incidem sobre elementos diversos do conceito de crime.

Consequentemente, não há motivos para a apreciação da reincidência na definição dos parâmetros da insignificância. Como visto anteriormente<sup>7</sup>, é necessária “a decomposição do objeto de estudo em partes para ser novamente reagrupado e compreendido de maneira sequencial”. Considerando a compreensão sequencial dos elementos do crime, tem-se que a análise da tipicidade, e sua exclusão devido à insignificância, precede a análise da culpabilidade, ainda que reforçada pela reincidência. Desta forma, a exclusão da tipicidade torna despicienda qualquer valoração acerca da culpabilidade.

Conclui-se, portanto, que a reincidência não pode constituir óbice à aferição da insignificância, diferentemente do que preconiza parte da jurisprudência nacional (como se verá nos capítulos seguintes). Os institutos não se confundem, nem se obstam, uma vez que recaem sobre elementos distintos do conceito de crime.

<sup>6</sup>Ibid.

<sup>7</sup>JAPIASSÚ; SOUZA, op. cit.



## 2. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA APLICAÇÃO, PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, DA INSIGNIFICÂNCIA AO RÉU REINCIDENTE: O POSICIONAMENTO DO STF E STJ

Como ressaltado no capítulo anterior, o instituto da insignificância tem origem doutrinária, a partir de reflexões acerca da função político-criminal da pena. Não há, na legislação positivada, uma definição de seus contornos. Coube, portanto, à jurisprudência fixar seu escopo de aplicação e requisitos.

O Supremo Tribunal Federal, em sua atividade jurisdicional, fixou os seguintes parâmetros para a incidência da bagatela penal: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade da conduta; e d) inexpressividade da lesão jurídica.

A fórmula elaborada pelo órgão de cúpula do Judiciário sofre críticas da doutrina, em especial quanto ao seu caráter tautológico. Ilustrando esse posicionamento, comenta Cléber Masson<sup>8</sup>:

Tais requisitos são muito próximos entre si. O Supremo Tribunal Federal não faz distinção entre eles. E, na verdade, é impossível diferenciá-los. A explicação para esse fenômeno é simples. Mais do que um princípio, a insignificância penal é um fator de política criminal. Portanto, é necessário conferir ampla flexibilidade ao operador do Direito para aplicá-lo, ou então para negá-lo, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto. É imprescindível analisar o contexto em que a conduta foi praticada para, ao final, concluir se é oportuna (ou não) a incidência do tipo penal. Este é o motivo pelo qual a jurisprudência muitas vezes apresenta resultados diversos para casos aparentemente semelhantes.

Logo, a inconsistência dos requisitos é justificada pela intenção de conferir ao julgador uma maior flexibilidade na aplicação da insignificância no caso concreto.

De toda maneira, os parâmetros erigidos jurisprudencialmente se assentam nos institutos de conduta, ação e lesão. Assim, esperava-se que a reincidência não fosse pertinente para aferição da bagatela, uma vez que aquela orbita a personalidade do agente, sendo estranha aos requisitos elencados.

Entretanto, a abordagem do STF a respeito da interação entre insignificância e reincidência percorre um caminho tortuoso. No primeiro momento, a Corte acolheu o

<sup>8</sup>MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

posicionamento no qual a reincidência constitui óbice à aplicação da insignificância. Em decisão de relatoria da Ministra Cármen Lúcia<sup>9</sup>, prolatou-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ESTELIONATO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSOS EM CURSO POR OUTROS DELITOS PRATICADOS PELO RECORRENTE. PROPENSÃO À PRÁTICA DELITIVA. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. Nas circunstâncias do caso, não se pode aplicar ao Recorrente o princípio em razão de outras práticas de crimes por ele, de roubo inclusive. 3. Recurso ao qual se nega provimento.

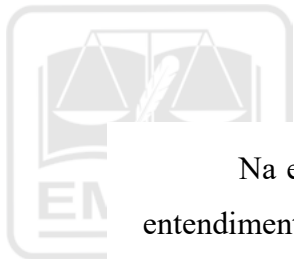
Segundo o argumento empregado neste julgado, a constatação da reincidência, por si só, tem condão de inviabilizar a aplicação do princípio bagatelar em favor do réu. Esta postura se choca contra as premissas do conceito analítico de crime, bem contra os próprios parâmetros definidos pela Egrégia Corte. A existência de prévia condenação realça a reprovabilidade do agente, não da conduta, como também não acentua a lesão ao bem jurídico ou aumenta a periculosidade da ação.

Paulatinamente, o STF alterou o curso de sua jurisprudência. A nova vertente defende uma avaliação menos dicotômica, na qual a reincidência não implica a exclusão automática da insignificância. Nessa proposta, caberia ao magistrado apreciar outros elementos relevantes para a aplicação da bagatela. Colaciona-se a seguinte decisão, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>10</sup>:

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

<sup>9</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 115.226/MG*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4893880>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>10</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.734/MG*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308578363&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2021.



Na esteira desse julgado e de similares, o Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup> publicou seu entendimento quanto ao tema no Informativo nº 548, compatibilizando sua jurisprudência à do STF.

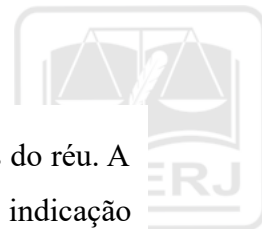
Aplica-se o princípio da insignificância à conduta formalmente tipificada como furto tentado consistente na tentativa de subtração de chocolates, avaliados em R\$ 28,00, pertencentes a um supermercado e integralmente recuperados, ainda que o réu tenha, em seus antecedentes criminais, registro de uma condenação transitada em julgado pela prática de crime da mesma natureza. A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, como, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência e o tempo do agente na prisão pela conduta. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. Nesse contexto, não obstante a certidão de antecedentes criminais indicar uma condenação transitada em julgado em crime de mesma natureza, na situação em análise, a conduta do réu não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. Ademais, há de se ressaltar que o mencionado princípio não fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitiva na sociedade moderna.

Pode-se afirmar, então, que há um posicionamento majoritário nos Tribunais Superiores quanto à interação da insignificância com a reincidência. Afastando-se do entendimento original, que preceituava uma oposição excludente entre os institutos, agora a reincidência permanece como um elemento negativo na avaliação da insignificância, entretanto, não é mais capaz de, por si só, obstruir sua aferição no caso concreto.

Decerto, a nova concepção é mais coerente com os preceitos da dogmática penal do que a anterior. Contudo, a imprecisão técnica persiste, ainda que seja suavizada. Mesmo ao alterar o curso de suas jurisprudências, os Tribunais se furtaram de enfrentar o ponto crítico da presente controvérsia: a reincidência acentua a ofensa ao bem jurídico?

Percebe-se que o atual panorama alarga o campo de discricionariedade da decisão judicial. O magistrado continua podendo indicar a existência de condenação prévia para negar a aplicação da insignificância, desde que apresente outros elementos que corroborem com sua decisão. Por outro lado, o magistrado não fica vinculado a afastar a insignificância pela presença da reincidência.

<sup>11</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 549*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0548.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0548.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.



Todavia, esse alargamento de discricionariedade se faz às custas dos direitos do réu. A reincidência é absolutamente impertinente à configuração da insignificância, e sua indicação como elemento descaracterizador, mesmo que tomada em conjunto com outros fatores, contribui para o encarceramento de réus por crimes insignificantes.

Em realidade, tal raciocínio decorre de um cálculo político-criminal, que preconiza o reincidente como indivíduo especialmente indesejado. A amplitude decisória conferida ao julgador o possibilita afastar esse indivíduo do convívio social, sempre que for conveniente para a ordem pública, ainda que o agente tenha cometido um crime materialmente insignificante. Quanto ao tratamento dado ao reincidente pelo direito penal, Eugenio Zaffaroni<sup>12</sup> tece as seguintes críticas:

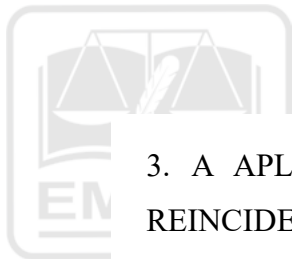
*Es necesario advertir que en el sistema penal no se trata meramente de un trato externo, sino que abarca un serio "tratamiento" que está perfectamente legalizado a través de los registros de reincidencia, de la posibilidad de impedir o dificultar cualquier ejercicio laboral honesto por parte de las agencias del sistema penal que se ocupan de publicitar el "status" del criminalizado, de privar de libertad periódicamente a la persona convirtiéndola en un "sospechoso profesional", de someterlo a proceso por los antecedentes, de tomar los antecedentes como pruebas de cargo, incluso por parte de los jueces, etc., y que se integra en un proceso complejo de deterioro cuya parte más importante la tiene a cargo la prisión o "jaula".*

Poder-se-ia adicionar a esse rol de violações aos direitos do reincidente a denegação da insignificância.

Pelo exposto, conclui-se que a jurisprudência nacional entende a reincidência como elemento descaracterizador da insignificância, porém essa descaracterização não é mais automática, devendo ser corroborada com outros elementos. Ao arripio da estrutura analítica do crime e os critérios erigidos pela sua própria jurisprudência, o STF atribui aos julgadores uma ampla discricionariedade na abordagem da interação entre reincidência e insignificância, mesmo em desfavor do réu.

---

<sup>12</sup>ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 139.



### 3. A APLICAÇÃO MITIGADA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO RÉU REINCIDENTE PARA CONCESSÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BENÉFICO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO

Entre os efeitos gravosos da reincidência, está a fixação de regime prisional mais desfavorável, na forma do art. 33, §2º do Código Penal. O referido artigo proíbe ao reincidente o regime inicial aberto em qualquer caso e o semiaberto quando a pena cominada for superior a quatro anos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem adotando um entendimento mais flexível: a possibilidade de paralisação desse dispositivo quanto cotejado com a insignificância, no caso concreto. Em acórdão paradigmático, mencionado no Informativo nº 793/STF, assim se pronunciou o relator Ministro Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>:

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.

De maneira similar, o STF também vislumbra a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ao réu de crime doloso em reincidência específica, quando for cogitável a aplicação da insignificância – de encontro ao que dispõe o art. 44, §3º do Código Penal. Foi a solução adotada pela Corte no julgamento do *Habeas Corpus* nº 137.217/MG, como explica o redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes<sup>14</sup>:

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.108/MG*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308572070&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

<sup>14</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 137.217/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748709505>>. Acesso em: 18 ago. 2021.



*HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DE OFÍCIO.*

[...]

3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. 4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que o réu possui diversos registros criminais, ostentando, inclusive, uma condenação com trânsito em julgado por delito de natureza patrimonial, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE. 5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido de ofício. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 31,20 (trinta e um reais e vinte centavos). Acrescente-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida no mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que a conversão da reprimenda corporal por restritivas de direito melhor se amolda à espécie. 6. Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para converter a pena corporal em sanções restritivas de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições das penas substitutivas.

Depreende-se que a jurisprudência nacional dilatou os efeitos da insignificância, na ausência de regramento legal do instituto. Em cooperação com o princípio da proporcionalidade, o STF também entende como possíveis consequências o afastamento de algumas medidas gravosas da reincidência, quando esta obsta a absolvição pela insignificância.

A postura da Corte nesses julgados converge com a virada jurisprudencial analisada no capítulo anterior. Abandonando a incompatibilidade entre insignificância e reincidência, a jurisprudência agora se abre à perspectiva da aplicação mitigada da bagatela.

Todavia, os desajustes conceituais permanecem. O argumento esposado pelo Ministro Alexandre de Moraes<sup>15</sup> faz menção expressa à impossibilidade de atipicidade material da conduta devido aos registros criminais pregressos. Tal raciocínio viola frontalmente a lógica analítica do crime: as condenações antecedentes não se materializam no juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta, mas naquele que recai sobre o agente, sendo indiferente para o exame da tipicidade.

---

<sup>15</sup>Ibid.



Ainda há um equívoco quanto aos resultados penais da insignificância. Como causa de exclusão da tipicidade, sua aferição no caso concreto necessariamente implicará a absolvição do agente, em decorrência lógica do próprio instituto. Leciona Rogério Greco<sup>16</sup> quanto ao assunto:

No caso em exame, faltaria a chamada tipicidade material, excluindo-se, dessa forma, a tipicidade conglobante e, por conseguinte, a tipicidade penal. A tipicidade penal seria a resultante, portanto, da conjugação da tipicidade formal com a tipicidade conglobante (antinormatividade + atividades não fomentadas + tipicidade material). Elaborando um raciocínio lógico, chegaríamos à seguinte conclusão: se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; consequentemente, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há o fato típico, não haverá crime.

Nota-se também que há um impasse de ordem legal na saída adotada pela Corte. A não aplicação de dispositivos válidos do Código Penal, sem que haja arguição de antinomia ou inconstitucionalidade, transborda os limites interpretativos do órgão julgador. Ao afastar expressamente a aplicação do princípio da insignificância, não resta princípio que sustente a não incidência das regras gravosas da reincidência. A alusão ao princípio da proporcionalidade se torna, assim, um mero enunciado performativo, trazido apenas atender a necessidade de fundamentação da decisão.

As imprecisões teóricas que envolvem a recepção do princípio da insignificância provêm de seu caráter supralegal. Coube aos Tribunais lhe dar concretude por meio do julgamento de variados processos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Quanto a essa tarefa complexa, comenta Alexander de Castro<sup>17</sup>:

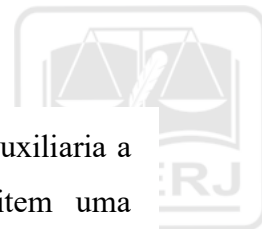
A escassa lesividade da conduta, então, passou a ser considerada uma causa de exclusão da tipicidade na medida em que impedia a configuração do “tipo material”. Essa solução foi recebida e utilizada de modo parcimonioso pelos tribunais. Como regra, à baixa lesividade da conduta juízes e desembargadores passaram a acrescentar também requisitos relativos à culpabilidade, especialmente a incompatibilidade com a reincidência ou a habitualidade criminosa. Desse modo, o próprio enquadramento dogmático da escassa lesividade como causa de exclusão da tipicidade tornava-se problemático. Em um certo sentido, a falsa recepção fracassava.

No fim, a tentativa de conferir coerência à aplicação do instituto por meio da jurisprudência se choca com a excessiva flexibilidade atribuída aos magistrados na sua avaliação.

<sup>16</sup>GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 19. ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

<sup>17</sup>CASTRO, op. cit.





Decerto, a inclusão e detalhamento da insignificância na legislação penal auxiliaria a melhor padronização do instituto. Vê-se que os Tribunais Superiores admitem uma interpretação insuficiente da bagatela, submetendo-a a uma leitura consequencialista que viola o núcleo essencial do princípio. Por outro lado, o não reconhecimento da absolvição pela exclusão da tipicidade vem proporcionando soluções improvisadas, como a paralisação casuística de dispositivos válidos do Código Penal.

## CONCLUSÃO

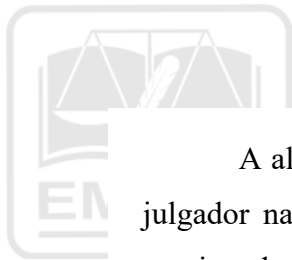
Conforme analisado na pesquisa, a interação entre os institutos penais da insignificância e reincidência ainda é um tema aberto, em constante atualização pela jurisprudência.

Os institutos em exame se situam em polos opostos da tensão entre segurança pública e direitos individuais do réu. Essa aparente contradição permeia todo o direito penal, e precisa ser abordada dentro do paradigma constitucional. Em uma perspectiva criminológica, a importância da discussão é ressaltada pelo estado atual do sistema carcerário brasileiro.

O principal argumento identificado neste artigo, para a solução da questão, consiste na desvinculação da reincidência como critério para aferição da insignificância. Partindo dos pressupostos teóricos que fundamentam a teoria do crime, expôs-se que os institutos não se relacionam, posto que a reincidência incide sobre a culpabilidade e a insignificância incide sobre a tipicidade. A exclusão da tipicidade pela insignificância precede a análise da culpabilidade, ainda que reforçada pela reincidência.

Contudo, ao adentrar no estudo jurisprudencial do tema, observa-se que a questão suscitada por este estudo é ignorada. Em um momento inicial, o posicionamento dos Tribunais Superiores prescrevia a total incompatibilidade entre os institutos: a reincidência seria suficiente para obstar a aplicação da insignificância. Posteriormente, as Cortes corrigem suas orientações, no sentido de rejeitar a exclusão automática da bagatela pela presença de condenações prévias.

Neste sentido, o STF passou a empregar um novo artifício – a aplicação mitigada do princípio bagatelar. Julgando ser inviável a absolvição pela reincidência, mas vislumbrando a insignificância no caso concreto, o Supremo passou a paralisar determinadas medidas gravosas decorrentes da reincidência.



A alteração do entendimento é justificada pela maior discricionariedade conferida ao julgador na avaliação do caso concreto. Considerando as inúmeras variáveis fáticas que o magistrado precisa sopesar em sua decisão, instrumentos como a supressão excepcional de dispositivos gravosos surgem como uma resposta mais adequada ao crime ocorrido.

Permanece, entretanto, a concepção de que a reincidência desfavorece a aplicação da insignificância. Apesar da impropriedade da proposição frente aos critérios erigidos pela sua própria jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal mantém-se firme, mesmo diante das recentes inovações.

Cogita-se uma motivação metajurídica para tal resistência. Além das ramificações penais da reincidência, extrapola também para o campo criminológico. O réu reincidente é tomado como um criminoso profissional, indivíduo especialmente indesejado ao convívio social. Então, o cárcere se apresenta como meio adequado de administração do desviante, ainda que os axiomas da dogmática penal tenham que ser flexibilizados para tanto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n° 756*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo756.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n° 549*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0548.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0548.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

CASTRO, Alexander de. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n° 74, p. 39-64, jan./jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. v. 1. Niterói: Impetus, 2017, [e-book].

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal: volume único*. São Paulo: Atlas, 2018, [e-book].

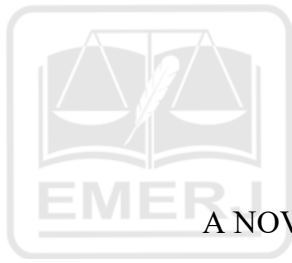


MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [e-book].

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância? *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 62, pp. 115-138, out./dez. 2016. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260344/book\\_rmp\\_62.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260344/book_rmp_62.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.



*LEGAL DESIGN E VISUAL LAW:*  
A NOVA LINGUAGEM DO DIREITO EM PROL DO ACESSO À JUSTIÇA

Beatriz Helena Fonseca Rodrigues de Campos  
Figueiredo

Advogada. Bacharel em Direito pela Fundação  
Getulio Vargas – FGV Direito Rio.

**Resumo** – A Resolução n.347 do Conselho Nacional de Justiça, em 13 de outubro de 2020 inaugurou duas novas matérias para o ordenamento jurídico pátrio: o *Legal Design* e o *Visual Law*. A intenção é a de facilitar a comunicação do direito através de elementos capazes de decodificar conceitos e aproximar os usuários da justiça aos seus direitos. O presente artigo investiga as raízes da linguagem do Direito, observando uma ruptura entre a sociedade e uma elite especializada em erudição e com um projeto de propagação de poder. Será analisado ao longo do artigo como o manejo de tais matérias podem funcionar como instrumentos concretistas do princípio do acesso à justiça, buscando amparo na pós-modernidade e tecnologias para rechaçar a o uso da linguagem arcaica e excessos de tradicionalismos diante da construção de documentos que funcionem para os seus usuários de forma simples e direta.

**Palavras-chave** – Teoria Geral do Direito. Hermenêutica Jurídica. *Legal Design*. *Visual Law*. Princípio do Acesso à Justiça.

**Sumário** – Introdução. 1. A linguagem do Direito une ou afasta a sociedade? 2. Uma nova proposta: o *Legal Design* e o *Visual Law* 3. O *Legal Design* e o *Visual Law* para a democratização do Acesso à Justiça. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a temática do *Legal Design* e do *Visual Law*, como novas ferramentas para a democratização do acesso à justiça. Trata-se o Direito de uma ciência social de altíssima complexidade, com inúmeros fundamentos e termos cunhados de pensadores clássicos, forjado no berço anglo-saxão e aprimorado ao nosso sistema jurídico ao longo dos séculos. Tamanha importância e magnitude alcança a ciência jurídica que é capaz de organizar toda uma sociedade e suas práticas corriqueiras no trato entre indivíduos.

Outrossim, a linguagem que se utiliza na comunicação do direito se traduziu em necessária formação técnica universitária para a compreensão das leis, direitos e deveres, elaboração de peças processuais, documentos, contratos, pareceres, entre outros; elevando-se, dessa forma, uma barreira entre juristas e leigos.

Neste sentido, resta prejudicado o acesso à justiça pelas pessoas que buscam obter respaldo judicial em litígios, já que o ambiente se torna pouco democrático no que tange a



interlocução entre os que detém o domínio da linguagem jurídica e aqueles que a desconhecem por completo.

Diante deste problema, encontra-se o esforço de minimizar a distorção da linguagem no ambiente jurídico com a utilização de mecanismos que auxiliem na inclusão dos jurisdicionados. Neste contexto, novas ferramentas que se destacam para esta finalidade são a implementação do *Legal Design* e do *Visual Law*, métodos que facilitam a compreensão do direito tanto entre pessoas leigas quanto entre juristas objetivando, sobretudo, democratizar o acesso à justiça.

Sendo assim, o presente artigo discute como a utilização do *Legal Design* e do *Visual Law* podem ser instrumentos facilitadores da praxe jurídica e veículos de acesso à justiça, buscando demonstrar que o Judiciário de fato necessita de uma modernização em sua linguagem, sendo possível a aplicação de um novo tipo de comunicação que ofereça maior clareza aos jurisdicionados e auxilie no acesso à justiça. Como consequência da implementação em largo espectro do *Legal Design* e do *Visual Law*, é possível que se ajuízem menos processos pautados tão somente em ruídos de comunicação ou decorrentes de imposições equivocadas.

Desta forma, inicia-se o primeiro capítulo pela análise da linguagem utilizada no Direito, sua estrutura segregacional e as diversas tentativas do ordenamento de reverter ou amenizar a distorção existente na comunicação jurídica da contemporaneidade. Em seguida, apresenta-se o segundo capítulo que conceitua o *Legal Design* e o *Visual Law* e explicita as suas principais utilizações na praxe jurídica em prol de uma melhor comunicação entre operadores do direito, leigos, e no próprio processo decisório das ações judiciais. Por fim, o terceiro capítulo aponta como o *Legal Design* e o *Visual Law* se traduz em instrumento eficaz para a democratização do acesso à justiça em detrimento de termos arcaicos e de difícil compreensão usualmente utilizados pelos juristas.

O artigo é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, elegendo-se um conjunto de proposições hipotéticas para analisar o objeto da pesquisa, com a intenção de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Sendo assim, a abordagem do objeto deste trabalho é necessariamente qualitativa, utilizando-se da bibliografia pertinente ao tema proposto, com o uso precípua de legislação e doutrina, para sustentar a tese em comento.



## 1. A LINGUAGEM DO DIREITO UNE OU AFASTA A SOCIEDADE?

O homem primitivo desenhou nas paredes das cavernas símbolos do seu cotidiano, chamados hoje de pinturas rupestres, e esta foi a primeira forma de comunicação entre seres humanos de que temos conhecimento. Desde então, a história evidencia a evolução das linguagens - a partir das necessidades humanas – com o uso de novas tecnologias para que as pessoas pudessem se organizar no convívio em sociedade. Sendo assim, construíram-se nações através de contatos interpessoais tão somente pela comunicação ou a ausência dela.

Neste prisma, é possível afirmar categoricamente que em determinadas áreas do conhecimento a linguagem utilizada sofreu um processo de especialização, tornando-se fonte inesgotável de poder de uma elite social. O intuito seria o de segregar indivíduos para que não pudessem obter acesso a informações das quais pudessem colocar em risco a posição de superioridade de um grupo em relação aos demais.

A linguagem jurídica remonta com exatidão este arquétipo. O anúncio de direitos e deveres pela codificação das leis apartou consideravelmente uma camada menos letrada da sociedade, seja pelo uso corriqueiro de expressões latinas ou o rebuscamento da escrita para uma comunicação não usual. Este esforço somente se observa quando um pequeno grupo pode tirar proveito da ignorância da população em prol de benefícios próprios. E quais seriam esses benefícios? Ditar regras processuais, dissuadir um indivíduo de que tenha determinado direito, escapar do cumprimento de obrigações, redigir contratos com cláusulas abusivas, não prestar adequadamente uma defesa ao cliente em troca de benefícios da outra parte, entre outros.

Por esses motivos, pode-se observar que a sociedade vivenciou um distanciamento do conhecimento jurídico e do acesso à justiça, forçosamente, ao longo do tempo, já que houve uma elitização intencional da linguagem empregada (sendo ela verbal ou escrita) pelos operadores do direito. Sendo assim, é possível concluir de que o Direito se auto refere por suas normas e não pelas transformações sociais.

Na obra “A Ordem Do Discurso”, o filósofo Michael Foucault<sup>1</sup> argumenta que o surgimento do desejo de poder está diretamente associado ao aparecimento do discurso (ou da fala). O papel atrelado ao discurso, portanto, seria o de reproduzir o exercício do poder das elites na dominação de outros grupos sociais, resultando diretamente num sistema de desigualdades como as conhecemos hoje: etnias, classe, sexo, entre outras.

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 9. Ed. São Paulo: Loyola, 2003, p. 137.



Neste diapasão, encontra-se o chamado “poder simbólico das elites”, que foi objeto de estudo por Pierre Bourdieu. Em sua obra, ele argumentou que para que tal poder seja exercido, é necessário que haja um ato de mobilização social, porém que seja velada a sua arbitrariedade. O autor assim ensina:

O poder simbólico como o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer crer e fazer ver, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo: poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer ignorado como arbitrário.<sup>2</sup>

As simples limitações às diversas formas de interpretação jurídica, representam, por si só, uma forma de controle social, e há de fato um exercício de reconhecimento deste método linguístico para o domínio de classes. É possível observar neste cenário que o Direito se torna uma ciência social isolada da própria sociedade que o criou, trazendo normas codificadas e desvinculando destas, os seus verdadeiros valores.

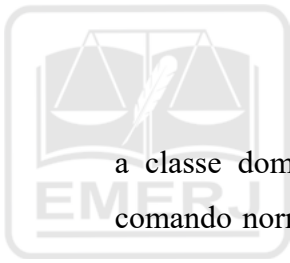
Constata-se, dessa forma, um distanciamento paulatino dos indivíduos com as normas jurídicas que os protegeriam - e conseqüentemente ao acesso à justiça - uma vez que já são constituídas para tornar inacessível o seu entendimento. Mas como observa-se na prática esta intenção de se especializar a linguagem do direito de tal forma que as pessoas não se sentissem conectadas com seus enunciados? Como se deu este distanciamento? A partir de dois efeitos aplicáveis: o da neutralização e da universalização das normas. Eis a percepção de Bourdieu<sup>3</sup>:

A maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem com efeito para produzir dois efeitos maiores. O efeito da neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em um sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo. O efeito da universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestativos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado [são] próprios para exprimirem a generalidade e atemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético [...].

O autor argumenta que as normas jurídicas se apresentam aos seus “súditos” de forma impessoal e abstrata, cristalizadas em formato de lei, fazendo com que o destinatário da norma acredite que a sua finalidade coincide diretamente com a forma como foi escrita e apresentada. Em outras palavras, a percepção de Bourdieu acerca do “poder simbólico das elites” é a de que

<sup>2</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p.14.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 215-216.



a classe dominada se submete com espontaneidade ao controle porque acreditam que o comando normativo fora empregado para o benefício de todos. Caso contrário, fica evidente um contexto de subversão, pondo-se em xeque o estatuto social criado pelo poder político vigente.

Sendo assim, para que haja verdadeira revolução no discurso jurídico, é necessário que se tenha o conhecimento ativo da existência deste local forjado de privilégios, bem como que haja uma desconstrução da linguagem com a indução de forças sociais para uma participação decisória, com autonomia e apartada da elite. Em suma, o grande desafio é tornar o discurso jurídico acessível ao entendimento de qualquer cidadão.

Tendo em vista tais percepções do contexto histórico da construção da linguagem jurídica, passamos a análise dos esforços dos operadores do direito no combate ao sistema de elites. O Direito contemporâneo já apresenta grandes avanços no que tange novas formas de desburocratização da sua linguagem. Pode-se verificar que o legislador hoje se preocupa com a inclusão das pessoas e o correto direcionamento das normas; exemplo disso são as leis processuais civis que evoluíram de forma que tornasse o processo mais efetivo para as partes, de forma assertiva e célere, pautado sobretudo em princípios em detrimento da utilização de regras apenas. Diante disso, a prática da hermenêutica ganha prestígio e se mostra como principal elemento na interpretação das leis em prol dos seus jurisdicionados.

É preciso destacar nesse contexto uma lei revolucionária, que surgiu como divisor de águas entre o Direito arcaico e o futuro do Direito, que foi a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099 de 1995)<sup>4</sup>. Ela traz em seu artigo segundo importantes princípios, sendo eles: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Verifica-se que uma das maiores preocupações deste procedimento especial é o foco no cidadão, propondo-se uma rápida solução dos conflitos e desprezando as formalidades até então impostas pelo Direito.

Outra norma que buscou combater a burocracia do Judiciário e seus entraves de comunicação, foi a Lei que instituiu o processo eletrônico no Brasil (Lei nº 11.419 de 2006)<sup>5</sup>, trazendo o olhar dos operadores do direito para o século vinte e um, a era da *internet*. E como as pessoas se comunicam hoje em dia senão por pequenos textos, muitas vezes de cunho informal, consumindo em grande parte audiovisual. Pois bem, o processo eletrônico foi capaz

---

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei nº 9.099* de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>5</sup>BRASIL. *Lei nº 11.419* de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2022.





de incluir de fato o indivíduo como parte, trazendo o acesso remoto do seu andamento processual, permitindo anexar os mais variados tipos de conteúdo probatório capaz de embasar o argumento de sua defesa.

É preciso ter em mente que a linguagem utilizada no Direito tem por finalidade principal a persuasão e o convencimento, e para concretizá-lo deve-se expor todos os fatos e pedidos de forma clara, demonstrando que a conclusão do raciocínio é a sentença que se espera. Para isso, novos mecanismos se unem aos já consolidados, que surgem no progresso paulatino do acesso à justiça e sua democratização, em benefício dos usuários do Poder Judiciário. São eles: o *Legal Design* e o *Visual Law*, objetos de estudo do próximo capítulo.

## 2. UMA NOVA PROPOSTA: O *LEGAL DESIGN* E O *VISUAL LAW*

Como pode ser visto anteriormente, diante dos inúmeros impasses que a linguagem jurídica acarreta as pessoas, surgiu nos últimos dois anos um movimento voltado para facilitar a compreensão de termos e documentos, frutos da prática cotidiana do Direito.

O chamado *Legal Design* se desenvolve neste contexto após a fundação do *The Legal Design Lab*, em meados de 2013, pela professora da faculdade de Direito de Stanford, Margaret Hagan, que ao observar o cenário excludente de comunicação, estudou uma forma de superar esse problema. A solução por ela proposta foi a interdisciplinaridade do Direito com o universo do Design. A escolha pela matéria se deu em detrimento de um dos principais pilares do Design que é a criação de produtos com o foco no seu público, ou seja, avaliar problemas e construir soluções desenhadas para a sua superação<sup>6</sup>.

Sendo assim, a primeira vez é verificada a expressão *Legal Design*, através do livro da mencionada doutrinadora denominado “*Law by Design*” (Lei pelo desenho - em tradução livre)<sup>7</sup>. Neste livro, ela evidencia, primeiramente, as principais limitações das pessoas ao se deparar com conceitos de difícil entendimento do direito, e demonstra como é possível organizar documentos jurídicos e manejar o próprio processo de forma mais eficiente aos jurisdicionados, numa clara demonstração de possibilidade de se alcançar a democratização do acesso à justiça.

<sup>6</sup> MAIA, Ana Carolina; NYBO Erik Fontenele; e CUNHA, Mayara. *Legal Design: criando documentos que fazem sentido para os usuários*. São Paulo. p. 8.

<sup>7</sup> HAGAN, Margaret. *Law by Design*. Disponível em: <<https://www.lawbydesign.co/legal-design/#design-thinking>>. Acesso em: 15 fev. 2022.



Margaret Hagan rompe com a ideia do Direito ser um fim em si mesmo, objeto de ciência social e política, e coloca o litigante como ponto focal e determinante para a construção processual ou de contratos e outros serviços jurídicos. Esta mudança de foco advém não somente da forma de trabalho do *Design*, mas também na clara alusão de Mauro Cappelletti<sup>8</sup> que em sua doutrina eleva o litigante ao patamar de usuário da Justiça quando observada a terceira onda renovatória do acesso à justiça. Portanto, em outras palavras, existe um serviço jurídico a ser prestado pelo Estado e o cliente que busca este serviço e se torna conseqüentemente beneficiário dele são os seus usuários.

O *Legal Design* como matéria vem sendo interpretada e conceituada de diferentes formas por cada adepto de sua forma de operação, contudo, é possível conceituar a ferramenta como a aplicação de elementos de design e a experiência do usuário em documentos ou produtos jurídicos<sup>9</sup>. Todas as suas iniciativas mercadológicas focam no uso de elementos visuais e técnicas de design operando na mudança de layouts das peças e outros documentos.

O *Legal Design* está neste contexto cognitivo no mesmo patamar hierárquico do *Neurodesign*, pois busca solucionar através de componentes de *design* quaisquer interferências na comunicação dos interlocutores no âmbito do Direito, voltando o olhar não somente para a modernização da linguagem jurídica, mas também à influência da interpretação dos usuários a um melhor resultado persuasivo do documento desenvolvido<sup>10</sup>.

Cumprir destacar que não se trata, puramente, de uma questão estética ou de formatação, mas da aplicação de princípios e elementos imagéticos que buscam melhorar a experiência cognitiva do usuário. Este verdadeiro desenho de documentos auxiliam no processo de captação de informações e decodificação neural para que assim o interlocutor além de acessar integralmente os argumentos propostos pela parte, consiga também se expressar ao magistrado de forma clara e precisa.

O *Visual Law* surge neste contexto como espécie modal do *Legal Design*, pois trata-se de elementos visuais a serem direcionados aos usuários. É possível dizer que há uma etapa de criação do documento escrito e desenvolvido pelo *Legal Design* que se preocupa com a tipografia, o uso das palavras, adaptação de linguagem, explicação de termos jurídicos e de todo o processo de feitura do documento à *persona* a que se destina e o *Visual Law* aparece neste

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 25-27.

<sup>9</sup> CUNHA, op. cit., p. 13.

<sup>10</sup> ANTUNES, Andreza; e FIGUEIREDO, Beatriz. *O visual law e o neurodesign: como o uso dos elementos visuais interferem na cognição do intérprete do direito* In: *Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o Direito*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 5.



processo ao final, com a utilização de elementos verdadeiramente desenhados para a completude da compreensão do que se pretende comunicar.

Portanto, o *Visual Law* é uma nova forma de se comunicar o direito a partir de imagens, tendo como exemplo o uso de gráficos, linhas do tempo, tabelas, *story boards*, fluxogramas, *links*, *QR codes*, fotos, ou qualquer outro elemento audiovisual; que são comprovadamente capazes de influenciar os sentimentos e percepções das pessoas de forma positiva.

Num mundo cada vez mais digital, onde são manejados milhares de processos eletrônicos diariamente, não tem como se manter padrões de comunicação que não estejam intimamente alinhados ao ambiente digital. A interação homem-máquina, e por assim dizer a visão de documentos em telas (notebooks, computadores, tablets, celulares, entre outros) proporciona uma nova conexão neural e visual para as pessoas. A simplicidade em questão consiste em abstrair o óbvio e acrescentar o que há de mais significativo naquela mensagem, isto é, não utilizar elementos para confundir, mas para predispor uma cognição mais eficiente<sup>11</sup>.

Existem inúmeros documentos que são produzidos, sendo os principais do cotidiano dos operadores das leis: peças, contratos, pareceres, decisões, despachos, sentenças, ofícios, certidões, acórdãos, súmulas e notificações. Tais documentos guardam similaridade com os chamados “infoprodutos”, que podem ser elaborados em áudio, vídeo ou texto, tendo como principal característica a oferta de informação digital para *download*, *upload* ou consumo online<sup>12</sup>. Sendo assim, é possível verificar que os infoprodutos jurídicos trazem como principal objetivo a gestão e imposição de interesses pessoais e/ou legais por meio de uma informação digital<sup>13</sup>.

Partindo deste pressuposto, o instituto do *Visual Law* (como matéria final a ser entregue pelo Legal Design) surge no ordenamento jurídico através da Resolução n.347 do Conselho Nacional de Justiça, em 13 de outubro de 2020<sup>14</sup>, instituindo a Política de Governança das Contratações Públicas dos órgãos do Poder Judiciário, dispondo sobre princípios, diretrizes, instrumentos e mecanismos. O termo aparece pela primeira vez no artigo trinta e dois parágrafo único do Capítulo X - Do Plano De Comunicação, para os Tribunais de todo o país, *in verbis*:

<sup>11</sup> MAEDA, John. *As leis da simplicidade*: vida, negócios, tecnologia, design. São Paulo: Novo Conceito, 2007, p. 89.

<sup>12</sup> ROCHA, Hugo. *O que são infoprodutos?* Disponível em: < <https://clickpages.com.br/blog/infoproduto-o-que-e/>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, op. cit., p. 7.

<sup>14</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 347*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20insti%20a,%2C%20diretrizes%2C%20instrumentos%20e%20mecanismos.>>. Acesso em: 15 fev. 2022.



Art. 32. Compete aos órgãos do Poder Judiciário elaborar o Plano Estratégico de Comunicação para implementação dos ditames desta Resolução, que assegure, além do disposto na Resolução CNJ nº 85/2009, os seguintes objetivos (...). Parágrafo único. Sempre que possível, dever-se-á utilizar recursos de *visual law* que tornem a linguagem de todos os documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e dos fluxos de trabalho mais claros, usuais e acessíveis.

Posteriormente, no anexo da resolução n. 347<sup>15</sup>, é explicitado pelo legislador o que é entendido por *Visual Law* no item XXV: “*Visual Law* – subárea do *Legal Design* que utiliza elementos visuais tais como imagens, infográficos e fluxogramas, para tornar o Direito mais claro e compreensível”.

Igualmente, verifica-se recente legislação para o Direito Empresarial que autoriza o uso de técnicas de *Visual Law* em documentos submetidos a registro nas juntas comerciais. De acordo com a Instrução Normativa DREI n. 55<sup>16</sup>, publicada em 10 de junho de 2021, e que altera a Instrução Normativa DREI n. 81, em seu artigo 9º-A, “Nos atos submetidos a registro poderão ser usados elementos gráficos, como imagens, fluxogramas e animações (técnicas de *visual law*) bem como timbres e marcas d’água.”

Diante desta abertura legislativa e robusta aderência pelo Judiciário, como demonstram recentes pesquisas da *startup* “Bits Academy”<sup>17</sup> e do grupo de estudos independente “Visulaw”<sup>18</sup>, é perceptível que a necessidade comunicativa tem o condão de adaptar o ambiente jurídico em prol da eficácia da prestação jurisdicional e conseqüentemente do acesso à justiça. No capítulo seguinte será disposto a incidência do *Legal Design* e do *Visual Law* para a concretização do princípio.

### 3. O *LEGAL DESIGN* E O *VISUAL LAW* PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Mais do que formatar, ou embelezar as petições. Os recursos do *Legal Design* almejam que a justiça seja cada vez mais justa, na medida em que ela se converte em um instrumento cada vez mais acessível. Rompidas as barreiras de acesso social à justiça, pelo menos no que

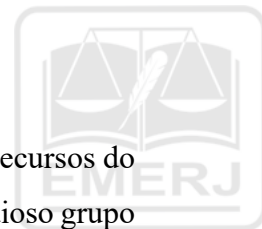
<sup>15</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 347*. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20insti%20a,%2C%20diretrizes%2C%20instrumentos%20e%20mecanismos.>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>16</sup> BRASIL. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. *Instrução Normativa nº 55*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-drei-n-55-de-2-de-junho-de-2021-324805409>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>17</sup> BITS ACADEMY. Pesquisa. *Análise de comportamento de usuários diante de documentos jurídicos*. Disponível em: <[https://bitsacademy.com.br/download-e-book-legal-design-pesquisa-novembro-de2020/?thumbnail\\_id=3727](https://bitsacademy.com.br/download-e-book-legal-design-pesquisa-novembro-de2020/?thumbnail_id=3727)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>18</sup> VISULAW. Pesquisa. *Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal e estadual*. Disponível em: <<https://visulaw.com.br>>. Acesso em: 15 fev. 2022.



tange ao direito de ação. Parcela considerável da sociedade ainda vive alienada dos recursos do poder judiciário no que se comparte ao entendimento de seus próprios direitos. Grandioso grupo de requisitantes, iletrados, analfabetos funcionais, pessoas de baixa familiaridade com o sistema judicial, pessoas sem escolaridade etc., conseguem, hoje, livremente disparar um feito na justiça.

Contudo, pela falta de aptidão técnica, vários não conseguem sequer compreender o que os seus interlocutores falam em seus próprios processos. Independente da capacidade postulatória, para os vulneráveis do sistema judicial, apesar de um Poder Judiciário cada vez mais receptivo, a linguagem, o formalismo excessivo e a técnica exclusivista, ainda obrigam que uma parcela da população sofra de uma tutelada indireta dos seus interesses, e acabe, por fim, refém do hermetismo daqueles que lhe deveriam facilitar – e traduzir – todos seus anseios: serventuários, juízes, promotores, advogados, defensores e peritos, entre tantos outros que compõe o mundo do direito.

Em tempos de transparência, em que a tecnologia disponível serve como canal entre as pessoas, utilizar-se de recursos gráficos e linguísticos de forma consciente acaba sendo a chave para que ao acesso à justiça, da forma como classicamente proposto, possa ser ainda mais acentuado, e até mesmo escalonado.

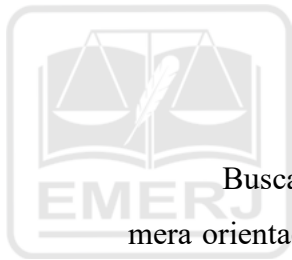
Mauro Cappelletti<sup>19</sup>, ao conceitualizar uma definição de “acesso à justiça”, sem preconizar as possibilidades que o uso em massa de recursos de linguagem ou de imagem poderiam proporcionar com a tecnologia e a facilitação do direito, não se limita a estender sua análise das normas aos institutos e seu modo de operar, como já o fizeram, com méritos, as várias correntes do pensamento realístico moderno; mas tal análise realística e funcional concentra-se nos consumidores, antes que nos reprodutores do sistema jurídico.

A temática do “Acesso à Justiça” vem sendo exaustivamente analisada e pesquisada pelos estudiosos ao longo das décadas, tendo o próprio doutrinador se debruçado sobre o tema, de forma acentuada e por um viés moderno. Segundo ele:

A expressão “acesso à Justiça” [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programa di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 27, nº 2, p. 233-245, jun.1982.

<sup>20</sup> GARTH, op. cit., p. 8.



Busca-se um novo serviço de assistência jurídica, que vai além do fundamento básico à mera orientação e defesa dos direitos e garantias fundamentais das populações carentes, mas que resultará numa atuação mais ativa de gestão estratégica conjunta de modo a aperfeiçoar a função jurisdicional, através de um ponto de vista mais tecnológico, pois tem o papel essencial da orientação e assessoria às comunidades e suas entidades e organizações, mas trazendo a responsabilidade da solução e da informação clara para todas as partes envolvidas no conflito, como forma, inclusive, de empoderamento do Poder Judiciário.

Sem embargo do que a tecnologia e os recursos gráficos implicam na renovação de um direito cotidianamente em construção, considerando-se, que a história do país é a de uma constante marcha pela integração social, e pelos altos e baixos de um Estado do Direito, tanto o *Legal Design* quanto o *Visual Law*, ao promoverem a simplificação da linguagem jurídica tradicional, são de total reforço não somente ao que Cappelletti ensinara, a respeito da diapasão da justiça, mas também aos anseios de reforma que o próprio judiciário brasileiro busca – e reconhece – há décadas, e pelo menos desde que a internet e a cultura da informatização se propagaram no país<sup>21</sup>.

Desenhar a informação, e reduzir as dificuldades que dela poderiam emanar, fazem com que o tempo de processamento das demandas, complexas ou não, sejam encurtados, e fazem, ainda com que a justiça, em sendo compreendida, seja acessível em níveis ainda mais profundos que o da mera ciência dos direitos, ou do monopólio das informações, mas no de uma verdadeira inclusão social, canalizada pelo direito e pela capacidade de interagir com aquilo que é legal tanto de maneira passiva quanto de maneira ativa. Propagar a compreensão dos direitos também é, reflexivamente, uma via distribuição de cidadania, e de tudo o quanto importa ao necessário exercício dos deveres. Cândido Rangel Dinamarco<sup>22</sup>, a esse propósito, já asseverou que:

Mede-se o grau de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também sejam pobres a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim. À medida que a ciência jurídica se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vai sentindo os reflexos dessa evolução, tornando-se mais minucioso e apurado. A linguagem do jurista de hoje não é a mesma de seu antecessor do século passado, precisamente

<sup>21</sup> A respeito deste reconhecimento, veja-se que a Resolução nº 347 de 13 de outubro de 2020, em seu Art. 32, parágrafo único, recomendou que, em planos de comunicação jurídica, sempre que possível, utilizar-se-á recursos de *visual law*. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 347*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20insti%20a,%20diretrizes%20instrumentos%20e%20mecanismos.>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.101-102.



porque a ciência do direito já se encontra profundamente modificada (assim como a do físico, que nas últimas décadas tantos fenômenos novos vai precisando designar).

Permitir, por fim, que o direito seja ainda mais aberto ao público que dele necessita, é ser superável aos problemas que antigamente não podíamos transpor, por ausência de tecnologia disponível, e propor que o direito pátrio seja não só mais justo, mas também completamente adaptável aos avanços que uma tendência global reservam às estruturas sociais do Brasil e à sua forma de fazer direito, ainda muito arraigada ao vocabulário complexo de seu passado próximo – elitista e imperialesco, como nos explica Edmundo de Campos Coelho<sup>23</sup> – e aos seus maneirismos mais distantes, que comportam, inclusive, o uso do latim, e de textos intocáveis ao entendimento leigo.

Desmistificar o acesso à justiça, gera, ações em cadeia, que proporcionam diversas melhorias em diferentes setores. O aumento da demanda de processos, implica na contratação de mão de obra qualificada e amplia o cumprimento das leis em diversos litígios que antes não seriam ajuizados por desconhecimento de uma grande parcela da população.

Assim, para que se possa falar num acesso à justiça eficiente e, sobretudo, em efetividade do processo, pelo menos quatro pontos sensíveis devem ser removidos, e que são os seguintes, segundo uma doutrina da teoria geral do processo: (a) admissão ao processo - ingresso em juízo, (b) o modo de ser do processo, (c) a justiça das decisões, e (d) a efetividade das decisões, que são proferidas no processo pelos juízes.

O direito, assim como as demais ciências, bebem na fonte do tempo, que traz não somente, a evolução tecnológica a seu favor, como a oportunidade de, diariamente, encontrar soluções e melhorias para judiciário. O *Legal Design* é uma dessas ideias que quebra o *status quo* e promove mudanças que otimizam o andamento dos processos, evitando a produção em série de sentenças protocolares para os casos correlatos. Essa forma arcaica de se “fazer o direito”, torna o processo ainda mais burocrático e demorado, podendo, portanto, ser mais eficiente ao acesso à justiça pelos novos recursos sugeridos pelo *Legal Design* e o *Visual Law*.

## CONCLUSÃO

Este artigo constatou, como problemática essencial, a existência de falhas na comunicação do Direito, que ocasionam um real distanciamento entre juristas e usuários da Justiça. Tal distanciamento se materializa pelo domínio da linguagem jurídica não ser acessível a população como um todo, de forma que apenas uma parcela da sociedade, ou seja, uma elite,

---

<sup>23</sup> COELHO, Edmundo de Campo. *As profissões imperiais: Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro (1822-1930)*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999, p.109.



é capaz de decodificar a linguagem e empreender esforços na defesa de interesses de terceiros, participando de forma ampla e irrestrita em litígios, contratos e pareceres sem que necessariamente reproduzam os anseios de seus clientes/jurisdicionados.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer do primeiro capítulo deste trabalho, foi possível chegar à conclusão de que apesar de existirem muitos esforços para que as normas legais sejam reflexo e resposta aos anseios das sociedades, há, igualmente, uma força contrária, ainda que costumeira ou cultural, que nega uma abertura ou facilitação na comunicação do Direito aos leigos. O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de Bourdieu, de que existe uma métrica excludente no âmbito linguístico, dominado por uma classe de juristas que, ao longo dos séculos, se organizaram estrategicamente a fim de manejarem interesses próprios ou cultivarem um status social elevado, já que o rebuscamento de uma linguagem demonstra erudição e poder.

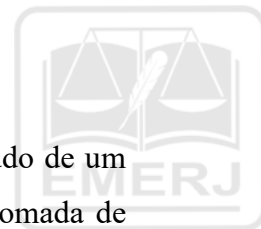
Diante deste contexto, se descortinou ao longo do segundo capítulo uma nova proposta de comunicação para a linguagem jurídica: o *Legal Design* e o *Visual Law*. Tais métodos funcionam de forma inclusiva, garantindo que qualquer leitor que entre em contato com um infoproduto do Direito se sinta apto a captação e entendimento das informações ali contidas; isto porque tais matérias propõem uma reformulação da linguagem arcaica bem como a inserção de elementos visuais capazes de tornar conceitos mais palatáveis. Cumpre destacar que não é a intenção dos *Legal Designers* que se extirpem a todo e qualquer custo termos coloquiais em latim, por exemplo, mas evidenciar que o seu uso seja com completa parcimônia seguida de uma tradução conceitual; em detrimento da aptidão média dos usuários do sistema jurídico na inteligência dos termos utilizados.

O principal argumento usado por este artigo, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que assim como o Direito é fluido e mutável com o passar das gerações, a sua forma de comunicar também deve ser atualizada. Ostentar um discurso divergente apenas reforçaria uma exclusão de grande parte das pessoas, indo diretamente contra o princípio do acesso à justiça, impedindo a participação do cidadão na obtenção de direitos e na construção de suas próprias lides, não sendo benéfico para a sociedade.

Este artigo pretende sustentar, portanto, que os estímulos e predileções assumem novas nuances tal como a maneira como interpretamos as informações, em razão de estarmos inevitavelmente analisando a praticidade, simplicidade e funcionalidade das coisas.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que os usuários pós-modernos necessitam de respostas jurídicas em conformidade com novos parâmetros linguísticos já que são consumidores finais do sistema judicial. O uso do chamado





*plain language* - a escrita em uma forma que ajuda os leitores a entender o conteúdo de um documento na sua primeira leitura - bem como de elementos visuais, auxilia na tomada de decisões bem como aproxima e veicula o leitor do documento a que se destina.

O conteúdo imagético possibilita absorver com prontidão o seu significado. Não é necessário, portanto, o uso de parágrafos extensos ou frases de efeito mirabolantes para a construção de um bom produto jurídico. Sendo assim, a utilização do *Legal Design* e do *Visual Law* para a adaptação da comunicação da justiça se revelam como meios hábeis na concretização do acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Andreza; e FIGUEIREDO, Beatriz Helena. O visual law e o neurodesign: como o uso dos elementos visuais interferem na cognição do intérprete do Direito In: *Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BITS ACADEMY. Pesquisa. *Análise de comportamento de usuários diante de documentos jurídicos*. Disponível em: <[https://bitsacademy.com.br/download-e-book-legal-design-pesquisa-novembro-de2020/?\\_thumbnail\\_id=3727](https://bitsacademy.com.br/download-e-book-legal-design-pesquisa-novembro-de2020/?_thumbnail_id=3727)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.099* de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.419* de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 347*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20institui%20a,%2C%20diretrizes%2C%20instrumentos%20e%20mecanismos.>>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. *Instrução Normativa nº 55*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-drei-n-55-de-2-de-junho-de-2021-324805409>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso alla Giustizia come programa di riforma e come metodo di Pensiero*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, 1982.

COELHO, Edmundo de Campo. *As profissões imperiais: Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro (1822-1930)*. Rio de Janeiro: Record, 1999.



DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 9. Ed. São Paulo: Loyola, 2003.

HAGAN, Margaret. *Law by Design*. Disponível em: <<https://www.lawbydesign.co/legal-design/#design-thinking>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MAEDA, John. *As leis da simplicidade: vida, negócios, tecnologia, design*. São Paulo: Novo Conceito, 2007.

MAIA, Ana Carolina; NYBO Erik Fontenele; e CUNHA, Mayara. *Legal Design: criando documentos que fazem sentido para os usuários*. São Paulo: Expressa, 2020 [e-book].

ROCHA, Hugo. *O que são infoprodutos?* Disponível em: <<https://clickpages.com.br/blog/infoproduto-o-que-e/>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

VISULAW. Pesquisa. *Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal e estadual*. Disponível em: <<https://visulaw.com.br>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

## O DIREITO AO ESQUECIMENTO APLICADO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS

Beatriz Nascimento Antunes

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O aumento do fluxo de informações com a constante ascensão das redes telemáticas expôs uma ferida latente no direito brasileiro, qual seja, a falta de um tratamento uniforme e coerente aos conflitos entre os direitos individuais e a liberdade de expressão. Essa falta de segurança jurídica se torna ainda mais crítico no contexto das mulheres vítimas de crimes sexuais, que têm sua intimidade exibida para a sociedade sem que tenha tido a oportunidade de consentir. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é demonstrar a possibilidade do reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, e como o instituto pode ser utilizado para limitar os possíveis danos gerados pelos processos de vitimização.

**Palavras-chave** – Direito ao esquecimento. Vitimologia. Crimes Sexuais.

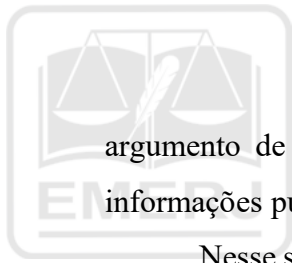
**Sumário** – Introdução. 1. A ausência de parâmetros para solucionar a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos individuais, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e seus reflexos. 2. O reconhecimento do direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira e sua função como mecanismo limitador do abuso da liberdade de expressão e de imprensa. 3. A possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento às mulheres vítimas de crimes sexuais como prevenção de danos decorrentes do abuso do direito à liberdade de expressão. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a possibilidade de reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como perspectiva o conflito dos direitos à intimidade, privacidade, imagem e honra com a liberdade de expressão. Tem por principal objetivo demonstrar que, sendo reconhecido o mencionado direito, este pode ser utilizado como instrumento de tutela das mulheres vítimas de crimes sexuais.

A problemática tratada neste artigo se mostra latente com o aumento do acesso às informações por meio das redes telemáticas, o qual escancarou o conflito que surge do choque entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, mormente à luz do passado sombrio do período ditatorial brasileiro.

Ante o mencionado conflito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio de um juízo de ponderação, afasta os direitos à imagem, privacidade, intimidade e honra em detrimento à liberdade de expressão, fato que retira a legítima tutela daqueles direitos, sob o



argumento de que a guarda de um direito individual poderia ocasionar censura prévia às informações públicas.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento, por meio de construção doutrinária, se mostra instrumento capaz de salvaguardar os direitos individuais citados, especialmente quanto a fatos ocorridos na vida de determinada pessoa e que, com o passar do tempo, não se mostram mais contextualizados e não correspondem mais à verdade.

O direito ao esquecimento, que tem sua principal aplicação no âmbito criminal, principalmente aos egressos do sistema carcerário, que não deixam de ter suas práticas delitivas passadas esquecidas, também pode ser estendido às mulheres vítimas de crimes sexuais, ante a sua revitimização perante a sociedade machista e patriarcal atual.

Assim, com o intuito de comprovar a necessidade de se reconhecer o direito ao esquecimento como instrumento de tutela dos direitos individuais das mulheres vítimas de crimes sexuais, serão analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratem do conflito entre liberdade de expressão e os direitos à intimidade, privacidade, imagem e honra, bem como o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1010606, que tratou do direito ao esquecimento. Além disso, serão abordadas posições doutrinárias que discutam os direitos acima expostos, com o intuito de construir raciocínio que possibilite a tutela das mulheres triplamente vitimizadas pelos crimes sexuais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando o tratamento prioritário do direito à liberdade de expressão em detrimento aos demais direitos, como a imagem, honra, privacidade e intimidade, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Busca-se demonstrar que é necessária a imposição de limites a este direito, que não é absoluto, e que ao ser tratado desta forma, ainda que indiretamente, provoca consequências que resvalam em diversas áreas do Direito.

No segundo capítulo, é debatida a necessidade de reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese o entendimento contrário do Supremo Tribunal Federal, exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1010606, como forma de tutelar os direitos individuais feridos pelo abuso da liberdade de expressão.

Por fim, o terceiro capítulo tem por objetivo demonstrar a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento como instrumento de tutela específico às vítimas de crimes sexuais, como forma de evitar a sua vitimização em três dimensões, inicialmente pelo crime propriamente dito e, posteriormente, tanto pelo aparato formal de controle social, como o Poder Judiciário e os órgãos de segurança pública, quanto pelas instituições de controle social informal, como a mídia.



Na pesquisa, recorre-se ao método hipotético-dedutivo, pois serão utilizadas proposições hipotéticas consideradas viáveis e, partindo-se destas, será analisado o objeto de pesquisa de forma argumentativa para comprová-las. Assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, já que será explorada bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa.

## 1. A AUSÊNCIA DE PARÂMETROS PARA SOLUCIONAR A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, E SEUS REFLEXOS

O Supremo Tribunal Federal (STF) teve oportunidade de se debruçar perante diversos casos que trataram sobre o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos individuais, como a honra, imagem e privacidade. Deste universo, destacam-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130<sup>1</sup>, a qual tratou da não recepção da Lei de Imprensa perante a Constituição Federal de 1988, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815<sup>2</sup>, que debateu a constitucionalidade da autorização para publicação de biografias, e o Recurso Extraordinário (RE) nº 1010606<sup>3</sup>, que recentemente analisou a possibilidade da aplicação do direito ao esquecimento à vítima de um crime sexual e sua família.

Em todos os casos acima citados, é possível concluir que a liberdade de expressão prevaleceu de forma absoluta, inclusive de forma unânime na ADI nº 4815<sup>4</sup>, no entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No entanto, a predominância do direito à liberdade de expressão, e da liberdade de imprensa como sua consectária lógica, disposta pela jurisprudência vinculante da Suprema Corte brasileira pode ser interpretada como violação à própria lógica de ponderação e harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto, tão cara aos citados Ministros.

Conforme é defendido pelos adeptos do neoconstitucionalismo, a Constituição de 1988 adotou com igual carga normativa as regras e os princípios, sendo exemplo positivado destes últimos os próprios direitos fundamentais, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Por terem conteúdo aberto e serem considerados relativos, acabam por colidir com

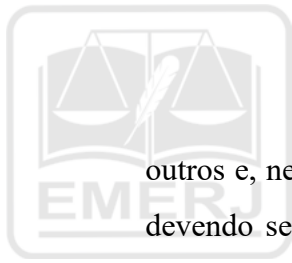
---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130*. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1010606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



outros e, nesse sentido, defende-se a necessidade de ponderação entre os direitos em conflito, devendo ser aplicados de forma harmônica, observando-se as particularidades de cada caso concreto, sem que um seja anulado em detrimento do outro<sup>5</sup>.

Na doutrina pátria, por sua vez, é possível encontrar um debate mais amplo e argumentos relevantes tanto na defesa dos direitos ligados à honra, quanto das liberdades fundamentais. Por um lado, aponta Anderson Schreiber<sup>6</sup> a predominância daqueles, pois representariam de forma imediata a concretização da dignidade da pessoa humana. Já Fábio Carvalho Leite<sup>7</sup> afirma pela preferência do direito à liberdade de expressão, já que seu exercício sempre afetará a honra de alguém, em maior ou menor medida.

Tendo em vista a insegurança jurídica que decorre deste debate, em oposição à harmonização dos direitos, defende Fábio Carvalho Leite<sup>8</sup> que é necessário estabelecer parâmetros fixos e claros, aplicáveis a todo e qualquer caso, tendo por base estudo que demonstra a grande influência da subjetividade do julgador na escolha entre um ou outro direito.

Ademais, não foram enfrentadas pela Suprema Corte questões relevantes, como os danos que a liberdade de expressão e de imprensa podem causar sem a devida fixação de limites ao seu exercício. Neste ponto, é válido mencionar a preocupação demonstrada pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>9</sup> em seu voto na ADPF 130<sup>10</sup>, ao questionar a falta de regulamentação da liberdade de imprensa com a não recepção total da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa)<sup>11</sup>, pois esta também é necessária para proteger o indivíduo do poder social da mídia.

No mesmo voto, o Ministro traz exemplo da consequência danosa e irreparável da falta

---

<sup>5</sup> O próprio Ministro Luis Roberto Barroso é um dos grandes defensores do neoconstitucionalismo e da ponderação entre direitos fundamentais, conforme fundamentação apresentada no artigo Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <<https://civileimobiliario.com.br/colisao-entre-liberdade-de-expressao-e-direitos-da-personalidade-e-criterios-de-ponderacao-interpretacao-constitucionalmente-adequada-do-codigo-civil-e-da-lei-de-imprensa>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>6</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 227.

<sup>7</sup> LEITE, Fábio. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: CLÊMERTON, Melin Clève; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395-408.

<sup>8</sup> No artigo “Liberdade de expressão e direito à honra: medindo atitudes e prevendo decisões”, o autor explica que as decisões nos conflitos que envolvem a liberdade de expressão costumam se repetir em favor de um ou outro direito, mesmo que os aspectos particulares dos casos concretos sejam modificados. Para além, chega à conclusão que as decisões acerca da prevalência da liberdade de expressão se mantêm constantes ao longo do tempo, sendo possível realizar juízo de previsibilidade. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/20449>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>9</sup> O voto do Ministro Gilmar Mendes traz outros argumentos extremamente relevantes ao debate, pois parte de uma análise crítica da liberdade de imprensa e de expressão, considerando seus prós e contras. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>11</sup> BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

de parâmetros de resolução do conflito entre os direitos individuais e a liberdade de expressão, ao mencionar o caso da Escola Base<sup>12</sup>.

Com o intuito de sanar esta lacuna, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral do tema nº 837, tendo como paradigma o Recurso Extraordinário nº 662055<sup>13</sup>, com a seguinte delimitação:

definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas.

Para além, também no sentido da necessidade de fixação de balizas quando da análise da liberdade de expressão em conflito com os direitos à privacidade, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vogal no RE nº 1010606<sup>14</sup>, defende que devem ser considerados os seguintes limites na ponderação pelo intérprete:

[...] o fator do decurso do tempo entre o fato e a publicização; interesse histórico, social e público atual na divulgação dos fatos e dados pessoais; o grau de acessibilidade da informação; e a possibilidade de divulgação anonimizada dos dados pessoais sem que se desnature a essência da divulgação.

No mesmo sentido, Júlia Gomes Pereira Maurmo<sup>15</sup> afirma que deve ser estabelecida vida útil às informações, para que estas não sejam perpetuadas de forma a se transformarem em uma pena e, por fim, violarem a dignidade da pessoa humana. Além disso, a autora ainda pontua que deve ser analisado o prejuízo ocasionado pelo conteúdo divulgado para fins de eventual ponderação dos direitos em conflito.

Portanto, ante a preponderância apriorística lançada pelo Supremo Tribunal Federal ao direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, os direitos à honra, à imagem e à privacidade restam desprotegidos ou tutelados de forma extremamente frágil, cabendo ao

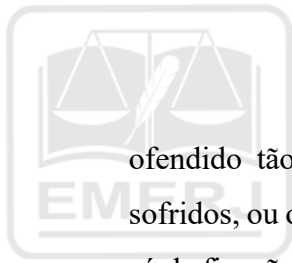
---

<sup>12</sup> Neste célebre caso, os donos de determinada escola foram acusados pelos grandes veículos midiáticos de estarem envolvidos em crimes sexuais praticados contra os alunos, mas sem que houvesse qualquer prova para tais acusações. Em razão das matérias veiculadas, os acusados foram ameaçados e continuaram a sofrer os danos mesmo após a divulgação de retratação pelas mídias envolvidas.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>15</sup> Em artigo que trata da necessidade do reconhecimento do direito ao esquecimento para fins de tutela da saúde mental da vítima, Júlia Gomes Pereira Maurmo afirma também que a informação deve ser pautada pela ética, evitando a exploração da tragédia alheia, tendo em vista que o homem é um fim em si mesmo, o que traduz a dignidade da pessoa humana. Para a autora, a veracidade da informação não lhe garante inquestionável licitude, à luz dos outros direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. O Direito ao Esquecimento Sob a Perspectiva da Saúde Individual. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/o-direito-ao-esquecimento-sob-a-perspectiva-da-saude-individual/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



ofendido tão somente uma indenização, que muitas vezes não consegue dirimir os danos sofridos, ou o direito de resposta proporcional ao agravo. Nesse sentido, urge a necessidade não só da fixação de limites à liberdade de expressão, mas também a existência de outras formas de tutela dos direitos violados.

## 2. O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E SUA FUNÇÃO COMO MECANISMO LIMITADOR DO ABUSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

Dentre os direitos afetos à privacidade, como honra e imagem, a doutrina brasileira passou a debater a existência de um direito ao esquecimento. No entanto, a matéria não é pacífica entre os autores brasileiros<sup>16</sup> em nenhum de seus aspectos, motivo pelo qual se faz necessário delinear alguns pontos.

Inicialmente, necessário pontuar que há aqueles que criticam a nomenclatura deste direito, apontando que a expressão “esquecimento” poderia carregar carga patrimonial, no sentido de que o titular do direito seria proprietário do passado, ou ainda uma ideia de que seria possível realizar revisionismo.

Nesse diapasão, concordando com as críticas acima dispostas e buscando contorná-las, Anderson Schreiber<sup>17</sup> apresenta como conceito de direito ao esquecimento aquele através do qual o indivíduo irá evitar a recordação opressiva de fatos que não representam a sua atual identidade, utilizados em contexto fático e temporal deturpados.

Válido mencionar que o direito ao esquecimento também pode ser analisado sob a ótica da saúde, conforme propõe Júlia Gomes Pereira Maurmo<sup>18</sup> em seu artigo O direito ao esquecimento sob a perspectiva da saúde individual. Defende a autora que a superação de memória que traz vergonha ou trauma é essencial à garantia da saúde do indivíduo, na medida em que tem reflexos não apenas mentais, mas também físicos.

A existência ou não de uma tutela jurídica também é assunto controvertido. Gilberto

---

<sup>16</sup> Diante da controvérsia, Anderson Schreiber aponta a existência de três posicionamentos. O primeiro é completamente contrário à existência de um direito ao esquecimento, que não encontraria amparo legal e seria contrário à memória coletiva, sempre prevalecendo a liberdade de expressão. Um segundo entendimento é no sentido da existência do direito ao esquecimento, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, que prevalecerá sempre em relação à liberdade de expressão, e posição em sentido contrário aplicaria pena perpétua ao indivíduo. Por fim, indica o autor uma terceira corrente, que afirma que o direito ao esquecimento é extraído da privacidade, e deverá ser ponderado no caso concreto quando conflitar com a liberdade de expressão.

<sup>17</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 227.

<sup>18</sup> MAURMO, Júlia Gomes Pereira. *O Direito ao Esquecimento Sob a Perspectiva da Saúde Individual*. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/o-direito-ao-esquecimento-sob-a-perspectiva-da-saude-individual/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.





Fachetti<sup>19</sup> aponta a fundamentação do direito ao esquecimento no princípio da dignidade da pessoa humana, e previsão em diversos diplomas jurídicos brasileiros, enquanto Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar<sup>20</sup> afirma que o direito ao esquecimento não possui correspondência direta na legislação pátria, decorrendo de construção jurisprudencial e doutrinária.

Com o intuito de pacificar o tema na doutrina, em 2012 foi aprovado o Enunciado nº 531 pela VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF)<sup>21</sup>, indicando o direito ao esquecimento como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, referenciando o artigo 11 do Código Civil de 2002<sup>22</sup>.

Como justificativa para a aprovação do enunciado, os participantes da jornada indicaram a necessidade de resguardar os indivíduos de danos provocados pelo abuso de direitos relacionados à liberdade de expressão e informação, delimitando o direito ao esquecimento ao modo e a finalidade como fatos pretéritos são lembrados, e excluindo de seu conceito o revisionismo.

Na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>23</sup> já havia apreciado o tema algumas vezes, tendo reconhecido o direito ao esquecimento em alguns casos, e em outros entendido que prevaleceria a liberdade de expressão e de imprensa, mas somente no ano de 2021, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1010606<sup>24</sup> pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que a matéria foi pacificada, tendo sido fixada a tese de repercussão geral nº 786<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> O autor indica a existência de previsão do direito ao esquecimento no Capítulo II do Código Civil, no artigo 31 da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), no artigo 43, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, dentre outros. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406)>, acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>20</sup> GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. Direito ao esquecimento e o *venire contra factum proprium*: os efeitos da autoexibição na era digital. *Revista Fórum de Direito Civil [RFDC]*, Belo Horizonte, v. 24, n. 9, p. 45-68, ago./set. 2020.

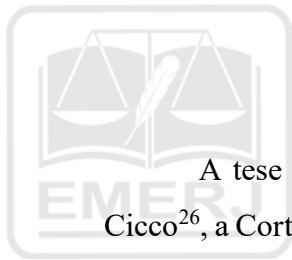
<sup>21</sup> BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº531*, da VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.

<sup>23</sup> No julgamento do REsp nº 1334097, o STJ entendeu pela aplicação do direito ao esquecimento em benefício de um dos acusados à época de ter participado da Chacina da Candelária, mas que posteriormente foi absolvido, e que havia tido sua imagem utilizada pelo programa Linha Direta, da TV Globo, 13 anos após o crime. Já no julgamento do REsp nº 1316921, o STJ afastou a aplicação do direito no caso em que a abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.” Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>>. Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>25</sup> Tese de repercussão geral 786: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”. Disponível



A tese fixada pelo STF, todavia, foi alvo de diversas críticas. Para Maria Cristina de Cicco<sup>26</sup>, a Corte tratou o tema de forma genérica e errou ao afirmar que o direito é incompatível com a Constituição. Além disso, a autora indicou a confusão feita pelo STF entre direito ao esquecimento e a proteção de dados pessoais, afirmando que este direito não é autônomo, mas sim instrumento para concretizar outros direitos da personalidade.

Para além, a tese foi objeto de crítica entre os próprios Ministros. Em seu voto vencido, o Ministro Edson Fachin defendeu a existência do direito ao esquecimento, com amparo na dignidade da pessoa humana, disposta no artigo 1º, III, CRFB/88<sup>27</sup>, no direito à privacidade, tutelado pelo artigo 5º, X, CRFB/88<sup>28</sup>, e no direito à autodeterminação informativa.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, apesar de não adentrar na discussão da existência do direito ao esquecimento no caso concreto discutido no RE nº 1010606<sup>29</sup>, afirmou em seu voto que este direito pode ser entendido como aquele que busca evitar a exposição descontextualizada e humilhante de fatos pretéritos ocorridos há um tempo considerável, permitindo a fixação de indenização, direito de resposta, dentre outros instrumentos jurídicos.

Portanto, conclui-se que a tese fixada pelo STF não abarca os conceitos da melhor doutrina e jurisprudência quanto ao direito em discussão neste artigo, pelo contrário, traz definição genérica e que dispõe do indivíduo como proprietário do passado, uma das primeiras definições rechaçadas pela doutrina.

Ademais, no final da tese fixada, o STF ainda permite que o direito ao esquecimento seja analisado de forma casuística, o que se mostra contraditório com a alegação da inexistência do referido direito. Nesse sentido, ainda é possível afirmar que o direito ao esquecimento existe no ordenamento jurídico brasileiro, e é instrumento apto a tutelar os danos provocados pelo abuso no exercício da liberdade de expressão e de imprensa<sup>30</sup>.

---

em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>>. Acesso em: 26 de nov. 2021.

<sup>26</sup> Maria Cristina de Cicco esclarece também que o direito ao esquecimento tem triplo aspecto, de acordo com a construção jurisprudencial. O primeiro está relacionado a não se ver republicada notícia, que havia sido legitimamente publicada, após transcurso de tempo que torne inexistente o interesse público. O segundo seria o direito de contextualizar a informação divulgada na internet, e o terceiro trataria do cancelamento de dados pessoais em certas circunstâncias. Para a autora, os dois últimos não estariam englobados pelo direito ao esquecimento, mas apenas pela tutela dos dados pessoais na internet. Esquecer, contextualizar, desindexar e cancelar. O que resta do direito ao esquecimento. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/344254/o-que-resta-do-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>27</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 31 ago. 2021.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>30</sup> Rafael Mansur, no artigo STF não jogou pá de cal no direito ao esquecimento, também afirma que o conceito abarcado pela tese de repercussão geral não corresponde ao direito ao esquecimento reconhecido pela doutrina brasileira, e defende que a possibilidade indicada pela tese de analisar o direito de forma casuística referenda o



### 3. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS DE FORMA A PREVENIR OS DANOS DECORRENTES DO ABUSO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Inicialmente, necessário pontuar que a abordagem deste artigo se limita às mulheres adultas vítimas dos crimes contra a liberdade sexual, dispostos no Capítulo I, do Título VI, do Código Penal<sup>31</sup>, o que não impede que o mesmo entendimento também abranja as demais vítimas dos crimes contra a dignidade sexual.

As mulheres, durante a vigência do Código Criminal do Império de 1830, do Código Penal da República de 1890 e da redação original do Código Penal de 1940, não tiveram sua liberdade e dignidade sexual tuteladas pelo Direito Penal de forma a respeitar sua autonomia, mas apenas como objeto de direito dos homens que lhes cercavam. A título de exemplo, cita-se o Código Criminal do Império de 1830, cujo tipo penal de estupro buscava tutelar a “mulher honesta” e previa como uma das condutas tipificadas o “defloramento de mulher virgem”<sup>32</sup>.

No final do século XX e início do século XXI, contudo, contados anos de discussão social acerca do assunto, principalmente motivada pelos movimentos feministas, a tutela penal da dignidade e liberdade sexual da mulher deixou de ser feita a partir de um olhar moralizante e patriarcal, sempre tentando partir do ponto de vista da vítima. Desse modo, é possível mencionar a mudança trazida pela Lei nº 12.015/09<sup>33</sup>, que alterou o Título VI do Código Penal<sup>34</sup>, que tinha como rubrica “Dos crimes contra os costumes”, passando a ser nomeado como “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Nesse sentido, partindo de um ponto de vista crítico desta modificação de abordagem, relata Soraia Mendes<sup>35</sup> que a mulher vítima de um delito é inicialmente vitimizada a partir da seleção do criminoso pela parcela política responsável pelo sistema penal. Citando Zaffaroni e

---

que diversos defensores do direito já apontavam. Por fim, o autor aduz que a tese fixada é demasiadamente genérica, o que acaba por tornar inócua sua finalidade de uniformizar a jurisprudência brasileira. Decisão do STF não é 'pá de cal' no direito ao esquecimento. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento#_ftn4)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

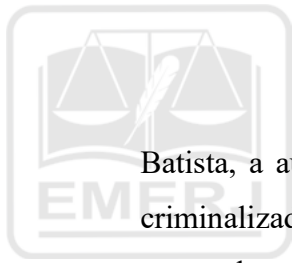
<sup>31</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 02 set. 2021.

<sup>32</sup> LIMA, Daniel. *Estupro e gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-genero-brasil/>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>35</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61/62.



Batista, a autora<sup>36</sup> defende que enquanto um comportamento é tido como normal, não será criminalizado e, logo, não gerará vítimas, mas a partir do momento em que for considerado anormal, acarretará a subjugação do criminoso e da vítima ao sistema penal.

Assim, desde o momento em que existe o criminoso que pratica crimes contra a liberdade sexual da mulher, é possível apontar a mulher como vítima. Na vitimologia, ou seja, o estudo criminológico voltado para as vítimas, é possível apontar três tipos de vitimização: primária, secundária e terciária.

Cezar Roberto Bittencourt<sup>37</sup> conceitua a vitimização primária como aquela decorrente da violência propriamente dita, e a vitimização secundária como aquela ocasionada pelo sistema de justiça. Já Carlos Antônio Macena de Lima, Mariana de Sá Teles Mendes e Maria Verônica de Souza Carreiro<sup>38</sup> trazem o conceito de vitimização terciária como aquele fruto da própria sociedade. O presente artigo terá como principal foco as vitimizações secundárias e terciárias, as quais poderão mais facilmente reverberar na autodeterminação da vítima do crime sexual em seu futuro.

A vitimização secundária como fruto do sistema de justiça, segundo Soraia Mendes<sup>39</sup>, citando a autora Vera Regina Pereira Andrade, é fundamentada em dois tipos de violência estrutural, quais sejam, a desigualdade de classe e a desigualdade de gênero, que permitem que a vítima reviva toda uma cultura de discriminação, humilhação e estereotipia.

Válido mencionar, quanto a esta questão, o caso da jovem Mariana Ferrer, vítima de violência sexual que, após denunciar o caso, foi exposta ao ridículo em audiência, sem que os principais atores do Poder Judiciário intervissem<sup>40</sup>.

No que tange à vitimização terciária, é necessário destacar o papel da mídia como reprodutora de discursos sexistas e que permitem a perpetuação dos crimes sexuais contra as mulheres. Lorane Carla de Oliveira<sup>41</sup>, em análise de discursos dos grandes veículos de imprensa, apurou que a maior parte apresenta um molde na estrutura dos títulos, que é replicado de forma a

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A vitimização secundária da vítima de estupro pelo poder público*. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-30/bitencourt-vitimizacao-vitima-estupro-poder-publico>>. Acesso em 02 set. 2021.

<sup>38</sup> LIMA, Carlos Antônio Macena de; MENDES, Mariana de Sá Teles; CARREIRO, Maria Verônica de Souza. *A vitimização terciária e a violência de gênero contra a mulher*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59788/a-vitimizacao-terciaria-e-a-violencia-de-genero-contra-mulher>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>39</sup> ANDRADE apud MENDES, op. cit., p. 61/62.

<sup>40</sup> ACCIOLY, Beatriz; TERRA, Luciana; PIRES, Luanda. *Caso Mariana Ferrer: violência institucional e revitimização*. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/caso-mariana-ferrer-violencia-institucional-revitimizacao/>. Acesso em 02 set. 2021.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Lorane Carla de. *Análise dos discursos midiáticos sobre o crime de estupro*. 41 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) - UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2018.



focalizar mais nas vítimas que no criminoso ou no crime propriamente dito. A título de exemplo a autora menciona uma declaração de Rodrigo Constantino, colunista na Revista Veja:

os grandes meios de comunicação, os quais deveriam deixar seu público bem informado de forma a contribuir para uma melhor e maior conscientização da coletividade, colocando fim a pensamentos preconceituosos e leigos também acaba gerando mais preconceito e polêmicas ainda. Exemplo disso é uma declaração de Constantino, colunista da Revista Veja, em seu blog: Enquanto a cultura do machismo não desaparece, e a punição exemplar não vem, seria recomendável, sim, que as moças apresentassem um pouco mais de cautela, mostrasse-se um tiquinho só mais recatadas, e preservassem ligeiramente mais as partes íntimas de seus corpos siliconados. Não tenho dúvidas de que “garotas direitas” correm menos risco de abuso sexual.

Assim, a revitimização deve ser evitada no presente, a partir do momento em que são criadas formas de se regulamentar o exercício da imprensa, sem que isso importe censura, mas de maneira que respeite a dignidade da vítima e seu direito à privacidade, abrangida sua honra e imagem. Como exemplo, é possível mencionar a possibilidade de discussão através dos veículos midiáticos do tema da violência sexual, sem que seja identificada a vítima, bem como a assunção do papel social e ético pelo jornalista, buscando tratar da matéria com linguagem adequada.

De outro lado, a imagem futura da vítima e seu direito à autodeterminação<sup>42</sup> também devem ser preservados de uma nova vitimização, após passado um determinado período de tempo, sem que seja lembrada dos fatos que lhe ocorreram em um passado longínquo. Nesse diapasão, ainda que tenha consentido com a divulgação de matéria sobre o crime que lhe foi cometido, não pode ter sua dignidade reduzida a isso.

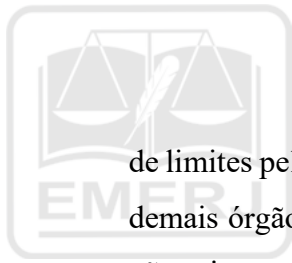
## CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do presente artigo, não há tratamento uniforme e suficiente, tanto na legislação brasileira, quanto na jurisprudência pátria, acerca do conflito entre os direitos à intimidade, privacidade, honra, dentre outros direitos individuais, e a liberdade de expressão e de imprensa. Essa falta de segurança jurídica gera diversos reflexos, mormente a contínua agressão aos direitos de diversos cidadãos, que não possuem tutela quando sofrem danos.

Nesse sentido, é necessário que haja a regulamentação da imprensa, bem como a fixação

---

<sup>42</sup> Importante mencionar que o direito ao esquecimento, conceituado como aquele através do qual o indivíduo irá evitar a recordação opressiva de fatos que influenciam na sua identidade futura, tem íntima relação com a autodeterminação da pessoa, em especial da mulher vítima de violência sexual, que terá que superar diversos traumas para ter minimamente dignidade no seu cotidiano



de limites pela jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, que possa vincular os demais órgãos jurisdicionais brasileiros e garantir que a liberdade de expressão e de imprensa não sejam tratados como direitos absolutos.

Além disso, urge a reanálise da existência do direito ao esquecimento perante o ordenamento pátrio, tendo em vista que, consoante sustentado no segundo capítulo dessa obra, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal é genérica e não trata do assunto considerando sua real importância.

Válido destacar que o reconhecimento de um direito ao esquecimento implica não somente em sua assunção como um mecanismo de tutela contra os danos gerados pelo abuso no exercício da liberdade de expressão e de imprensa, mas também como instrumento que reforça os demais direitos fundamentais dispostos na Constituição.

Ante o exposto, aceitar como premissas válidas a necessidade de limitação das liberdades de imprensa e expressão e o direito ao esquecimento como garantia existente em nosso ordenamento jurídico, reverbera na atenuação do processo de revitimização das mulheres vítimas de crimes sexuais, cuja dignidade não é suficientemente tutelada pela lei.

De acordo com os argumentos apresentados no terceiro capítulo deste artigo, as mulheres vítimas de crimes sexuais passam pelo processo de vitimização primária, secundária e terciária, o que as tornam mais suscetíveis às violações de seus direitos da personalidade, em especial na sociedade da informação contemporânea.

Portanto, é essencial que o Supremo Tribunal Federal, ao ser novamente provocado para decidir acerca do tema, reanalise o conceito de direito ao esquecimento que pode ser reconhecido pela Constituição de 1988, e que garanta a sua aplicação às mulheres vítimas de crimes sexuais, que atualmente se encontram à mercê do viés machista ainda utilizado pela mídia e pela sociedade.



## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Beatriz; TERRA, Luciana; PIRES, Luanda. *Caso Mariana Ferrer: violência institucional e revitimização*. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/caso-mariana-ferrer-violencia-institucional-revitimizacao/>. Acesso em 02 set. 2021.

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; LEITE, Fábio Carvalho; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez. Liberdade de expressão e direito à honra: medindo atitudes e prevendo decisões. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [S.L.], p. 1-26, 19 jun. 2020. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/20449>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação*. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. 2014. Disponível em: <https://civilemobiliario.com.br/colisao-entre-liberdade-de-expressao-e-direitos-da-personalidade-criterios-de-ponderacao-interpretacao-constitucionalmente-adequada-do-codigo-civil-e-da-lei-de-imprensa/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A vitimização secundária da vítima de estupro pelo poder público*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-30/bitencourt-vitimizacao-vitima-estupro-poder-publico>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/). Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho de Justiça Federal. *Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil*. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc\\_ID=10162709](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc_ID=10162709). Acesso em: 31 ago. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130*. Relator: Ministro Carlos Brito. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1010606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CICCO, Maria Cristina de. *Esquecer, contextualizar, desindexar e cancelar*. O que resta do direito ao esquecimento. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/344254/o-que-resta-do-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. Direito ao esquecimento e o *venire contra factum proprium*: os efeitos da autoexibição na era digital. *Revista Fórum de Direito Civil [RFDC]*, Belo Horizonte, v. 24, n. 9, p. 45-68, ago./set. 2020.

LEITE, Fábio. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. CLÉMERTON, Melin Clève; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Carlos Antônio Macena de; MENDES, Mariana de Sá Teles; CARREIRO, Maria Verônica de Souza. *A vitimização terciária e a violência de gênero contra a mulher*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59788/a-vitimizacao-terciaria-e-a-violencia-de-genero-contra-mulher>. Acesso em: 02 set. 2021.

LIMA, Daniel. *Estupro e gênero*: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-genero-brasil/>>. Acesso em: 02 set. 2021.

MANSUR, Rafael. *Decisão do STF não é 'pá de cal' no direito ao esquecimento*. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. O Direito ao Esquecimento Sob a Perspectiva da Saúde Individual. *Revista Internacional Consinter de Direito*, [S.L.], v. 06, n. 06, p. 81-98, 29 jun. 2018. CONSINTER. <http://dx.doi.org/10.19135/revista.consinter.00006.04>. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/o-direito-ao-esquecimento-sob-a-perspectiva-da-saude-individual/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista*: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

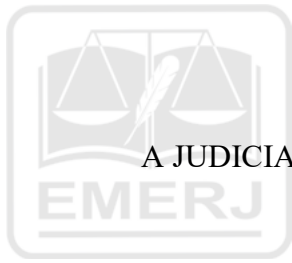
OLIVEIRA, Lorane Carla de. *Análise dos discursos midiáticos sobre o crime de estupro*. 41 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) - UniEVANGÉLICA, Anápolis, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/624>>. Acesso em: 31 ago. 2021.





SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nuani Schades. O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento: análise comparativa entre Brasil e Europa. *Revista de Direito Privado*, v. 17, n. 70, p. 99-122, out. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDPriv\\_n.70.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.05.PDF)>. Acesso em: 31 ago. 2021.



## A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Bruna Matiza Mariano Rodrigues

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Advogada.

**Resumo** – O presente artigo busca discutir a ponderação e interpretação de princípios na aplicação do direito fundamental à saúde. Aborda o princípio da reserva do possível como uma forma de limitar a responsabilidade do Estado no que tange à implementação de políticas públicas responsáveis pela efetivação dos direitos sociais, mais especificamente, do direito fundamental à saúde. Destaca-se o princípio do mínimo existencial e como ele deve ser aplicado, buscando-se traçar, para tanto, balizas interpretativas. Saliente-se, por oportuno, que o instituto do princípio da reserva do possível é abordado de forma fracionada a fim de promover maior aprofundamento do seu valor axiológico. Por fim, visa-se explorar o assunto em comento com o objetivo de demonstrar que é possível a aplicação da reserva do possível a par da Constituição Federal.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Saúde. Judicialização. Direito fundamental. Princípios. Reserva do possível.

**Sumário** – Introdução. 1. A interpretação das normas e princípios no direito brasileiro: a solução dos conflitos entre normas e princípios. 2. A função do Poder Judiciário na garantia de direitos fundamentais: a judicialização de políticas públicas. 3. Princípio da reserva do possível X Princípio do mínimo existencial: ponderação dos princípios e limites de aplicação. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a falta de humanização nos tratamentos de saúde no sistema público, afirma a existência e importância do princípio da dignidade da pessoa humana e estuda a efetividade do direito ao acesso à saúde pública.

Hoje, a falta de recursos é uma das preocupações sociais, pois sem estes é impossível um tratamento digno e eficaz. Por consequência, sem tratamento, o número de mortes cresce a cada ano, realidade esta, que vai de encontro com o direito à vida, também assegurado pela Constituição Brasileira.

Diante disso, é importante ressaltar que o direito ao acesso à saúde bem como da dignidade da pessoa humana, ambos previstos na Constituição brasileira, deveriam ter eficácia natural e imediata.

Como na maioria das vezes, não é o que acontece, a população tem recorrido ao Poder Judiciário para que haja a intervenção deste, e assim tenham acesso aos seus direitos, nem que seja em seu aspecto mínimo



Cabe frisar que segundo o ordenamento jurídico brasileiro, não é função típica do Poder Judiciário garantir tais condições. Sendo uma de suas funções atípicas o controle sobre os demais poderes e a concretização dos direitos fundamentais.

É nisso também que se baseia a pesquisa em questão, na judicialização de questões que deveriam ser organizadas, politizadas e exercidas pelo Poder Executivo cuja função típica é esta. Destarte, o controle judicial é aquele exercido, privativamente, pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Poder Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando este realiza atividades administrativas.

Em regra, trata-se de um controle *a posteriori*, de legalidade, adstrito à conformidade do ato com a norma legal que o prevê. É, sobretudo, um meio de preservação dos direitos individuais, uma vez que visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando no que consiste e o que teria dado início ao impasse que é a efetividade das normas jurídicas. Para isso, se faz necessária uma breve leitura sobre filosofia, analisando três momentos históricos, o jusnaturalismo o positivismo e, mais especificamente, sobre no que consiste o pós-positivismo, assim será possível nortear a ideia de interpretação e aplicação das regras e princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, no segundo capítulo, são abordados os direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira de 1988, suas origens e desdobramentos e os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível. Com isso, visa-se demonstrar a evolução e a importância dos direitos fundamentais, com ênfase no direito à saúde, por meio da ideia de existência de um núcleo inflexível e intangível, sob a perspectiva dos direitos humanos.

No terceiro capítulo, diante do antagonismo existente entre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, é possível entender como devem ser aplicados e é determinado o ponto de equilíbrio entre os referidos princípios. Por fim, abordam-se os limites da função do judiciário em garantir a efetividade ao direito à saúde na omissão do Estado. Nesse contexto, é analisado até que ponto o poder judiciário poderia intervir para garantir a efetividade do direito fundamental à saúde, respeitando a separação dos poderes.

A pesquisa utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, sendo parcialmente exploratória e qualitativa por meio do estudo de livros, artigos, dissertações e teses sobre o presente tema.



## 1. A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO: A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE NORMAS E PRINCÍPIOS

Para a melhor compreensão da questão aqui apresentada, é necessário compreender no que consiste e o que teria dado início ao impasse que é a efetividade das normas jurídicas. Para isso, se faz necessária uma breve leitura sobre filosofia, analisando três momentos históricos o jusnaturalismo o positivismo e, mais especificamente, sobre no que consiste o pós-positivismo.

As construções acadêmicas do Direito convergem para conferir máxima efetividade às disposições jurídicas normativas, compreendendo a força normativa dos princípios e a atuação positiva do Poder Judiciário na aplicação e integração das normas constitucionais.

O jusnaturalismo, segundo Norberto Bobbio<sup>1</sup> é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo).

Para José Antonio Gomes Ignácio Júnior<sup>2</sup> o jusnaturalismo do Direito foi pautado em uma idéia filosófica que sustenta a validade de norma desde que seja justa, em suas palavras:

O jusnaturalismo juntamente com o direito, alavancou significantes avanços sociais, como o Código Civil Frances (Código Napoleônico), editado em 1.804. Ao final do século XIX, com a expansão da ciência e o fortalecimento de uma nova forma de idéias, que pregava ser o direito a resposta de todos os questionamentos, encontra o jusnaturalismo seu fim. A partir desse momento, surge o positivismo filosófico, lastreado na concepção que a ciência é o único conhecimento válido, abstraído de concepções metafísicas. Aos poucos, o positivismo filosófico fundiu-se com o direito, nascendo o positivismo jurídico.<sup>3</sup>

Com o surgimento do Positivismo Jurídico, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes<sup>4</sup> e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho<sup>5</sup> afirmam que a lei passa a ser

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13 ed., Brasília:UnB, 2008 . p. 655.

<sup>2</sup> IGNACIO JÚNIOR, José Antonio Gomes. *O STF como único legitimado à troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade (pro-ativismo)*. Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/21302/o-stf-como-unico-legitimado-a-troca-de-sujeitos-constitucionais-por-deficiencia-de-legitimidade-pro-ativismo/1>>. Acesso em: 06 fev. 2022.

<sup>3</sup> Ibid

<sup>4</sup> FERNANDES, Ricard Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucionais*. Disponível em <

considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. Nesse sentido:

Os movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei. Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos.<sup>6</sup>

Sustentam Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes<sup>7</sup> e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho<sup>8</sup> que alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo.

Para Alfonso Garcia Figueroa<sup>9</sup> um novo pensamento jusfilosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema. Então o Pós-Positivismo Jurídico surge, no qual podemos colocar Robert Alexy e Ronald Dworkin como os maiores pensadores.

Segundo um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso<sup>10</sup>, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, abriram espaço para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Para ele, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de uma concepção difusa, e nela se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, construída e edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Em suas palavras “A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”.<sup>11</sup>

É no momento Pós- positivista que se concentram as definições mais relevantes para o estudo e entendimento da problemática abordada neste tema.

---

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence> > Acesso em: 06 Fev. 2022

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 201-251.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12-3

<sup>11</sup> Ibid.



Há algum tempo, as divergências entre regras (lei) e princípios têm sido objeto de discussões doutrinárias, isso, devido à relevância para a interpretação e aplicação aos direitos e garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente.

No livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” Alexy<sup>12</sup> analisa esses institutos, para isso, usa como fundamento a obra de Ronald Dworkin, “Levando os direitos a sério”, nela o autor faz uma crítica ao positivismo jurídico pelo fato do mesmo desprezar o papel dos princípios que, para o autor, representam o ponto de encontro entre o Direito e a moral.

A relevância da teoria de Robert Alexy<sup>13</sup> se dá devido à necessidade de meios específicos de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Vale considerar que, embora de forma divergente, os princípios geram direitos e se tornaram predominantes, alcançando o patamar da normatividade.

Na aplicação das normas aos direitos fundamentais, levanta-se a questão dos conflitos entre regras e na colisão entre princípios. Alexy<sup>14</sup> entende que, os conflitos entre regras são resolvidos de forma diferente das colisões entre princípios.

A solução dos conflitos entre regras se dá pela introdução de uma cláusula de exceção de forma a eliminar o conflito ou declarar que uma das regras seja inválida e extinta do ordenamento jurídico. Pelo conceito de validade jurídica, a regra é ou não válida, não comporta uma graduação. Em suas palavras:

Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução da cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida<sup>15</sup>

A forma de analisar a colisão entre princípios é diferente, porque, ao contrário das regras, não existe princípio inválido, o que acontece é que o mais viável será aplicado ao caso concreto em determinada circunstância, mas isso não leva à declaração de invalidade para o outro princípio que não foi aplicado.

---

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

Isso, devido à referência que se faz à ideia de sopesamento dos interesses conflitantes que consiste em quanto maior for o grau de interferência em um princípio, maior deve ser a sua importância. Segundo Robert Alexy<sup>16</sup>:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

O pós-positivismo consiste em considerar o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, que não possuem hierarquia entre si, porém há diferentes meios de aplicação. Inclui “a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica”<sup>17</sup>.

A teoria pós-positivista rearticula o direito e a moral, buscando introduzir elementos morais na fundamentação estritamente jurídica das decisões judiciais, reconhecendo a magnitude de padrões normativos que não se limitam às tradicionais proibições, permissões e obrigações.[...] Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional.<sup>18</sup>

Regras e princípios, com suas diferenças e peculiaridades, são usados com a finalidade de aprimorar a fundamentação e argumentação principiológica das decisões judiciais, seguindo o raciocínio considerado pelo pós-positivismo.

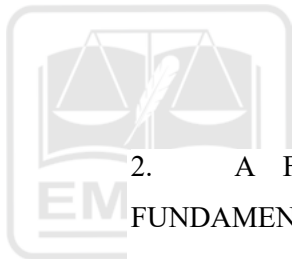
Uma das maiores contribuições desse movimento, que é fundamental para a compreensão do assunto que aqui está sendo abordado, foi acoplar ao modelo de regras e princípios o sistema de direitos fundamentais, estabelecendo modos de soluções de conflitos entre estes e limites às suas restrições, de forma a respeitar a aplicabilidade e efetividade máxima que os mesmos exigem na sua solução.

A normatividade dos princípios possui um papel significativo, pois possibilita uma visão ampliada dos casos concretos, proporcionando uma solução mais adequada através de uma metodologia procedimental.

<sup>16</sup>Ibid., p. 93.

<sup>17</sup>BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. p. 336

<sup>18</sup>DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. *Princípios, Regras e Proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy*. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC (NOMOS), Ceará, v. 27, p. 177-199, jul./dez. 2007.



## 2. A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A concretização de direitos fundamentais é importante quando se trata de políticas públicas e prestação de serviço público, principalmente no que tange a análise de sua adequação quanto às previsões constitucionais relativas ao serviço público prestado.

Os direitos e garantias fundamentais, ao longo do tempo, passaram por modificações no que se refere à sua interpretação. Realizaram-se inúmeras mutações até se alcançar, apesar de bastante evidente na atualidade, a ideia de direitos fundamentais da pessoa humana.

Cabe observar que na maioria das situações, os direitos sociais são entregues a sociedade através das chamadas políticas públicas, as quais devem ser criadas e promovidas pelo Poder Executivo o qual tem como função típica a administração do Estado, de acordo com a constituição brasileira.

As políticas públicas são conceituadas nas palavras do ilustre José dos Santos Carvalho Filho<sup>19</sup>, como sendo:

[...] políticas públicas, por conseguinte, são diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. Nesse conceito tem-se que diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus facendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins; As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes.[...]

Acontece que o poder público se abstém de realizar determinadas ações que se constituem obrigações sociais do Estado para com a sociedade, com essa situação de omissão estatal gera-se um conflito de interesses, de um lado o poder executivo afirmando a falta de receitas públicas suficientes para viabilizar ações governamentais de caráter obrigatório, e, do outro os particulares lesados em seus direitos buscando, judicialmente, a prestação estatal que lhes é direito.

<sup>19</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: Possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p.34.



Diante da inércia da Administração Pública, a busca da sociedade por uma prestação social tornou-se cada vez mais constante, através de uma prestação jurisdicional positiva, surge na doutrina e jurisprudência a discussão acerca desse fenômeno, o qual foi nomeado de judicialização das políticas públicas.

Isso se dá através da busca do Poder Judiciário como última alternativa para a obtenção da prestação de um serviço público, que constitui verdadeiro dever estatal, instrumentalizado em uma prestação de determinado serviço de cunho social, normalmente entendida como política pública.

A atuação do Estado no bem-estar social, através de prestações sociais à sociedade, é indispensável para a garantia do próprio direito à vida e para a concretização do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

Considerando o fato, pode-se dizer que o Poder Judiciário Brasileiro, iniciou o controle de políticas públicas de maneira tardia.

A Administração Pública possui relativa dificuldade em promover prestações sociais de qualidade para a população, o Poder Executivo, na maioria das vezes já não consegue atender a filosofia de Estado - Providência, por isso a atuação dos outros poderes, com a medida do tempo, tornou-se necessidade.

Com o estabelecimento de um Estado Democrático e Social de Direito e a positivação de normas constitucionais programáticas determinando planos de governo voltados especialmente para os direitos de segunda geração, o Judiciário passa a intervir mais ativamente no espaço público, nesse contexto Ana Luiza Gomes de Araújo<sup>20</sup> em tese desenvolvida na UFMG afirma:

[...] contudo, pode-se afirmar que, se o princípio da separação dos poderes foi inicialmente idealizado com a finalidade de conter o arbítrio estatal, atualmente, a remissão a ele de modo a justificar a impossibilidade do controle jurisdicional sobre as políticas públicas visa garantir a manutenção do status quo, dando um caráter de pretensa “juridicidade” à omissão do Estado quanto aos seus deveres de realizar os direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Nesse sentido, entende-se competir ao Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, a tarefa de tutelar a Constituição, de modo que os preceitos nela contemplados tenham efetividade, não podendo, portanto, encontrar guarida na doutrina da separação dos poderes, a omissão estatal desarrazoada no cumprimento desse dever. [...]

Tem-se que o Poder Judiciário passa a desenvolver um papel primário nas atividades da administração pública. Entende-se que quando não há o efetivo

---

<sup>20</sup>ARAÚJO, Ana Luiza Gomes de. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Belo Horizonte. UFMG, 2006, p.118.



desenvolvimento de determinadas funções exercidas por um dos poderes a atuação de outro poder é necessária. Diferentemente da inércia que outrora se experimentava pela ideia de não intervenção total entre os poderes. O Judiciário atrai as funções com que são negligenciadas pelos outros poderes.

Atualmente o judiciário brasileiro, com os poderes da constituição de 1988, tem demonstrado, na maioria das vezes, um comprometimento na concretização dos direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, considerando que a via jurisdicional se transformou efetivamente em um dos principais instrumentos de efetivação desses direitos.

Portanto, a judicialização de políticas públicas é a necessidade de intervenção realizada pelo judiciário nos demais poderes, em especial o poder executivo, demonstrando que é possível uma realocação dos recursos públicos para despesas mais urgentes no meio social. Não se trata de ferir a discricionariedade administrativa, posto que é dever dos poderes constituídos realizar prestações à sociedade que tornem concretos os preceitos constitucionais.

### 3. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL X PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E LIMITES DE APLICAÇÃO

A origem do princípio da reserva do possível, conforme ensinamento de Andreas Krell<sup>21</sup>, foi na Alemanha, em um caso julgado na Corte Constitucional, onde determinado indivíduo reivindicava uma vaga no ensino superior público sem passar pelo processo seletivo. Aduzia o requerente, para tanto, que a Lei Federal do país lhe garantia liberdade na escolha de ofício e profissão, razão pela qual não podia o Estado lhe restringir tal direito, fazendo-o passar por um processo seletivo.

A Corte Constitucional, para o julgamento daquele caso, desenvolveu o princípio da reserva do possível. Decidiu a Corte que a implementação de determinados serviços públicos é condicionada à disponibilidade de recursos e de meios do Estado, motivo pelo qual não se mostra crível exigir prestações que vão além da razoabilidade, o que fez com a pretensão do requerente fosse indeferida.<sup>22</sup>

<sup>21</sup>KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.22

<sup>22</sup>JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p. 250

É evidente a difusão do referido princípio pelo mundo, sempre mantendo a coerência com o princípio da razoabilidade em decorrência da limitação material estatal, razão pela qual mister se faz descrever o impacto do princípio da razoabilidade e a sua correlação com o sentido da reserva do possível.

Considera-se que o princípio da reserva do possível seja uma releitura da responsabilidade estatal, visto que leva em consideração a limitação material, orçamentária e orgânica do Estado. Com efeito, os direitos sociais são extensos e se perpetuam no tempo e espaço, sendo implementados por meio de políticas públicas paulatinas; enquanto isso, o Estado é pautado pela lei, pela legalidade, inclusive, o seu orçamento e a disponibilidade de suas ações.

Com isso, o objetivo tem sido buscar conciliar a responsabilidade do Estado com a limitação orçamentária, econômica e orgânica do ente político, conforme ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>23</sup>:

[...] é diante de situações concretas, sempre no contexto de uma relação meio-fim, que devem ser aferidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, apreciar se as restrições impostas pela Administração Públicas são adequadas, necessárias e justificadas pelo interesse público; se o ato implicar limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (além da medida) deverá ser anulado[...].

O que ocorre é que os recursos dos quais dispõe o Estado são escassos, com isso, entende-se que e a harmonização disso com a responsabilidade estatal é o que demonstrará no caso concreto se o princípio da reserva do possível deve ser aplicado ou não, o que evidencia a ideia de razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como característica primordial assegurar um *minimum* de respeito à pessoa<sup>24</sup>. Flávia Piovesan<sup>25</sup> leciona que por se tratar de um valor norteador que preserva a liberdade individual e a personalidade, alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como ser relativizado, isso poderia gerar uma instabilidade do regime democrático.

Nas palavras da autora:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as

<sup>23</sup> ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p.205-6.

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54

<sup>25</sup> Ibid



exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.<sup>26</sup>

Em se tratando de direitos fundamentais, para Tatiana Ieda Cury<sup>27</sup>:

os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Mínimo existencial é o conjunto de direitos essenciais, imprescindíveis ao ser humano com isso, conclui-se que o mínimo existencial guarda íntima relação com o princípio da dignidade humana, porquanto resguarda um patamar mínimo civilizatório. Neste sentido, Paulo Ramon da Silva Solla<sup>28</sup> afirma:

[...] aquele grupo de direitos sociais imprescindíveis à vida digna, não se submetendo de forma alguma às necessidades do Estado, nem muito menos aos movimentos cambiantes dos mercados, cuja realização é - mais que uma necessidade - um imperativo [...].

O dilema consiste justamente no limite de como conciliar o mínimo existencial com a reserva do possível. O caso concreto poderá revelar como harmonizá-los e se o instituto analisado será ou não utilizado. Nesse sentido, o direito à saúde pode ser citado como exemplo o qual pode se apresentar sob diversas nuances.

Cabe a análise de um caso em que determinada pessoa pleiteia que o Estado custeie o seu tratamento de comprovada eficácia que funcione no combate de sua enfermidade. Nesse caso, negar o tratamento, poderia ser considerado desumano. Compare-se com outro caso onde o requerente pleiteia que o Estado custeie um tratamento de eficácia duvidosa ou que sequer foi experimentado. Se, por um lado, é incensurável o indivíduo que queira fazer uso desse tratamento, o Estado, contudo, não pode arcá-lo como se fosse uma loteria.

Diante dos referidos exemplos, constata-se duas observações que servem de norte ao princípio da reserva do possível, são elas, a que não há direitos fundamentais absolutos, sejam eles de qualquer natureza (individual ou social), motivo pelo qual a sua exigibilidade individual e imediata deve passar pelo crivo da razoabilidade (a reserva do possível); e a tarefa de aplicar os direitos fundamentais, dentro dos quais se encontram

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.02

<sup>28</sup> SOLLA, Paulo Ramon da Silva. *Mínimo existencial e patrimônio mínimo*. O equívoco da pré-constitucionalidade. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14508>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

os direitos sociais, deve ser realizada de forma conciliatória com a constituição observando o patamar mínimo civilizatório.

Como o Estado tem deixado de providenciar o mínimo à população, como o direito à saúde a falta deste, tem leva as pessoas a procurar o Poder Judiciário, o qual tem aplicado com freqüência o referido princípio dependendo do caso concreto.

Em outra vertente, considerando o nível de desenvolvimento econômico e social e a distribuição de renda do Brasil está bem longe de ser o ideal. É inviável exigir do Estado que arque de uma vez com todos os gastos oriundos de políticas públicas que visem ao implemento dos direitos sociais, o que inviabilizaria a própria existência do ente político.

Cabe observar que o princípio é aplicado de forma implícita, sem ser citado na fundamentação das decisões judiciais. Por isso, cabe observar que o que caracteriza o instituto é a sua essência, o que o destacará como o princípio da reserva do possível, independentemente da nomenclatura utilizada. Veja, por exemplo, o acórdão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIZAÇÃO IMEDIATA DE VAGAS EM HOSPITAIS PÚBLICOS OU PARTICULARES ÀS EXPENSAS DO ESTADO A TODOS OS HABITANTES DA COMARCA DE CASSILÂNDIA – PEDIDO GENÉRICO E ALEATÓRIO – RECURSO PROVIDO. I- Não se pode impor ao Poder Executivo o fornecimento aleatório e indiscriminado de vagas em hospitais públicos ou particulares às suas expensas, ou medicamentos a todos os habitantes de determinado Município, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes e inviabilizar o sistema único de saúde<sup>29</sup>

No acórdão transcrito, evidencia-se que não se aludiu expressamente ao princípio, mas se tratava dele. Assim, portanto, poderá haver casos em que não se expressará o *nomen juris* do instituto, entretanto, na realidade, ele será aplicado ao caso em comento. Para se constatar a sua aplicação deve-se analisar o fundamento da decisão, se esta baseia na escassez de recursos do Estado, de forma imediata ou até mesmo mediatamente.

É interessante observar, que na análise da jurisprudência, há alguns pontos em comuns, quais sejam, há uma grande inclinação para a desconsideração do princípio da reserva do possível quando se estiver diante de feito cujo pedido seja o fornecimento de medicamento pelo Estado; o princípio da reserva do possível é aplicável somente quando se tem a escassez orçamentária do Estado evidenciada, que deve ser

---

<sup>29</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível nº 2010.000285-4/0000-00*. Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade. Disponível em: <<https://www5.tjms.jus.br/webfiles/GP/diarios/2207-DJ-01062010-Signed.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2021.



comprovada nos autos e quando se estiver diante de direito líquido e certo, a reserva do possível não pode ser oposta simplesmente.

Com o crescimento da procura pelo Judiciário para suprir a falta das garantias do direito à saúde, o princípio passou a ser aplicado demasiadamente, deixando os Magistrados de levar em consideração a dignidade da pessoa humana, o que logo teve que ser revisto e é dilema até os dias de hoje.

Isso porque a maioria dos procedimentos de emergência precisavam de decisões judiciais para serem realizados. Mas o problema ainda consiste no como autorizar um procedimento médico de emergência se não há recursos financeiros para arcar.

## CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, pode-se dizer que diante do estado de precariedade será cada vez mais frequente a busca pelo Poder Judiciário para ter seu direito à saúde assegurada, que diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto na Constituição o Judiciário não poderá deixar de apreciar as demandas, desta forma, sendo provocado a exercer a função atípica de administrar.

Quanto aos casos concretos, é possível concluir que a aplicação do princípio da reserva do possível é uma tendência cuja aplicação consiste em justificar o sistema precário de cumprimento das políticas sociais que visam a assegurar os direitos sociais. Por outro lado, isso não significa que o Estado poderá utilizá-lo para albergar situações de forma a torná-lo irresponsável absolutamente.

O que o princípio da reserva do possível faz é buscar limitar sim a responsabilidade estatal, porém, tais balizas são estipuladas até mesmo pelos próprios limites orgânicos e financeiros de que dispõe o Estado. Assim, portanto, pode-se concluir que no referido princípio prevalece a apreciação da realidade mediante a razoabilidade dos valores que estão em jogo na causa a ser julgada.

Por fim, pode-se observar que o princípio da reserva do possível não visa o absolutismo da irresponsabilidade do Estado. O que se faz é dirimir essa responsabilização quando entra em jogo a concretude dos direitos fundamentais, observando-se, para tanto, dois ou mais valores jurídicos, sem se olvidar de que o Estado é limitado orgânica e financeiramente, devendo ser considerado o primado da razoabilidade e da realidade.



O presente trabalho conclui que a concretização de direitos sociais, considerando o mínimo existencial e os limites da reserva do possível não representam institutos antagônicos, mas funcionam ambos como parâmetros da constitucional atuação ativista do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Ana Luiza Gomes de. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Belo Horizonte. UFMG, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13 ed, Brasília:UnB, 2008

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível nº 2010.000285-4/0000-0*. Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade. Disponível em: <<https://www5.tjms.jus.br/webfiles/GP/diarios/2207-DJ-01062010-Signed.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas*. Texto em: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos;

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: Possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. Princípios, Regras e Proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC (NOMOS)*, Ceará, v. 27, p. 177-199, jul./dez. 2007.

FERNANDES, Ricard Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence>> Acesso em: 06 Fev. 2022.



FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

IGNACIO JÚNIOR, José Antonio Gomes. *O STF como único legitimado à troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade (pro-ativismo)*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/21302/o-stf-como-unico-legitimado-a-troca-de-sujeitos-constitucionais-por-deficiencia-de-legitimidade-pro-ativismo/1>>. Acesso em: 06 fev. 2022.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A “reserva do possível”*: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KREL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SOLLA, Paulo Ramon da Silva. *Mínimo existencial e patrimônio mínimo: O equívoco da pré-constitucionalidade*. Jus Navigandi Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14508>>. Acesso em: 30 ago. 2021.



## NOTÍCIAS FALSAS, URNAS ELETRÔNICAS E O PAPEL COMBATIVO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Bruno Andrade Barros

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**Resumo** –o presente trabalho diz respeito à proliferação de notícias falsas quanto à lisura do processo eleitoral eletrônico, bem como à possibilidade de uso da ação civil pública para penalizar aqueles que, dolosamente, proliferam-nas. O objetivo é discutir quais os direitos violados nesse fenômeno, o porquê da escolha das urnas eletrônicas, sua relação com os princípios constitucionais e quais os meios jurídicos viáveis para combater essas notícias. O tema é atual, pois é evidente que parcela considerável da população desacredita no processo eleitoral eletrônico, mesmo sem haver indícios de fraudes desde seu primeiro uso. A fim de possibilitar a pesquisa, torna-se necessário enquadrar o uso das urnas como método condizente com os princípios constitucionais, e de necessária defesa com base no processo coletivo.

**Palavras-chave** –Notícias falsas. Direito constitucional. Processo eleitoral. Poder Judiciário. Ação Civil Pública.

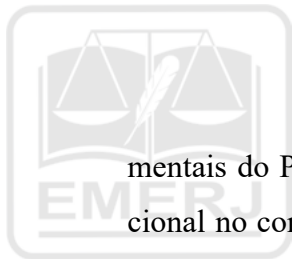
**Sumário** – Introdução. 1. A relevância institucional e democrática das notícias falsas contra o processo eleitoral. 2. O uso das urnas eletrônicas e os princípios constitucionais. 3. O uso da ação civil pública contra as notícias falsas eleitorais. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A atual conjuntura comunicativa, impulsionada pelas redes sociais, trouxe novos modelos de informação, democratizando seu acesso. O aumento de fluxos de danos, o conhecimento na palma da mão, a interação em segundos propiciou um cenário de „enxurrada“ de informações a todo instante, impossibilitando a verificação desses conteúdos. Assim, nasce a desinformação, que abrange desde conteúdos mais simplórios e banais até os mais caros à democracia constitucional.

O trabalho apresentado discute a influência das notícias falsas no processo eleitoral, sobretudo em relação a escolha das urnas eletrônicas como meio mais eficaz de coleta e contagem de dados. Procura-se confirmar que tais notícias, além de não terem embasamento fático, conduzem a falsa impressão de insegurança do processo eleitoral, desconsiderando que as urnas eletrônicas são meio mais eficaz, mais seguro e o mais econômico para o pleito.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e recentes entendimentos do Superior Tribunal Federal sobre a lisura do processo eletrônico eleitoral, tratando dos papéis funda-



mentais do Poder Judiciário e do Ministério Público. É possível visualizar relevância institucional no combate às notícias falsas? Quais princípios constitucionais estariam envolvidos na escolha das urnas eletrônicas como método de contagem de votos? Quais os fundamentos jurídicos para que o Ministério Público combata tais notícias fraudulentas?

O tema enfrenta crescente engajamento no âmbito popular, decorrente majoritariamente de teorias conspiratórias impulsionadas por isolamento social ou bolha de filtros na arquitetura dos algoritmos nas redes. Para compreendê-lo, é necessário entender que a temática é recentíssima e decorrente da ampla difusão das redes sociais.

No primeiro capítulo, o pesquisador procura estabelecer a conexão entre a difusão e influência das notícias falsas sobre o processo eleitoral e o interesse institucional e democrático. Procura-se saber se há relevância para as instituições democráticas a defesa do respectivo meio para contabilizar a vontade popular. Além disso, procura-se saber se há impactos dessas notícias fraudulentas na democracia.

No segundo, ponderam-se quais as razões constitucionais para o Brasil eleger as urnas eletrônicas como modelo de contagem de votos. Objetiva-se elencar os princípios constitucionais que norteiam essa escolha e demonstrar quais fatos permitem deduzir a sincronia o conteúdo constitucional e a escolha das urnas eletrônicas. Elucidam-se como as eleições eletrônicas estão sincronizadas com a modernidade e com princípios da Administração Pública.

O terceiro capítulo pesquisa a necessidade do Ministério Público e do Judiciário também estarem engajados na defesa das urnas, explicitando que este também garante os princípios constitucionais descritos no segundo capítulo. Aborda-se também o Projeto de Lei nº 246/2018, que tem a finalidade explicitar a possibilidade de ações civis públicas para combater notícias falsas que afetem a coletividade, isto é, quando afetarem direitos metaindividuais.

Com o objetivo de alcançar os resultados pretendidos, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, vez que a pesquisa tem a finalidade de apresentar e explicar o fenômeno das notícias falsas contra o uso das urnas eletrônicas, delimitando a proteção da democracia e os papéis institucionais no ordenamento brasileiro. Para tanto, a abordagem desta pesquisa será necessariamente qualitativa, tendo em vista a utilização bibliográfica pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a tese ora apresentada.

## 1. A RELEVÂNCIA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA DAS NOTÍCIAS FALSAS CONTRA O PROCESSO ELEITORAL

O *boom* das redes sociais e internet móvel, muito em conta da desregulamentação legislativa e do intenso fluxo incontrolável de dados, abriram margem para as notícias fraudulentas. Segundo Toffoli<sup>1</sup>, são notícias construídas para “expressar a ideia da utilização de um artifício ou artil – uma notícia integral ou parcialmente inverídica apta a ludibriar o receptor, influenciando seu comportamento [...]”. O conteúdo dessas „notícias“ é vasto, abrangendo desde matérias inofensivas, como „curas caseiras“ para doenças ou boatos de lendas urbanas, até aquelas de teor mais grave, como imputação de crimes contra honra e discursos de ódio. Assim, a relevância das notícias falsas toca intrinsecamente na nocividade de seu conteúdo em face da vida pública e em coletividade.

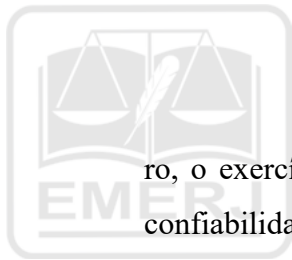
Diante tal sistemática, cumpre indagar quais conteúdos falsos interessam a estabilidade democrática e institucional. Qual a conexão entre tais conteúdos e as garantias constitucionais? Quais as notícias se destacam e precisam de leitura constitucional crítica?

Há conteúdos de interesse institucional e democrático quando tocam princípios, direitos e garantias constitucionais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou uma série não taxativa de direitos e garantias que traduzem escolhas jurídicas e políticas essenciais ao Estado Democrático de Direito. Segundo Mendes e Branco<sup>2</sup> “direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico”. Tais direitos revelam um processo de decantação histórica e consolidam a opção política de resguardar bens jurídicos de fundamental importância para convivência social e estabilidade do Estado Democrático de Direito. Dentre tais direitos, evidenciam-se quatro que resguardam relevância para o tema: o devido processo legal com duração razoável, o direito à informação e à liberdade de expressão.

O substrato do devido processo legal e da duração razoável consistem na segurança objetiva e subjetiva do seguimento das regras e princípios vigentes no ordenamento, em tempo hábil, célere e razoável para satisfação material das pretensões. A pretensão material satisfeita das eleições é traduzir a vontade popular. Como todo direito fundamental, alastra-se para todo ordenamento, abrangendo todos os ramos do direito. Trata-se de um direito e garantia processual de vital importância, seja no interesse individual ou coletivo. Em sentido mais cla-

<sup>1</sup>TOFFOLI, José. Fake news, desinformação e liberdade de expressão. *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 9-18, jul./set. 2019.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2017, p.131-132.



ro, o exercício do devido processo eleitoral é caracterizado pela proteção da celeridade e a confiabilidade do procedimento, trazendo a sensação de confiança às partes – isto é, os eleitores, candidatos e partidos políticos – e tradução da real vontade popular. Assim, quando as notícias falsas buscam atingi-lo, violam também a garantia de confiança no processo hígido que consolida os valores democráticos instituídos na Carta Magna.

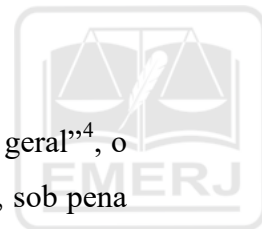
Importante esclarecer que o (devido) processo eleitoral tem acepção ampla, e não pode ser confundido meramente com o processo contencioso eleitoral, havendo diferenças entre sua acepção ampla e restrita. Segundo o Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, em voto do Ministro Fux, sentido do termo deve ser o mais amplo, “colhido da teoria geral do direito, como série concatenada de atos dirigidos a uma finalidade, qual seja: a definição dos mandatários políticos através do jogo democrático”. Portanto, o processo eleitoral não consiste somente na perspectiva contenciosa, mas também em todos os atos e condutas destinadas e relacionados a tradução da vontade popular, a ser revelada de maneira célere e transparente.

A relevância das notícias falsas, em relação a proteção do processo eleitoral, também passa pelo aparente conflito entre liberdade de expressão e direito a informação.

O direito a informação consiste na tríplice matriz do direito de: (1) informar-se; (2) ser informado; (3) informar. Na perspectiva tradicional, é o exercício de informar, de poder buscar informação, de recebê-la e transmiti-la. Contudo, essas matrizes, cada vez mais atendidas pela democratização dos meios de comunicação, tornaram-se campo fértil para subverter a proteção constitucional, sobretudo no cenário atual de pós-verdade. Sendo assim, é importante reconhecer uma quarta matriz: o direito à informação verdadeira. Este não consiste em tornar absoluta a verdade, tampouco permitir discordâncias embasadas e racionais, mas sim resguardar a opinião pública contra o fomento de discursos antidemocráticos, odiosos, inverossímeis e falaciosos que, quando postos ao público, incitam a violação a outros direitos.

O direito a informação verdadeira ou factual deve ser considerado junto à garantia da informação, como elemento componente da cidadania e da formação humana. Todo sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais tem, além dos corolários tradicionais da informação, direito a probidade e higidez de seu conteúdo, a ser transmitido de forma ética e correspondente com os fatos, seja em tempo real ou em reportagens. Nosso ordenamento já recepciona o direito informação factual como uma garantia, haja vista o direito “a receber dos

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 633703/2011*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266311>>. Acesso em: 23 mar. 2021



órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”<sup>4</sup>, o que faz pressupor a confiança dos titulares na veracidade das informações prestadas, sob pena de tornar a garantia inócua. Contudo, na atual conjuntura da difusão massiva das informações, o direito a informação factual não deve estar somente restrito aos órgãos públicos, mas sim a todos que, por seu poder de influência, acabam por desempenhar comunicação social em larga escala. Tanto é assim, que nosso ordenamento estabeleceu como princípio da comunicação social “respeito aos valores éticos e sociais [...]”<sup>5</sup>, estabelecendo um compromisso mútuo de responsabilidade informacional.

Este compromisso constitucional, entendido como o direito a informação verdadeira, não resulta em prejuízo a liberdade de expressão, visto que não há conflito, tampouco se confunde com censura. Segundo Serra<sup>6</sup>, essa diferença é nítida, pois “haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar, sobretudo no critério da sua veracidade”.

A liberdade jornalística e de expressão consistem no prévio direito de, sem amarras, exprimir publicamente opiniões e informação. Contudo, na atual conjuntura, informações têm se confundido com opiniões. Segundo Favero e Stainmetz<sup>7</sup>, a diferença fundamental está no compromisso com a veracidade, pois “liberdade de expressão em sentido estrito é um direito de externar opiniões, enquanto que liberdade de informação é composta pelo direito de informar, de se informar e de ser informado. Apenas da última exige-se a verdade [...]”.

O conflito aparente suscita resolução pela ponderação pela proporcionalidade e pela teoria dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*). Essa consiste num critério constitucional de averiguação dos limites do exercício dos direitos constitucionais. Sendo assim, pela conjugação das teorias interna e externa dos limites, o núcleo essencial de cada direito fundamental é definido em sua unidade substancial autônoma. Além disso, outros direitos fundamentais não podem diminuí-lo ou exterminá-lo. Logo, percebe-se que as notícias fraudulentas, quando acobertadas pelo manto da liberdade de expressão, acabam por atingir o núcleo essencial do direito a informação. Isso porque, segundo Oliveira e Gomes<sup>8</sup>:

<sup>4</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> SERRA apud BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. v. 235. p. 1-36. Jan. 2003.

<sup>7</sup>FAVERO, Sabrina; STAINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista jurídica Cesumar*. Maringá. v. 16. p. 639-655. Set./dez. 2016.

<sup>8</sup> SILVA apud Oliveira, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: *fake news* como ameaça a democracia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Fortaleza. v. 20, n. 2, p. 93-11. Dez. 2019.



[...] Deste modo, “a liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la [...] o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação [...]

Assim, em relação às notícias falsas e o processo eleitoral, há violação de dois direitos fundamentais em questão: (1) direito de informação, que sofre violação direta deste fenômeno, em razão da difusão sistêmica e ampla de conteúdos que, muitas vezes confundidos com opiniões, que acabam por serem recepcionados como informações; e (2) direito ao devido processo eleitoral, sofre violação indireta quando há notícias que procuram disseminar, infundadamente, dúvidas quanto à sincronia entre o método escolhido para contabilização dos votos – isto é, as urnas eletrônicas –, a transparência da vontade popular e os ditames constitucionais. Notícias que instauram mentiras sobre a lisura eleitoral atrapalham a garantia de higidez e paz eleitoral. Nesse sentido, qual o conteúdo dessas notícias? Quais notícias falsas pairam sobre o sistema que violam esses direitos? Qual a relação entre essas dúvidas entre as garantias constitucionais e princípios da Administração?

## 2. O USO DAS URNAS ELETRÔNICAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Põe-se em xeque, na atual sociedade de informação, algumas premissas fundamentais do processo eleitoral eletrônico. Dentre esses, destacam-se dois pontos: a lisura do processo eleitoral pelas urnas eletrônicas e a correlação do processo cibernético com os princípios constitucionais. Sendo assim, é importante averiguar as razões pelas quais há tais questionamentos e demonstrar o porquê de não se sustentarem.

A higidez do processo eleitoral consiste na garantia de espelhamento da vontade popular por meio de procedimento célere, prático e fiel a realidade política no momento no escrutínio. No direito eleitoral, fala-se em princípio da lisura do processo eleitoral. É a garantia de observância do rigor processual, princípio caro ao ordenamento constitucional, pois é no escrutínio que se traduz a soberania popular e democracia semidireta. Neste sentido, lisura e confiança no processo também são pontos fundamentais não só da estabilidade política quanto no reconhecimento da legitimidade dos eleitos.

Notícias falsas quanto à segurança do processo eletrônico consistem majoritariamente em desacreditar na fiabilidade dos resultados eleitorais, partindo-se também, dos pressupostos majoritários e errôneos de que: (1) urnas não podem ser auditadas; (2) não há possibilida-



de de recountagem de votos; (3) não há garantias contra o „*hackeamento*“ das urnas. Essas premissas, que fazem concluir pela suspeição das urnas, são equivocadas.

As disposições quanto ao rigor técnico e burocrático do uso das urnas eletrônicas estão no art. 59 ao art. 62 da Lei nº 9.504/97, que trouxe confiança ao processo eletrônico, na medida em que<sup>9</sup>: (1) realização de testes públicos de segurança de urnas; (2) oportunizaram a fiscalização de todas as fases do processo pelos partidos e coligações; (3) permitiram a auditoria das urnas através de votação simulada anterior ao escrutínio, com a presença de partidos políticos e coligações; (4) permitiram que partidos políticos contratassem auditorias, aprovadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para posterior contestação; (5) possibilitaram acompanhamento da elaboração de *softwares* usados nas urnas eletrônicas pelos partidos políticos, pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Ademais, urnas passam por um processo prévio e amplo de auditoria, sem prejuízo a auditorias posteriores, a pedido de partidos políticos, com a devida autorização do TSE. Atualmente, o rigor técnico do processo eleitoral está na Resolução nº 23.603/2019 do TSE.

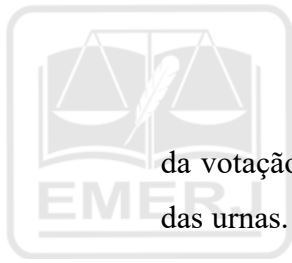
Além disso, a possibilidade de recountagem de votos não se sustenta, pois a mesma resolução disciplina dois sistemas de verificação posterior dos votos<sup>10</sup>: (1) Boletim de Urna (BU) e (2) Verificação Pré e Pós-eleição (VPP). O Boletim de Urna consiste numa lista impressa de votos contados, ao fim do período de votação, para fins de contabilização dos votos, dos eleitores, total de votos brancos ou nulos, e etc. O boletim não registra a identificação do eleitor conforme seu voto, em razão do princípio constitucional do sigilo, mas permite checagem do número de votos quando comparado ao número de eleitores da zona eleitoral. Já a Verificação Pós-Eleição consiste na possibilidade de exigir a impressão do boletim, a visualização das informações dos candidatos nas urnas e a verificação da integridade do sistema eletrônico. Portanto, é certo que pode ocorrer a recountagem de votos pelos boletins de urna e verificações posteriores, pleiteáveis por diversos órgãos, tais como OAB, Ministério Público, Congresso Nacional, Forças Armadas<sup>11</sup>, desde que seja respeitado o sigilo do voto.

Por fim, para rechaçar a possibilidade de *hackeamento* do sistema eletrônico, é importante entender como funciona a urna eletrônica. Qualquer possibilidade de *hackeamento* das urnas só poderia ocorrer pela adulteração na contagem dos votos antes, durante ou depois

<sup>9</sup>BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm)> Acesso em: 23 jun. 2021.

<sup>10</sup>BRASIL. Resolução nº 23.603, de 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-603-de-12-de-dezembro-de-2019>>. Acesso em: 09 ago. 2021.

<sup>11</sup> Ibid.



da votação. Antes do escrutínio, as urnas passam pela zerésima<sup>12</sup>, que consiste na „zeragem“ das urnas. No dia da votação, as urnas emitem um boleto que certifica previamente que não há votos contabilizados. Durante o pleito, as urnas são desconectadas de qualquer acesso remoto. Assim, urnas são computadores fechados de apuração e contagem, não sendo possível remoto, o que impede qualquer invasão durante o pleito. A conexão com outros computadores só ocorre após o término da votação, em razão de uma rede privada de que envia a contagem realizada das mesas apuradoras até os supercomputadores do TSE.

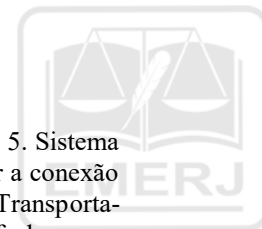
Ao fim da votação, as urnas eletrônicas passam pela apuração em mesa apuradora nos cartórios eleitorais das zonas. Contudo, em razão da dificuldade do transporte físico das urnas, a Justiça Eleitoral tem procurado aperfeiçoar a transmissão privada de dados das urnas até as mesas apuradoras e, por conseguinte, dessas até os computadores centrais. Esse sistema – de transmissão de dados para as mesas apuradoras e, posteriormente, para os supercomputadores – é o JEConnect. Trata-se de um sistema criptografado de softwares e chaves, elaborados pelos Tribunais Regionais Eleitorais, ofertados apenas aos agentes que trabalham no pleito eleitoral, a fim de criar uma rede de transmissão fechada de dados. Durante a apuração, os computadores das zonas eleitorais sofrem a instalação dos programas do kit JEConnect, que consiste em dois *pendrives* criptografados, contendo os programas e chaves que permitem a instalação da rede. Assim, é por um sistema complexo que apenas os técnicos do TRE podem acessar para contagem, a ser realizada assim que o pleito termina. Ainda segundo Schuaren<sup>13</sup>:

A solução, que foi aperfeiçoada nas últimas eleições, consiste atualmente de um par de pendrives que denominamos kit JE Connect. O sistema operacional Linux roda a partir de um pendrive denominado Mídia de Sistema Embarcado (MSE) que pode ser plugado em qualquer microcomputador ou notebook, para usar apenas o hardware da máquina. O segundo pendrive, denominado de Mídia Chave (MC), serve para descriptografar a partição raiz onde se encontra o Sistema Operacional JE Connect na MSE, através de uma senha (PIN). Um sistema denominado JEC Gerador é responsável por toda a parte de geração do sistema, geração de chave e criptografia da partição onde está o sistema operacional. Esse sistema JEC Gerador tem acesso restrito e é gerenciado por servidores da área de TI do Tribunais Regionais Eleitorais. A MSE está dividida em 3 partições (FAT, Boot e a Raiz do Sistema Operacional). Ao selecionar o pendrive como dispositivo de boot, ocorre a seguinte sequência de eventos: 1. A partição de boot é descriptografada com informações de hardware do próprio pendrive; 2. Após descriptografar a partição de boot, o bootloader solicita a senha (PIN) da Mídia Chave para descriptografar a partição raiz do SO. A chave de criptografia está dividida em 3 partes: A mídia chave (MC) contém uma parte da chave de criptografia do Sistema Operacional, o código PIN é outra parte e a identificação do hardware (número de série) do pendrive MSE é a outra parte; 3. Após a validação da senha, será descriptografada a partição raiz do Sistema Operacional; 4. Ini-

<sup>12</sup>Ibid.

<sup>13</sup>SCHUAREN, Luis Fernando. *A segurança do sistema brasileiro de votação eletrônica*. 2016. 93 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência da Computação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 66-67.





cia o Sistema JE Connect apresentando a tela com as opções de conexão; 5. Sistema fecha a conexão com o servidor de VPN do TRE; 6. Somente após fechar a conexão VPN é liberada a inicialização do Sistema Transportador; 7. O sistema Transportador verifica as assinaturas digitais dos executáveis, entra em operação e fecha conexão https com o servidor responsável pela recepção dos arquivos no datacenter do Tribunal Regional Eleitoral.

Assim, percebe-se que o sistema é inviolável até o momento do estabelecimento da conexão privada. E, ainda sim, seria necessário adentrar na conexão, o que pressupõe conhecer das chaves e do sistema de criptografia. Nota-se que a contagem eleitoral mediante sistema de transmissão de dados trabalha com diversas barreiras, tais como o sistema fechado e criptografado, multiplicidade de chaves e acesso somente com kit JEConnect.

A análise técnica do voto eletrônico evidencia como os princípios constitucionais de proporcionalidade, economicidade, segurança e vedação ao retrocesso são inerentes ao voto.

Sob a ótica da proporcionalidade, é necessário relembrar o prisma que a sustenta, isto é, os pressupostos, a saber: (1) adequação; (2) necessidade; (3) proporcionalidade estrita. A adequação consiste em compreender se a opção pela urna eletrônica é eficaz para consolidação do processo eleitoral, isto é, se é capaz de demonstrar o resultado confiável do pleito. Denota-se que sim. O rigor técnico do processo eleitoral, confiado aos técnicos dos tribunais eleitorais consolida a adequada opção como melhor escolha.

Já a necessidade consiste na escolha da urna como meio menos oneroso à segurança e celeridade, quando comparado a outro meio. Neste ponto, a escolha se justifica com base na análise comparativa com voto impresso. Trata-se também de sistema mais frágil em razão da falta de rigor técnico para o trâmite e pouca complexidade, quando comparado ao voto eletrônico. Além disso, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543/DF<sup>14</sup>, ficou ressaltado que a inconstitucionalidade da impressão do voto, com impressora acoplada às urnas eletrônicas, pois: (1) haveria risco de falha das máquinas de impressão acopladas às urnas eletrônicas; (2) excessivo custo ao erário; (3) perigo de violação do sigilo do voto e (4) haveria risco de cópia/adulteração das cédulas „confirmatórias“.

Por fim, a proporcionalidade estrita consiste na escolha do meio processual mais adequado a realização do fim almejado. É a sintonia fina entre a digitalização do processo eleitoral e a vontade popular. Compreende-se que a urna é meio proporcional, pois não há restrições ao devido processo eleitoral, tampouco ao sigilo dos votos ou confiança no pleito. O constante

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543*. Distrito Federal. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1787128>>. Acesso em: 14 jun. 2021.



aperfeiçoamento das urnas eletrônicas, bem como a manutenção das etapas de auditoria confere ao sistema digital a garantia de votos com rápida contagem e seguros.

Além desses princípios, é necessário correlacionar às urnas eletrônicas com a economicidade, a eficiência, a vedação ao retrocesso, e a tendência de informatização da justiça.

Quanto à economicidade e eficiência, há relevante interesse na manutenção do sistema digital, haja vista que a imposição de um sistema impresso, ainda que somente com a impressão de comprovantes, representaria um impacto orçamentário descabido, à luz da transparência já garantida pelas urnas. Como princípio, economicidade, segundo Oliveira<sup>15</sup>, é „relação de custo-benefício da medida adotada“ quando há uma necessidade pública a ser atendida. Já eficiência, adotada como princípio pela Emenda Constitucional nº 19/1998, consiste ainda na concepção de Oliveira<sup>16</sup>, como a substituição da Administração pública gerencial pela de resultados, isto é, na primazia do resultado em detrimento da burocracia, sem deixar de lado as formalidades necessárias.

Portanto, economicidade e eficiência são pautadas em necessidades reais, isto é, elege-se um meio condizente com a satisfação do interesse público, que seja eficiente, eficaz e com menor custo e esforço, para garantia de direitos fundamentais. A escolha das urnas eletrônicas é mais econômica e eficiente, quando comparada ao sistema impresso ou de verificação impressa, pois consiste no equilíbrio entre segurança e celeridade, entre Administração Burocrática e Administração de Resultados. O rigor técnico do processo, somado à rápida apuração faz perceber que o sistema eletrônico adéqua burocracia e resultados com presteza. Além disso, economicidade e eficiência também são vetores direcionados aos poderes Legislativo e Executivo, responsáveis pela elaboração das leis orçamentárias, de alocar dispêndios adequadamente, em razão da necessidade. Contudo, se não há necessidade de alterar o sistema, tampouco haveria economicidade em adotar sistema diferente.

Por fim, é necessário abordar a tendência de informatização processual, bem como sua harmonização com a vedação ao retrocesso na Administração Pública.

Recentemente, em virtude da eficiência, a Administração Pública tem adotado métodos de trabalho baseados na informatização de dados, respeitadas a segurança e prudência. No Poder Judiciário, a implantação do processo judicial eletrônico representou profundo avanço na prestação eficiente da jurisdição. Atualmente, é crescente o movimento para digitalização

---

<sup>15</sup>OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. Rio de Janeiro. Método, 2020, p.109-110.

<sup>16</sup>Ibid.



de serviços públicos, tornando-se excepcional impressão de papeis. Essa tendência representa ótimo progresso dos serviços públicos através de procedimentos mais céleres e seguros.

O princípio da vedação ao retrocesso tem caráter majoritariamente social e consiste na ampliação de direitos e garantias fundamentais, haja vista que estes representam um processo de decantação histórica. Mas, segundo Sarlet<sup>17</sup> é forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou restrição de direitos fundamentais. O princípio não encontra óbices no direito administrativo e no eleitoral. A escolha das urnas eleitorais representa avanço que consolida a prestação do processo eleitoral como serviço público indisponível.

### 3. O USO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA AS NOTÍCIAS FALSAS ELEITORAIS

Em face da problemática das notícias falsas que questionam a confiabilidade do processo eleitoral, é importante entender quais os mecanismos jurídicos que permitem controlar os discursos falaciosos que enganam a opinião pública e vulneram a estabilidade constitucional. Para isso, é necessário compreender a natureza jurídica do direito à informação, e qual seria o mecanismo jurídico pertinente.

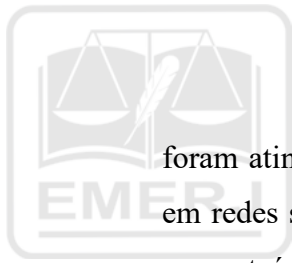
Direitos transindividuais em *lato sensu* consistem na categoria de direitos de terceira geração, provenientes da concepção moderna de coletividade. Portanto, trata-se de gama de direitos relacionados aos interesses comuns e intergeracionais, ligados por elo de fraternidade e solidariedade, tais como direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento sustentável, ao progresso científico e etc. O ordenamento brasileiro, baseado nos arts. 81 e seguintes da Lei nº 8.078/1990 elencou três direitos metaindividuais: (1) difusos; (2) coletivos *estricto senso* e (3) individuais homogêneos.

A definição legal dos direitos difusos está relacionada a dois critérios: (1) indivisibilidade do direito e (2) reunião de pessoas ligadas por circunstâncias de fato. Trata-se de direito de titularidade de sujeitos indeterminados e indetermináveis, sendo genuinamente coletivos. Nessa categoria, encontram-se os direitos difusos e, em especial, a informação verdadeira.

Não há como dividir os titulares do direito a informação, tampouco determinar seu alcance individualizado. A propagação de notícias nas redes cibernéticas, independentemente do teor verdadeiro ou falso, traz consigo a impossibilidade de contabilizar o quantos titulares

---

<sup>17</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição ao retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *P. Rev. TST*, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 200, p. 116. Disponível em <<http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2021.



foram atingidos pela propagação. Apesar das notícias falsas se propagarem majoritariamente em redes sociais, que reúnem pessoas em numa mesma relação jurídica comum, a exposição ao conteúdo informativo não pressupõe necessariamente um vínculo com essas redes. Assim, os titulares desse direito estão reunidos sobre a circunstância fática do alastramento de notícias, que podem atingir vários usuários. Ademais, a Constituição assegura a todos o direito de acesso à informação<sup>18</sup>, sem distinções, bem como assegura a proteção ao meio ambiente sustentável e ao desenvolvimento social. Portanto, a informação é fenômeno une vários titulares que tem por interesse comum a verdadeira informação. Neste sentido, Remedio e Biagrioli:

[...]Para Mazzilli, o direito de informação identifica-se como direito difuso, por ser indivisível e atingir titulares indeterminados e numerosos, enfim, todo o corpo social. Nele deve estar enraizado o interesse público, identificado como interesse público primário – ou seja, o bem geral, o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade [...]<sup>19</sup>.

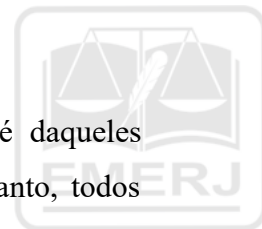
Sendo direito e interesse difuso, a Constituição também atribui ao Ministério Público a legitimidade extraordinária para manejo de ações em sua defesa e, em especial, a ação civil pública<sup>20</sup>. Trata-se de legitimidade extraordinária constitucionalmente prevista, pois cabe ao *Parquet* a defesa dos interesses da coletividade. Essa legitimidade se reforça no combate às notícias falsas sobre o processo eleitoral, pois, além da defesa dos direitos difusos, o Ministério Público tem por incumbência a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e, por conseguinte, da estabilização institucional. Esses são vulnerados quando o processo eleitoral é posto em dúvida sem fundadas razões.

Neste ponto, é importante destacar que o Projeto de Lei nº 246/2018, em atual trâmite no Senado Federal, busca acrescer à Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) o art. 21-A, que possibilitaria a qualquer um ajuizar ações em face dos provedores de internet para questionar e retirar conteúdos falsos e ofensivos da rede. Contudo, o projeto não trata especialmente da propositura de ações civis públicas, mas sim de qualquer ação, por qualquer pessoa, criando legitimidade amplíssima. Entretanto já há legitimidade do Ministério Público de ajuizar ações civis públicas em face desses conteúdos, sobretudo aqueles que afetem a coletividade, visto que o rol de direitos do art. 5 da Lei nº 7.437/85 é exemplificativo. Percebe-se, portanto, que a análise da natureza jurídica do direito na ação coletiva é *opi judicis*, evidenciando-se que os pressupostos da ação coletiva sofrem controle jurisdicional em caso concreto.

<sup>18</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>19</sup>MAZZILLI apud REMEDIO, José Antônio; BIAGIOLI, Carlos Murilo. Limites ao direito de informação e à liberdade de imprensa. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 17, n. 01. 211-236, jan./mar. 2018.

<sup>20</sup>BRASIL, op. cit., nota 4.



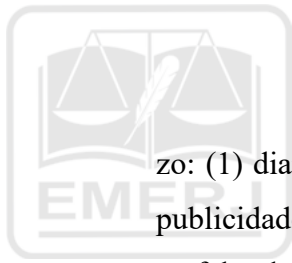
Certamente, a responsabilidade primária dos difusores de notícias falsas é daqueles que intencionalmente, difundem notícias falsas sabendo de sua falsidade. Entretanto, todos possuem – sobretudo veículos de comunicação de grande alcance – o dever constitucional de compromisso com a informação verdadeira e de prudência informativa, sob pena de alastramento de desinformação massiva, de desconfiança na legitimidade dos poderes e de instigação da animosidade. Em extremas – justificadas sob o véu da liberdade de expressão – é possível a instigação de coletividades que, mediante atos de violência, ameaçam obstar o processo eleitoral por não o reconhecer, tal como ocorreu nas eleições estadunidenses de 2020.

Sem prejuízo a responsabilidade individual dos perfis propagadores de notícias fraudulentas, ainda há no ordenamento a responsabilidade dos provedores, visto que o Marco Civil da Internet providenciou, em seu art. 19, sua responsabilidade subsidiária, após decisão judicial e recusa de retirada do conteúdo das plataformas. Não há óbices para a integração do referido dispositivo ao microsistema de tutela coletiva, pois embora exista um diálogo de fontes entre diversas leis que tutelam direitos metaindividuais, não há desconexão do microsistema com o resto do ordenamento. Há, por conseguinte, complementaridade de sistemas.

Considerando a possibilidade de ajuizamento de ações civis públicas, é imprescindível abordar o interesse do órgão jurisdicional diante a temática. O processo coletivo se distingue do processo individual em diversos aspectos. Em razão do pertencimento ao microsistema, o processo coletivo é pautado em princípios próprios, que mitigam aspectos clássicos do processo civil, tais como equidistância do juízo e o princípio da inércia. Neste ponto, há princípios do processo coletivo que são de fundamental importância para o combate às notícias falsas eleitorais: (1) princípio da primazia do conhecimento do mérito no processo coletivo; (2) princípio da predominância dos aspectos inquisitoriais no processo coletivo. São princípios que consolidam um microsistema em que o órgão julgador está inclinado a ter postura mais proativa de proteção ao bem jurídico tutelado, em razão de sua importância.

O princípio da primazia do conhecimento de mérito no processo coletivo consiste na manutenção do processo, ainda haja desinteresse dos sujeitos-partes da relação processual, visto que não são titulares exclusivos do direito em jogo. Em razão desse princípio, há superação da dogmática tradicional da legitimidade e interesse de agir, posto que o direito metaindividual pertence à coletividade e, por esbarrar no interesse público, torna-se indisponível, ainda que sob desídia de quem provocou a jurisdição. Em razão disso, o juízo é interessado na resolução do conflito, pois também é gozador, direta ou indiretamente do direito.

Sem prejuízo, o princípio encontra justificativa na indisponibilidade do direito. Em razão disso, o legislador, ao organizar o microsistema de tutela coletiva, determinou que o juí-



zo: (1) diante de desistência infundada da parte autora da ação, determine que se dê máxima publicidade a demanda a fim de suprir o vácuo de interesse por outros legitimados coletivos e, na falta deles, o Ministério Público<sup>21</sup>; (2) diante notícia de violação aos direitos deverá notificar o Ministério Público para apurações<sup>22</sup>.

Por fim, a o aspecto inquisitorial do processo coletivo consiste em poderes e deveres do juízo que excede a tradicional equidistância e inércia do órgão julgador. Em razão disso, o legislador possibilitou poderes de instrução diversos daqueles presentes dos processos individuais, bem como a possibilidade de remeter o processo à remessa necessária invertida<sup>23</sup>. Segundo Didier e Zaneti:

[...]permite-se uma conduta mais incisiva, participativa, dirigente e decisiva do juiz [...] divisão de tarefas no processo coletivo decorre das previsões legislativas e constitucionais e dá-se em conformidade com o princípio da adequação, corolário do devido processo legal.[...]. O processo coletivo é tendencialmente inquisitivo [...]<sup>24</sup>.

Os princípios acima evidenciam o interesse dos órgãos jurisdicionais na solução de fatos que envolvam direitos difusos e coletivos. Seus componentes, na medida em que também gozam dos direitos difusos e coletivos, têm vontade de garantir a proteção ao direito que, quando violado, também lhes atinge. Em suma, as lesões ao direito de informação, evidente direito difuso, que perturbam a paz e a lisura eleitoral encontram, na tutela coletiva de direitos metaindividuais, a garantia necessária para o resguardo do devido processo eleitoral.

## CONCLUSÃO

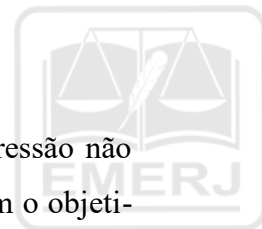
O direito à informação verdadeira tem ganhado profunda relevância no mundo atual de alto fluxo informativo. As redes sociais, atualmente desregulamentadas, tornaram-se terreno fértil para proliferação de notícias fraudulentas que resultam em potencial descrédito institucional e democrático, sobretudo no processo eletrônico eleitoral. Há aparente conflito entre direito à informação e liberdade de expressão que ameaçam a lisura eleitoral e a garantia do devido processo eleitoral pacífico, resultante da proliferação massiva de notícias fraudulentas sobre as urnas eletrônicas. Entretanto, esse parente conflito é superado, pois se trata de direi-

<sup>21</sup>BRASIL, *Lei nº 7.347* de 24 de julho 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2021.

<sup>22</sup>Ibid.

<sup>23</sup>BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

<sup>24</sup>DIDIER JR, Freddie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo V. 4. São Paulo: JusPODIVM, 2013, p. 125-126.



tos diversos, que tutelam bens jurídicos distintos. Além disso, a liberdade de expressão não acoberta o direito a proliferação massiva de notícias notoriamente fraudulentas, com o objetivo de ludibriar a opinião pública contra a lisura eleitoral.

Percebe-se, quando há um fenômeno massivo de proliferação de notícias fraudulentas que, por conseguinte, movem a opinião pública ao retrocesso processual, há violação contundente aos diversos processos que rodeiam a Administração Pública. É garantido a todos a celeridade, o devido processo legislativo com a devida lisura, a economicidade e a vedação ao retrocesso. Neste sentido, também restam violações a direitos difusos e coletivos, quais sejam o direito à informação e ao devido processo eleitoral, mas não somente esses. A Carta Constitucional impôs deveres e princípios de economicidade, razoabilidade, celeridade, vedação ao retrocesso e otimização dos serviços públicos a todos os Poderes constituídos pelo art. 1º. A escolha das urnas tem sido condizente com todos esses deveres, pela cominação entre rigor técnico, segurança e agilidade na apuração dos resultados.

Por conseguinte, o uso da ação civil pública no combate a proliferação desses conteúdos é de fundamental importância para o resguardo desses direitos, haja vista que a coletividade é seu titular. Fundamentalmente, o direito a informação verdadeira e ao devido processo eleitoral, por serem difusos, passam pela garantia de resguardo atribuída ao Ministério Público que, por intermédio do processo coletivo, permite provocar o Poder Judiciário para buscar a responsabilidade civil daqueles que dolosamente violam essas garantias. É pelo manejo dessa ação que se protege não só os interesses da coletividade, mas a segurança institucional e democrática tão prezada pelo constituinte em 1988.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. v. 235. p. 1-36. Jan. 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 633703/2011*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade*.



dade 4.543 Distrito Federal. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1787128>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm)> Acesso em: 23 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347 de 24 de julho 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.603, de 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-603-de-12-de-dezembro-de-2019>>. Acesso em: 09 ago. 2021.

DIDIER JR, Freddie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo V. 4. São Paulo: JusPODIVM, 2013.

FAVERO, Sabrina; STAINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista jurídica Cesumar*. Maringá. v. 16. n. 3, p. 639-655. Set/dez. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça a democracia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Fortaleza. v. 20, n. 2, p. 93-11. Dez. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

REMEDIO, José Antônio; BIAGIOLI, Carlos Murilo. Limites ao direito de informação e à liberdade de imprensa. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 17, n. 01, p. 211-236. Jan./mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição ao retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. P. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 200, p. 116. Disponível em <<http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2021.

SCHUAREN, Luis Fernando. *A segurança do sistema brasileiro de votação eletrônica*. 2016. 93 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência da Computação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

TOFFOLI, José. Fake news, desinformação e liberdade de expressão. *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 9-18. Jul./set. 2019.



## O CONCURSO DE CRIMES NO ROUBO A TRANSPORTES COLETIVOS

Bruno Dias Amendola

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado.

**Resumo** – a presente pesquisa visa problematizar o tratamento dado ao concurso de crimes no roubo a transportes coletivos, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, o trabalho começará analisando o conceito de conduta, e questionando quais são os bens jurídicos primariamente protegidos pelo tipo do roubo. Com estas respostas, busca-se entender o porquê de o roubo a transportes coletivos ser classificado como um concurso de crimes, e não como um crime único. Definido seu enquadramento na categoria de concurso formal, será necessária uma análise mais detalhada deste instituto, em especial de suas duas modalidades, próprio e impróprio, do conceito de “desígnios autônomos” que as diferencia e dos sistemas de aplicação de pena adotados em cada uma. Por fim, debater-se-á a contradição entre as posições do STJ a respeito dos desígnios autônomos e do roubo a transportes coletivos, partindo-se em busca de uma solução que confira coerência à jurisprudência da Corte.

**Palavras-chave** – Roubo. Transportes coletivos. Patrimônios distintos. Concurso formal próprio e impróprio. Desígnios autônomos.

**Sumário** – Introdução. 1. Roubo contra diferentes vítimas: crime único ou concurso de crimes? 2. Concurso formal de crimes e o controverso conceito de desígnios autônomos. 3. O roubo a transportes coletivos, sua classificação e a contraditória posição do STJ. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Partindo-se do estudo do roubo a transportes coletivos, o presente artigo aspira a promover uma profunda análise sobre o concurso de crimes, a conceituação de desígnios autônomos e as controversas decisões do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

Segundo relatório do DEPEN, em dezembro de 2019, o artigo 157 do Código Penal representava quase 40% dos crimes cometidos pela população carcerária nacional. No mesmo ano, os roubos a ônibus no estado do Rio de Janeiro chegaram à absurda média de um crime a cada 30 minutos. Frente a um delito tão frequente e relevante, espera-se da jurisprudência um tratamento lógico e uniforme, de forma a garantir segurança jurídica tanto aos réus quanto aos operadores do Direito. Esta não é, entretanto, a realidade no país.

Ao qualificar o roubo a transportes coletivos como concurso formal próprio de crimes, o Superior Tribunal de Justiça contraria seu próprio posicionamento a respeito do concurso formal impróprio e do conceito de “desígnios autônomos”. Sem fornecer uma justificativa para



o tratamento excepcional, a Corte põe em xeque não somente suas posições quanto a esta específica modalidade delitiva, mas quanto a toda a mecânica do concurso de crimes no país.

Diante da incongruência dos posicionamentos do STJ, torna-se necessária uma nova análise a respeito do conceito de desígnios autônomos e de sua aplicação ao crime de roubo a transportes coletivos. Somente com uma uniformização dos posicionamentos, alcançar-se-á a devida segurança jurídica para um crime tão corriqueiro no país.

Para este fim, o primeiro capítulo do presente artigo procura debater se o roubo praticado contra vítimas diferentes, mas em um mesmo contexto, deve configurar crime único ou concurso de crimes. Após demonstrar os problemas de política criminal gerados pelo posicionamento dominante, busca-se analisar se o atual Código Penal possibilita alguma interpretação diversa.

A partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial do concurso formal de crimes e do conceito de desígnios autônomos, o segundo capítulo pretende discutir a previsão destes complexos institutos no Código Penal de 1940, bem como os problemas por ela gerados.

Por fim, o terceiro e último capítulo contrapõe os posicionamentos do STJ em relação ao conceito de desígnios autônomos e à caracterização do roubo em transportes coletivos. Constatada a incongruência, torna-se necessário perquirir suas motivações e sugerir alternativas que tragam maior segurança jurídica à questão.

A pesquisa é desenvolvida pelos métodos hipotético-dedutivo e de análise de decisões, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

## 1. ROUBO CONTRA DIFERENTES VÍTIMAS: CRIME ÚNICO OU CONCURSO DE CRIMES?

Ao definir as espécies de concurso de crimes nos artigos 69 a 71 do Código Penal<sup>1</sup>, o legislador estabeleceu como principal critério de diferenciação a unidade ou pluralidade de

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 6 abr. 2021.



condutas. Assim, para determinar se há unidade ou pluralidade de crimes, é necessário, primeiramente, determinar se há unidade ou pluralidade de condutas.

A conduta, ou como o legislador a chama, ação, teve diversas conceituações ao longo da história do Direito Penal. Em sua definição original, desenvolvida por Liszt, Beling e Radbruch, a conduta era o comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior. A Teoria Clássica priorizava o aspecto causal, o movimento do corpo humano que gerou um resultado externo, desprezando o elemento psíquico do agente, que ficava relegado ao momento da culpabilidade.<sup>2</sup>

A Teoria Finalista ressaltou a finalidade do agente, trazendo o dolo e a culpa da culpabilidade para o interior da conduta. Segundo Welzel, conduta é o comportamento humano consciente e voluntário, dirigido a um fim. A causalidade sem finalidade era cega, e o comportamento sem dolo ou culpa não poderia ser considerado uma conduta penalmente relevante. Apesar de ter recebido muitas críticas, o finalismo penal foi amplamente adotado pela doutrina brasileira, e o próprio Código Penal parece preferi-lo, motivo pelo qual esta será a corrente adotada neste trabalho.<sup>3</sup>

É evidente que, havendo um único movimento exterior voluntário, haverá uma única conduta. O agente que desfere um tiro no peito de sua vítima realiza uma única conduta, com a finalidade de matar. Várias manifestações físicas de vontade podem, por outro lado, representar uma ou diversas condutas. O critério diferenciador será, aqui, a existência ou não de um plano comum, de uma unidade de resolução.<sup>4</sup>

Como estabelecido pelo finalismo penal, toda conduta humana tem uma finalidade. Na análise da conduta dolosa, o atingimento ou não do resultado esperado é irrelevante, visto que o desvalor recairá apenas sobre a finalidade. Nas condutas culposas, por outro lado, em que a finalidade almejada não é objeto de proibição, o desvalor recairá sobre a seleção dos meios para a obtenção deste fim, que deve ser feita respeitando determinados deveres de cuidado.<sup>5</sup>

Assim, tanto condutas dolosas quanto culposas são dirigidas a uma finalidade específica. Para que vários movimentos exteriores possam ser considerados uma conduta única, eles devem todos fazer parte de um plano comum, almejando atingir a mesma finalidade. Cada

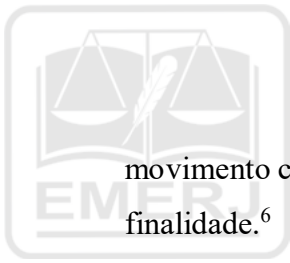
---

<sup>2</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 13. ed. rev. atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 368-372.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 620.

<sup>5</sup> BÉZE, Patricia Mothé Gliocche. *Novas tendências do concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 30.



movimento corporal será um ato, e a conduta, ou ação, será o conjunto destes atos, visando uma finalidade.<sup>6</sup>

Este plano unitário é um requisito essencial, mas não é o único. Basta pensar em um agente que planeje cometer dois homicídios em dois meses sucessivos: haverá um plano unitário, mas é evidente que cada ação de matar representará uma conduta isolada. Assim, para serem considerados uma conduta única, os diferentes movimentos precisarão não somente de uma unidade de resolução (fator final), mas também de uma unidade de desvalor (fator normativo).<sup>7</sup>

Falar em unidade de desvalor significa dizer que aqueles movimentos seguidores de um plano comum estão também abarcados por uma mesma norma proibitiva. Para tanto, é necessária uma análise detalhada do tipo penal em questão. O tipo do estupro, por exemplo, requer uma violência e um ato libidinoso; estes atos poderiam representar condutas isoladas, mas o fator normativo os transforma em uma conduta única.<sup>8</sup>

Aplicando os institutos até aqui vistos ao caso objeto de análise no presente trabalho, a unidade de conduta torna-se evidente. O agente que rouba passageiros em um transporte coletivo promove diversos atos, mas todos com o mesmo planejamento. Muitas vezes, o indivíduo sequer sabe a quantidade de vítimas dentro do transporte. O número de resultados, entretanto, não é relevante, pois o objeto do desvalor é a ação<sup>9</sup>, a escolha de assaltar o transporte coletivo.

Determinada a unidade de conduta, resta analisar se, no roubo a transportes coletivos, há unidade de crimes. Segundo Béze<sup>10</sup>, “o que caracteriza a pluralidade de crimes é a pluralidade de lesões (praticadas com uma ou várias condutas)”. Caso a conduta do agente atinja um único bem jurídico, haverá um único crime. Da mesma forma, caso a conduta atinja vários bens jurídicos protegidos por um único tipo (como no caso do estupro, antes citado), haverá um único crime. Somente quando a conduta atingir diferentes bens jurídicos que não se comportam em um mesmo tipo, haverá mais de um crime.<sup>11</sup>

Dessa forma, para analisar a pluralidade de crimes no roubo, é necessário perquirir qual é o bem jurídico protegido pelo artigo 157 do Código Penal<sup>12</sup>. Esta, entretanto, não é uma pergunta simples. O roubo é um delito complexo, que junta em si elementos constitutivos de

<sup>6</sup> Ibid., p. 31.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 620.

<sup>8</sup> BÉZE, op. cit., p. 31.

<sup>9</sup> Ibid., p. 33.

<sup>10</sup> Ibid., p. 35.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



dois ou mais crimes diferentes. Ao proibir a subtração, o roubo protege a inviolabilidade do patrimônio, assim como o delito de furto, do artigo 155<sup>13</sup>. Ao prever a violência, característica do crime de lesão corporal, do artigo 129<sup>14</sup>, o roubo visa proteger a integridade corporal das vítimas. Por fim, no caso de grave ameaça, o roubo protegerá a liberdade individual, da mesma forma que o artigo 147.<sup>15</sup> Em sua forma qualificada, o latrocínio, o roubo ainda protegerá a vida, mas esta modalidade não se revela interessante para o presente trabalho.

Identificam-se, então, na figura do roubo, três bens jurídicos protegidos: o patrimônio, a integridade corporal e a liberdade individual. Enquanto os dois últimos são de fácil compreensão, o conceito de patrimônio levanta algumas questões. Prado<sup>16</sup> identifica cinco concepções a respeito do patrimônio: jurídica<sup>17</sup>, econômica<sup>18</sup>, jurídico-econômica<sup>19</sup>, pessoal<sup>20</sup> e funcional<sup>21</sup>. As correntes apresentam poucas diferenças práticas, somente escolhendo focar em um ou outro aspecto do patrimônio.

É importante ressaltar, contudo, que apesar do que algumas das correntes parecem sugerir, o patrimônio passível de subtração não deve ser somente aquele apreciável economicamente. No lugar de um valor de troca, pecuniário, alguns bens apresentam apenas um valor de uso, sentimental. Estes merecem igualmente a tutela do Direito Penal, e sobre eles não deverá incidir o princípio da insignificância.<sup>22</sup>

Há, ainda, uma grande divergência em relação aos institutos da propriedade, posse e detenção. Um maior desdobramento sobre a questão foge aos objetivos deste trabalho, porém a melhor posição parece ser a de Greco<sup>23</sup>, que diz serem a propriedade e a posse os bens juridicamente protegidos pelos artigos 155 e seguintes do Código Penal. Uma vez que a coisa detida não integra o patrimônio da vítima, não deve ser ela protegida pelo Direito Penal.

Delimitados os bens jurídicos protegidos pelo crime de roubo, um problema permanece: qual deve ser o parâmetro para a quantificação dos crimes? O legislador, entretanto, deixou sua

---

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial - arts. 121 a 249*. 11 ed. rev. atual. e ampl. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 452.

<sup>16</sup> Ibid., p. 424.

<sup>17</sup> Patrimônio é a soma dos direitos subjetivos patrimoniais de uma pessoa.

<sup>18</sup> Considera-se patrimônio o conjunto de bens ou valores econômicos sob a disposição de alguém.

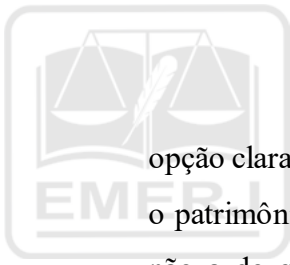
<sup>19</sup> Teoria mista, que junta a proteção do ordenamento, privilegiada pela concepção jurídica, com o foco pecuniário da concepção econômica.

<sup>20</sup> Privilegia a figura da pessoa, conceituando patrimônio como o direito subjetivo do titular de usufruir de seus objetos.

<sup>21</sup> Encarece-se as possibilidades que determinado bem tem de satisfazer as necessidades de seu titular.

<sup>22</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 14 ed. rev. atual. e ampl. V. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 570-572.

<sup>23</sup> Ibid.



opção clara ao incluir o roubo (inclusive a modalidade do latrocínio) no Título dos crimes contra o patrimônio. Uma interpretação sistêmica do diploma legal não permite outra conclusão que não a de que o patrimônio é o bem precipuamente protegido pelo artigo 157. Esta ideia é confirmada pelo fato de o crime de latrocínio não ser de competência do Tribunal do Júri, mesmo considerando a maior importância do bem jurídico vida sobre o bem jurídico patrimônio. Afinal, apesar de o agente ter causado a morte da vítima (neste caso, dolosamente), a finalidade de sua conduta era a subtração patrimonial.<sup>24</sup>

Conclui-se, então, que ao roubar diferentes passageiros em um transporte coletivo, o agente está praticando uma única conduta, mas cometendo diversos crimes, uma vez que cada vítima terá seu patrimônio pessoal violado pela ação. Analisando os dispositivos do Código Penal, recai-se na figura do concurso formal de crimes, do artigo 70. A jurisprudência do STJ caminha no mesmo sentido, como evidenciado pelos *Habeas Corpus* n° 207.543/SP<sup>25</sup>, 459.546/SP<sup>26</sup> e 328.789/SP<sup>27</sup>, este reproduzido em parte a seguir:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS. CONCURSO FORMAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes. 2. O paciente, mediante uma só ação, subtraiu bens pertencentes a vítimas diversas, o que evidencia a multiplicidade de resultados e, conseqüentemente, a ocorrência de concurso formal de crimes. [...]

Caso o roubo a transportes coletivos fosse encarado como um crime único, o agente poderia ver sua pena aumentar de acordo com a quantidade de vítimas, em uma lógica similar à usada no crime continuado. Sem esta possibilidade, entretanto, restam como hipóteses para o apenamento do agente o sistema da exasperação, no caso de concurso formal próprio, e do

<sup>24</sup> Ibid., p. 562-563.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 207543/SP*. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1138150&num\\_registro=201101175532&data=20120423&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1138150&num_registro=201101175532&data=20120423&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 459546/SP*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1785449&num\\_registro=201801756779&data=20190204&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1785449&num_registro=201801756779&data=20190204&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 328789/SP*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439549&num\\_registro=201501566432&data=20151005&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439549&num_registro=201501566432&data=20151005&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

cúmulo material, no concurso formal impróprio. As peculiaridades e problemas de cada modalidade serão analisadas no próximo capítulo.

## 2. CONCURSO FORMAL DE CRIMES E O CONTROVERSO CONCEITO DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS

Ao longo dos séculos, diversas foram as tentativas de se criar um sistema justo para regular a aplicação de penas no concurso de crimes. Hoje, pode-se enumerar cinco como os principais: o sistema do cúmulo material, o da absorção, o do cúmulo jurídico e o da exasperação.<sup>28</sup>

O sistema do cúmulo material é, certamente, o mais simples de todos, e consiste em somar as penas de cada um dos crimes cometidos para sua cumulativa aplicação. Este é o sistema atualmente adotado no Código Penal brasileiro para o concurso material e para o concurso formal impróprio, mas não está livre de críticas. Usando como base o caso do roubo a ônibus, é simples perceber que a multiplicação da sanção do roubo (quatro a dez anos, em sua modalidade simples<sup>29</sup>) pelo número de passageiros vitimados poderia resultar em absurdos tamanhos de pena, possivelmente maiores do que a restante expectativa de vida do agente. Além disso, soa injusto o fato de que aquele agente que comete diversos crime leves poderia ter uma pena muitas vezes maior do que aquele que cometeu um crime gravíssimo.<sup>30</sup>

Em via diametralmente oposta ao cúmulo material, o sistema da absorção propõe a aplicação de apenas uma das penas, a mais grave dentre as previstas para os delitos praticados, como se este delito absorvesse os demais. A crítica a este sistema é evidente: a punição de somente um delito leva à impunidade de todos os outros, e pode até ferir a função preventiva do Direito Penal.<sup>31</sup>

Com vistas a combater as falhas dos sistemas anteriores, Mittermayer desenvolveu o princípio do cúmulo jurídico, pregando que a pena final deve ser maior do que a pena de cada infração isoladamente, mas menor do que a soma aritmética de todas.<sup>32</sup> Esta noção levou, eventualmente, ao sistema da exasperação, que determina a aplicação da pena do delito mais

---

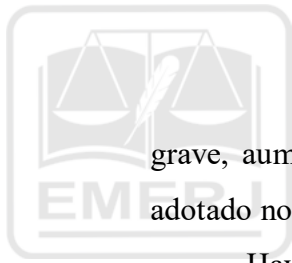
<sup>28</sup> BÉZE, op. cit., p. 46-47.

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>30</sup> BÉZE, op. cit., p. 46-47.

<sup>31</sup> Ibid., p. 47-49.

<sup>32</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 439.



grave, aumentada proporcionalmente à quantidade de delitos perpetrados. Este é o sistema adotado no Código Penal para o concurso formal próprio e para o crime continuado.

Havendo estabelecido que o agente do roubo a transportes coletivos comete diversas infrações em uma única ação, o Código Penal não possibilita outro enquadramento que não o concurso formal de crimes do artigo 70.<sup>33</sup> O próprio dispositivo, entretanto, subdivide o concurso formal em duas espécies, com sistemas de apenamento completamente diferentes: o concurso formal próprio (ou perfeito), da primeira parte do artigo, e o concurso formal impróprio (ou imperfeito), da parte final.

O concurso formal próprio, também chamado de perfeito ou simples, propõe-se a ser a regra geral para o agente que comete múltiplos crimes em uma única conduta. O sistema aqui previsto é o da exasperação, aplicando-se a mais grave das penas cabíveis, ou somente uma delas, quando iguais, aumentando-a, em qualquer caso, de um sexto até a metade. Com o objetivo de manter o menor rigor do sistema da exasperação, o parágrafo único<sup>34</sup> estabelece que esta pena não poderá ultrapassar a que seria fixada pelo sistema do cúmulo material.

O concurso formal impróprio, também chamado de imperfeito ou qualificado, procura estabelecer uma regra especial e mais severa para aqueles casos vistos pelo Código Penal como mais reprováveis. O sistema previsto é o do cúmulo material, com a cumulativa aplicação de todas as penas individualmente previstas para os crimes praticados. Zaffaroni<sup>35</sup> leciona que esta modalidade de concurso teve sua origem no art. 81 do Código Rocco italiano, que visava excluir certos crimes da fórmula geral do concurso formal, em especial, a hipótese de uma única ação dolosa causadora de uma pluralidade de mortes.

De acordo com a redação do Código, será hipótese de concurso formal impróprio quando o agente praticar uma ação ou omissão dolosa e os crimes desta decorrentes resultarem de desígnios autônomos. Enquanto a primeira parte do dispositivo deixa clara a intenção do legislador de excluir crimes culposos, a expressão “desígnios autônomos” não é de tão fácil compreensão.

Segundo o dicionário<sup>36</sup>, desígnio significa “vontade ou intenção de desenvolver, de realizar alguma coisa”. A doutrina não foge muito do significado gramatical: para Bezé<sup>37</sup>, desígnio é “a intenção, a finalidade desejada pelo agente com a prática da conduta”. A expressão

<sup>33</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

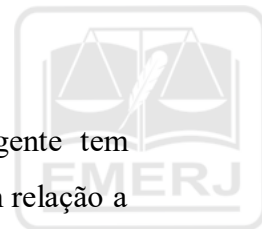
<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 625-626.

<sup>36</sup> DICIO. *Dicionário Online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/designio/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>37</sup> BÉZE, op. cit., p. 89.





“desígnios autônomos” significaria então, para Souza e Japiassú<sup>38</sup>, que “o agente tem consciência e vontade em realizar mais de um tipo penal, e atua finalisticamente em relação a cada um deles”. Greco<sup>39</sup>, ao definir a expressão, diz que “a conduta, embora única, é dirigida finalisticamente, vale frisar, dolosamente, à produção dos resultados.”

Vê-se, assim, uma clara conexão dos desígnios autônomos com o dolo, de forma a pôr em xeque, inclusive, a necessidade de o dispositivo também prever que a conduta deve ser dolosa. Ainda assim, discute-se se a modalidade abrange crimes cometidos com dolo eventual ou somente aqueles praticados com dolo direto. Enquanto a doutrina<sup>40</sup> tende a excluir o dolo eventual, a jurisprudência o admite:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO VERSUS CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. EXPRESSÃO QUE ABRANGE TANTO O DOLO DIRETO QUANTO O EVENTUAL. DELAÇÃO PREMIADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO EFETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente pratica duas ou mais infrações penais mediante uma única ação ou omissão; já o concurso formal imperfeito evidencia-se quando a conduta única (ação ou omissão) é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. Ou seja, a distinção fundamental entre os dois tipos de concurso formal varia de acordo com o elemento subjetivo que animou o agente ao iniciar a sua conduta.

2. A expressão "desígnios autônomos" refere-se a qualquer forma de dolo, seja ele direto ou eventual. Vale dizer, o dolo eventual também representa o endereçamento da vontade do agente, pois ele, embora vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não o desejando diretamente, mas admitindo-o, aceita-o.

3. No caso dos autos, os delitos concorrentes - falecimento da mãe e da criança que estava em seu ventre -, oriundos de uma só conduta - facadas na nuca da mãe -, resultaram de desígnios autônomos. Em consequência dessa caracterização, vale dizer, do reconhecimento da independência das intenções do paciente, as penas devem ser aplicadas cumulativamente, conforme a regra do concurso material, exatamente como realizado pelo Tribunal de origem. [...] <sup>41</sup>

Ao explicar o conceito de desígnios autônomos, Greco<sup>42</sup> usa como exemplo a prática nazista de enfileirar judeus a fim de que, com um único disparo de fuzil, vários fossem mortos. Como o instituto foi criado exatamente para atingir este tipo de conduta, o encaixe é perfeito, e é alcançado o objetivo de evitar que agentes de crimes tão reprováveis se beneficiem do sistema

<sup>38</sup> SOUZA; JAPIASSÚ, op. cit. p. 442.

<sup>39</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. rev. atual. e ampl. V. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 755.

<sup>40</sup> BEZÉ, op. cit., p. 92.

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 191490/RJ*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201002185288&dt\\_publicacao=09/10/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002185288&dt_publicacao=09/10/2012)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>42</sup> GRECO, op. cit., p. 755.



da exasperação. A norma penal, entretanto, deve ser abstrata, e ao fugir deste específico caso concreto, os diversos problemas do instituto começam a aparecer.

Conforme estabelecido no capítulo 1, o finalismo penal prega que quando vários movimentos externos se dirigem a uma mesma finalidade, estes diversos atos compõem uma única conduta. Da mesma forma, ter-se-ão tantas condutas quantas forem as diferentes finalidades do agente. Sendo desígnio nada mais do que um sinônimo de finalidade, como é possível uma única conduta ser movida por diferentes desígnios?<sup>43</sup>

A aparente contradição do Código Penal deve-se ao fato de que a redação do art. 70<sup>44</sup> mantém-se a mesma desde 1940, quando ainda predominante o conceito naturalista da conduta, que desconsiderava o elemento da vontade. Assim, era possível que um mesmo movimento mecânico visasse o cometimento de dois diferentes crimes, ou seja, que uma única conduta, naturalisticamente considerada, tivesse duas finalidades, dois desígnios autônomos. Em realidade, o que há são duas condutas dolosas finalistas, resultantes de dois desígnios autônomos, que, por se exteriorizar em uma só ação naturalista, são consideradas uma só conduta. Essa relação do concurso formal impróprio com a pluralidade de condutas se torna ainda mais clara ao lembrar o sistema escolhido para a aplicação da pena: o do cúmulo material.<sup>45</sup>

Diante do exposto, é razoável dizer que o roubo a transportes coletivos melhor se amolda ao conceito do concurso formal impróprio; difícil seria arguir que, ao ameaçar e subtrair os bens de passageiros, está o agente atuando de forma culposa. Uma breve análise jurisprudencial, entretanto, revela que a questão não é tão simples.

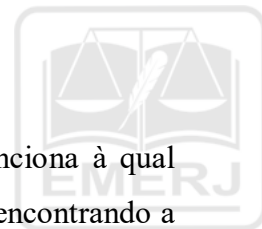
### 3. O ROUBO A TRANSPORTES COLETIVOS, SUA CLASSIFICAÇÃO E A CONTRADITÓRIA POSIÇÃO DO STJ

Configura-se o roubo a transporte coletivo quando o agente, normalmente munido de uma arma branca ou de fogo, ingressa no veículo para, mediante ameaça ou violência, subtrair os bens de seus passageiros. Considerando a já vista orientação do Superior Tribunal de Justiça a respeito do conceito de desígnios autônomos, natural seria supor que a Corte classifica esta conduta como um concurso formal impróprio de crimes. Na realidade, entretanto, a jurisprudência tende a tratar a hipótese como concurso formal próprio.

<sup>43</sup> BEZÉ, op. cit., p. 95-97.

<sup>44</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>45</sup> BEZÉ, op. cit., p. 97-103.



Em verdade, em muitas de suas decisões, a Corte Superior sequer menciona à qual modalidade de concurso formal está se referindo. Somente analisando a pena e encontrando a aplicação do sistema da exasperação, pode-se aferir que a modalidade reconhecida foi a do concurso formal próprio.<sup>46</sup> Isto pode ser visto nos julgamentos dos *Habeas Corpus* n° 311.722/SP<sup>47</sup>, 364.754/SP<sup>48</sup> e 442.031/SP<sup>49</sup>.

O posicionamento já está tão consolidado na Corte, que seus Ministros sequer procuram explicar o porquê da não aplicação da segunda metade do art. 70<sup>50</sup>. Embora o raciocínio jurídico seja questionável, sua motivação é evidente: a aplicação do sistema do cúmulo material, previsto para o concurso formal impróprio, poderia levar a penas desproporcionais à gravidade dos delitos efetivamente praticados.

Basileu Garcia<sup>51</sup> exemplifica a potencial injustiça do sistema do cúmulo material ao tratar de um agente que se dirige à sacada de um prédio e brada ao povo das ruas: “Patifes!”. Assumindo que 30 pessoas transitavam pelo local e lhe ouviram, responderá o agente por 30 injúrias em concurso formal impróprio? A melhor solução seria reconhecer a unidade da resolução criminosa: ao dizer que o agente não teve desígnios autônomos de atingir cada indivíduo, mas um desígnio único de atingir o grupo, evita-se o concurso formal impróprio. Essa justificativa, inclusive, pode ser encontrada em decisões mais antigas do STJ:

PENAL. CRIMES HOMOGENEOS DE ROUBO. CONCURSO DE AGENTES COM DUAS VITIMAS. CONFIGURAÇÃO DE CONCURSO IDEAL, E NÃO CRIME ÚNICO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, COM O RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA.

I - Os três recorridos, com acerto prévio e unidade de desígnio, assaltaram o motorista e o trocador de um ônibus no final da linha. Utilizaram-se arma de fogo. O juiz de primeiro grau reconheceu o concurso formal, e aumentou as penas privativas de liberdade de um sexto. Os condenados apelaram. O TJ deu provimento a apelação, tirando a majorante: trata-se de crime único. Insatisfeito, o Ministério Público interpôs recurso especial pelas alíneas “a” e “c” do autorizativo constitucional.

<sup>46</sup> SOUZA; JAPIASSÚ, op. cit. p. 443.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 311722/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517676&num\\_registro=201403309843&data=20160613&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517676&num_registro=201403309843&data=20160613&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 364754/SP. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542016&num\\_registro=201601989745&data=20161010&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542016&num_registro=201601989745&data=20161010&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 442031/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729405&num\\_registro=201800657550&data=20180801&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729405&num_registro=201800657550&data=20180801&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>50</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>51</sup> GARCIA apud BEZÉ, op. cit., p. 107-108.



II - Pouco interessa tenha havido um só desígnio delituoso dos três recorridos, com uma só ação. Na verdade, dois foram os crimes praticados. Daí subsumir-se o fato no caput do art. 70 do CP: concurso ideal. [...] <sup>52</sup>

Não se pretende, aqui, criticar a validade deste posicionamento. A unidade de resolução foi adotada, inclusive, no capítulo 1 do presente artigo, para justificar a unicidade de conduta no roubo a transportes coletivos. O problema está, então, na incongruência deste posicionamento com a definição de desígnios autônomos adotada pelo mesmo juízo. Ao dizer que desígnio autônomo significa dolo, direto ou eventual, não há como condenar um agente por diversos roubos (dolosos) em concurso formal próprio.

Não há dúvidas de que aplicar o sistema do cúmulo material ao agente desta modalidade delituosa poderia levar a penalidades demasiadamente injustas. A atual solução, entretanto, não só ataca o princípio da segurança jurídica, como erode a credibilidade do Tribunal Superior. É necessário encontrar uma alternativa.

À primeira vista, a solução mais fácil parece ser a mudança do entendimento quanto aos desígnios autônomos. Ao desvincular a figura do dolo, aproximando-a mais à ideia de planejamentos distintos, o atual posicionamento do STJ frente aos roubos a transportes coletivos não traria mais qualquer incongruência. Mudar o conceito de desígnios, entretanto, traria reflexos a outros crimes, especialmente àqueles para os quais o conceito foi pensado em primeiro lugar. O já citado agente que enfileira suas vítimas para atirar, por exemplo, também passaria a responder por seus homicídios em concurso formal próprio. Com o potencial de criar mais injustiças do que previne, essa solução deve ser descartada.

Outra possibilidade seria alterar a redação da segunda metade do art. 70<sup>53</sup>. Ao trocar a expressão “aplicam-se cumulativamente” por “podem aplicar-se cumulativamente”, o Código deixaria a cargo do magistrado analisar se o caso concreto demanda a aplicação do mais rigoroso sistema do cúmulo material ou não. O maior mérito desta solução é também seu maior demérito: ao deixar a decisão ao completo arbítrio do juiz, fere-se a segurança jurídica que se pretendia proteger, e abre-se a possibilidade de agentes em condições semelhantes serem apenados de formas muito diferentes.

A melhor opção, então, parece ser abandonar de vez os resquícios naturalistas do Código Penal e vincular definitivamente conduta, finalidade e desígnio. Ao estabelecer a finalidade como critério principal de quantificação das condutas, define-se que existirão tantas condutas

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 54760/DF*. Relator: Ministro Pedro Aciole. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199400296100&dt\\_publicacao=07-04-1997&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400296100&dt_publicacao=07-04-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em: 11 set. 2021.

<sup>53</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



dolosas quantas forem as finalidades do agente. Esta interpretação torna a segunda metade do art. 70<sup>54</sup> letra morta, pois sempre que houver desígnios autônomos, existirão mais de uma conduta. Além disso, o próprio Código já traz, em seu art. 71<sup>55</sup>, uma qualificação para as diversas condutas que, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, resultam em dois ou mais crimes: o crime continuado.<sup>56</sup>

Ao qualificar o roubo a transportes coletivos como crime continuado, torna-se possível a aplicação do sistema da exasperação, regulando o tamanho da pena de acordo com a quantidade de crimes cometidos. Além disso, a previsão de que os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro possibilita a exclusão daqueles crimes para os quais a fórmula dos desígnios autônomos foi originalmente criada. O agente que enfileira suas vítimas para o tiro estaria praticando duas condutas, uma vez que com duas finalidades distintas, e o mero fato de ter economizado um projétil não seria suficiente para que o segundo homicídio fosse tratado como continuação do primeiro.

Essa solução pode parecer radical, mas deve-se lembrar que o Decreto-Lei nº 1.004/69<sup>57</sup>, que procurava instaurar um novo Código Penal, sequer previa o concurso formal impróprio. Seu art. 66, inclusive, além de trazer previsão quase idêntica à do atual crime continuado, ainda trazia um parágrafo único excluindo da figura “fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa”. Apesar da redação confusa, é nítida a intenção do legislador de excluir o já citado atirador em fileira da disposição legal.

A solução aqui proposta não está imune a críticas, e demandaria, para se concretizar, uma profunda alteração no modo como as Cortes Superiores veem o concurso de crimes. É indiscutível, entretanto, a necessidade de mudança, e com a morosidade das Casas Legislativas, cabe aos intérpretes do Direito este passo inicial.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo problematizar o tratamento dado ao concurso de crimes no roubo a transportes coletivos. Ao qualificar a hipótese como concurso formal próprio de crimes, o Superior Tribunal de Justiça contraria o posicionamento dominante na

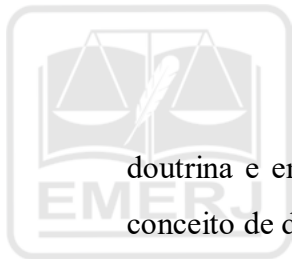
---

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> BEZÉ, op. cit., p. 109.

<sup>57</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.004*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 set. 2021.



doutrina e em sua própria jurisprudência quanto ao concurso formal impróprio e quanto ao conceito de desígnios autônomos. Tais contradições erodem a confiança no Judiciário, e ferem diretamente o princípio da segurança jurídica, demandando uma busca por alternativas.

Nesse sentido, a obra começou sua análise ao questionar por que o roubo contra diferentes vítimas é tratado como concurso de crimes, e não como um crime único. Com uma breve exposição sobre a Teoria Finalista da Ação, explicou-se como várias manifestações físicas de vontade podem representar uma única conduta para fins penais, desde que apresentem unidade de resolução e de desvalor.

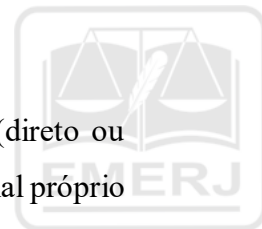
Entendida a unidade de conduta, a discussão avançou propriamente para a unidade de crimes. Viu-se que o que caracteriza a pluralidade de crimes é a pluralidades de lesões a bens jurídicos. Após delimitar quais bens jurídicos são protegidos pelo artigo 157 do Código Penal, constatou-se, através da tipologia da lei, que o parâmetro para a quantificação de roubos deve ser a quantidade de patrimônios afetados. Concluiu-se, assim, que o agente do roubo a transportes coletivos pratica uma única conduta geradora de diversos delitos, agindo, portanto, em concurso formal de crimes.

Em seguida, buscou-se analisar com maior profundidade os institutos relacionados ao concurso formal de crimes. Primeiramente, foi necessário debater os diversos sistemas criados para regular a aplicação de penas no concurso. Para os fins do presente trabalho, dois sistemas revelaram-se mais interessantes: o do cúmulo material, mais rigoroso, usado no concurso material e no concurso formal impróprio; e o da exasperação, mais leve, previsto para o concurso formal próprio e para o crime continuado.

Mencionadas as duas modalidades de concurso formal, próprio e impróprio, direcionou-se o estudo a sua melhor compreensão. Analisando o artigo 70 do Código Penal, constatou-se que o critério diferenciador entre os dois subtipos poderia ser resumido em uma única e enigmática expressão: “desígnios autônomos”.

Através de uma investigação envolvendo dicionários, doutrinadores e magistrados, o segundo capítulo procurou encontrar a melhor definição para a expressão “desígnios autônomos”. Percebeu-se uma clara conexão do termo com o conceito de finalidade, o que levou juristas de todo o país a associarem-no com a ideia de dolo. A noção de uma única conduta movida por diferentes finalidades e geradora de diversos crimes dolosos, entretanto, mostrou-se problemática não só para os ideais da Teoria Finalista, mas também para a aplicação prática das disposições legais.

Com vistas a revelar as contradições do Superior Tribunal de Justiça, o terceiro capítulo contrapôs as decisões da Corte a respeito dos desígnios autônomos e do roubo a transportes



coletivos. Percebeu-se que, mesmo após definir desígnios autônomos como dolo (direto ou eventual), a Corte permaneceu classificando a citada conduta como um concurso formal próprio de crimes (dolosos).

A fim de encontrar uma justificativa para tal flagrante contradição, o trabalho recorreu a decisões da década de 90, nas quais a Corte Superior defendia que o agente que rouba um transporte coletivo tem um desígnio único de roubar o grupo de passageiros, não cada pessoa individualmente. Apesar de o posicionamento ser de sólido raciocínio jurídico, e evitar a aplicação do mais rigoroso sistema do cúmulo material ao agente, a contradição com a definição de desígnios autônomos permanece.

A pesquisa se encerra com uma busca por soluções para este dilema jurídico. Depois de cogitar uma mudança no entendimento quanto aos desígnios autônomos e até uma alteração na redação do Código, o trabalho promove como melhor solução o enquadramento do roubo a transportes coletivos como crime continuado.

Uma adoção completa da Teoria Finalista levaria à conclusão de que não é possível uma única conduta compreender mais de um crime doloso, ou seja, mais de uma finalidade. Ao interpretar o roubo a transporte coletivos como uma série de condutas empreendidas nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, torna-se possível sua classificação como crime continuado, tornando a segunda metade do artigo 70 letra morta.

Longe de pretender ter achado uma solução ideal, o presente artigo procurou chamar atenção a um problema de grandes proporções, mas pouco debatido. Somente com um esforço conjunto da comunidade de juristas, podem contradições como estas serem extirpadas do ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BEZÉ, Patricia Mothé Glioche. *Novas tendências do concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 6 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 1.004/69*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 set. 2021.

\_\_\_\_\_. DEPEN. *Relatório Analítico de Dezembro de 2019*. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br/>. Acesso em: 10 mar. 2021



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 191490/RJ*. Relator: Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201002185288&dt\\_publicacao=09/10/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002185288&dt_publicacao=09/10/2012)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 207543/SP*. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1138150&num\\_registro=201101175532&data=20120423&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1138150&num_registro=201101175532&data=20120423&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 311722/SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517676&num\\_registro=201403309843&data=20160613&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1517676&num_registro=201403309843&data=20160613&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 328789/SP*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439549&num\\_registro=201501566432&data=20151005&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439549&num_registro=201501566432&data=20151005&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 364754/SP*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542016&num\\_registro=201601989745&data=20161010&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542016&num_registro=201601989745&data=20161010&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 442031/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729405&num\\_registro=201800657550&data=20180801&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1729405&num_registro=201800657550&data=20180801&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 10 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 459546/SP*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1785449&num\\_registro=201801756779&data=20190204&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1785449&num_registro=201801756779&data=20190204&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 7 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 54760/DF*. Relator: Ministro Pedro Acioli. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199400296100&dt\\_publicacao=07-04-1997&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400296100&dt_publicacao=07-04-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em: 11 set. 2021.

DICIO. *Dicionário Online de Português*. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/designio/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.





G1. *Número de assaltos a ônibus cresce 21% no RJ; média é de 1 roubo a cada 30 minutos.* Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/05/numero-de-assaltos-a-onibus-cresce-21percent-no-rj-media-e-de-1-roubo-a-cada-30-minutos.ghtml>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral.* 19 ed. rev. atual. e ampl. V. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.* 14 ed. rev. atual. e ampl. V. 2. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120).* 13 ed. rev. atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial - arts. 121 a 249.* 11 ed. rev. atual. e ampl. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* 9. ed. rev. e atual. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



## PRAGMATISMO, DESESTATIZAÇÃO E PODER DE POLÍCIA

Camila de Oliveira Cunha

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas –  
Direito Rio. Advogada.

**Resumo** – o presente trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade de delegação do poder de polícia administrativa, a princípio compreendido como atributo exclusivamente estatal, a pessoas jurídicas de direito privado. De início, o estudo analisa o poder de polícia sob a ótica da dogmática clássica, tradicionalmente contrária à delegação, para, em seguida, avaliar as transformações sociais, econômicas e tecnológicas que deram azo ao desenvolvimento de uma concepção contemporânea do poder de polícia, convidativa à ideia desestatização.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Poder de Polícia. Delegação. Supremacia do Interesse Público. Desestatização.

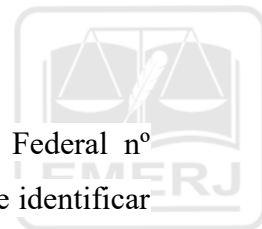
**Sumário** – Introdução. 1. A vedação à delegação do poder de polícia sob a perspectiva dogmática clássica. 2. Novos contextos e o desenvolvimento de um cenário propício à criação de uma moderna concepção sobre o poder de polícia. 3. A viabilidade da delegação sob a ótica da concepção contemporânea de poder de polícia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto avaliar a conveniência da delegação do poder de polícia administrativa estatal à entes particulares. Para tanto, abordará a visão dogmática clássica a respeito do poder de polícia, explorando os argumentos contrários à sua delegação, e, em seguida, analisará o tema sob a ótica de uma concepção contemporânea das funções estatais, emergida de um contexto de inovações sociais, econômicas e tecnológicas.

Usualmente, a posição doutrinária, em quase uníssono, tem sido pela impossibilidade da delegação do poder de polícia. No entanto, os crescentes avanços tecnológicos, econômicos e sociais têm mostrado que este óbice merece ser revisto. Isso porque, cada vez mais, surgem situações em que a realidade, e, principalmente, a velocidade dessas mudanças, impõem limitações à atuação estatal, que encontra barreiras para exercer, com eficiência, a sua função de ordenar a vida social. Nesse contexto, verifica-se uma tendência de crescimento no interesse pela delegação de certas funções estatais a particulares que se encontrem mais bem preparados para oferecer soluções aos problemas apresentados.

O objetivo do estudo é contribuir com a promoção e o enriquecimento dos debates em curso a respeito da eficiência no provimento da função de polícia pelo Estado – com destaque às discussões no âmbito da BM&FBovespa Supervisão de Mercados (BSM), do Projeto de Lei



nº 2.630/2020, popularmente conhecido como “PL das *fake news*”, e da Lei Federal nº 14.026/2020, comumente referido como o Novo Marco do Saneamento –, a fim de identificar hipóteses em que a transmissão de funções públicas a entidades privadas, ainda que relacionadas ao poder de polícia, não só seria viável, mas, também, desejável.

O tema é controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e merece atenção, uma vez que não trata de mero confronto intelectual entre defensores de diferentes linhas de pensamento, mas, sim, do provimento eficiente das funções estatais, da efetiva supremacia do interesse público, e, conseqüentemente, do cumprimento de promessas constitucionais.

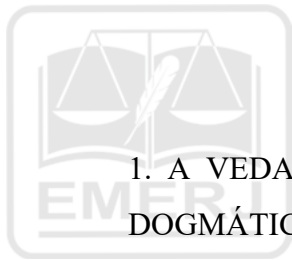
Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho pela abordagem da vedação à delegação do poder de polícia sob a perspectiva dogmática clássica, com enfoque em argumentação revolvida ao redor da defesa da supremacia do interesse público, da indelegabilidade do monopólio estatal sobre o uso da força coercitiva e da proteção ao princípio da isonomia.

No segundo capítulo, é abordado o surgimento de um novo contexto, exortado pelo desenvolvimento social, econômico e tecnológico, tríade gestora de um cenário propício à formação de uma moderna concepção acerca da função de polícia.

O terceiro capítulo investiga a conveniência da delegação do poder de polícia sob a ótica de uma concepção contemporânea desta função estatal, justificada pela ausência de vedação constitucional expressa à delegação, e, principalmente, pela crítica a uma leitura desta função que opta, conscientemente, por ignorar a relevância de um juízo pragmático a respeito dos custos, benefícios e limitações intrínsecos à manutenção da atuação exclusiva pelo Estado.

O artigo é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, por meio do qual a pesquisadora analisará o objeto de pesquisa à luz de um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, tencionando corroborá-las ou decliná-las por meio de argumentos sólidos.

Com esse intuito, a pesquisadora procederá a uma abordagem qualitativa do objeto de pesquisa, valendo-se de bibliografia conveniente à perquirição, e socorrendo-se, sobretudo, da legislação, da doutrina e da jurisprudência.



## 1. A VEDAÇÃO À DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA SOB A PERSPECTIVA DOGMÁTICA CLÁSSICA

Dentre os postulados fundamentais que inspiram a atuação da Administração Pública, o princípio da supremacia do interesse público é o de maior relevo<sup>1</sup>.

Historicamente, a gênese do entendimento segundo o qual o interesse público teria supremacia sobre o individual remonta ao fim do século XIX, quando as reações ao individualismo jurídico, marcado pela hipervalorização de instâncias privadas, ainda que em prejuízo das comuns, fomentaram transformações de ordens econômica, política e social. Como consequência de tais mudanças, o Estado abandona sua conduta que, até então, era essencialmente passiva, e passa a atuar no âmbito das atividades privadas. Com isso, o Direito deixa de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passa a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem estar coletivo<sup>2</sup>.

Em defesa do primado do interesse público, ocorreram inúmeras transformações que impactaram a percepção social a respeito das diferentes funções estatais – destacando-se, dentre estas, a função de polícia. Nessa seara, para além de imposições negativas, direcionadas a manutenção da ordem pública, o Estado passa a impor obrigações positivas, e amplia o seu campo de atuação para abranger, também, o resguardo das ordens econômica e social.

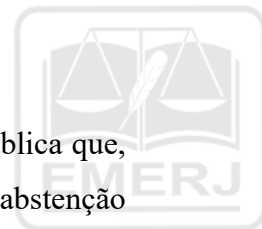
Com efeito, o poder de polícia tem fundamento na predominância do interesse público sobre o particular, o que confere à Administração Pública posição de supremacia sobre os administrados<sup>3</sup>. Como corolário desta constatação, entende-se que, em matéria de poder de polícia, contrapõem-se duas questões primordiais: de um lado, o direito de liberdade dos cidadãos, e, de outro, o condicionamento do exercício deste direito ao bem-estar coletivo, incumbência atribuída à Administração Pública, mediante emprego de seu poder de polícia.

Embora o fundamento para o exercício do poder de polícia pelo Estado tenha contornos bem delineados, sua conceituação é tarefa complexa. Mesmo para a dogmática clássica, o único consenso permitido é no sentido de que a definição do alcance do termo poder de polícia está sujeita a debate. Dada a pluralidade de perspectivas sobre o tema, adota-se, no presente artigo, a definição conferida pelo artigo 78 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 95.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 153.



Nacional)<sup>4</sup>, que identifica o poder de polícia como a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público. Outrossim, importante ressaltar que, porque limitado à ideia de polícia administrativa – preterindo-se a de polícia judiciária – o poder de polícia, aqui, é abordado enquanto um conjunto de intervenções ordenadoras praticadas com o intuito de disciplinar o exercício do direito de liberdade pelos cidadãos em prol do interesse público, que pode ser exercido por meio de atos materiais, instrumentais, acessórios ou coercitivos.

Nessa acepção, segundo os defensores da perspectiva dogmática clássica, o exercício da função de disciplinar aspectos da vida social, ou seja, o exercício da função de polícia, não seria passível de delegação, ainda que parcial, por pessoas jurídicas de direito privado.

Para os adeptos desta corrente dogmática, a vedação à delegação da função de polícia à particulares decorreria de três princípios administrativos basilares – a saber, os princípios da supremacia do interesse público, da legalidade e da isonomia.

Em primeiro lugar, no que se refere ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, argumenta-se que, uma vez que este é o próprio fundamento de existência da função de polícia, seu exercício não poderia ser atribuído, justamente, a entidades privadas.

A ideia de um interesse público pertinente a toda a sociedade, mas personificado na figura do Estado<sup>5</sup>, começou a ser empregue a partir do fim da Revolução Francesa<sup>6</sup>. Naquela conjuntura, via-se no interesse público uma forma racional de promover a adesão dos cidadãos, operacionalizar a noção de poder do Estado, e, conseqüentemente, esclarecer a finalidade e a relevância de sua atuação perante a sociedade<sup>7</sup>. Ao promover essa distinção entre a esfera pública e a privada, o Poder Público foi incumbido do desvelo pelos interesses comuns, ou interesses públicos, recaindo sobre ele a manutenção da ordem, a proteção aos direitos de

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei n° 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021. Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

<sup>5</sup> FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. In: *JUSTITIA*, ano 49, n° 137, São Paulo, jan./mar., 1987, p. 49.

<sup>6</sup> SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Eds.). *Comparative Administrative Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 23-37. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784718657/9781784718657.00008.xml>>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 185.



propriedade e o cumprimento dos contratos<sup>8</sup>, ao passo que, ao particular, relegou-se tudo o quanto fosse de interesse privado.

Na concepção clássica da lei como expressão da vontade geral, a Administração Pública figura como executora desta vontade, além de intérprete do interesse público<sup>9</sup>. Nesse contexto, as limitações impostas pelo Estado aos particulares somente se justificariam quando empreendidas em benefício deste ânimo coletivo, e desde que praticadas em atenção aos limites legais relativos à competência, à forma, aos fins, aos motivos e ao objeto da limitação.

Como consequência desta bipartição, bem como da atribuição conferida ao Estado, a dogmática clássica defende que não caberia ao Estado renunciar às suas funções públicas, ou, ainda, omitir-se quanto ao seu exercício, vez que as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que conferem poderes ao administrador, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia<sup>10</sup>, constituindo um verdadeiro poder-dever de agir<sup>11</sup>.

Assim sendo, o interesse público não poderia ser subjugado ao privado, nem estaria à disposição estatal. Sublinhe-se, ainda, que, neste cenário, Estado e interesse público manteriam uma relação simbiótica, dado que, ao mesmo tempo em que o Estado encarnaria o interesse público, este justificaria a existência daquele.

Admitindo-se que a legitimidade da imposição de limites ao exercício das liberdades públicas depende de seu desempenho em benefício do interesse público, bem como da observância à competência e aos procedimentos descritos nas normas legais, sustenta-se que a atuação estatal seria elemento indissociável ao exercício do poder de polícia, de modo que a delegação desta função a quaisquer outros entes configuraria verdadeira usurpação de atributos conferidos, com exclusividade, ao Poder Público.<sup>12</sup>

Dando sequência à análise, em atenção ao princípio da legalidade, sustenta a doutrina clássica que, entre as características intrínsecas ao poder de polícia estaria a força coercitiva, que, por sua vez, constituiria um monopólio estatal, tornando-a impassível de delegação.

No exercício do poder de polícia administrativa, a Administração Pública não depende da intervenção de outros poderes para tornar o ato efetivo, tampouco fica à mercê do consentimento dos particulares para sua execução. A prerrogativa de praticar atos e colocá-los

---

<sup>8</sup> GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 60.

<sup>9</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 185.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 42.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82.

<sup>12</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, out./dez. 1985, p. 10-34.



em imediata execução estampa a autoexecutoriedade que reveste a atuação do Poder Público<sup>13</sup>. Na mesma esteira da autoexecutoriedade, outorgou-se aos atos da Administração Pública a prerrogativa de coercitividade, a fim de que esta possa impor a observância de seus comandos, inclusive mediante uso de força, sempre que necessário à suplantação de eventuais resistências à imperatividade do ato de intervenção estatal cuja finalidade é a promoção do interesse público. Em análise conjunta, constata-se que os conceitos de coercibilidade e autoexecutoriedade são indissociáveis, vez que o ato de polícia só é autoexecutório porque dotado de força coercitiva.

Tais características, contudo, não concedem ao poder estatal o direito de servir-se de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei<sup>14</sup>. Em outras palavras, só é dado à Administração Pública recorrer a ferramentas de força quando esta for a única alternativa capaz de impedir danos ainda maiores, sendo certo que a razoabilidade no exercício do poder de coerção deve caminhar em paralelo à proporcionalidade da conduta administrativa.

Neste entendimento, conclui-se que o Estado detém o monopólio da força, motivo pelo qual incumbiria a ele, com exclusividade, o emprego da coerção como meio de impor o cumprimento de obrigações pelos particulares. Como consequência lógica, entende-se que, se o exercício do poder de polícia requer que determinado agente se socorra de prerrogativas não só típicas, mas inerentes ao Poder Público, as quais são insuscetíveis de exercício por particulares, também por essa razão, não haveria que se falar em delegação.

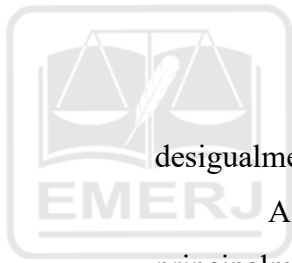
Por derradeiro, no tocante ao princípio da isonomia, a reflexão promovida pelos defensores da perspectiva dogmática clássica se reporta à ideia de que não seria possível a delegação da prática de atos essencialmente públicos a pessoas jurídicas de direito privado, sob pena destas assumirem posição de preponderância em relação a seus pares, em frontal violação ao cânone da igualdade.

A doutrina jurídica, com esteio na tradicional lição de Rui Barbosa<sup>15</sup>, estuda o princípio da igualdade sob as perspectivas formal e material. Nesse passo, a igualdade formal consistiria na igualdade perante a lei, também conhecida como igualdade de direito, genérica ou abstrata. Por outro lado, a igualdade material, ou igualdade de fato, equivaleria à realização concreta e efetiva da igualdade, conforme a noção aristotélica de justiça. É no domínio da igualdade material, vale dizer, que reside a filosofia de tratar igualmente os iguais e

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 84.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 367.

<sup>15</sup> SUNDFELD, op. cit., p.14.



desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Assim, como forma de manter a incolumidade do princípio da isonomia, e, principalmente, resguardar o equilíbrio entre particulares, o condicionamento do exercício de direitos estaria restrito à Administração Pública, dado que sua atuação seria inexoravelmente norteada pelo bem-estar coletivo. Neste ponto, portanto, habitaria a justificativa para a soberania de seus atos em relação aos particulares.

Dessa forma, sob o viés da dogmática clássica, entende-se pela impraticabilidade da delegação de ato jurídico de polícia a particulares, haja vista que o seu exercício, necessariamente, envolveria encargos tipicamente públicos<sup>16</sup>.

## 2. NOVOS CONTEXTOS E O DESENVOLVIMENTO DE UM CENÁRIO PROPÍCIO À CRIAÇÃO DE UMA MODERNA CONCEPÇÃO SOBRE O PODER DE POLÍCIA

Tradicionalmente, o poder de polícia foi forjado sob uma visão liberal do Estado, voltada à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, com vistas a criação de condições para a convivência de direitos mediante interferência mínima. Ocorre que, em um momento posterior, o Poder Público passou a assumir funções positivas, voltadas não só à manutenção da ordem, mas, também, à promoção do desenvolvimento social e econômico, o que promoveu a expansão das funções estatais.

Atualmente, sob a égide do Estado Social, surge uma concepção contemporânea do Direito Administrativo, e, conseqüentemente, do poder de polícia, que, paulatinamente, tem se distanciado da lógica da autoridade da Administração Pública, e abdicado do parâmetro da legalidade estrita em favor do da juridicidade<sup>17</sup>. Isso porque, como corolário da constante evolução social e do acelerado desenvolvimento tecnológico, surgem situações em que a delegação da função de polícia se apresenta como alternativa<sup>18</sup> para garantir o alcance de sua finalidade primordial – a saber, o interesse público.

Não faltam exemplos de situações parelhas à mencionada. Nesse sentido, podem-se destacar as disposições do artigo 17, § 1º, da Lei nº 12.815/2013<sup>19</sup>, também conhecida como

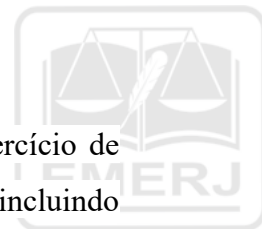
<sup>16</sup> MELLO, op. cit., p. 863.

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 45.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 449.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 12.815/2013*, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021. Art. 78. A ANTT e a Antaq submeterão ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República,





Lei dos Portos, que outorga à administração portuária prerrogativas típicas do exercício de poder polícia conferido à autoridade portuária, na condição de *longa manus* da União, incluindo a possibilidade de fiscalização da operação portuária, de remoção de embarcações, de autorizar a movimentação de cargas, ou, ainda, de suspender de operações.

Na mesma acepção, distinguem-se os artigos 33 e 35, inciso V, da Resolução nº 574/2011 da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)<sup>20</sup>, que atribuem às Prestadoras do Serviço de Comunicação Multimídia – entidades privadas – o dever de contratar uma Entidade Aferidora da Qualidade – também privada – para aferir a qualidade dos indicadores de rede. Ainda que em quantum reduzido quando comparado ao exemplo anterior, também aqui se verifica a delegação de ao menos um dos aspectos do poder de polícia.

Na mesma toada, a leitura conjunta dos artigos 16 e 19 da Instrução nº 461/2007 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>21</sup> indica que houve delegação às entidades administradoras, ainda que privadas, das funções de fiscalização e supervisão das operações em mercados organizados de valores mobiliários.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.782/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, e deu provimento ao pleito da BHTrans, sociedade de economia mista responsável pela gestão da mobilidade urbana em Belo Horizonte, devolvendo-lhe a prerrogativa de realizar atividade de policiamento de trânsito. Naquela ocasião, ao julgar o mérito do tema de repercussão geral nº 532<sup>22</sup>, o STF alterou o

---

respectivamente, suas propostas orçamentárias anuais, nos termos da legislação em vigor. Na aplicação das sanções referidas no caput, a Antaq observará o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

<sup>20</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Resolução nº 574*, de 28 de outubro de 2011. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011/57-resolucao-574>>. Acesso em 16 set. 2021.

<sup>21</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Instrução nº 461*, de 23 de outubro de 2007. Disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários e dispõe sobre a constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado. Revoga as Instruções CVM nº 42, de 28 de fevereiro de 1985; nº 179, de 13 de fevereiro de 1992, nº 184, de 19 de março de 1992; nº 203, de 07 de dezembro de 1993; nº 263, de 21 de maio de 1997; nº 344, de 17 de agosto de 2000; nº 362, de 05 de março de 2002; nº 379, de 12 de novembro de 2002; o art. 6º da Instrução CVM nº 312, de 13 de agosto de 1999; os arts. 1º a 14 e 17 da Instrução CVM nº 243, de 1º de março de 1996, Instrução CVM nº 250, de 14 de junho de 1996; arts. 2º a 7º, caput e §1º do art. 8º, arts. 10, 13, 15 e 16 da Instrução CVM nº 297, de 18 de dezembro de 1998; o parágrafo único do art. 1º e o art. 3º da Instrução CVM nº 202, de 06 de dezembro de 1993; e a Deliberação CVM nº 20, de 15 de fevereiro de 1985. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst461consolid.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>22</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 532. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA E DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTADAS. PODER DE POLÍCIA. TEORIA DO CICLO DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ATUAÇÃO PRÓPRIA



entendimento até então consolidado pelos Tribunais Superiores, e fixou tese pela constitucionalidade da delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado, de capital social majoritariamente público, integrantes da Administração Pública indireta, que prestassem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.

A decisão, ressalte-se, confere ainda mais relevo ao tema, em razão de seus possíveis reflexos na Lei nº 14.026/2020, que instituiu o Novo Marco do Saneamento Básico e iniciou um processo de desestatização, que, decerto, suscitará questionamentos a respeito dos poderes atribuídos aos entes que assumirão a prestação do serviço.

Por derradeiro, vale lembrar o debate alçado pelo Projeto de Lei nº 2.630/2020, que busca instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, popularmente conhecido como PL das *fake news*. Afora as relevantíssimas críticas a respeito da acelerada tramitação, comprometendo a necessária participação da sociedade na elaboração de um marco legal, para fins deste estudo, interessa observar que, na oportunidade, a redação dada pelos legisladores aos artigos 6º, 7º, 8º e 10 adotava como pressuposto a maior capacitação das plataformas digitais para conter a propagação de fraudes nos cadastros de usuários e no uso de contas, e identificar disseminadores de *fake news*. Ainda que o caminho perfilhado na elaboração do projeto seja passível de críticas, é significativo reconhecer que, em tais casos, a proibição, por excelência, da delegação da função de polícia pelo Estado, tende a favorecer a propagação de *fake news*. Como consequência, o restabelecimento da harmonia quebrada fica relegado à indenização, ou à demais formas de reparação *a posteriori*, ainda que os danos possam ter proporções significativas – inclusive, para a manutenção do Estado de Direito e da supremacia do interesse público que o exercício do poder de polícia intenta proteger.

Note-se, portanto, que a defesa de uma concepção contemporânea do poder de polícia não promove a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público<sup>23</sup>, mas, sim, a compreensão de que este, por excelência, suscita reconstrução, e deve ser adaptado conforme as mudanças da dinâmica social.

Em um cenário de pós-modernidade, a tradicional ordem burocrática, pautada por um sistema de hierarquia, é desabilitada por uma profusão de novas estruturas, que, por serem

---

DO ESTADO. CAPITAL MAJORITARIAMENTE PÚBLICO. REGIME NÃO CONCORRENCIAL. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI FORMAL ESPECÍFICA PARA DELEGAÇÃO. CONTROLE DE ABUSOS E DESVIOS POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO. CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO IRREGULAR. INDELEGABILIDADE DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 633.782/MG*. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 23/10/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 25/11/2020).

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 31.

calcadas em relações interdependentes, escapam ao controle do aparelho de gestão clássico.

Esse novo contexto, inspirado por uma sociedade com relações cada vez complexas, foi identificado por Gustavo Binenbojm<sup>24</sup> a partir do conceito de giros:

Nesse sentido, identificam-se dois eixos centrais de transformação do direito administrativo: um giro democrático-constitucional e um giro pragmático. Enquanto o primeiro procura incorporar à dogmática administrativista as conquistas civilizatórias do constitucionalismo democrático, o segundo tenta dar conta da necessidade de adaptação constante de seus institutos às exigências práticas de um mundo radicalmente complexo, mutante, globalizado e fragmentário. O poder de polícia, como um dos institutos mais tradicionais do direito administrativo, sofre o influxo disruptivo desses dois eixos de transformação, resultando em mudanças observáveis nos planos político-jurídico, econômico e institucional.

Na atual conjuntura social, política e econômica, as funções públicas, dentre as quais o poder de polícia, ganham contornos positivos, dado que atuam no sentido de fomentar e regular relações. Por vezes, a intrincada tecnicidade de certas questões, seja por fatores materiais, seja por fatores tecnológicos, inviabiliza o exercício do poder de polícia pelo ente público, enquanto a adoção de medidas por entes privados seria absolutamente factível, em razão do conhecimento ostentado. Há, ainda, situações em que o exercício do poder de polícia pelo ente público, embora factível, exige esforços econômicos desarrazoados quando contrapostos com os necessários para a persecução do mesmo objetivo pelo ente privado, o que, muitas vezes, torna a opção pela execução estatal injustificável.

Em tais casos, reconhecer legitimidade à arranjos institucionais que permitam que o ente público, por meio do apoio de particulares, possa exercer as funções de ordenação da vida social e econômica com eficiência, mostra-se em perfeita consonância com a promoção do interesse público – fim maior do Estado.

É neste caldo de avanços tecnológicos, econômicos e sociais que se desenvolve uma nova concepção do poder de polícia, favorável à sua desestatização, apregoando que o óbice à delegação defendido pela doutrina clássica constituiria mais um dogma a ser revisto<sup>25</sup>.

### 3. A VIABILIDADE DA DELEGAÇÃO SOB A ÓTICA DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE PODER DE POLÍCIA

Sob a ótica da concepção contemporânea de poder de polícia, a viabilidade da desestatização seria justificada por conceitos de natureza pragmática, normativa e funcional.

<sup>24</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 344.

<sup>25</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.



De início, a dimensão pragmática demanda a adoção de uma postura transparente pelo Poder Público, de modo que este, após cotejar os custos e benefícios de sua atuação, defina se o efetivo alcance do interesse público exige, ou não, o exercício direto de sua função de polícia.

Quanto à perspectiva normativa, os defensores da moderna concepção de poder de polícia apontam, de início, que inexistente vedação constitucional à delegação de funções de polícia à particulares. Por conseguinte, argumentam que a inviabilidade da delegação decorreria de um dogma<sup>26</sup>, isto é, da insistência na repetição e da contínua aplicação de conceitos, que, formulados à sombra de tempos idos, requereriam uma reinterpretação consentânea com as mudanças impostas pela atualidade.

Segundo Gustavo Binbenbojm<sup>27</sup> e Marçal Justen Filho<sup>28</sup>, a ausência de norma constitucional expressa conferiria espaço para interpretações casuísticas por parte do Estado, conferindo-lhe a possibilidade de avaliar uma pluralidade de arranjos institucionais, e, a partir daí, optar por aquele que permitira o exercício de suas funções públicas da maneira mais eficiente. Sobre esse aspecto, o objetivo é priorizar uma abordagem pragmática, em que teoria e realidade prática sejam compatibilizadas. Trata-se, em outras palavras, de propor uma abordagem empírica da função de polícia.

No tocante a perspectiva funcional, a análise ganha amplitude. Isso pois, sob este viés, o poder de polícia é avaliado em cotejo com as diferentes expressões do Direito Administrativo. Para tornar a abordagem didática, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>29</sup> propôs a sua distinção em quatro ciclos. O primeiro ciclo equivaleria à ordem de polícia, ou seja, à concretização da norma que disciplina direitos; o segundo ciclo, por sua vez, recairia sobre o consentimento de polícia, isto é, o ato administrativo de caráter autorizativo; dando sequência, o terceiro ciclo representaria a fiscalização administrativa; e o quarto ciclo, por fim, a sanção de polícia.

Como se percebe, cada ciclo ostenta nuances do poder estatal. Sendo assim, não haveria óbice, por exemplo, à delegação do segundo e terceiro ciclos, que, por recaírem sobre atividades meramente instrumentais ou fiscalizatórias, não alcançariam atos de coerção, que ostentariam a condição de verdadeiro monopólio do Estado.

No que se refere ao primeiro ciclo, relativo à ordem de polícia, parte da doutrina<sup>30</sup> defende que a delegação seria possível, desde que cingidas à dimensão normativa secundária

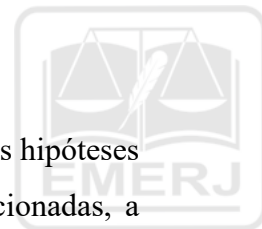
<sup>26</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 263.

<sup>27</sup> Ibid., p. 265.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 451.

<sup>29</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 444.

<sup>30</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 378.



ou infralegal, já que estas não criam direitos, nem impõem obrigações. Não raro, nas hipóteses de autorregulação, que envolvem matérias de alta tecnicidade, como as já mencionadas, a transferência de funções públicas tipicamente regulatórias aos particulares é justificada. Em contrapartida, relega-se ao Estado a supervisão da atuação destes particulares, a fim de evitar desvios de finalidade.

No que concerne ao quarto ciclo, referente às sanções de polícia, o debate a respeito da viabilidade da delegação é objeto de maiores advertências. Neste ponto, é necessário que se faça escorreita distinção entre as sanções que envolvem, ou não, o uso de força. É inegável que, também aqui, não se cogita da desestatização dos atos de violência, indelegáveis aos particulares, mas, tão somente, das sanções despidas do atributo da violência, à exemplo das sanções mencionadas na Lei dos Portos.

Antes de concluir, cumpre uma ressalva a respeito da alegada violação ao princípio da isonomia.

De início, importa observar que o Estado é uma figura abstrata, que age por meio de indivíduos. Sendo assim, é evidente que o problema sugerido pela doutrina tradicional não repousa sobre o exercício de funções de polícia por pessoas, mas, sim, sobre a potencialidade de práticas não isonômicas de indivíduos, com atributos de entidades particulares, serem legitimadas pelo poder estatal.

Contudo, o necessário freio à ocorrência não exige alusão ao princípio da isonomia, com o intuito de obstar, por completo, a delegação de funções de polícia à entes particulares. O que não se deve perder de vista, em contrário, é o desenvolvimento de requisitos e procedimentos – parâmetros – capazes de assegurar a objetividade no exercício privado dessas atividades.

Em todos os casos, o que se percebe é que a velocidade da evolução social e do progresso tecnológico e científico apontam para uma tendência de dissociação de funções e atribuições até então consideradas como manifestações unitárias e indivisíveis. Isso significa dizer que, atualmente, muitos dos poderes que compreendem a função de polícia poder ser exercitados por particulares, sem que isso implique violação à estrutura democrática do Estado, ao princípio da isonomia ou à garantia de legalidade<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 449.



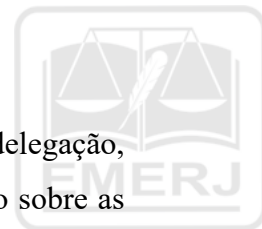
Por tudo o que se expôs, o trabalho pretendeu demonstrar que, no cenário atual, há uma crescente tendência de ampliação à adoção do entendimento favorável à possibilidade de delegação do poder de polícia pelo Estado. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões.

Em que pesem as correntes contrárias, o estudo procurou enfatizar que o Direito e seus institutos não evoluem espontânea ou independentemente, mas, sim, a reboque de mutações sociais. Em outras palavras, os avanços experimentados se dão por consequência de mudanças inicialmente apresentadas na realidade socioeconômica, que, somente em momento posterior, quando já impuseram novos contornos ao cotidiano, são acompanhadas pelos institutos jurídicos, que, enfim, se adequam à esta realidade. A toda evidência, a percepção a respeito do poder de polícia, como todo instituto, submete-se a este processo.

No decorrer do estudo, verificou-se que a ideia de desestatização não é sinonímia do esvaziamento das atribuições e das competências a prioristicamente conferidas ao Estado, tampouco de obstar o exercício de prerrogativas constitucional e infraconstitucionalmente conferidas à Administração Pública, e, menos ainda, de sugerir que determinada classe de entes particulares se sobreponha a seus pares. Pelo contrário – trata-se, na realidade, de promover uma estratégia de repartição de certas funções estatais com particulares melhor posicionados para o seu exercício, seja mediante produção de normas, seja por meio do exercício de atividades materiais, ou pela incumbência de identificar o descumprimento à determinada norma e impor a necessária sanção, com a única finalidade de conferir efetividade à predominância do interesse público.

Cumpra, ainda, reiterar que a admissão da desestatização por meio da delegação do exercício da função de polícia apenas viabiliza o compartilhamento das funções estatais com particulares, sem, contudo, conferir à Administração Pública a prerrogativa de se omitir no cumprimento de suas funções públicas, em especial nas hipóteses em que a delegação tangencie ou recaia sobre a delicada prerrogativa de coerção.

Por essa razão, aliás, defende-se que a legitimidade de toda e qualquer ação de desestatização esteja atrelada ao preenchimento de certos requisitos. Nesse sentido, infere-se que, em um primeiro momento, incumbiria ao legislador, e, em um segundo, à Administração Pública, acompanhar as mudanças socioeconômicas, a fim de avaliar os cenários em que a desestatização se apresentaria como melhor alternativa ao atendimento do interesse público do que a atuação estatal, sem se olvidar do estabelecimento de critérios próprios que norteiem



e balizem a atuação dos entes privados. Em outras palavras, ainda que se permita a delegação, é importante lembrar que caberá ao Poder Público manter permanente fiscalização sobre as atividades delegadas, de modo a assegurar que a atuação dos particulares não se apartará, nem excederá, a permitida pelo Estado.

Assim sendo, ainda que se reconheça importância à tríade principiológica responsável por sustentar a posição defendida pela dogmática clássica, tradicionalmente contrária à desestatização, entende-se que a realidade imposta pela pós-modernidade, gradativamente, impõe a superação do dogma da vedação à delegação, em benefício de arranjos que favoreçam a eficiência no provimento de funções tão caras quanto a manutenção da ordem social.

Esperar que o Direito e os institutos jurídicos se mantenham inertes é almejar que a sociedade não evolua. Em lugar disso, sugere-se que esta mantenha seus ciclos, e que aquele seja reinterpretado, o tanto quanto se perceba necessário.

Dada a complexidade do tema, é certo que seu estudo vai além das linhas propostas, e que uma maior compreensão de seus contornos depende de uma constante e estreita análise das contínuas evoluções que outrora o impuseram – e que, por sua dinamicidade, ainda o impõem.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Resolução n° 574*, de 28 de outubro de 2011. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2011/57-resolucao-574>>. Acesso em 16 set. 2021.

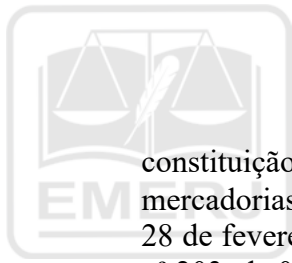
BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. *Lei n° 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 633.782/MG*. Relator: Luiz Fux. Julgamento: 23/10/2020. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 25/11/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). *Instrução CVM n° 461*, de 23 de outubro de 2007. Disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários e dispõe sobre a



constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado. Revoga as Instruções CVM nº 42, de 28 de fevereiro de 1985; nº 179, de 13 de fevereiro de 1992, nº 184, de 19 de março de 1992; nº 203, de 07 de dezembro de 1993; nº 263, de 21 de maio de 1997; nº 344, de 17 de agosto de 2000; nº 362, de 05 de março de 2002; nº 379, de 12 de novembro de 2002; o art. 6º da Instrução CVM nº 312, de 13 de agosto de 1999; os arts. 1º a 14 e 17 da Instrução CVM nº 243, de 1º de março de 1996, Instrução CVM nº 250, de 14 de junho de 1996; arts. 2º a 7º, caput e §1º do art. 8º, arts. 10, 13, 15 e 16 da Instrução CVM nº 297, de 18 de dezembro de 1998; o parágrafo único do art. 1º e o art. 3º da Instrução CVM nº 202, de 06 de dezembro de 1993; e a Deliberação CVM nº 20, de 15 de fevereiro de 1985. Disponível em: <<http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst461consolid.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, out./dez. 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. In: *JUSTITIA*, ano 49, nº 137, São Paulo, jan./mar., 1987.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (Eds.). *Comparative Administrative Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 23-37. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781784718657/9781784718657.00008.xml>>. Acesso em: 16 set. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.



## EXCLUSÃO SUMÁRIA DE CONTEÚDOS E PERFIS DE REDES SOCIAIS: DO DIREITO DE DEFESA DO USUÁRIO À RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Camila de Souza Teixeira

Graduada em Direito pelo Centro Universitário IBMEC. Servidora Pública.

**Resumo** – As redes sociais digitais tornaram-se um meio essencial para o exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, assim como ferramentas imprescindíveis para atividades empresariais, profissionais e institucionais. Recentemente, vem sendo questionada a possibilidade de exclusão unilateral de conteúdos e perfis de usuários pelas plataformas de redes sociais, diante dos potenciais prejuízos e abalo à credibilidade de pessoas afetadas por essa prática. O presente trabalho visa refletir sobre a legitimidade da moderação de conteúdo pelas plataformas de redes sociais, à luz da Lei nº 12.965/14 – Marco Civil da Internet. Para tanto, defende-se a compatibilização dos procedimentos de controle com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o dever de comunicação prévia, justificação e transparência sobre a aplicação de penalidades previstas nos termos de uso. A partir de uma interpretação normativa e jurisprudencial, busca-se compreender como a responsabilidade civil é aplicada aos casos de exclusão indevida de conteúdo e contas de usuários pelas plataformas de redes sociais. Por fim, examinam-se as balizas para a regulamentação normativa da matéria.

**Palavras-chave** – Direito Civil e Direito Digital. Direitos fundamentais. Redes Sociais. Exclusão de conteúdo e de perfis de usuários. Contraditório e ampla defesa. Responsabilidade civil.

**Sumário** – Introdução. 1. Exclusão sumária de conteúdos e desativação de perfis pelas plataformas de redes sociais: antinomias entre os interesses privados dos usuários e a proteção da comunidade digital. 2. O direito de defesa prévia do usuário frente às penalidades aplicadas pelas plataformas de redes sociais. 3. A “morte digital” do usuário como causa de responsabilização civil das plataformas digitais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pesquisa discute as repercussões jurídicas das penalidades impostas aos usuários de redes sociais digitais, com medidas como a retirada de conteúdo e exclusão de perfis. O presente estudo visa demonstrar como os mecanismos de controle das plataformas digitais podem ser lesivos aos interesses dos usuários, além de evidenciar a importância do exercício do contraditório prévio e a possibilidade de responsabilização civil das plataformas de redes sociais por violação aos direitos da personalidade.

As redes sociais se transmutaram para além de meros instrumentos privados de relacionamentos pessoais. Atualmente, figuram como relevantes ferramentas de empresas, profissionais, entidades governamentais e figuras públicas para o desenvolvimento de seus objetivos comerciais, institucionais e políticos.



É notório que a exclusão de conteúdos e de perfis de usuários pelas plataformas de redes sociais vem se tornando mais frequente, sob a justificativa desejável de tornar o ambiente digital mais seguro. No entanto, essa prática pode causar relevantes prejuízos e abalo à imagem e credibilidade das pessoas naturais ou jurídicas afetadas, as quais configuram direitos da personalidade a serem protegidos.

Diante desse cenário, é crescente o número de demandas judiciais e casos notórios envolvendo violações aos direitos do usuário. A temática ora abordada ainda é pouco debatida pela doutrina e jurisprudência o que demonstra a necessidade de se discutir a instituição de balizas mais sólidas a respeito do direito de defesa do usuário contra as penalidades impostas pelas plataformas de redes sociais, bem como sobre o alcance da sua responsabilidade pelos danos advindos dessas limitações.

O primeiro capítulo apresenta as variadas formas de uso admitidas pelas plataformas de redes sociais e como isso incute a legítima expectativa nos usuários de que os conteúdos produzidos serão disponibilizados sem embaraços irrazoáveis. Nesse sentido, demonstra-se a possibilidade de compatibilizar a demanda da sociedade por um controle mais efetivo das publicações de caráter lesivo com o direito de expressão dos usuários.

O segundo capítulo parte da premissa do direito do usuário a um devido processo, com defesa prévia, em ampla abrangência dos direitos fundamentais no plano horizontal. Esclarece a potencial repercussão deletéria da aplicação de punições veladas ou previstas nos termos de uso do serviço digital, tais como a retirada de conteúdo, exclusão de perfis e *shadowban*.

No último capítulo, analisa-se como vem sendo aplicada a teoria da responsabilidade civil às plataformas digitais e o cabimento de condenação à reparação pelos danos materiais e danos morais causados pela aplicação de punições aos usuários de redes sociais, ainda que previstas nos seus termos de uso, uma vez que essas sanções podem configurar verdadeira morte digital do usuário. São avaliadas, ainda, as recentes tentativas de regulamentação da matéria no direito brasileiro e a necessidade de elaboração de legislação sobre o tema.

O desenvolvimento da pesquisa científica é desafiador quando o conhecimento a respeito do objeto de estudo se mostra incipiente. Considerando essa premissa, são adotados os métodos exploratório e descritivo, pelos quais o pesquisador pretende encontrar suporte em de outras áreas do conhecimento e em fontes não acadêmicas para compreender e explicar novas terminologias e tecnologias.

A pesquisa se desenvolve por meio de uma abordagem qualitativa, tendo em vista o importante esforço a ser dedicado em compreender a aplicabilidade de institutos jurídicos a fenômenos sociais normalmente compreendidos como apartados das reflexões acadêmicas.



A investigação do objeto da pesquisa conta com levantamento da bibliografia aplicável às diversas abordagens do estudo, em especial, a legislação, doutrina, jurisprudência e documental.

## 1. EXCLUSÃO SUMÁRIA DE CONTEÚDOS E PERFIS PELAS PLATAFORMAS DE REDES SOCIAIS: ANTINOMIAS ENTRE OS INTERESSES PRIVADOS DOS USUÁRIOS E A PROTEÇÃO DA COMUNIDADE DIGITAL

As redes sociais, embora ainda sejam consideradas novas tecnologias, já se integraram ao cotidiano de maior parte da sociedade e, avançando, se transmutaram para além de meros instrumentos privados de encontros e relacionamentos entre amigos. Atualmente, são relevantes ferramentas usadas por empresas, entidades governamentais e figuras públicas para o desenvolvimento de seus objetivos comerciais, institucionais e políticos.

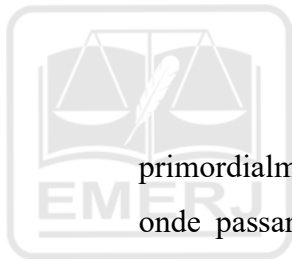
Um dos grandes diferenciais na contemporaneidade é abertura das plataformas de redes sociais para participação corporativa e institucional, o que permite a criação de perfis por sociedades empresárias, órgãos da Administração Pública e associações civis, por exemplo. Diversas empresas transferiram suas operações para atuar exclusivamente no comércio eletrônico e, muitas delas, possuem Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC) com forte apoio nas redes sociais, o que possibilita a oferta de um verdadeiro balcão de atendimento nesse novo ambiente.

A partir de 2020, com o inesperado advento da pandemia da Covid-19, a migração para as redes sociais foi essencial para a manutenção das atividades da maioria das empresas, instituições e profissionais. De acordo com a nona pesquisa do Sebrae - O Impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios<sup>1</sup>, 70% dos pequenos negócios realizam vendas por meio de plataformas digitais e, desse total, 84% se comunicam via WhatsApp, 54% via Instagram e 51% pelo Facebook.

Não apenas o comércio foi impactado por essa migração. Profissionais liberais voltaram seus esforços para a captação de clientes pelas redes sociais, artistas adotaram essas plataformas como meio de transmissão de seus trabalhos, com apresentações ao vivo, e até mesmo a disseminação de conhecimento acadêmico encontrou seu lugar de destaque

---

<sup>1</sup> SEBRAE. *O impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios*. 9. ed. Coleta: 20 a 24 de novembro de 2020. Disponível em: <[https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/impacto\\_coronavirus\\_nas\\_mpe\\_9aedioao\\_diretoria\\_v3\\_1.pdf](https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/impacto_coronavirus_nas_mpe_9aedioao_diretoria_v3_1.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2021.



primordialmente nas redes sociais<sup>2</sup>. Professores e autores de destaque aderiram às redes sociais, onde passaram a disponibilizar relevante conteúdo e divulgar suas obras, de modo a dar continuidade às suas contribuições com a comunidade acadêmica e manter a visibilidade de suas produções.

Disso se extrai que o uso desses serviços digitais transborda o mero relacionamento privado entre os usuários e é de extrema relevância tanto para a comunicação, que, na atualidade, é exercida cotidianamente e em sua quase totalidade por meio da internet, quanto para realização profissional e empresarial, consideradas as elevadas somas movimentadas em compras e negociações concretizadas por intermédio das redes sociais

As redes sociais podem ser caracterizadas como Provedores de Aplicação de Internet (PAI), conforme disposto na Lei nº 12.965/14<sup>3</sup>. Os provedores de redes sociais, como o Instagram, Twitter, Youtube e Facebook<sup>4</sup>, estimulam a vida digital com vistas ao lucro, pois, apesar de oferecem um serviço aparentemente gratuito, são altamente remunerados por meio de publicidade. Nesse ponto, é importante ressaltar que o uso do serviço com finalidade profissional, comercial ou institucional consiste em forma típica de uso das redes sociais, uma vez que as plataformas oferecem a possibilidade de contratação de perfis comerciais<sup>5</sup>, criação de anúncios<sup>6</sup>, reconhecimento de perfis institucionais, governamentais e de pessoas públicas ou de notório conhecimento como contas verificadas<sup>7</sup>, além de outras formas de monetização<sup>8</sup>.

Essas variadas formas de uso admitidas e incentivadas pelas plataformas de redes sociais geram uma legítima expectativa nos usuários de que os conteúdos por eles produzidos serão disponibilizados sem embaraços irrazoáveis, uma vez que a interrupção do serviço ou outros tipos de limitação do conteúdo podem ser lesivos aos legítimos interesses dos seus

<sup>2</sup> Neste trabalho, homenageia-se o mestre professor Sylvio Capanema de Souza (1939-2020), que se aventurou nas redes sociais aos 82 anos, para continuar compartilhando seu vasto conhecimento jurídico durante a pandemia da Covid-19, inclusive brindando seus seguidores com uma *live* conjunta com o professor Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama, no dia 23/04/2020, com o tema “Direito Imobiliário emergencial: os impactos da COVID-19 nas questões urbanas”.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>4</sup> Hoje, existem diversas plataformas que podem ser enquadradas como redes sociais, tais como WhatsApp, Telegram, Snapchat, Shopfy, Reddit, Twitch, YouTube, TikTok, Discord, LinkedIn, Tumblr, Kwai e Pinterest.

<sup>5</sup> INSTAGRAM. *Comece seu negócio no Instagram*. Disponível em: <[https://business.instagram.com/getting-started?locale=pt\\_BR](https://business.instagram.com/getting-started?locale=pt_BR)>. Acesso em: 01 out. 2021.

<sup>6</sup> TWITTER NEGÓCIOS. *Formatos de anúncio do Twitter*. Disponível em: <<https://business.twitter.com/pt/advertising/formats.html>>. Acesso em: 01 out. 2021.

<sup>7</sup> TWITTER. *Sobre contas verificadas*. Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/managing-your-account/about-twitter-verified-accounts>>. Acesso em: 01 out. 2021.

<sup>8</sup> TIK TOK. *Como criadores podem ganhar dinheiro no TikTok?* Disponível em: <[https://support.tiktok.com/pt\\_BR/using-tiktok/growing-your-audience/how-can-creators-earn-on-tiktok](https://support.tiktok.com/pt_BR/using-tiktok/growing-your-audience/how-can-creators-earn-on-tiktok)>. Acesso em: 01 out. 2021.



usuários, causando-lhes prejuízos de ordem material e até mesmo lesão aos direitos da personalidade.

Por outro lado, não se pode perder de vista que esse novo lugar de manifestação conferiu efeito exponencial a alguns fenômenos sociais deletérios, tais como a disseminação de notícias falsas e desinformação, além de ofensas à honra de pessoas e de instituições. Diante disso, surge a demanda da sociedade e de governos por um controle mais efetivo por parte dos provedores de redes sociais o que, de fato, não pode ser ignorado, mas sim compatibilizado com a liberdade de expressão, princípio expresso regente do uso da internet no Brasil, pelo artigo 3º, I, da Lei nº 12.965/14<sup>9</sup>.

Em uma interessante reflexão sobre a liberdade de expressão na internet, Bárbara Luiza Coutinho Nascimento<sup>10</sup> parte da premissa de que as redes sociais assumem uma função de interesse público, na medida em que essas plataformas se colocam em uma posição de intermediários reguladores da fala, e propõe cinco medidas a serem efetivadas pelo Estado para proteger a liberdade de expressão na internet.

Em primeiro lugar, deve-se destacar o dever das plataformas de promover a transparência sobre todas as suas decisões, uma vez que, se os usuários sequer souberem que seus conteúdos estão sendo censurados, não haverá possibilidade de se insurgirem contra a decisão reguladora. Como caso de punição velada, é possível citar o *shadowban*<sup>11</sup>, procedimento pelo qual a plataforma torna invisível determinado usuário, publicação ou marcador (*hashtag*)<sup>12</sup>, por violação aos termos de uso do serviço, mas sem comunicar formalmente ao usuário sobre a restrição que recai sobre sua conta.

---

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>10</sup> NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho. O Estado como garantidor da liberdade de expressão na internet. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 78, p. 75-87, out./dez. 2020, p. 83-85.

<sup>11</sup> KURTZ, Lahis. *Ameaças opacas à liberdade de expressão online: chilling effect e shadowban*. Disponível em: <<https://irisbh.com.br/ameacas-opacas-a-liberdade-de-expressao-online-chilling-effect-e-shadowban/>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

<sup>12</sup> *Hashtags* são marcadores usados para categorizar uma publicação, por meio de palavras-chave, com o objetivo de alcançar um público-alvo de interesse e facilitar a busca dos usuários por determinado conteúdo. Alguns marcadores são automaticamente bloqueados pelas plataformas de redes sociais, por serem considerados inapropriados para o uso. Não há divulgação oficial da lista de marcadores bloqueados, que é modificada a todo tempo conforme o comportamento dos usuários na rede. Diversos marcadores de uso muito comum pelos brasileiros são proibidos e ocasionam a supressão não informada de conteúdo. Entre eles, é possível citar: #boatarde, #medicina, #sextou e #popular. (HASHTAGS Banidas do Instagram em 2021. *Lance Comunicação e Marketing*. Disponível em: <<https://www.lancecomunicacao.com.br/hashtags-banidas-do-instagram/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.)



Prosseguindo, defende-se o dever do Estado de assegurar a competitividade no mercado de plataformas digitais, por meio de legislação *antitruste*, pois a concentração dos espaços de fala na internet pode levar ao abuso de posições dominantes das redes sociais<sup>13</sup>.

Como terceira medida a ser efetivada, propõe-se o dever de exigir das plataformas de redes sociais a criação de mecanismos de revisão e sistemas de apelação internos que possibilitem questionar uma decisão de censura de determinado conteúdo ou de sanção imposta ao usuário, ponto que será abordado no próximo capítulo.

Outro ponto nodal consiste no dever do Estado de ofertar ferramentas judiciais eficazes aos usuários para revisar a legalidade e proporcionalidade do ato de filtragem de conteúdo, assunto este debatido no terceiro capítulo. A última medida, como consequência lógica, é tornar efetivas as obrigações mencionadas, por meio de aplicação de multas e outras sanções às plataformas que descumprirem os citados deveres.

Entende-se que as medidas mencionadas podem ser consideradas como garantidoras da liberdade em sentido amplo, abrangendo não só a liberdade de expressão e comunicação, mas também a liberdade no exercício da atividade profissional, a livre iniciativa privada e até mesmo a liberdade de existir nas redes sociais digitais.

Ao instituir parâmetros objetivos e previsíveis de controle, busca-se afastar a atuação dos provedores como verdadeiros legisladores e juízes de suas próprias decisões, em verdadeira ponderação com a necessária proteção da comunidade virtual, garantindo uma interação saudável entre seus usuários, livre de conteúdo ofensivo e lesivo, demanda crescente na sociedade.

## 2. O DIREITO DE DEFESA PRÉVIA DO USUÁRIO FRENTE ÀS PENALIDADES APLICADAS PELAS PLATAFORMAS DE REDES SOCIAIS

Em regra, os PAI só podem ser responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo produzido por terceiros em caso de omissão após a ordem judicial que determine a retirada do

---

<sup>13</sup> Embora o presente estudo não tenha como objeto específico a liberdade de expressão política, um exemplo notório dos efeitos da concentração de mercado foi o banimento do ex-presidente dos EUA, Donald Trump, que foi excluído das três plataformas de redes sociais principais – Facebook/Instagram, Twitter e YouTube – por disseminar desinformação durante as eleições americanas de 2020. Sua tentativa de voltar a produzir conteúdo pela rede social Parler também foi frustrada, tendo em vista que as lojas de aplicativos dominantes de mercado – Play Store (Google) e App Store (Apple) baniram a referida aplicação dos seus catálogos. (LAVADO, Thiago. *Trump silenciado: Twitter e Facebook estão certos de banir contas de chefe de Estado?* Disponível em: <<https://exame.com/tecnologia/e-correto-twitter-e-facebook-banirem-contas-de-chefe-de-estado/>>. Acesso em: 14 fev. 2022.)



conteúdo de suas plataformas, conforme previsto no artigo 19, do Marco Civil da Internet<sup>14</sup>. Disso de extrai que a lei não determina nem proíbe as plataformas de removerem diretamente conteúdos que julgarem violar seus termos de uso.

Carlos Affonso Souza e outros autores<sup>15</sup> registram que a lei tampouco impõe aos PAIs o dever de agir em caso de simples denúncia de outro usuário ou de qualquer particular, ressaltando que:

[...] da interpretação dos artigos 19 e 21 do Marco Civil, pode-se concluir que a notificação privada, em regra, não gerará o dever de remoção do conteúdo questionado nem a consequente responsabilização do provedor, caso ela não seja atendida. Assim, caberá ao poder judiciário, em grande parte dos casos, determinar o que é ou não ilícito, ou melhor, o que deve ou não ser removido de determinado local da rede.

Se não há o dever de agir por parte dos provedores de aplicação nesses casos, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro buscou privilegiar a liberdade de ideias, presumindo-se idôneas as manifestações dos usuários nas redes sociais.

A verdade é que os critérios definidos pelas próprias plataformas para retirada de conteúdo e bloqueio de perfis são muito subjetivos e as sanções precedem de mera notificação ou mesmo se efetivam de forma sumária, o que prejudica aquele usuário que se utiliza dos serviços de redes sociais de boa-fé, acreditando que sua conduta se adequa às regras e aos termos de uso da aplicação.

Nesse sentido, verificada a existência de uma lacuna normativa no Marco Civil da Internet<sup>16</sup> quanto ao procedimento e aos critérios a serem observados pelos PAI para adoção de medidas diretas de filtragem, bloqueio ou remoção de conteúdo, as citadas sanções devem ser tidas como solução excepcional, bem como devem ser precedidas de prévia notificação e garantia de defesa do usuário, salvo quanto às exceções legais expressamente previstas<sup>17</sup>.

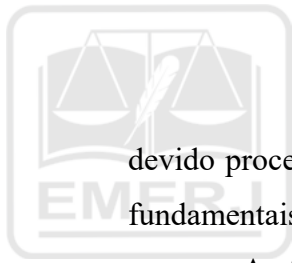
Diante da potencial repercussão deletéria da aplicação de punições previstas nos termos de uso do serviço digital, como a retirada de conteúdo e exclusão de perfis ou mesmo de sanções veladas como *shadowban*, já analisadas no primeiro capítulo, entende-se pela possibilidade de opor aos provedores de redes sociais as prerrogativas constitucionais de um

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>15</sup> TEFÉ, Chiara Spadaccini de et al. *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 119.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>17</sup> Uma das exceções expressamente previstas pela Lei nº 12.965/14 está contida no seu artigo 21, o qual impõe ao provedor de aplicações o dever de indisponibilizar conteúdo divulgado por terceiros que viole o direito à intimidade, por meio da divulgação não autorizada de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. (BRASIL, op. cit., nota 3.)



devido processo fundado no contraditório, com aplicação abrangente da eficácia dos direitos fundamentais no plano horizontal.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é teoria consolidada pela doutrina<sup>18</sup> e jurisprudência, segundo a qual os direitos fundamentais devem permear as relações privadas e, sobre o tema aqui discutido, defende-se que a eficácia é também direta, ou seja, o direito a um devido processo pode ser aplicado às relações privadas sem a necessidade de intermediação legislativa expressa.

Segundo Pedro Lenza<sup>19</sup>, o reconhecimento do direito constitucional ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa no âmbito das relações particulares é uma forte tendência jurisprudencial e vem sendo reiteradamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>, em sua jurisprudência.<sup>21 22</sup>

À medida em que as redes sociais ocupam lugar de destaque na sociedade, tornando os usuários verdadeiramente dependentes de suas ferramentas para atividades essenciais, tornam-se responsáveis por manter a prestação do serviço de forma ininterrupta, previsível e segura.

Nesse ponto, é importante mencionar que não há verdadeiramente uma possibilidade de escolha do usuário sobre qual fornecedor de serviços de redes sociais pretende fazer uso, considerando que as *Big Techs* detêm domínio sobre quase a totalidade das plataformas desse

---

<sup>18</sup> Por todos, destaca-se a doutrina de Ingo Sarlet, segundo o qual “reconhece-se, no âmbito da perspectiva jurídica-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 381.)

<sup>19</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional: coleção esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, [e-book].

<sup>20</sup> No RE 158.215, a Suprema Corte definiu que “a exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa”. No mesmo sentido, a Corte entendeu no RE 201.819/RJ que a exclusão de sócio sem a possibilidade de sua defesa viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Registra, ainda, que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.”

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 158.215*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur119404/false>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 201.819*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>>. Acesso em: 31 ago. 2021.





nicho de mercado<sup>23</sup>, citando-se como exemplo o Facebook<sup>24</sup> que controla as redes sociais Facebook, Instagram e WhatsApp. Em uma democracia, possibilitar que uma companhia detenha o monopólio sobre o que é verdade e sobre o que é lícito pode culminar com verdadeiros atos de censura e inviabilização de negócios legítimos, dado o subjetivismo com que o controle da comunidade virtual é exercido.

Por isso, defende-se que seja oportunizado ao usuário, por exemplo, demonstrar previamente que o conteúdo publicado nas redes sociais não viola direito autoral de terceiro, que não houve alteração de produção acadêmica alheia, ou mesmo que denúncias contra determinado perfil de usuário podem ser parte de prática concorrencial predatória, comprovando, dessa forma, que a produção do conteúdo exposto é séria, verídica e autoral.

Essa temática começa a despontar no Poder Judiciário, discutindo-se o direito ao contraditório no âmbito da relação jurídica entre usuário e provedores de redes sociais. Em demanda julgada em agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>25</sup>, em que a parte autora desenvolvia sua atividade financeira primária pela rede social Instagram, foi determinado o desbloqueio imediato da sua conta justamente pela ausência de prévia notificação do usuário quanto aos motivos determinantes para desativação abrupta de seu perfil. Nesse caso, o Tribunal entendeu que as “medidas de restrição impostas pela inobservância das políticas e termos de uso do serviço não podem dissociar-se do regramento legal específico quanto ao direito dos usuários a informações claras e precisas a respeito da sua motivação”.

Esse julgado está em perfeita consonância com a tese aqui defendida, pois o deferimento da liminar de desbloqueio da conta da usuária teve como principal fundamento a conduta da plataforma que inviabilizou o contraditório e a ampla defesa, em violação ao artigo 20, do Marco Civil da Internet<sup>26</sup>. A violação foi reconhecida pela ausência de notificação ao titular da conta quanto às denúncias realizadas contra seu perfil, sem explicitar de forma clara e precisa, o seu objeto, ou seja, qual o conteúdo indicado na denúncia, a regra violada, o nome

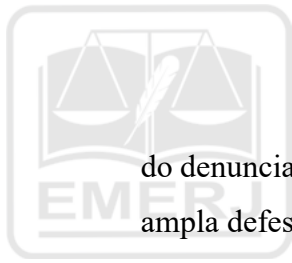
---

<sup>23</sup> G1. *Facebook é alvo de processos nos EUA por monopólio nas redes sociais*. 09 dez. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/12/09/facebook-e-alvo-de-acao-antitruste-nos-estados-unidos-diz-agencia.ghtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>24</sup> Durante a elaboração do presente estudo, a Facebook Inc. anunciou a alteração do seu nome empresarial para Meta Platforms Inc., com nome comercial Meta. (META. *Conheça a Meta*. Disponível em: <<https://about.facebook.com/br/meta/>>. Acesso em: 25 nov. 2021.)

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento 0071427-91.2019.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/VisualizaEmentas.aspx?CodDoc=4053270&PageSeq=0>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.



do denunciante e demais informações necessárias para o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

Em uma sociedade em que a oferta de produtos e serviços migraram fortemente para o mundo digital, não se mostra mais cabível a tomada de decisão unilateral de retirada de conteúdo, sem a oportunidade de manifestação prévia do usuário, sob pena de graves danos aos afetados. Como já mencionado, embora muitos dos serviços oferecidos pelas plataformas de redes sociais sejam gratuitos para o usuário, certo é que há a exploração econômica de todo tráfego de informações, sobretudo com o *marketing* agressivo.

Por óbvio, conteúdos ilícitos como tráfico de drogas e pedofilia devem ser coibidos e estes são temas já vedados pelos termos de uso das redes sociais e, notadamente, pela lei. No entanto, há certo grau de subjetividade que pode ser identificado pelos algoritmos da aplicação como ato violador dos termos de uso, quando na verdade trata-se de conteúdo legítimo<sup>27</sup>.

Reafirma-se que não se trata de permitir a atuação dos usuários das plataformas de redes sociais em dissonância com legalidade e com os termos de uso e condições estipuladas, mas sim da necessária observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa, além da boa-fé objetiva que deve reger toda relação contratual.

### 3. A “MORTE DIGITAL” DO USUÁRIO COMO CAUSA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS.

As novas tecnologias proporcionam meios digitais de relacionamento e exercício de manifestações dos direitos da personalidade. Esse novo ser digital requer novas formas de pensar o direito, em especial, no que tange aos direitos da personalidade potencialmente afetados pela interação no ambiente virtual. Nesse sentido, a responsabilidade civil contemporânea deve estar em sintonia com as novas possibilidades de riscos e danos indenizáveis. É importante ressaltar, como bem observa Cristiano Chaves<sup>28</sup>, “a necessidade de termos uma postura interpretativa atenta às novas realidades, sobretudo para proteger os vulneráveis diante dos novos danos, haja ou não lei a propósito do tema”.

---

<sup>27</sup> Um exemplo dessa sistemática automatizada foi o caso de um projeto de educação sexual desenvolvido em São Paulo, que teve seu conteúdo banido pelo Facebook e Instagram, minutos depois da publicação, ao ser confundido com pornografia. (Projeto de educação sexual da zona sul tem anúncio banido nas redes sociais. *AGÊNCIA Mural*. Disponível em: <<https://www.agenciamural.org.br/projeto-de-educacao-sexual-da-zona-sul-tem-anuncio-banido-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.)

<sup>28</sup> CHAVES, Cristiano de Farias; NETTO, Felipe Braga; ROSENVAND, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 788.



Além dos mecanismos de defesa e revisão que as próprias plataformas deveriam oferecer aos usuários em caso de censura específica de determinado conteúdo ou usuário, aquele que teve seu direito violado sempre poderá provocar o Estado-juiz a se manifestar sobre aspectos relacionados à legalidade, adequação e razoabilidade da intervenção da plataforma. Assim, o Poder Judiciário representa a *última ratio* na revisão da legalidade da filtragem de conteúdo imposta unilateralmente pelas plataformas digitais.

Como já explicitado, e reforça-se, não se está a discutir o abuso do direito do particular no uso das redes sociais. Nesse caso, a violação ao direito de imagem alheia ou disponibilização de conteúdo ofensivo por usuário encontra amparo legal de responsabilização, a qual se dará entre particulares, ofensor e ofendido, por intermédio do Poder Judiciário, em regra. Aqui, se discute a relação entre particular e provedor no exercício da atividade de moderação, na medida em que a plataforma não é obrigada a filtrar o conteúdo nela inserido pelos usuários sem determinação judicial, mas, se o fizer, poderá responder pela conduta apta a causar dano.

Quanto ao dano decorrente da falha na prestação do serviço, por indisponibilização ou bloqueio do perfil do usuário de forma indevida, o Marco Civil da Internet<sup>29</sup>, lei especial, é omissivo, o que provoca a submissão da matéria à disciplina geral da responsabilidade civil. Em regra, a responsabilidade civil dos provedores de internet é objetiva<sup>30</sup> pela aplicação do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor<sup>31</sup>. Ainda que o serviço seja oferecido gratuitamente aos usuários, isso não desvirtua a relação de consumo, já que a remuneração à plataforma se dá de forma indireta com publicidade e outros ganhos.<sup>32</sup>

Pela teoria do risco da atividade, o fornecedor de produtos e serviços deve responder pelos danos conexos à atividade, ainda que oriundos de atos de terceiros ou que se comprove a existência de mecanismos de autorregulação das plataformas digitais. O dano deve ser conectado emnexo causal à ação ou omissão da plataforma.

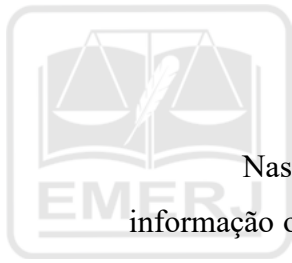
---

<sup>29</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>30</sup> Nos casos de responsabilidade civil objetiva, é dispensada a prova da culpa do ofensor para a configuração do dever de indenizar, bastando ao lesado provar a ocorrência do dano e do nexocausal. (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.)

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>32</sup> Nesse sentido, vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça que “o fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo *mediante remuneração*, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1308830/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=211669812&num\\_registro=201102574345&data=20120619&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=211669812&num_registro=201102574345&data=20120619&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 31 ago. 2021.)



Nas hipóteses aqui discutidas, o ilícito civil pode ser reconhecido pela falta de informação ou informação insuficiente ao usuário que sofre a sanção, pela violação do direito ao contraditório e à ampla defesa, pela aplicação de penalidade irrazoável, assim como pela ofensa ao direito de existir nos meios sociais digitais.

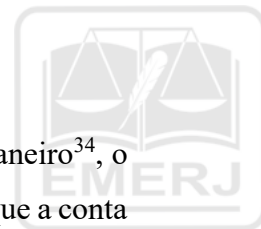
Esse último caso, o mais grave ilícito, pode representar uma pena de morte digital<sup>33</sup> da pessoa, pelo seu banimento das redes sociais digitais. O excluído deixa de existir no mundo digital para seus pares, familiares distantes, consumidores de conteúdo ou de bens. É preciso lembrar que há uma grande concentração no mercado de redes sociais, de modo que a aplicação desta penalidade pelo Facebook, por exemplo, pode representar a segregação perpétua da pessoa das principais redes sociais com alcance de fato no Brasil, impossibilitando definitivamente esta forma comunicação, além da comercialização e divulgação de seus produtos ou serviços.

Com tantas especificidades e a rápida evolução no modo de relacionamentos pessoais e institucionais, questiona-se se o Poder Judiciário está pronto para enfrentar os desafios impostos pelos novos danos. Um ponto relevante nesse aspecto são os meios de prova processuais sobre a abrangência do dano material. Do mesmo modo, considera-se bastante difícil demonstrar o nexo de causalidade entre a suspensão da conta ou exclusão do conteúdo e o dano no âmbito pessoal ou profissional do usuário. Afinal, como seria possível aferir o declínio do prestígio de determinado perfil de usuário nas redes sociais? E como quantificar o prejuízo material decorrente desse decréscimo?

Pela teoria da responsabilidade civil, a indenização deve ser medida pela extensão do dano, o que torna imprescindível comprovar aspectos como a perda de seguidores, patrocínios, contratos, dano à imagem comercial, valores gastos com a divulgação do perfil, e que os referidos fatos são decorrência direta ou indireta do ato ilícito praticado pela plataforma digital, com repercussão patrimonial negativa. Diante dessa limitação probatória, verifica-se que os casos que chegam à análise do Poder Judiciário se resolvem, em maior parte, pela compensação por danos morais.

---

<sup>33</sup> Morte digital é um termo que vem sendo utilizado no âmbito do Direito das Sucessões, pelo qual se discute o destino dos ativos digitais após a morte da pessoa. Nesse âmbito se insere o conteúdo digital dotado ou não de valor econômico armazenado em plataformas de redes sociais, conteúdo de e-mails, armazenamento em nuvem, criptomoedas, entre outros. Para aprofundamento no assunto: ROSENVALD, Nelson. *A Sucessão na Morte Digital*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1139/A+Sucess%C3%A3o+na+Morte+Digital>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Em recente caso enfrentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>34</sup>, o Facebook foi condenado por suspender o acesso de usuária sob pretexto genérico de que a conta havia sido “indisponibilizada temporariamente por medida de segurança da própria autora, e dos demais usuários do Instagram, a fim de averiguar eventual violação aos Termos de Uso previamente anuídos”. Em seu voto, o Desembargador Mario Assis Gonçalves condenou a plataforma ao pagamento de compensação pelos danos morais sofridos pela parte autora, em função da “violação dos direitos da personalidade, notadamente ao desenvolvimento pessoal no meio digital e à liberdade de comunicação, além da perda do contato da autora com seus seguidores e impossibilidade de divulgação de suas atividades.”

É importante mencionar que no tema ora debatido enquadram-se relevantes discussões sobre liberdade de expressão, disseminação de notícias falsas e, de modo mais abrangente, a própria noção de democracia. No entanto, cabe trazer a discussão para o plano do cotidiano de diversas pessoas que passaram a ter essas plataformas de redes sociais como suporte essencial para suas atividades empresariais, profissionais e intelectuais.

A lacuna normativa acerca dos direitos e deveres dos usuários e dos provedores de redes sociais, além da forma de responsabilização no âmbito da atividade moderadora de conteúdo gera grande insegurança jurídica.

Uma primeira tentativa de regulamentação no Brasil ocorreu recentemente, com a edição da Medida Provisória nº 1.068/21<sup>35</sup>, que alterou a Lei nº 12.965/14<sup>36</sup>. O texto normativo, que declaradamente objetivava explicitar os direitos e garantias dos usuários de redes sociais, regulamentava em minúcias o procedimento a ser seguido pelos provedores de redes sociais, em caso de moderação ou limitação de alcance de divulgação de conteúdo, exclusão ou suspensão de serviços ou funcionalidades do perfil de usuário.

Como visto, o tema suscita acaloradas discussões, pois envolve temas sensíveis e caros à sociedade brasileira, como liberdade de expressão e democracia. O temor de violação desses valores constitucionais levou à rejeição sumária da Medida Provisória pelo Congresso Nacional<sup>37</sup>. Um dos pontos mais polêmicos da Medida Provisória nº 1.068/21<sup>38</sup> era necessidade

---

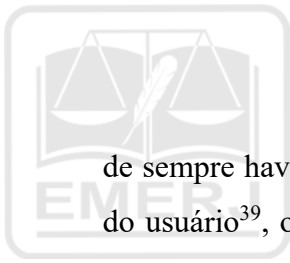
<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0030494-91.2020.8.19.0210*. Relator: Desembargador Mario Assis Gonçalves. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004966CC16E862ACA4B703DBE99903CB6EDC50F301A5252>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

<sup>35</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 1.068*, de 06 de setembro de 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm)>. Acesso em: 25 set. 2021.

<sup>36</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.

<sup>37</sup> BRASIL. *Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 58*, de 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Congresso/adc-58-mpv1068.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Congresso/adc-58-mpv1068.htm)>. Acesso em: 25 set. 2021.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 34.



de sempre haver justa causa e motivação para efetivar o cancelamento ou suspensão da conta do usuário<sup>39</sup>, o que causava o temor de que o texto legal pudesse favorecer a propagação de desinformação e de conteúdo antidemocrático.

Esse cenário de instabilidade normativa, evidencia a necessidade de uma regulamentação sólida sobre a atuação das redes sociais perante seus usuários. Entretanto, uma futura legislação que imponha deveres e obrigações aos integrantes das relações jurídicas que permeiam as redes sociais digitais deve precedida de amplo debate público, de tal forma que toda sociedade enxergue no arcabouço normativo a legitimidade e segurança jurídica que se espera, extirpando-se da discussão os interesses meramente eleitorais que vêm dominando o tema na atualidade.

Embora o tema aqui analisado permeie a discussão sobre tecnologia, não se pode perder de vista que o Direito tem como valor fundamental a pessoa humana e é esse lugar de centralidade que deve nortear uma futura regulamentação sobre o exercício de direitos existenciais e plena realização do ser humano no âmbito das redes sociais digitais.

## CONCLUSÃO

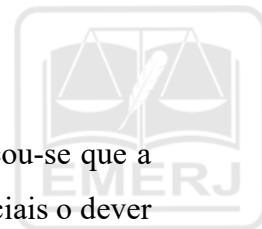
A partir das reflexões expostas, o trabalho objetivou demonstrar os efeitos das sanções impostas pelos provedores de redes sociais aos usuários, em atenção aos novos usos dessas plataformas, que não mais se restringem aos fins de diversão, afeto e expressão, mas também devem ser tomados como serviços essenciais ao desenvolvimento de atividades empresariais, profissionais e governamentais.

Verificou-se que, a partir da aplicação dos termos e políticas de uso dos provedores de redes sociais, esses prestadores de serviço passaram a definir os limites da liberdade e regulamentação de conteúdos no ambiente virtual, tornando-se verdadeiros legisladores e juízes de suas próprias decisões. Essa regulamentação privada foi alvo de crítica no presente estudo, mas sem desconsiderar a necessária ponderação com a demanda crescente por uma interação virtual saudável entre seus usuários, livre de conteúdo ofensivo e lesivo.

Foi necessário percorrer uma análise normativa e jurisprudencial para concluir-se que o ordenamento jurídico brasileiro buscou privilegiar a liberdade de ideias nas redes sociais,

---

<sup>39</sup> O texto literal da Medida Provisória nº 1.068/21 trazia o seguinte teor: “Art. 8º-B Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil de usuário de redes sociais somente poderá ser realizado com justa causa e motivação.” (BRASIL, op. cit., nota 34.)



presumindo-se idôneas as manifestações dos seus usuários. Nesse sentido, verificou-se que a Lei nº 12.965/14 - Marco Civil da Internet - não impõe aos provedores de redes sociais o dever de agir como moderadores de conteúdo, mas quando assim atuam, se utilizam de critérios unilaterais para retirada de conteúdo e bloqueio de perfis, os quais se mostraram extremamente subjetivos e precedidos de mera notificação ou mesmo efetivados de forma sumária.

Concluiu-se que não se mostra mais cabível a tomada de decisão unilateral de retirada de conteúdo, sem a oportunidade de manifestação prévia do usuário. Para alcançar esse entendimento, foi necessário estabelecer a relação dos procedimentos sancionatórios das plataformas de redes sociais com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por meio dessa relação, estabeleceu-se que o direito fundamental a um devido processo, com contraditório e ampla defesa deve permear as relações entre provedores de redes sociais e seus usuários.

Verificou-se que o progresso tecnológico suscita novas espécies de dano e as especificidades do uso das redes sociais digitais demandam novas respostas jurídicas no âmbito da responsabilidade civil. Vista a necessidade de os provedores oportunizarem aos usuários ampla defesa e contraditório, o Poder Judiciário foi apresentado como a *ultima ratio* na revisão da legalidade de filtragem de conteúdo imposta unilateralmente pelas plataformas digitais.

A pesquisa apresentou como espécies de ilícito civil a falta de informação ou informação insuficiente ao usuário que sofre uma sanção, a violação do direito ao contraditório e à ampla defesa, a aplicação de penalidade irrazoável, além da ofensa ao direito de existir nos meios sociais digitais, este último retratado como verdadeira morte digital.

A relevância da pesquisa desenvolvida se mostra ainda mais proeminente no momento histórico pelo qual passa a sociedade, não só no Brasil, mas também em diversos países que se debruçam sobre o dilema da regulamentação das redes sociais digitais.

O desenvolvimento do presente trabalho se deu durante um período de grande instabilidade normativa, com uma tentativa de regulamentação do tema no Brasil pela Medida Provisória nº 1.068/21, que alterou o Marco Civil da Internet, para fixar o procedimento de moderação de conteúdo, exclusão ou suspensão do perfil de usuário pelos provedores.

Constatou-se a relação entre a rejeição sumária da Medida Provisória pelo Congresso Nacional e a sensibilidade da discussão envolvendo temas tão caros à sociedade brasileira, como liberdade de expressão e democracia, além do temor de que uma norma regulamentadora possa favorecer a disseminação de desinformação e conteúdo antidemocrático.

Outra conclusão notória aponta para a necessidade de regulamentação sólida sobre a atuação das redes sociais perante seus usuários e para a imprescindibilidade de amplo e prévio



debate público sobre eventual regulação das relações jurídicas no âmbito das redes sociais, para que a sociedade reconheça a legitimidade e segurança jurídica que se espera de uma norma cujo objeto abranja os temas aqui discutidos.

Ressaltou-se, por fim, o lugar de centralidade da pessoa humana como norteador de uma futura regulamentação sobre o exercício de direitos existenciais e plena realização no âmbito das redes sociais digitais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 58*, de 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Congresso/adc-58-mpv1068.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Congresso/adc-58-mpv1068.htm)>. Acesso em: 25 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 1.068*, de 06 de setembro de 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm)>. Acesso em: 25 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp: 1332558 CE 2018/0184127-2*, Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859933877/agint-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1332558-ce-2018-0184127-2/decisao-monocratica-859933887>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RG RE: 1037396 SP 0006017-80.2014.8.26.0125*, Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861475606/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-1037396-sp-sao-paulo-0006017-8020148260125>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 158.215*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur119404/false>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 201.819*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento 0071427-91.2019.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível





em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/VisualizaEmentas.aspx?CodDoc=4053270&PageSeq=0>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 0030494-91.2020.8.19.0210*. Relator: Desembargador Mario Assis Gonçalves. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=0004966CC16E862ACA4B703DBE99903CB6EDC50F301A5252>>. Acesso em: 27 ago. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAVES, Cristiano de Farias; NETTO, Felipe Braga; ROSENVAND, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

G1. *Facebook é alvo de processos nos EUA por monopólio nas redes sociais*. 09 dez. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/12/09/facebook-e-alvo-de-acao-antitruste-nos-estados-unidos-diz-agencia.ghtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

KURTZ, Lahis. *Ameaças opacas à liberdade de expressão online: chilling effect e shadowban*. Disponível em: <<https://irisbh.com.br/ameacas-opacas-a-liberdade-de-expressao-online-chilling-effect-e-shadowban/>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional: coleção esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, [e-book].

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho. O Estado como garantidor da liberdade de expressão na internet. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n° 78, p. 75-87, out./dez. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspo-divm, 2019.

REIS, Guilherme Albergue. Redes sociais devem indenizar por bloqueio indevido de usuários. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320640/redes-sociais-devem-indenizar-por-bloqueio-indevido-de-usuarios>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

ROSENVAND, Nelson. A Sucessão na Morte Digital. *Ibdfam*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1139/A+Sucess%C3%A3o+na+Morte+Digital>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEFÉ, Chiara Spadaccini de et al. *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



## A CONQUISTA DO DIREITO À INFORMAÇÃO E O SEU CONFLITO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO SÉCULO XXI, SOB A ÓTICA DA PÓS-VERDADE

Carlos Acosta Junior

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.  
Advogado.

**Resumo** – O Direito à informação é pleiteado no ordenamento jurídico brasileiro desde a época do império, mas ganhou notoriedade após a promulgação da Constituição da República em 1988. Todavia, a Carta Magna também foi reconhecida como uma norma muito mais focada em direitos humanos e direitos da personalidade, o que pode ser constatado, por exemplo, pela posição topográfica destacada destes direitos no art 5º CRFB/88. O presente artigo tem o objetivo de enfrentar questões em que existe o conflito entre o direito à informação e os direitos da personalidade, bem como tentar traçar uma diretriz decisória com base nos julgamentos das Cortes Superiores.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito ao esquecimento. Liberdade de expressão. Liberdade de imprensa. Direito à privacidade. Direito à honra. Direito ao nome. *Fakenews*.

**Sumário** – Introdução. 1. A divergência entre a doutrina e a jurisprudência sobre a tutela do direito ao esquecimento. 2. O recente conflito entre a imunidade parlamentar e os direitos da personalidade. 3. O recente conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade no ambiente virtual. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a relativização da liberdade de expressão quando este direito entra em conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos, sobretudo os direitos da personalidade. Procura-se identificar a mudança de entendimento da jurisprudência, sobretudo a do STF, que logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 entendia o direito à liberdade de expressão como praticamente absoluto, fruto de uma posição responsiva a toda repressão vivida durante a ditadura militar.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e principalmente as jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir traçar um panorama evolutivo e identificar os critérios de ponderação de valores entre direitos constitucionais.

A origem histórica da liberdade de expressão remonta da Grécia Antiga, berço da democracia. No Brasil, existe a previsão constitucional deste direito desde a Constituição do Império de 1937. Todavia, ele foi mitigado durante o Estado Novo e também durante os governos militares (1964-1984), ainda que houvesse uma previsão de “liberdade de



pensamento”, que não tinha o mesmo conteúdo tampouco a mesma validade do que hoje conhecemos como liberdade de expressão.

A Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações acerca da liberdade de expressão e de pensamento, ampliando as garantias e direitos individuais. É notório que o texto da Carta Magna deu atenção especial a este tema, como uma demonstração de mudança de pensamento, de paradigma e de valores no período pós ditadura. Todavia, em virtude de todo o histórico jurídico e político do Brasil, cabe a seguinte reflexão: a liberdade de expressão é um direito absoluto? Qual direito deve prevalecer quanto estivermos diante de um conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos constitucionais?

O tema é muito controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nos direitos fundamentais e esta intervenção sempre repercute nas demais esferas da sociedade. Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a posição do Supremo Tribunal Federal em alguns julgados que tiveram repercussão e que versam sobre o tema, bem como assinalar alguma mudança do entendimento da corte em determinados momentos históricos. Pretende-se, ainda, abordar o entendimento doutrinário acerca dos julgados e do tema, sobretudo quando houver divergência entre os doutrinadores e os ministros do STF.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a posição do STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606, com repercussão geral reconhecida, que versou sobre o direito ao esquecimento, em que se observa o dilema entre o direito ao nome, à privacidade e à imagem conflitando com a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca da imunidade material que os parlamentares possuem por previsão constitucional e sua recorrente discussão acerca dos limites desta imunidade. Tem-se como objetivo determinar o que é imunidade parlamentar e o que é opinião da pessoa parlamentar.

O terceiro capítulo pesquisa a relativização da liberdade de expressão, já consolidada na sociedade, frente aos inúmeros conflitos com os direitos da personalidade, como a honra, o nome, a privacidade. Para tanto, foi necessário refletir sobre critérios objetivos de ponderação e limites entre os direitos, identificando o momento em que cada um deve se sobrepor ao outro.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, buscando alcançar a racionalização do método dedutivo com a experimentação do método indutivo. Como o trabalho refere-se a um tema jurídico, trata-se de um fato verificado empiricamente, uma vez que as decisões da sociedade são tomadas e alteradas cotidianamente. Além disso, é notório que a linguagem jurídica é singular, que depende da interpretação do operador do direito.



Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. A DIVERGÊNCIA ENTRE A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em 03 de fevereiro de 2021 foi iniciado o julgamento, pelo plenário de STF, do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.010.606<sup>1</sup>, que teve reconhecida sua repercussão geral. O caso versava sobre o reconhecimento do direito ao esquecimento na esfera cível. De um lado do processo estava a família de Aída Cury (autor) e do outro lado, figurando no polo passivo, estava a Rede Globo.

Em breve síntese, Aída Cury, em 1958, foi violentada sexualmente e morta por três homens. Passados quase 50 anos, o programa de televisão “Linha Direta Justiça” relatou o crime ocorrido de forma explícita, trazendo à tona todo o sofrimento dos familiares da vítima, razão pela qual pleitearam reparação pelos danos morais causados.

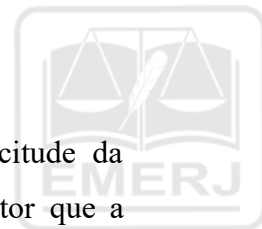
Tamanha é a controvérsia acerca do assunto, o STJ em 2013, julgou procedente o pedido autoral. Segundo o relator do caso, Ministro Luis Felipe Salomão, “a assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica”. Ao contrário da orientação do STJ, o STF entendeu que permitir o direito ao esquecimento viola a liberdade de expressão, direito conquistado após longo período de repressão (ditadura militar). Segundo a suprema corte, existe aí um conflito entre a liberdade de expressão (artigo 220 CRFB/88<sup>2</sup>) e a privacidade e dignidade da pessoa humana (art 5º, X CRFB/88<sup>3</sup>). Ao fim do julgamento, foi firmada a seguinte tese:

é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício de liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.010.606*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 17set.2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12out.2020.

<sup>3</sup> Ibid.



O relator do caso, Ministro Dias Toffoli, deu enfoque à análise da licitude da informação obtida frente ao decurso de tempo. Ademais, enfatizou o ilustre relator que a Constituição de 1988 não possui previsão do direito ao esquecimento, não podendo o judiciário criar esse novo direito, e contrapô-lo a direitos já existentes.

Mas qual a origem do direito ao esquecimento? Será que a Constituição de 1988 de fato não possui uma previsão do direito ao esquecimento? O termo “direito ao esquecimento” tem origem na França que, na segunda metade do século XX, cunhou a expressão *droit a l’oubli* pelo Professor Gerard Lyon-Caen<sup>4</sup> ao comentar uma decisão judicial que teve ampla repercussão. Tratava-se de uma ex-amante de um assassino em série (serial killer) que pretendeu reparação por ter a sua vida exposta com detalhes em um filme.

Todavia, o termo ganhou robustez em um julgado feito pelo Tribunal Constitucional Alemão: o caso *Lebach*<sup>5</sup>. Neste caso, o referido tribunal reconheceu que uma pessoa que havia sido condenada pelo assassinato de vários soldados teria o direito de impedir a divulgação dos crimes por ele praticados por meio de um documentário, meses antes de sua soltura. O Tribunal entendeu que os efeitos de tal documentário iriam de encontro à possibilidade de ressocialização do prisioneiro, associado à desnecessidade da informação perante o interesse público, uma vez que o crime já havia sido praticado há muito tempo.

No Brasil, existem alguns julgados emblemáticos acerca do tema. Dentre eles pode-se destacar o REsp nº 1.316.921<sup>6</sup>, de 26/06/2012, de Xuxa X Google. No caso em comento, a autora pleiteou que o provedor de busca eliminasse do banco de dados qualquer informação que associasse o seu nome à pedofilia. O caso foi julgado improcedente pois, segundo o Tribunal, os provedores não podem ser obrigados a eliminar resultados de busca de determinado termo.

Em sentido contrário a este julgado, existe o caso da chacina da Candelária<sup>7</sup>, crime aparentemente praticado por um grupo de policiais militares. Na época, um serralheiro chamado Jurandir Gomes de França tinha sido associado à autoria do crime, mas foi absolvido por negativa de autoria pelo Tribunal do Júri. Em 2006, um programa de TV associou o nome de

---

<sup>4</sup> PINHEIRO, Denise. *A Liberdade de Expressão e o Passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese (Doutorado em Direito). 287 p. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 137.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p.95

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.316.921*. Relatora: Ministra Nanci Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj>> Acesso em: 01out.2020

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446557/false>>. Acesso em: 01out.2021.



Jurandir ao crime e o STJ entendeu que houve dano à honra, mesmo tendo o programa esclarecido que ele foi absolvido ao final do processo.

Considerando o avanço tecnológico, é cada vez mais difícil criar mecanismos que tutelem o direito ao esquecimento. Em uma era em que tudo fica quase que instantaneamente registrado da rede mundial, lembrar de tudo se tornou a regra e esquecer a exceção.

Neste sentido, como uma evolução do ordenamento jurídico brasileiro, foi sancionada a Lei nº 13.709/18<sup>8</sup>, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que passa, entre outros assuntos, a responsabilizar os provedores de serviço de busca de internet pelos dados por eles fornecidos, exigindo o devido tratamento e filtragem das informações disponibilizadas e responsabilizando-os por tal conteúdo. Mas nada foi dito acerca do direito ao esquecimento.

Diversos são os trabalhos (livros, artigos e teses de mestrado) no Brasil que versam acerca do direito ao esquecimento. O entendimento que prevalece é no sentido de que o direito ao esquecimento se trata de um direito a ser esquecido, um direito a ser deixado em paz.

Diferentemente do que entende o STF, a doutrina caminha na direção de reconhecer o direito ao esquecimento não só como constitucional, mas como um direito fundamental. Neste sentido, tem-se o Enunciado nº 513 da VI Jornada de Direito Civil<sup>9</sup>, Alexandre de Moraes<sup>10</sup> e Carnelutti<sup>11</sup>. Ao analisar o artigo 1º, III CRFB/88<sup>12</sup>, observa-se com o princípio da dignidade humana, uma fonte dos direitos fundamentais que não foram enumerados pela Carta Magna.

Ainda neste viés, o art 5º, XLVII, b CRFB/88<sup>13</sup> prevê a vedação de penas de caráter perpétuo. Quando, por exemplo, não for concedido o direito ao esquecimento a uma pessoa que cometeu um crime, estaria se afirmando que ela sempre será suscetível a sofrer danos pelo ato por ela praticado, ainda que a pena já tenha sido cumprida em sua integralidade.

O melhor entendimento sobre a adequação do direito ao esquecimento não deve se balizar apenas na licitude da fonte da informação. A liberdade de expressão não deve ser absoluta. É preciso que haja um diálogo entre as fontes, uma verdadeira ponderação *in casu* entre o interesse público da notícia, sua atualidade e veracidade, a essencialidade do conteúdo para transmissão da informação e os efetivos efeitos da informação para a identidade da pessoa

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm)>. Acesso em: 01out.2021.

<sup>9</sup> BRASIL. *Enunciados Aprovados na VI Jornada de Direito Civil*, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 01jul.2020.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013. P.80/81.

<sup>11</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Edicamp, 2002. P.22.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12out.2020.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



humana envolvida, não cabendo à informação atuar como uma recordação opressiva dos fatos ou uma perpetuação punitiva de fatos praticados.

## 2. O RECENTE CONFLITO ENTRE A IMUNIDADE PARLAMENTAR E O OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A imunidade parlamentar teve origem no *Bill of Rights*<sup>14</sup> da Inglaterra e era dividida em liberdade de palavra (*freedom of speech*) e imunidade em face de prisão (*freedom from arrest*). Tais imunidades tinham como objetivo garantir aos parlamentares o livre exercício da defesa dos interesses da população, ao formular os atos legislativos, podendo declarar suas opiniões sem sofrer eventuais punições do rei. Tal movimento originou-se na crise econômico-política que existia desde o século XV e perdurou até o século XVII. O constitucionalismo, que limitou os poderes do rei, abriu espaço para um maior poder do parlamento.

A América seguiu a tendência europeia e, já na Constituição Federal de 1787<sup>15</sup>, os Estados Unidos previram a implementação da imunidade de opiniões e da ponderação de ideias dentro do parlamento americano. O Brasil deu seu primeiro passo neste sentido com a Constituição Federal de 1824<sup>16</sup>, ainda durante o Império, que concedia aos parlamentares, tanto abolicionistas como os republicanos mais conservadores, o direito de manifestação livre, fosse ela favorável ou contra ao regime vigente a época.

A Constituição de 1988<sup>17</sup> foi promulgada logo após o período da ditadura militar e teve o condão de romper com um período de absolutismo e censura. Desta forma, a CRFB/88 previu o livre exercício dos membros do parlamento. Tal entendimento pode ser observado já no artigo 1º<sup>18</sup>, que prevê que o povo detém todo o poder, exercido por meio de seus representantes eleitos. Assim, ficou consolidado o entendimento constitucional de que o parlamento é independente para o exercício dos interesses populares e imune de qualquer censura ou cerceamento de direitos quanto ao exercício de opiniões e votos.

---

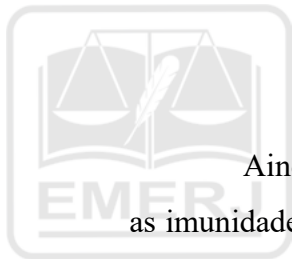
<sup>14</sup> BRITO, Rose Dayanne Santos de. Notas sobre Thomas Hobbes e o contexto histórico: o argumento do direito natural em defesa do Absolutismo. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, p. 52-66, 2016. Disponível em: <[www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/132/116](http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/132/116)>. Acesso em: 28 nov. 2020.

<sup>15</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição Norte Americana de 1787*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 01out.2021.

<sup>16</sup> BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 01out.2021.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>18</sup> Ibid.



Ainda no viés formal constitucional, o artigo 53 CRFB/88<sup>19</sup> traz em seus parágrafos as imunidades formais dos parlamentares federais, que garantem a eles diversas prerrogativas para garantir o correto exercício da democracia, mas o presente artigo terá o foco no *caput* do artigo 53<sup>20</sup>, que versa sobre a imunidade material, garantindo aos deputados federais e senadores a inviolabilidade, civil e penal, por quaisquer de suas opiniões e votos. Nas esferas estadual e municipal, a Constituição também prevê a imunidade para os deputados estaduais (art 27, §1<sup>o</sup><sup>21</sup>) e vereadores (artigo 29, inciso VIII<sup>22</sup>), quando estes se encontrem ainda durante o exercício do mandato. Tais dispositivos têm respaldo na Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu<sup>23</sup>, que enumerou as funções típicas de cada um dos poderes.

Todavia, é importante ressaltar que tal prerrogativa, é garantido ao cargo, e nunca à pessoa ao parlamentar, demonstrando um caráter estritamente institucional. Acerca deste tema, o Ministro Gilmar Mendes<sup>24</sup> enfatiza que a imunidade não tem o condão de oferecer um salvo-conduto a uma pessoa, mas sim garantir o livre desempenho do mandato.

Com esta garantia, surgiram diversas teorias na doutrina, dentre as quais três merecem destaque: a primeira é a Teoria Ultracorporativista<sup>25</sup>, que ampara a imunidade dentro e fora do Congresso Nacional, sendo ela mantida após o fim do mandato; a segunda teoria é a Extremista, que defende o término da imunidade parlamentar uma vez que entende tal prerrogativa como uma garantia para práticas abusivas; e, por fim, a Teoria Moderada, que entende a imunidade como algo necessário mas também defende que esta prerrogativa seja limitada. Dentre os doutrinadores que versam sobre estas teorias destaca-se Lênio Luiz Streck<sup>26</sup>. A Teoria Moderada é a que prevalece na doutrina e na jurisprudência. Tal entendimento tem como norte o artigo 37 da CFRB/88<sup>27</sup>, que prevê, dentre outros princípios os da moralidade e impessoalidade.

O princípio da moralidade analisa se os atos dos agentes públicos estão alinhados com o interesse público bem como se estão eivados de boa-fé, ética e lealdade. Quanto à impessoalidade, é essencial que os parlamentares deixem de lado qualquer animosidade ou

---

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.181.

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 928-929.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2037.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.





motivações pessoais e que atuem de forma estritamente profissional, visando o bem público e a função social da Administração. Este princípio pretende evitar quaisquer favorecimentos de ordem subjetiva e garantir que os atos sejam reconhecidamente imputados à Administração e não ao funcionário. Um exemplo claro da desvirtuação deste princípio foi a sessão de votação do impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff<sup>28</sup>, em abril de 2016. Na ocasião foi observado um verdadeiro show midiático em que os parlamentares, ao invés de julgar a existência ou não do crime de responsabilidade, proferiam votos vagos e sem qualquer pertinência com o que estava sendo decidido.

Todavia, tais princípios são aplicados de forma subjetiva e pouco concreta, dificultando a caracterização da sua transgressão. Como meio de tornar tal conduta menos abstrata, foi convencionado o conceito de decoro parlamentar. O próprio regimento interno das casas do Congresso Nacional, em seu artigo 5º, inciso II<sup>29</sup>, prevê a deliberação de processo administrativo-parlamentar para julgar os casos de quebra de decoro, mediante voto secreto de seus membros, podendo culminar com suspensão ou até mesmo a perda do mandato.

É notório na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (como no Mandado de Segurança nº 28.213/DF<sup>30</sup> e Mandado de Segurança nº 24082/DF<sup>31</sup>), que este Tribunal evita maiores envolvimento em assuntos referentes ao decoro (ou a quebra dele) por parlamentares. A Suprema Corte entende que tal assunto merece o controle das próprias casas do Congresso, por meio de seus regimentos. Todavia, existem situações que extrapolam os contornos do exercício funcional e colidem com o Direito Civil, sobretudo o que prevê o artigo 187 Código Civil<sup>32</sup> acerca da prática de atos ilícitos daqueles que excedem manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelos costumes.

Assim, o STF não pode se furtar de analisar tais atos sob o pretexto de que eles foram praticados quando protegidos pelo manto da imunidade parlamentar. Tal imunidade não

---

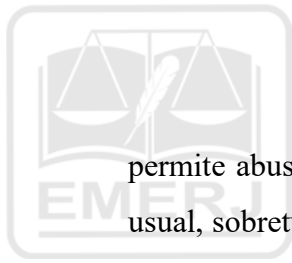
<sup>28</sup> MARTELLO, Alexandro; CALGARO, Fernanda. *Câmara aprova prosseguimento do processo de impeachment no Senado*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/camara-aprova-prosseguimento-do-processo-de-impeachment-no-senado.html>>. Acesso em: 12 fev.2021.

<sup>29</sup> BRASIL. *Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados*. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 28.213/DF*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399207/mandado-de-seguranca-ms-28213-df-stf>>. Acesso em: 01 fev.2021.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.082/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818343/desistencia-no-mandado-de-seguranca-ms-24082-df-stf>>. Acesso em: 01 fev.2021.

<sup>32</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 01 fev.2021.



permite abusos e não se sobrepõe sobre o interesse coletivo. Um termo que se tornou muito usual, sobretudo na esfera política e eleitoral é o “discurso de ódio”<sup>33</sup>. Tal expressão é voltada para transmitir mensagens de intolerância e violência, sobretudo contra grupos mais vulneráveis de uma sociedade (características correlatas à etnia, religião, classe social e orientação sexual), ou até mesmo contra oponentes políticos e ideológicos. Os discursos de ódio ganharam mais notoriedade no Brasil quando eles passaram a ser proferidos por agentes políticos do poder executivo e legislativo, como foi o caso do então Deputado Federal Jair Bolsonaro<sup>34</sup>, quando proferiu o seu voto a favor do impeachment da então Presidente Dilma Rousseff e suscitou o nome de um militar que foi conhecido por seus atos de tortura durante o regime militar.

Desta forma, em que pese a liberdade de expressão ter um valor histórico muito grande, sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito, esse direito não é absoluto e ilimitado, sobretudo quando incita a quebra do Estado Democrático, a violência, a dissociação e a intolerância. Tal “liberdade de expressão” colide diretamente com a proteção ao direito de resposta (art 5º, V CFRB/88<sup>35</sup>), direito à intimidade, privacidade e honra (art 5º, X CFRB/88<sup>36</sup>), dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III CRFB/88<sup>37</sup>), entre outros.

Um episódio notório em que o poder judiciário precisou se imiscuir na esfera política foi quando o então Deputado Jair Bolsonaro, em 2014, em uma entrevista a um jornal de grande circulação, afirmou que não estupraria a Deputada Maria do Rosário porque ela era muito feia para ser estuprada e porque ela não fazia seu tipo. Tal entrevista teve grande repercussão na imprensa e no mundo jurídico, e o assunto foi parar no Supremo Tribunal Federal.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito 3.932/DF<sup>38</sup>, de relatoria do Ministro Luiz Fux, entendeu que as palavras proferidas pelo parlamentar tinham uma essência misógina e tal ato reverberou na coletividade.

Em que pese a defesa do parlamentar tenha suscitado a imunidade parlamentar como estratégia de defesa, o STF afastou tal possibilidade, pois o discurso não teve nenhuma relação com a atividade funcional e feria gravemente diversos direitos da personalidade da Deputada

<sup>33</sup> CASTRO, Matheus Felipe. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão*. Disponível: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>>. Acesso em 21.02.2020.

<sup>34</sup> BARBA, Mariana Della; WENTZEL, Marina. *Discurso de Bolsonaro deixa ativistas estarecidos” e leva a OAB a pedir a sua cassação*. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160415\\_bolsonaro\\_ongs\\_oab\\_mdb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160415_bolsonaro_ongs_oab_mdb)>. Acesso em: 18 fev. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 3.932/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur355917/false>>. Acesso em: 02mar.2021.



ofendida, como a imagem e a honra. No caso concreto, o STF analisou todo o conteúdo do discurso, seu objetivo e suas consequências, condenando o parlamentar ofensor a pagar uma quantia à Deputada à título de danos morais.

### 3 - O RECENTE CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL

Não é de hoje que se observa um constante conflito entre a liberdade de expressão, tão valorizada na Constituição que rompeu com o regime militar, e os direitos da personalidade, sobretudo a intimidade, a honra e a imagem.

O desenvolvimento e a propagação da internet provocaram uma verdadeira revolução nas comunicações, acarretando mudanças significativas em todos os nichos da sociedade. O acesso ilimitado, célere e de baixo custo permitiram o acesso às informações quase que de forma instantânea. As redes sociais também tiveram uma grande responsabilidade nesse processo evolutivo, uma vez que deram voz a inúmeras pessoas que antes eram anônimas e permitiu, inclusive, que estas manifestassem sua opinião de forma anônima. Infelizmente, o Poder Legislativo não conseguiu acompanhar a velocidade com que a comunicação evoluiu, de forma a regulamentar todas as relações no âmbito da internet.

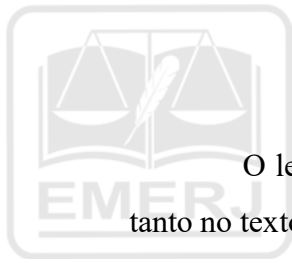
Durante muito tempo, a internet foi um ambiente em que os discursos de ódio e os excessos eram praticados com muita frequência e sem muito controle judicial. O fenômeno do “cancelamento” tornou-se cada vez mais recorrente e cada vez mais violento, em que uma massa de pessoas se revestia da autoridade de Promotor, advogado de defesa, juiz de mérito e juiz da execução, determinando o destino de pessoas que falhavam perante os valores vigentes da sociedade naquele momento.

Essa falsa ideia de que não existem leis para o ambiente virtual e de que o anonimato é garantido, gera muitos problemas jurídicos, desde pornografia infantil até lesões ao direito do consumidor, mas o que mais se observa são, de fato, os conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, sobretudo a honra, a imagem, ao corpo, ao nome e a intimidade.

Tais direitos da personalidade são oriundos de uma construção doutrinária muito recente e descendem da dignidade da pessoa humana, sendo “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 283.



O legislador atribui tanta importância a estes direitos que observamos a sua proteção tanto no texto constitucional (artigo 5º, X da CRFB/88<sup>40</sup>), como no Código Civil (artigos 11 ao 21 do CC/02<sup>41</sup>) e Código Penal (artigos 138-140 do Código Penal<sup>42</sup>, nos crimes de calúnia, injúria e difamação), além de leis penais especiais (artigo 1º, V da Lei nº 12.984/2014<sup>43</sup>, por exemplo).

Tal qual ocorre com a liberdade de expressão, os direitos da personalidade também podem ser limitados ou até mesmo mitigados, como ocorre com relação à intimidade de pessoas públicas<sup>44</sup>.

Durante muito tempo, o aplicador do direito se valeu do método de subsunção para decidir as questões jurídicas, como bem definiram os Professores Luis Roberto Barroso<sup>45</sup> e Maury Macedo<sup>46</sup>. Tal método se baseia em analisar o caso concreto, analisar qual norma melhor se adequa àquele problema e afastar todas as demais normas. Todavia, este método não pode ser aplicado no conflito abordado pelo presente artigo, porque feriria o princípio da unidade da Constituição Federal. Tal princípio afirma que a Carta Magna é um documento uniforme e que não existe hierarquia entre as normas nela existentes. Ao tentar identificar qual princípio se adequaria melhor ao caso concreto e afastar o outro, o julgador estaria incorrendo em uma inconstitucionalidade.

Para este tipo de conflito, tem-se a necessidade de analisar outras teorias jurídicas que possam ser utilizadas com maior efetividade. Dentre elas, pode-se destacar a Teoria da Decisão de Dworkin, que apresenta raciocínios para situações jurídicas em que não é possível identificar uma regra específica para o caso concreto<sup>47</sup>.

Segundo o doutrinador Rafael Tomaz, “Para Dworkin, portanto, a discricionariedade judicial nos casos difíceis cessa posto que, neles, terá lugar um argumento de princípio, que fundamentará e justificará a decisão”<sup>48</sup>. Dworkin reconhece tanto as regras como os princípios como padrões para as decisões a serem tomadas. A diferença é que as regras têm um caráter

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 34.

<sup>42</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02mar.2021.

<sup>43</sup> BRASIL. *Lei nº 12.984*, de 02 de junho de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12984.htm)>. Acesso em: 03jun.2021.

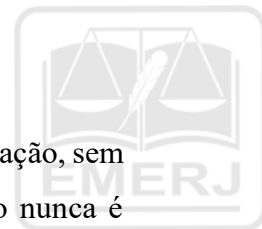
<sup>44</sup> FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direitos na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Pillares, 2005. p. 138

<sup>45</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.127.

<sup>46</sup> MACEDO, Maury R. de. *A Lei e o arbítrio à luz da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.14-15.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2002. p. 131.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176.



exclusivo, afastando as demais, enquanto os princípios seguem uma análise de ponderação, sem que um princípio exclua o outro na fundamentação da decisão. Assim, o princípio nunca é considerado isoladamente, mas em um sistema de pesos e valores.

É importante para o decisor sempre considerar a unidade de princípios, uma vez que eles carregam consigo toda uma construção histórica dos valores relevantes para aquela sociedade, que se tornaram padrões de conduta naquele momento. Neste caso, todos os pensamentos extremistas devem ser evitados, ou seja, qualquer decisão que acolha um direito e exclua o outro não deve ser aplicada.

O conceito histórico de cada direito também deve ser considerado. Os direitos da personalidade, por exemplo, têm sua construção desde o pós-guerra, sendo inclusive objeto de tratados internacionais. Por outro lado, a liberdade de expressão foi quase duramente reprimida durante a ditadura militar e pautou a formulação do Estado Democrático de Direito fundado pela CF/88.

Assim, não existe uma fórmula matemática para definir em que momento um direito se sobrepõe ao outro, mas é necessário que o juiz considere sempre a unicidade da Constituição, de forma a não excluir um direito em detrimento do outro e considere toda a carga histórica da sociedade, a qual está em constante evolução e que possui diversos valores que são mais significativos que outros em determinada ocasião.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática fundamental, a inexistência de uma regra específica que solucione o conflito entre preceitos constitucionais. O embate entre o direito à informação e os direitos da personalidade é cada vez mais latente, sobretudo numa sociedade democrática em que a comunicação tem um alcance quase que instantâneo, aliado à pouca e desatualizada regulamentação do ambiente virtual e a prerrogativas constitucionais que são mal utilizadas por determinados agentes públicos.

O fenômeno do direito à informação, que surgiu inicialmente na Constituição do Império ganhou uma expressividade significativa na ruptura entre os governos militares e o início do Estado Democrático de Direito (e consequente promulgação da CF/88), uma vez que este direito foi duramente perseguido durante a ditadura, e passando até mesmo a ser, inicialmente, valorado como um direito absoluto no novo Estado.

Todavia, a Constituição tem como característica ser uma carta única, que não distingue ou hierarquiza suas normas, forçando os aplicadores do direito, bem como os doutrinadores, a



desenvolver técnicas e raciocínios que consigam solucionar os conflitos entre normas sem que esta solução seja maculada pela inconstitucionalidade.

Ficou nítido no primeiro capítulo que, no que se refere ao “direito ao esquecimento”, ainda não existe um alinhamento de pensamentos entre a doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal. Aqueles, de forma consolidada e majoritária, entendem que, neste caso, prevalece o direito ao nome, à honra e à não perpetuidade de uma punição social, uma vez que a nossa sociedade tende a rotular (*Teoria Labelling Approach*, da criminologia) as pessoas que praticaram crimes como pessoas incorrigíveis, o que não é um axioma. Por outro lado, o STF, em recente julgado, entendeu pela inexistência de tal direito, dando maior valor ao direito à informação, como um dos princípios basilares da sociedade democrática e livre. Acredita-se que ainda há muito o que evoluir acerca deste tema, mas este é o cenário atual que é enfrentado, em que temos um embate categórico entre a doutrina e a jurisprudência da Corte Suprema.

No segundo capítulo, foi dado enfoque a um tema que ganhou notoriedade no cenário político atual, sobretudo a partir de 2014. Uma ferramenta, que foi criada na Constituição para garantir o livre desempenho da democracia pelos parlamentares, passou a ser desvirtuada e utilizada como meio de blindar a prática de crimes como injúria, calúnia e difamação.

Diante deste cenário caótico, precisou o Poder Judiciário se imiscuir na política e, em sede de julgamentos, estabelecer limites em que a imunidade parlamentar não alcança a pessoa física que exerce o cargo político. Tal comportamento restou controvertido, pois pôde ser interpretado como um ato inconstitucional (uma vez que não cabe ao Poder Judiciário legislar ou até mesmo afastar normas constitucionais) ou como um ato legítimo (que aparou arestas que não puderam ser previstas quando da redação da CRFB/88, mas que geravam conflitos com os direitos da personalidade).

O terceiro capítulo teve como norte os conflitos existentes entre a livre comunicação, e consequente livre informação, e os direitos da personalidade no ambiente virtual. Durante muito tempo, a internet foi considerada uma terra sem lei, de muito difícil, ou quase impossível responsabilização.

Diversas foram as tentativas do Congresso Nacional em regulamentar este ambiente, dentre as quais tem-se o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, por exemplo, mas é indiscutível que as normas não acompanham a velocidade de crescimento deste ambiente virtual e que o Poder Judiciário precisou, e precisa, se valer de ponderações quando instado a decidir entre a livre informação e os direitos da personalidade.

As reflexões apresentadas, que tiveram origem no desenvolvimento da pesquisa, ratificaram o conceito que abre espaço ao processo criativo, tanto no âmbito do direito material

quanto na fundamentação jurídica, sempre com o intuito de proteger a Constituição em sua essência.

O entendimento que restou evidenciado é que não existe uma fórmula absoluta para solucionar os conflitos entre os direitos protegidos pela Constituição. É necessária uma análise detalhada do caso concreto, bem como do direito em abstrato, para decidir qual a melhor hipótese de solução. E também restou comprovado que o direito ele acompanha a sociedade em seu dinamismo logo, o entendimento pacificado de hoje, poderá não mais o ser amanhã, mas deve sempre ser pautado no ordenamento jurídico, a fim de garantir a segurança jurídica, que também é um dos preceitos do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 283.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Conteúdos ilícitos na internet: uma resposta original da lei portuguesa*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BARBA, Mariana Della; WENTZEL, Marina. *Discurso de Bolsonaro deixa ativistas estarecidos” e leva a OAB a pedir a sua cassação*. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160415\\_bolsonaro\\_ongs\\_oab\\_mdb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160415_bolsonaro_ongs_oab_mdb)>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BARRETO, Felipe Corazza. *Grupos neonazistas brasileiros voltam a atacar na Internet*. Disponível em: <<https://www.safernet.org.br/site/noticias/grupos-neonazistas-brasileirosvoltam-atacar-internet>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, p. 1-36, jan./mar.2004.

\_\_\_\_\_. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.127.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.127.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 01 fev.2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 29 ago. 2021.



\_\_\_\_\_. *Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados*. 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticaedecoro/arquivos/Codigo%20de%20Etica%20da%20CD.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 05 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 01out.2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 02mar.2021.

\_\_\_\_\_. *Enunciados Aprovados na VI Jornada de Direito Civil*, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>. Acesso em: 01jul.2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 01fev.2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.984*, de 02 de junho de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112984.htm). Acesso em: 03jun.2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 01out.2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1.316.921*. Relatora: Ministra Nanci Andrighi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj> Acesso em: 01out.2020

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.082/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818343/desistencia-no-mandado-de-seguranca-ms-24082-df-stf>. Acesso em: 01fev.2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 28.213/DF*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399207/mandado-de-seguranca-ms-28213-df-stf>. Acesso em: 01fev.2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 3.932/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur355917/false>. Acesso em: 02mar.2021.





\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.010.606*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 17set.2021.

BRITO, Orlange Maria. *Imunidade parlamentar no Brasil antes e depois da Emenda Constitucional nº 35 de 2001*. Revista de Informação Legislativa, v. 44, n. 173, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141291/R173-16.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Revista do Direito Público, Porto Alegre, a. 4, n.15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. *O discurso do ódio na manifestação do pensamento religioso: limite do tolerável*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b8add2a5d98b1a6>>. Acesso em: 29 set. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Edicamp, 2002. P.22.

CASTRO. Matheus Felipe. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão*. Disponível:<<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>>. Acesso em 21.02.2020.

CONSULTOR JURÍDICO. *Jair Bolsonaro é condenado a pagar R\$ 150 mil por declarações homofóbicas*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-14/bolsonaro-condenado-pagar-150-mil-declaracoes-homofobicas>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CASTRO. Matheus Felipe. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão*. Disponível:<<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327>>. Acesso em 21.02.2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fonte, 2002. p. 131.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição Norte Americana de 1787*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 01out.2021.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direitos na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Pillares, 2005. p. 138

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



MACEDO, Maury R. de. *A Lei e o arbítrio à luz da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARTELLO, Alexandre; CALGARO, Fernanda. *Câmara aprova prosseguimento do processo de impeachment no Senado*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/camara-aprova-prosseguimento-do-processo-de-impeachment-no-senado.html>>. Acesso em: 12 fev.2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013. P.80/81.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 176.

PINHEIRO, Denise. *A Liberdade de Expressão e o Passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Tese (Doutorado em Direito). 287 p. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 137.

SANTOS, George Resende Rumiatto de Lima Santos. *Imunidade parlamentar material no Congresso tem limites no decoro*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/george-rumiatto-imunidade-parlamentar-limites-decoro>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. *O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p.95

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n.4, p. 53-105, out/dez, 2006.

SILVA JÚNIOR, Rogério Torres da. *Impessoalidade e crise institucional: uma relação invisível aos olhos de quem deveria ver*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/13/impessoalidade-e-crise-institucional-uma-relacao-invisivel-aos-olhos-de-quem-deveria-ver/>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

SECO, Raquel. *Circo e constrangimento na Câmara dos Deputados: Parlamentares votam o impeachment da presidenta entre cartazes, bandeiras e gritos*. El País, São Paulo, 19 abr. 2016. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/17/internacional/1460921625\\_869124.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/17/internacional/1460921625_869124.html)>. Acesso em: 06 jul. 2021.

## A EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA A CRIME DE RACISMO NA ADO Nº 26 E NO MI Nº 4.733 E A DIGNIDADE DA POPULAÇÃO LGBTQIA+

Carlos Patrick Macedo Pereira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Advogado.

**Resumo** – A sociedade evolui ao longo do tempo, bem como o Direito. Nesse contexto, a omissão ou mora do Poder Legislativo na edição de leis poderá inviabilizar o gozo de direitos fundamentais das minorias, sobretudo da população LGBTQIA+. Com isso, o presente artigo busca entender a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, com abordagem de posições favoráveis e contrárias à equiparação da homotransfobia a crime de racismo.

**Palavras-chave** - Direito Constitucional. Homotransfobia. Racismo. Princípio da Reserva Legal Penal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Mandado de Injunção nº 4.733.

**Sumário** – Introdução. 1. Os limites entre o ativismo judicial e a tutela da dignidade da pessoa humana da população LGBTQIA+ pelo Poder Judiciário. 2. A tese fixada na ADO nº 26 e no MI nº 4.733, o Princípio da Reserva Legal Penal e o Princípio da Separação dos Poderes. 3. A intervenção do Poder Judiciário e a garantia de uma proteção eficiente à população LGBTQIA+ na ADO nº 26 e no MI nº 4.733. Conclusão. Referências.

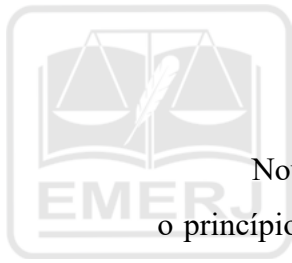
### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica busca abordar os aspectos jurídicos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4.733, apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Para responder ao tema central deste artigo, analisa-se objetivamente as diversas posições doutrinárias sobre o tema, bem como os fundamentos dos votos das referidas ações, tanto a tese fixada quanto os votos vencidos. Portanto, analisa-se o tema pela jurisprudência Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa aborda os anseios da comunidade LGBTQIA+ e a necessidade de amparo legal, cabendo este ser feito primordialmente pelo Poder Legislativo. Ressalta-se que a mora ou omissão deste Poder não deve violar os direitos fundamentais e, portanto, a judicialização das relações sociais merece ser apreciado pelo Poder Judiciário, a fim de que não haja a plena proteção da dignidade da pessoa humana, sobretudo das minorias.

O texto constitucional é o principal instrumento que viabiliza o gozo de direitos fundamentais. Logo, os princípios nele contidos norteiam todo o ordenamento jurídico.



Noutro giro, há de se observar o princípio da Separação dos Poderes, bem como o princípio da Reserva Legal Penal. Estes foram os principais argumentos contrários à equiparação da homotransfobia a crime de racismo.

Assim, o embate trazido na presente pesquisa tem por intuito precípua analisar a tese fixada na ADO nº 26 e no MI nº 4.733, bem como os fundamentos jurídicos favoráveis e contrários a esta.

Nesse diapasão, é evidente que o tema trabalho encontra relevante valor jurídico, uma vez que a questão foi decidida recentemente e, além disso, versa sobre a tutela da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

As questões específicas são abordadas ao longo do trabalho. No primeiro capítulo serão estudados os limites entre o ativismo judicial e a tutela da dignidade da pessoa humana da população LGBTQIA+ pelo Poder Judiciário, no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, em destaque a atuação do Supremo Tribunal Federal na tutela de direitos fundamentais e na judicialização das relações sociais.

Superada a questão sobre ativismo judicial e a tutela da dignidade da pessoa humana, o segundo capítulo tem como foco a análise da tese fixada na ADO nº 26 e no MI nº 4.733 e as controvérsias quanto à compatibilidade com o Princípio da Reserva Legal Penal e o da Separação dos Poderes. Nesse capítulo a questão central é a análise dos fundamentos usados pelos votos vencidos.

No terceiro capítulo será feita uma abordagem sobre a necessidade e a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário e seus fundamentos para garantir uma proteção eficiente à população LGBTQIA+ na ADO nº 26 e no MI nº 4.733. Aqui, o objetivo é destacar os argumentos favoráveis à equiparação da homotransfobia a crime de racismo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, tendo em vista que objeto da pesquisa pode ser compreendido de pontos de vista diferentes. Portanto, a abordagem do objeto trará conflito de ideias, uma vez que o pesquisador pretende mostrar uma visão ativa do objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.



## 1. OS LIMITES ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ PELO PODER JUDICIÁRIO

A sociedade e o Direito caminham lado a lado. Nesse sentido, busca-se no Direito a solução de problemas enfrentados pelos indivíduos e cabe ao ordenamento jurídico prever meios de pacificação social.

No Brasil, prevalece o Direito Positivo, ou seja, a lei como principal fonte do Direito. Nesta fonte, encontra-se, no topo do ordenamento jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Avançado para os tempos atuais, Constituição pode ser conceituada como lei fundamental de organização do Estado que determina a divisão dos poderes políticos, os direitos e garantias fundamentais e a ordem social e econômica”.<sup>1</sup>

A Constituição, portanto, aborda temas essenciais à organização do Estado, dos Poderes e consagra direito e garantias fundamentais.

No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico.<sup>2</sup>

Dentro do texto constitucional e dos temas essenciais da Constituição Federal, cumpre destacar os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Os direitos fundamentais são, antes de tudo, limitações impostas pela soberania popular aos poderes construídos do Estado Federal, sendo um desdobramento do estado democrático de direito (art. 1º, p.ú.).<sup>3</sup>

A evolução da sociedade, embora acarrete na evolução do Direito, se dá numa velocidade maior que deste. Cabe, portanto, ao Poder Legislativo legislar de forma satisfatória, a fim de amparar os indivíduos e evitar conflitos na sociedade.

Quando o Poder Legislativo, no tocante a sua função típica, omitir-se sobre determinado tema e o Poder Judiciário for devidamente provocado, este deverá solucionar os conflitos, por meio da tutela jurisdicional. Assim, tendo por base o princípio

<sup>1</sup>PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

<sup>2</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>3</sup>PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



inafastabilidade da jurisdição, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>4</sup>

O Poder Judiciário não pode abster-se de decidir, quando devidamente provocado, conforme preceitua o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>5</sup>

O papel político desempenhado pelo Poder Judiciário torna-se mais evidente, no contexto do neoconstitucionalismo.

Uma das novidades do Brasil dos últimos anos foi à virtuosa ascensão instituição do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Poder Legislativo e o Executivo<sup>6</sup>

O Poder Judiciário está, cada vez mais, ligado às questões políticas e sociais. “Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final”.<sup>7</sup>

No que diz respeito às questões políticas e sociais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção nº 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, enfrentou uma temática atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, em razão da ausência de previsão legal específica, como consequência da omissão do Poder Legislativo. Portanto, as referidas ações têm em comum a omissão ou morosidade quanto à função legislativa.

Trata-se, pois, de ação de controle de constitucionalidade.

“A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIO) tem por fim cientificar o poder competente da mora legislativa na regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada, inércia que impossibilita o exercício de direitos previstos na constituição”.<sup>8</sup>

<sup>4</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>5</sup>BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657 de 1942*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>6</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>7</sup>Ibidem.

<sup>8</sup>PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

O mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, Constituição Federal, é um remédio constitucional.

É uma ação judicial, de origem constitucional, de natureza civil, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa regulamentadora, pra que viabilize o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstas.<sup>9</sup>

No tocante à ADO nº 26 e ao MI nº 4.733, a Suprema Corte, a fim preservar direitos e liberdades fundamentais, sobretudo ao direito à igualdade sem discriminações, pautando-se na identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

O Supremo Tribunal Federal, precisou, por meio da tutela judicial, adotar medidas que suprissem a omissão do Poder Legislativo. Portanto, a fim de amparar a comunidade LGBTQIA+ e evitar que atos discriminatórios violassem direitos atrelados à orientação sexual ou identidade de gênero.

Nesse diapasão, a Suprema Corte estendeu a tipificação dos crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Nota-se, pois, que coube ao Poder Judiciário, consagrar os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal. “O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia constitucional contemporânea, pelo mundo afora”<sup>10</sup>

No tocante ao Mandado de Injunção nº 4.733 e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, percebe-se que foi levada ao Poder Judiciário, na figura do STF, uma temática que está em constante debate, que versa sobre uma minoria.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados.<sup>11</sup>

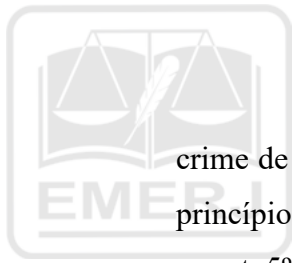
Ocorre, porém, que a proteção do direito fundamental de igualdade e de liberdade, a fim de evitar atos discriminatórios contra a orientação sexual ou identidade de gênero da comunidade LGBTQIA+, se deu pela equiparação da homofobia e da transfobia a

---

<sup>9</sup>Ibidem.

<sup>10</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>11</sup>Ibidem.



crime de racismo. Por não haver previsão legal nesse sentido, está em desacordo com o princípio da legalidade, cujo fundamento no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se no art. 5º, II, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal.

Assim, as decisões proferidas pela Suprema Corte, no julgamento do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, causaram uma discussão na doutrina. De um lado, a consagração de direitos fundamentais, por meio da equiparação da homotransfobia a crime de racismo, a fim de evitar condutas discriminatórias contra a orientação sexual ou identidade de gênero da comunidade LGBTQIA+; do outro lado, o princípio da reserva legal penal.

Nas referidas ações, o STF enfrentou uma temática diretamente relacionada à política e às relações sociais, embora o aspecto técnico-jurídico também tenha sido apreciado.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social e moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se com intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.<sup>12</sup>

Por sua vez, há críticas por parte da sociedade e da doutrina, pelo caráter ativista do Poder Judiciário. “No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF. Dentre elas: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...]”.<sup>13</sup>

Há de ressaltar, porém, que judicialização e ativismo não se confundem. “A judicialização, como demonstrada acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Nas questões aqui trazidas, em torno do MI nº 4.733 e da ADO nº 26, parte da doutrina entende que é judicialização. Outra parte da doutrina, todavia, entende tratar-se de ativismo judicial, tendo em vista que não caberia ao Poder Judiciário atuar e na função típica do Poder Legislativo.

Conforme será abordado no presente trabalho, a temática trazida ao Supremo Tribunal Federal, por meio das ações em referência, a equiparação da homofobia e da

<sup>12</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>13</sup>Ibidem.





transfobia a crime de racismo não deve ser vista como mera supressão do Judiciário pela omissão do Legislativo. Tampouco dizer que a decisão proferida pela Suprema Corte foi pautada, exclusivamente, no aspecto político e nas relações judiciais. O aspecto jurídico merece ser discutida de forma mais detalhada, abordando a tutela da dignidade da pessoa humana da comunidade LGBTQIA+ e o princípio da reserva legal penal.

## 2. A TESE FIXADA NA ADO 26 E NO MI 4.733, O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PENAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No tocante à tutela dos direitos de liberdade, sobretudo da população LGBTQIA+, após prévia provocação, coube ao Supremo Tribunal Federal analisar a referida temática. “Tanto a ADO 26 quanto o MI 4.733 visam, em síntese, o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia [...]”.<sup>14</sup>

Nota-se que o objeto central das demandas é o amparo da comunidade LGBTQIA+, por meio do enquadramento de atos discriminatórios em razão de orientação sexual ou por identidade de gênero no crime de racismo.

Embora a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em favor da equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, a votação por tal tese foi de oito ministros favoráveis contra três votos vencidos. Tal fato denota a controvérsia quanto ao tema. “Tem sido um senso comum à afirmação de que o STF teria ‘legislado’, realizado ‘analogia in malam partem’ ou então realizado interpretação ‘extensiva’ da lei penal no referido julgamento (ADO 26 e MI 4733)”.<sup>15</sup>

Cabe dizer que a tese supramencionada recebe críticas, em especial, com embasamento no princípio da separação dos poderes e no princípio da reserva legal penal. Os votos vencidos ajudam na identificação dessas críticas.

No que diz respeito à crítica em face do Supremo Tribunal Federal por possivelmente praticar a função típica do Poder Legislativo – legislar:

[...] é natural concluir que a atuação do Poder Judiciário em matérias de políticas públicas e controle sobre o mérito dos atos administrativos e parlamentares sempre foi vista com muita ressalva, inclusive para se evitar a

<sup>14</sup>VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessoto, 2020.

<sup>15</sup>Ibidem.

ocorrência de ingerências e atingimento ao sistema de freios e contrapesos.<sup>16</sup>

Além disso, há previsão no texto constitucional, bem como no Código Penal, no sentido de que é necessária a previsão expressa do tipo penal, a fim de descrever a conduta a ser criminalizada, e seu respectivo tratamento dentro do Direito Penal. Logo, a ausência de previsão expressa da conduta homotransfóbica como criminosa e a vedação de analogia in malam partem no Direito Penal são questões conflitantes suscitadas por quem critica a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar os três votos vencidos, ou seja, os que foram contrários à equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo, cabem destacar os fundamentos utilizados por cada um dos votos vencidos. Estes foram dos Ministros: Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli. Conforme o entendimento do Ministro Lewandowski, “[...] só lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo, pode efetivar a criminalização da homotransfobia, pelo princípio da reserva legal penal”.<sup>17</sup>

Conforme a exposição trazida pelo Ministro, a tese vencedora configura uma hipótese de violação de um princípio basilar do Direito Penal, que está diretamente atrelado à função típica do Poder Legislativo. Assim, depreende-se que a inércia deste implica, necessariamente, na ausência de previsão expressa de determinada conduta no âmbito penal.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio

entende que o art. 5º, XLI diz que ‘a lei’ punirá toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, donde longe de [pretender] dar prevalência à forma sobre o conteúdo, disse que um dever de coerência se imporia, na medida em que o STF se negou a tipificar crimes de responsabilidade de magistrados no julgamento do MI 624.<sup>18</sup>

Nota-se que o argumento defendido pelo Ministro é no sentido de que não se trata de mero descumprimento da formalidade – ausência de previsão legal –, mas, também, um dever de observância de questão envolvendo a atuação da jurisdição constitucional na criminalização de determinada conduta levada à análise do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro ressaltou que “[...] devem ser levadas em conta as questões históricas na compreensão do racismo, rejeitando o superado conceito biológico”.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>17</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessoto, 2020.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem.

Entretanto, destaca que

ante a ‘taxatividade dos conceitos’ (sic), entendeu que eles não podem ser exemplificativos, rechaçando o cunho ampliativo da lei penal por exegese interpretativa, ante os conceitos penais comportarem energética interpretação estrita, sob pena de usurpação de competência do Poder Legislativo, de sorte que não cabe transmutação de delitos por interpretação que tiraria a vinculação do Judiciário à lei, que ficaria dependente do subjetivismo dos juízes (sic).<sup>20</sup>

Assim, por mais que o racismo não esteja adstrito, necessariamente, ao conceito biológico e haja o reconhecimento da ideia de racismo social, não se pode ampliar o alcance que exceda à vontade do legislador. Isto porque ficaria intimamente ligada a escolha do magistrado no julgamento de um caso concreto e, por conseguinte, não estaria associada diretamente à lei.

Ainda de acordo com o entendimento do referido Ministro, “afirmou que esse espera essa sinalização do STF pela proteção de minorias e grupos vulneráveis mude a cultura social, embora preservada a separação dos poderes e reserva legal”.<sup>21</sup>

Denota-se que o Ministro compreende a necessidade de mudança, bem como os anseios da sociedade na proteção das minorias sexuais e de gênero, todavia, afasta a possibilidade de fazê-la por meio do julgamento da demanda em comento.

Assim, Marco Aurélio “julgou improcedentes as ações, por não entender a homotransfobia como espécie de racismo (art. 5º, XLII) e por entender que a expressão ‘a lei punirá’ não significa que a lei necessariamente criminalizará”.<sup>22</sup> Ou seja, a referida expressão depende da vontade do legislador – que poderá criminalizar a conduta ou não.

Em sentido semelhante, o Ministro Dias Toffoli:

com singela menção de acompanhar a divergência do Min. Lewandowski, proclamou o resultado do julgamento: por unanimidade, conheceu da ADO 26 para, por maioria, reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, vencido apenas o Min. Marco Aurélio (10x1) e, ainda, reconhecer que a homotransfobia se enquadra no conceito constitucional de racismo, em sua acepção social (racismo social), determinando a Lei Antirracismo (Lei 7.716/89) para punir as opressões homotransfóbicas até que o Congresso Nacional aprove lei específica sobre o tema, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli (8x3).<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessoto, 2020.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.



Por fim, importa ressaltar que, embora os votos dos Ministros supracitados tenham sido vencidos, esses ressaltaram pontos controversos sobre a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3. A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A GARANTIA DE UMA PROTEÇÃO EFICIENTE À POPULAÇÃO LGBTQIA+ NA ADO 26 E NO MI 4.733

A evolução da sociedade se dá numa velocidade maior que a da evolução da lei em sentido amplo. Assim, cabe ao Poder Legislativo buscar uma maior celeridade no exercício de sua função típica de legislar. Essa demanda se verifica no Mandado de Injunção nº 4.4733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

Nas referidas ações, busca-se, no Poder Judiciário, a proteção de minorias e grupos vulneráveis, sobretudo do reconhecimento do dever de proteção da comunidade LGBTQIA+. Além disso, elas buscam a reafirmação de uma jurisprudência antidiscriminatória no Supremo Tribunal Federal.

A atuação do Poder Judiciário sobre determinadas matérias reflete a mora ou omissão do Poder Legislativo sobre determinados temas, que, muitas vezes, acabam por ser judicializados.

“Destarte, ante o não exercício, ou a diminuição do exercício da função normativa pelo próprio Legislativo, nota-se um automático crescimento da atuação normativa por parte dos demais Poderes”.<sup>24</sup>

Quando o Poder Legislativo se mantém inerte em relação à proteção direitos fundamentais e a tutela deles é levada ao Poder Judiciário, há um dever de atuação deste Poder na concretização dos princípios e normas contidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

“Há a necessidade de aceleração do processo de promulgação legal. Há a necessidade de interpretação de fatos antes impensados de acordo com o Direito existente e em respeito à Constituição Federal”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>25</sup>Ibidem.



Atualmente, verifica-se, de maneira cada vez mais volumosa, a judicialização da política e de temas que denotam os anseios da sociedade ou de parte dela. Os constantes enfrentamentos de questões políticas e sociais no âmbito do Poder Judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal, demonstram a ascensão e autonomia desse Poder.

“Nos últimos anos uma série de medidas legais foram tomadas de modo a dar maior autonomia ao poder judiciário para enfrentar os novos problemas do Direito, os novos problemas da sociedade”.<sup>26</sup>

Importa salientar que o neoconstitucionalismo, cuja expansão se deu no contexto de pós-Segunda Guerra Mundial, aproximou a lei de valores éticos e morais, ou seja, não basta mera observância da lei, mas a observância do ordenamento jurídico como um todo, bem como o reconhecimento da força normativa da Constituição e seu compromisso com os direitos e garantias fundamentais.

“Com efeito, o direito constitucional brasileiro contemporâneo traz como uma das suas principais características a relevância atribuída ao Poder Judiciário”.<sup>27</sup>

Não se verifica, no julgamento do Mandado de Injunção nº 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, a busca por protagonismo ou mera intervenção Poder Legislativo, mas evitar que a inércia deste acarrete na violação de direitos fundamentais. Logo, pautado no neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário assume um compromisso de concretizar valores previstos no texto constitucional.

A tutela de direitos de grupos minoritários deve ser observada com mais cautela, em razão da posição de maior vulnerabilidade no contexto social. Além disso, é um dever do Estado assegurar a proteção desses grupos.

“É incontestável, portanto, que a criminalização da homotransfobia é demandada pela lógica do princípio da proporcionalidade na aceção de proteção insuficiente e os deveres de proibição, proteção e ação do Estado relativamente à população LGBTI”.<sup>28</sup>

No tocante ao Mandado de Injunção nº 4.733, importa destacar que seu enfoque está na proteção de direitos subjetivos que carecem de edição de lei para serem exercidos, bem como, diante da ausência norma que os regulamentem, torna-se inviável a prerrogativa inerente à cidadania das pessoas.

---

<sup>26</sup>AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>27</sup>BARCELOS, Guilherme. *Judicialização da política e ativismo judicial*. Florianópolis: Habitus, 2018.

<sup>28</sup>VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru-SP: Spessoto, 2020.



Cabe dizer que, no caso supracitado, a ausência de lei que regulamente a criminalização específica da homotransfobia inviabiliza o pleno gozo de direitos inerentes à cidadania sexual e de gênero da população LGBTQIA+. Isto porque, embora não dependam de regulamentação para o seu exercício, o respeito a este pode ser suprimido em razão de atos de caráter discriminatórios.

O Direito Penal Mínimo aborda um critério qualitativo, ou seja, o que pode ser crime. Quem sustenta a tese de que haveria violação desta teoria pauta-se no critério quantitativo, ou seja, proibitivo de novos crimes.

Por meio dessa teoria, a criminalização de determinado comportamento busca evitar ofensa a bem jurídico indispensável à vida em sociedade. Cabe dizer que aplicação do Direito Penal se dá pela ineficácia de outros ramos em tutelar determinado bem jurídico.

Em se tratando da criminalização da homofobia, a tolerância à identidade de gênero e à livre orientação sexual é o bem jurídico-penal tutelado.

E seja como for, o ponto é que a Doutrina do Direito Penal Mínimo legitima a criminalização da homotransfobia – e, para forte doutrina, torna a criminalização constitucionalmente obrigatória, consoante à tese dos mandados de criminalização implícitos.<sup>29</sup>

O mandado de criminalização relativo ao racismo e a repressão a todas as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais estão expressamente previstos na Constituição Federal. Logo, não seria correto sustentar que a tese de que não há mandado de criminalização tendo por base o argumento de que a Constituição Federal não teria elencado a LGBTfobia como bem jurídico penalmente tutelado.

No tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26, são dois os fundamentos usados, que estão previstos no art. 5º, XLI e XLII, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil. Enquanto o primeiro versa no sentido de que a lei punirá os atos discriminatórios que atentem contra direitos e liberdades fundamentais; o segundo, por sua vez, versa sobre racismo, cujo significado político-social defendido pelo Supremo Tribunal Federal torna possível o enquadramento da homotransfobia.

Na referida ação, defende-se que o termo racismo abrange a homofobia e a transfobia, na acepção político-social, e configura interpretação conforme. Dito isto, não há o que se falar em analogia in malam partem.

---

<sup>29</sup>VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru-SP: Spessoto, 2020.



“Portanto, cabíveis o mandado de injunção e (ainda mais) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em razão de tal circunstância – inconstitucionalidade por proteção insuficiente”.<sup>30</sup>

Ao equiparar a homofobia e a transfobia a crime de racismo, o Supremo Tribunal Federal, pautando-se no racismo em sua dimensão social e no reconhecimento de vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+, buscou possibilitar a este grupo a sua cidadania plena e o integral respeito à identidade de gênero e orientação sexual.

Ainda sobre o racismo, importa dizer que na própria Lei Antirracismo (7.716/89) o conceito não se limita ao aspecto biológico. Portanto, o racismo abrange diferentes formas de discriminação.

Cabe ressaltar que, embora o Poder Judiciário possa fixar um entendimento sobre determinada matéria que ainda não esteja regulamentada, nada impede que, posteriormente, o Poder Legislativo edite lei em sentido contrário ao que foi estabelecido judicialmente.

“Não é possível afirmar que quando o Judiciário se posiciona de determinada maneira no Brasil, o Poder Legislativo necessariamente prestará deferência, adotando as providências necessárias para regulamentar esse posicionamento”.<sup>31</sup>

Assim, até que sobrevenha lei, a decisão proferida pelo Poder Judiciário produz os seus efeitos e impede que a omissão legislativa acarrete numa proteção insuficiente, sobretudo de minorias. Percebe-se que essa postura antidiscriminatória, em especial do Supremo Tribunal Federal, almeja coibir a homofobia e a transfobia.

Assim sendo, as condutas homofóbicas e transfóbicas, ou seja, aquelas que denotam aversão odiosa à identidade de gênero ou à orientação sexual, se adequam tipicamente ao crime de racismo.

## CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa, pode-se verificar que a sociedade e o Direito evoluem ao longo do tempo. Dessa forma, cabe ao Estado, em especial pela função típica do Poder Legislativo, proteger direitos fundamentais com a edição de leis. Todavia, em alguns

---

<sup>30</sup>Ibidem.

<sup>31</sup>BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Direito Homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.



casos, a omissão ou mora desse Poder acarretar a falta de proteção e, por conseguinte, inviabilizar o gozo desses direitos.

No que diz respeito à proteção dos direitos de liberdade quanto à orientação sexual ou identidade de gênero, verifica-se que há o desamparo legal da população LGBTQIA+. Este ensejou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733.

Portanto, coube ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, apreciar as teses favoráveis e contrárias à criminalização da homotransfobia. Logo, percebe-se que a Suprema Corte, previamente provocada, manifestou-se pela equiparação da homofobia e da transfobia a crime de racismo.

Cabe destacar que a referida decisão pelo Supremo Tribunal Federal não foi unânime e os votos vencidos sustentaram as controvérsias quanto aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal penal. No entanto, os ministros, cujos votos foram vencidos, ressaltaram a necessidade proteger as minorias, sobretudo os da identidade de gênero e de orientação sexual da população LGBTQIA+.

Apesar das críticas supracitadas à equiparação da homotransfobia a crime de racismo, cabe analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com a necessária proteção eficiente da população LGBTQIA+ de atos discriminatórios. Assim, buscou-se, por meio da aplicação do critério político-social de racismo, evitar que a omissão ou mora do Poder Legislativo sobre a temática configurasse uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, importa dizer que o acolhimento da equiparação da homotransfobia a crime de racismo não se confunde com mero ativismo judicial, tampouco com a usurpação da função típica do Poder Legislativo, mas uma releitura do termo. Assim, reforça a necessidade de repressão aos atos discriminatórios à orientação sexual e identidade de gênero da população LGBTQIA+, bem como retira o seu fundamento de validade do próprio ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARCELOS, Guilherme. *Judicialização da política e ativismo judicial*. Florianópolis: Habitus, 2018.





BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n° 2.848 de 1940*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n° 4.657 de 1942*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n° 4.733*. Relator: Ministro LEWANDOWSKI Ricardo Lewandowski. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 02 set. 2021.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. *Direito Homoafetivo: criação e discussão nos poderes judiciário e legislativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito constitucional sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo*. Bauru: Spessotto, 2020.



## PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A EQUIDADE NAS LEGISLAÇÕES ESPECIAIS PARA AS MULHERES

Carolina Carraro Carcabrini

Graduada pela Universidade Anhanguera de Niterói. Advogada.

**Resumo** – a lei é uma construção baseada em fatos e valores sociais. A sociedade contemporânea se deu com base nesses fatos, que foram se erigindo em razão da propriedade privada, na qual o homem era o detentor do poder e a mulher era um objeto sob a custódia desse poder. Nesse sentido, as normas precisaram evoluir para maior proteção das mulheres e alcance da equidade fática. Mas nem sempre a aplicabilidade das normas protetivas e visão da sociedade acompanham a evolução legislativa. No presente trabalho, analisa-se como se deu o desenvolvimento da norma, quem aplica a lei e o porquê de o aplicador estar distanciado do sujeito que busca a tutela jurisdicional. Ainda, como ocorrem os ciclos da violência doméstica, defendendo a humanização do atendimento e apontando modelos de atuações, que instauradas, tendem a incentivar a busca por tutela e resguardar o interesse da mulher a luz do princípio constitucional da igualdade.

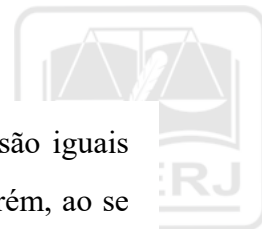
**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito da mulher. Princípios constitucionais.

**Sumário** – Introdução. 1. A construção da sociedade moderna através do patriarcado e sua influência nas questões de gênero e aplicabilidade da norma quanto fruto do fato social. 2. Efetividade da aplicação do princípio da isonomia na tutela das legislações sobre os interesses da mulher. 3. A interrupção de ciclos de violência através de mudanças na aplicabilidade das legislações que tutelam a proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a ausência da equidade nas legislações especiais que tutelam o interesse da mulher. A mulher por um longo tempo não foi considerada um sujeito de direitos. Portanto, faz-se necessário demonstrar que mesmo que haja uma gama de leis que buscam a equiparação dos direitos femininos e os masculinos, como meio de viabilizar uma reparação social e histórica, ainda existe a falta de equidade fática na hora de garantir tais direitos.

Tendo como base doutrina e jurisprudências relacionadas com o tema debatido, visa-se discutir acerca do assunto proposto se há a aplicação legislativa de maneira efetiva a fim de garantir que a finalidade social de leis de equiparação de gêneros, vem acontecendo na sociedade, a exemplo da Lei nº 11.340/06.



A Constituição Federal estabelece como preceito fundamental que todos são iguais perante a lei e destaca homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Porém, ao se analisar em contexto prático, não é o que se verifica na sociedade.

Por muitos anos a mulher não foi vista como cidadã para a coletividade. Tendo, por exemplo, seu direito a voto somente reconhecido em 1934. Até o ano de 1962 mulheres casadas não poderiam, legalmente, adquirir uma propriedade própria, dependendo da validação do marido.

O tema aqui debatido visa demonstrar que condicionar a existência feminina a validação masculina no passado, trazem reflexo no judiciário ainda hoje. Certo é que, o judiciário torna limitado o acesso da sociedade, não por falta de normas, mas por um distanciamento prático, o que gera precariedade para a sociedade.

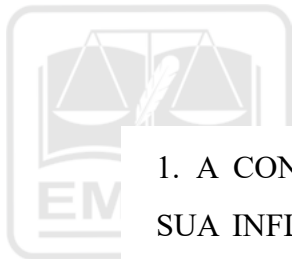
A princípio, no primeiro capítulo, o presente trabalho aborda que a norma é fruto do fato social, criada com base nos valores dominantes, que na primeira dimensão é sociológica, e na segunda, filosófica. Assim, questiona as influências das questões de gênero na aplicação das legislações especiais, principalmente a Lei Maria da Penha, e o quanto a atuação dos magistrados são influenciadas por tais questões de gênero.

Posteriormente, no segundo capítulo, trata da isonomia como um meio de garantia constitucional, e demonstra que atualmente este princípio é uma ficção no diz respeito as legislações que tutelam o interesse da mulher. Entretanto, deve ser uma meta a ser alcançada.

Por fim, traz ao debate a possibilidade de consolidar a mudança social pela da aplicabilidade das leis, mas através de uma mudança institucional, que objetiva o acesso da população mais vulnerável simplificando e aproximando do judiciário dessa parcela da sociedade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método bibliográfico, uma vez que a pesquisadora pretende se valer de uma seleção das leituras, e pelo método descritivo, porque através de observação descreve, analisa ou verifica as relações entre fatos e fenômenos jurídicos, com o intuito de ilustrar sua tese objetivamente.

Assim, como o viés dessa abordagem será jurídico-social é essencialmente qualitativa, porque a pesquisadora se vale de bibliografias e análise de dados, não possíveis de serem quantificados, concernentes ao tema em comento. Desta forma, vincula o sujeito, o ambiente e o estudo teórico.



## 1. A CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE MODERNA ATRAVÉS DO PATRIARCADO E SUA INFLUÊNCIA NAS QUESTÕES DE GÊNERO E APLICABILIDADE DA NORMA QUANTO FRUTO DO FATO SOCIAL

Primitivamente, há vestígios que as civilizações não baseavam as suas relações na monogamia. Mas sim, havia uma liberdade nas relações de ambos os sexos, o que constatou Lewis H. Morgan, no trabalho narrado Friedrich Engels<sup>1</sup>.

A constituição familiar era formada através de um lar comunitário com casas predominantemente gerenciadas por mulheres, possibilitando identificar apenas o vínculo materno, com a predominância de um clã feminino de grande força dentro das comunidades.

Como toda mudança evolutiva ocorre de maneira não linear mesmo nesse contexto primitivo de sociedade onde predominava a poligamia, havia uma organização familiar que possuía similaridade com a sociedade monogâmica.

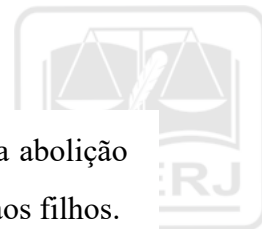
No entanto, seu núcleo era composto por matriarcas que possuíam um marido principal, normalizando a união por pares e vedando a união de parentes consanguíneos, denominada família sindiásmica. Havendo, ainda, a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal por ambas as partes, e com a dissolução, os filhos passariam a pertencer exclusivamente à mãe.

A evolução da mudança na organização econômica impulsionou a modificação definitiva da configuração familiar. As atividades praticadas pela sociedade da época, foram deixando de ser uma obrigação alavancada pelas necessidades humanas, e começaram a ser praticadas por gozo e ocasionaram a geração de riquezas, as quais passaram a ser convertidas em propriedade particular.

Com o aumento das riquezas, o direito materno tornou-se um obstáculo. Porque a descendência era contada apenas pela linha materna e como com a divisão do trabalho, o homem que antes provia a alimentação familiar, e era o proprietário dos instrumentos, tornou-se conseqüentemente dono dos gados e das fontes de alimentos, acumulando patrimônio.

---

<sup>1</sup>ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 3/10.



Com o patrimônio, o homem passou a ter destaque na sociedade, gerando a abolição da sucessão ao direito materno, passando a paterna. Transmitindo os bens dos pais, aos filhos.

As modificações nas estruturas familiares culminaram em dificuldade por parte dos homens em conseguir mulheres com quem formar família. Instaurando-se o de matrimônio por compra, por rapto e por arranjo

Assim, iniciou-se o exercício de domínio masculino na direção da casa, a mulher converteu-se em um instrumento de reprodução a serviço masculino e tornou-se sua propriedade. Podendo o homem, inclusive, para assegurar a fidelidade da mulher e a paternidade, matá-la como exercício de direito. Assim, com o início do sistema patriarcal, nasce a civilização, que gerou reflexo até os dias atuais.

O patriarcado foi conceituado como o mais antigo sistema de domínio do homem sobre a mulher. Entretanto, com os estudos sociais pode-se passar a entendê-lo, não apenas como um domínio que ocorre em relações pessoais, mas sim, um domínio que foi institucionalizado na sociedade, e através se sua cristalização, se tornou um fato social. Assim, conforme conceitua Émile Durkheim<sup>2</sup>, o fato social molda a maneira de agir das pessoas pela influência que passam a exercer sobre elas.

Sendo o direito um acontecimento social, histórico e cultural baseado nas relações sociais, pode-se analisar as normas jurídicas a luz a da Teoria Tridimensional, de Miguel Reale<sup>3</sup>, que aduz que o direito é baseado em três dimensões: fato, no valor e norma.

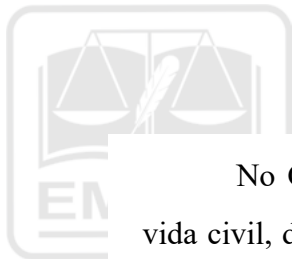
A luz dessa teoria, verifica-se que há uma interdependência entre a dimensão fática e a axiológica, culminando na dimensão normativa. Fato são as circunstâncias que norteiam a sociedade; valor, as acepções dadas pelas pessoas a esses fatos, de acordo com local, época, cultura e costumes; e as normas, são as medidas que integram fato e valor.

Isto posto, têm-se o patriarcado como um gerador de fatos sociais, instituidor de valores que culminaram em normas jurídicas, e ainda que tenha havido modificações legislativas, resta influência na interpretação que é dada a esta norma.

---

<sup>2</sup>RUZON, Marcio. *O machismo como fato social em Émile Durkheim*. 2019. Disponível em: <<https://apatria.org/cultura/o-machismo-como-fato-social-em-emile-durkheim/>> Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>3</sup>BALLAN JUNIOR, Octahydes. Teoria tridimensional do direito de Miguel Reale nas decisões dos Tribunais Superiores. *Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 2, n. 12, p. 262-280, jul. 2018. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produto\\_s/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Pensamento-Jur\\_v.12\\_n.2.11.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Pensamento-Jur_v.12_n.2.11.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2021.



No Código Civil de 1916 a mulher era relativamente incapaz para a exercer atos da vida civil, dependendo da autorização do marido, e mesmo com avanços<sup>4</sup>, a mulher só passou a ter consagrada a igualdade com a Constituição de 1988<sup>5</sup>.

Na esfera penal, o Código Penal de 1940<sup>6</sup>, trazia como uma hipótese de extinção da punibilidade do crime de estupro o casamento do autor do crime com a vítima, o consentimento da mulher vitimada não se fazia necessário. Protegia-se a moral e não a mulher, que era uma propriedade do pai ou do marido.

O entendimento institucionalizado por essas normas ainda gera reflexos na sociedade atual, mesmo que tenha havido mudanças legislativas. A ausência de direitos no passado, fez nascer a necessidade de atualmente existirem normas que tutelam a proteção da mulher.

No Direito Brasileiro, a Lei nº 11.340<sup>7</sup> promulgada no dia 07 de agosto de 2006, nominada de Lei Maria da Penha, é uma homenagem a uma brasileira que sofreu tentativas de assassinato de seu marido, que resultou em sua paraplegia. Essa lei tem o objetivo de coibir a violência no âmbito doméstico e familiar e só foi criada após pressão internacional promovida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como punição aplicada ao Brasil.

O movimento feminista no Brasil desde os anos 1970 e 1980, denunciava as violências cometidas contra as mulheres e a absolvição de homens que as haviam assassinado ou violentado.

Como por exemplo, o caso a socialite Ângela Diniz<sup>8</sup> assassinada no dia 30 de dezembro de 1976, por seu namorado, Doca Street. No primeiro julgamento deste crime a defesa alegava que Doca fora obrigado a matá-la, sob alegação de legítima defesa da honra – que nunca esteve tipificada no código penal – comumente aceita, já que o júri não precisa de conhecimento técnico para motivar sua vontade. Assim, o réu foi condenado a dois anos, com direito a suspensão condicional da pena.

---

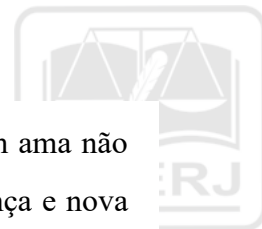
<sup>4</sup>Um exemplo dessas inovações que trouxeram direito às mulheres foi o nominado Estatuto da mulher casada, Lei nº 4.121 de 1962 que conferiu direitos às mulheres como o de receber herança, e exercer uma profissão adquirir uma propriedade própria, sem que seu marido tivesse que autorizar.

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>6</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>7</sup>BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>8</sup>CASTRO, Lana Weruska Silva. *O crime passionnal de Doca Street*. 2020. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/crime-passional-doca-street/>> Acesso em: 16 set. 2021.



O resultado do julgamento, gerou comoção, resultando na campanha “Quem ama não mata”, de combate à violência contra a mulher. O que levou a anulação da sentença e nova condenação, e abriu caminho para a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio<sup>9</sup>.

No dia 15 de março de 2021 o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF n° 779/DF<sup>10</sup> e reconheceu a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, fundamentando que a honra é um direito subjetivo que não se sobrepõe a vida, e que a tese fere o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Artigo 1ª, III da Constituição Federal, da proteção à vida e a da igualdade gênero e, preceitos fundamentais, previstos no Artigo 5º da CF.

No entanto, no ano de 2020, foi julgado uma tentativa de feminicídio ocorrida no ano de 2016, na qual Vagner Rosário Modesto<sup>11</sup> tentou matar a ex-esposa com três golpes de faca, e em seu depoimento, confessou a conduta. Alegou que praticou o crime após visualizar mensagens no celular da ex-companheira e atribuiu a sua ação a conduta por ela realizada.

No julgamento deste crime, no ano de 2017, quarenta e um anos após o caso Ângela Diniz, os jurados aceitaram a tese da legítima defesa da honra.

O caso é anterior ao julgamento do Informativo 1009 do STF, anteriormente citado, no entanto, o que traz a foco esse caso, é que no HC n° 178.777, julgado no dia 29 de setembro de 2020, poucos meses antes, a primeira turma, do próprio Supremo Tribunal Federal julgou o episódio em comento, em favor do acusado.

O ministro Marco Aurélio de Mello alegou em sua tese soberania dos veredictos, alegando que os jurados possuíam materialidade e autoria, e que se optaram pela absolvição, é deles o poder de decisão, tendo seu entendimento seguido pelos ministros Dias Toffoli e Rosa Weber.

Essa disparidade de decisões, em tão pouco espaço de tempo, sobre a mesma tese defensiva avançada a um crime de alta complexidade, caracteriza a ausência de linearidade de decisões demonstrando que, ainda hoje reflete a construção da mulher como propriedade do homem pelo patriarcado, torando o homem o sujeito passivo de suas ações e responsabilizando à vítima.

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei n° 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>10</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 779/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>11</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 178777/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754653282>> Acesso em: 16 set. 2021.



## 2. EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA TUTELA DAS LEGISLAÇÕES SOBRE OS INTERESSES DA MULHER

No Brasil a jurisdição, como preceitua Daniel Amorim Assumpção<sup>12</sup>, é atuação estatal que tem como escopo aplicar o direito ao caso concreto, que se concretiza através de um processo. Essa função do Estado se efetivará através dos juízes de direito, que possuem poder jurisdicional para prática de atos processuais.

Segundo a pesquisa sociodemográfica feita pelo CNJ<sup>13</sup> no ano de 2018, vê-se que os magistrados brasileiros, ainda são em sua maioria homens – 84% dos ministros, 77% dos desembargadores, 61% dos juízes titulares e 56% dos juízes substitutos.

Dentre esses, 86% são casados ou possuem união estável, 80% se declararam como brancos, 82% possuem religião – predominante o catolicismo com 57,5% - e a maioria nasceu entre as regiões sudeste e sul.

Segundo o IBGE<sup>14</sup> no Brasil, em 2019, 51,8% da população brasileira era composta de mulheres, de maioria autodeclarada parda e negra (56,2%) que até os vinte e cinco anos possuíam majoritariamente apenas a educação fundamental de maneira incompleta (32,2%)<sup>15</sup>.

Quando o princípio do juiz natural traz consigo a ideia de um juiz imparcial deve-se pensar no julgador como um sujeito sem interesse específico na demanda a ser julgada, sem vontade de que haja um certo resultado ou de alguma forma obter vantagem pessoal.

No entanto, ser imparcial é diferente de ser neutro, uma decisão judicial sempre será influenciada pelas vivências e convicções de quem as proferiu. Assim, quando se analisa o judiciário socioeducativa e economicamente, pode-se entender que quem diz o direito, está

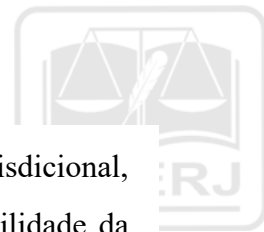
<sup>12</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 59.

<sup>13</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018*. 2019. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef\\_c948e694435a52768cbc00bda11979.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua*. 2019, p. 01/08. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; Agência Ibge Notícias. *PNAD Contínua 2018: educação avança no país, mas desigualdades raciais e por região persistem*. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24857-pnad-continua-2018-educacao-avanca-no-pais-mas-desigualdades-raciais-e-por-regiao-persistem>>. Acesso em: 12 out. 2021.





distanciado da realidade de quem normalmente precisa ser socorrido pela tutela jurisdicional, o que acarreta uma disjunção do princípio da isonomia no momento da aplicabilidade da norma.

O Artigo 5º, caput e I da Constituição de 88, consagra a igualdade formal entre homens e mulheres. Porém, ainda que haja uma gama de leis que tutelam os interesses das mulheres com o objetivo de consagrar a equidade no contexto social, e viabilizar uma reparação social e histórica, no campo prático, existe a falta de equidade fática no momento de garantir tais direitos.

Tomando por base a pandemia da COVID-19, ao analisar os dados trazidos através da pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)<sup>16</sup>, publicada em 2021, percebe-se a ausência da presença do Estado para coibir e enfrentar as violências cometidas em relações familiares.

Na pesquisa, que monitorou e avaliou casos de violência doméstica ocorridos no Brasil, nota-se que durante o tempo que houve monitoramento ocorreu queda nos registros policiais de lesão corporal dolosa, ameaça, estupro e estupro de vulnerável contra mulheres. Porém, surgiu o aumento de notificações de casos de feminicídio e homicídio de mulheres, o que sinaliza um agravamento das situações de violência.

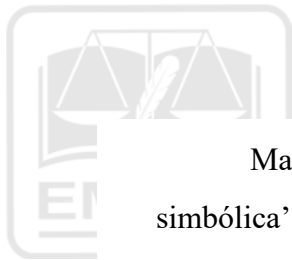
Ainda, diante de um recorte racial, os dados levantados pelo Atlas da Violência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>17</sup>, aponta que 4.519 (quatro mil quinhentas e dezenove) mulheres foram vítimas fatais de violência doméstica no ano de 2018, com um aumento de 12,4% dentre as mulheres negras e redução de 11,7% das não negras.

A nomenclatura do tipo penal feminicídio, incluído no Artigo 121 do Código Penal no ano de 2015, surgiu da necessidade de diferenciação do assassinato de mulheres cometidos em razão no gênero, crimes que ocorrem em razão do sentimento de propriedade que um homem tem sobre a mulher que convive com ele, não a vendo como um outro sujeito de direitos.

---

<sup>16</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (coord.). *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019, p. 7. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>17</sup> CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da violência 2020*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2020. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/200826\\_ri\\_atlas\\_da\\_violencia.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/200826_ri_atlas_da_violencia.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2021.



Marcelo Neves<sup>18</sup> introduziu através de seu trabalho a ideia de ‘constitucionalização simbólica’, trazendo a tese de que, ainda que os textos constitucionais tenham uma abordagem social e política há a divergência da concretização jurídica desses diplomas. Alegando que há no ordenamento jurídico a chamada legislação simbólica, que é entendida como o excesso de leis que servem para confirmar valores sociais, com o objetivo demonstrar capacidade de ação do estado e adiam a solução fática dos conflitos.

Neves sustenta que a confirmação de valores sociais é voltada para que o legislador consagre seus posicionamentos e obtenha uma vitória legislativa, o que torna secundária a eficácia da norma. Defende também que a demonstração capacidade de ação do estado é dada por uma espécie de legislação álibi, trazendo a ideia que existe a lei, e ainda que a norma não traga consequências efetivas, traz uma solução aparente, adiando a solução factual dos conflitos sociais para um momento futuro indeterminado.

Assim, é possível dizer que o feminicídio acontece antes do assassinato, através de um processo que poderia ser evitado. Mulheres submetidas a violências sistemáticas, que buscam a tutela jurisdicional, não veem a interrupção do ciclo, ao passo que o agressor se sente impune, e a violência passa a ser uma crescente.

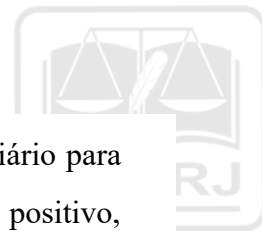
A médica Milena Gottardi foi baleada e morta, em setembro de 2017, na saída do hospital. Em abril do mesmo ano deixou uma carta registrada declarando que sofria agressões, e que saiu de casa mediante decisão judicial devido ao clima hostil, e que o marido, o policial civil Hilário Frasson, deixou claro que declararia guerra e a mataria com a separação.

Hilário foi condenado em primeira instância por ser o mandante do assassinato da ex-mulher, no dia 30 de agosto de 2021.

Tem-se no imaginário social expressões como briga de marido e mulher não se mete a colher, questionários sobre o que a mulher pode ter feito quando se tem notícia das agressões. Quando a mulher rompe com barreiras sociais e culturais, encara ainda a insuficiência dos serviços públicos de atendimento, segurança e justiça, e tem de lidar muitas vezes com um tratamento desumanizado de profissionais que atuam nesses serviços, sendo esses, mecanismos que perpetuam, a violência, chegando ao desfecho fatal, de mortes evitáveis.

---

<sup>18</sup> NEVES apud LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 109-110.



Entretanto, ainda que haja grandes falhas sistêmicas no tratamento do judiciário para com a violência de gênero, retomada a ideia de legislação simbólica no sentido positivo, entende-se que a normatização desses casos traz um efeito político de compreensão da existência de um problema estrutural, que pode ser caminho para viabilização dos meios de concretização da norma.

Um exemplo de meios concretizadores da norma são as medidas protetivas de urgência (MPU). Medida judicial que possui natureza de cautelar cível satisfativa<sup>19</sup>, prevista na Lei 11.340/2006, pode ser requerida no momento do boletim de ocorrência, pela mulher em situação de violência doméstica e familiar ainda na delegacia.

Dados de um estudo realizado pela Câmara Técnica de Monitoramento de Homicídios e Feminicídios da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal<sup>20</sup>, indica que 72,1% das vítimas assassinadas nunca realizaram uma denúncia contra seus maridos ou companheiros por qualquer tipo de violência, 79,4% das mulheres não se encontravam sob medida protetiva.

Evidenciando que ainda que os índices de violência contra a mulher sejam crescentes no país, não há a cultura (muitas vezes por medo ou vulnerabilidade das vítimas) de denúncia, e a maior parte dos casos de agressões não chegam a ser levados às autoridades policiais.

A isonomia constitucional deve ser uma meta para dar eficácia aos direitos constitucionalmente tutelados. Já que falta amplitude na busca pela proteção do estado, a aplicação da equidade fática no momento de garantir tais direitos têm que vir a ser eficaz.

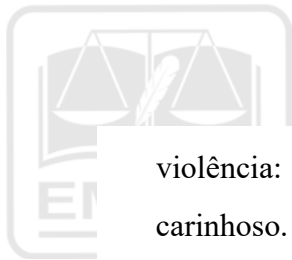
### 3. A INTERRUPTÃO DE CICLOS DE VIOLÊNCIA ATRAVÉS DE MUDANÇAS NA APLICABILIDADE DAS LEGISLAÇÕES QUE TUTELAM A PROTEÇÃO DAS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

A psicóloga estadunidense Leonore Walker descreveu o que nominou de ciclo da violência doméstica, que é a setorização em três fases, que se repetem em situações de

---

<sup>19</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.419.421/GO*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2014/2014-11-25\\_08-00\\_STJ-na-luta-para-eliminacao-da-violencia-contra-a-mulher.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2014/2014-11-25_08-00_STJ-na-luta-para-eliminacao-da-violencia-contra-a-mulher.aspx)>. Acesso em: 11 out. 2021.

<sup>20</sup>AGÊNCIA BRASÍLIA. *Pesquisa mostra que vítimas de feminicídio não haviam feito BO*. 2019. Disponível em: <<https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/03/25/pesquisa-mostra-que-vitimas-de-feminicidio-nao-haviam-feito-bo/>>. Acesso em: 12 out. 2021.



violência: o aumento da tensão, o ato de violência, arrependimento ou comportamento carinhoso.

Na primeira fase, o agressor se irrita por motivos banais, ou sem motivo, tende a ter acessos de raiva, pode vir a humilhar e ameaçar a vítima e degradar objetos. Os conflitos aumentam a tensão e a insegurança crescem junto com a sensação de alerta para que o agressor não se sinta provocado, a mulher é responsabilizada pela desarmonia da relação.

Na segunda fase, ocorre o irrompimento do agressor, materializando o ato de violência que pode ser verbal, físico, patrimonial, psicológico ou moral. Nesse momento a mulher pode apresentar sintomas de transtornos psicológicos pela tensão severa. Normalmente, é nessa fase, que a vítima pode vir a tomar decisões – denunciar, buscar ajuda, separação e até mesmo o suicídio. Geralmente, há um distanciamento do agressor.

Na terceira fase, também conhecida como ‘lua de mel’, se caracteriza pelo arrependimento do agressor, onde em regra a mulher acredita que haverá mudanças e retoma o relacionamento, muitas vezes por causa da pressão social e familiar. Há o sentimento de remorso na vítima, que passa a sentir responsabilidade pelo agressor, surgindo uma dependência entre os dois.

O ciclo da violência doméstica tende a se repetir, passando a acontecer em intervalos cada vez menores e em situações que vão se agravando. A violência se torna mais intensa, a vítima passa a perder a confiança na promessa de mudança, e é nesse momento em que a violência cotidiana pode gerar uma vítima de feminicídio.

Em um contexto social em que se denuncia pouco, quando existe denúncia ainda há um número consideravelmente alto de desistência da vítima em prosseguir com o processo. Normalmente por medo de retaliação social, compaixão ou fator moral faz com que a vítima seja culpabilizada, ou se sinta culpada pela violência.

Além de toda a cultura social dominante, a sensação de impunidade que o agressor sente por não ser coibido a interromper o ciclo da violência doméstica leva ao feminicídio. Hoje o que se vê é uma enorme quantidade de denúncias realizadas em que não há punição, ou há uma punição mínima aos agressores.

Inclusive, pela reiterada sensação de impunidade sentida pelo agressor que gera descumprimento de medidas judiciais, fez-se necessária a novação legislativa que criou a



através da Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018<sup>21</sup>, a tipificação da conduta de descumprimento de medida protetiva de urgência, incluindo na Lei Maria da Penha<sup>22</sup> o artigo 24-A.

Uma reportagem realizada pelo Jornal Folha de São Paulo<sup>23</sup>, em 2019, traz dados de pesquisa realizada pelo Datafolha a pedido do FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública) indicando que 52% das mulheres sofreram alguma agressão no ano de 2018 sem denunciar formalmente e que 30% dessas mulheres no momento de busca de ajuda, preferem recorrer a família, parentes ou amigos próximos ou acolhimento religioso.

Na referida reportagem ao entrevistar uma vítima de violência doméstica esta declarou que não fazia a denúncia porque o agressor era genitor de seu filho, e que caso ele fosse preso ela seria a culpada, e alegou ter medo do julgamento de terceiros.

No entanto, ao final do ano de 2018, após sofrer uma perseguição e o agressor tentar agarrá-la, buscou a tutela jurisdicional. Contudo, alega que passou a noite na delegacia, tendo que repetir a história para os policiais, e que esses policiais não queriam realizar o registro de ocorrência, e ao fim, só o realizaram por ser plantão de uma delegada.

No final do ano de 2020 um caso que ganhou notoriedade nas redes sociais foi o da influenciadora Pétala Barreiros<sup>24</sup> que alegou que vinha sendo ameaçada após expor, em suas redes sociais, violências sofridas durante seu relacionamento com o empresário Marcos Araújo. Afirmando Pétala que quando procurou a delegacia não foi ouvida, e que após esse episódio entende por que as mulheres não denunciam e não procuram ajuda, já que no momento que acreditou que seria ajudada, não encontrou acolhimento na sede policial.

A influenciadora ainda pediu ao final de seu relato para que a delegacia da mulher seja representada por mulheres e não por homens, narrando que posteriormente, de dirigiu a outra delegacia e encontrou uma delegada que fez o seu atendimento de forma mais afável.

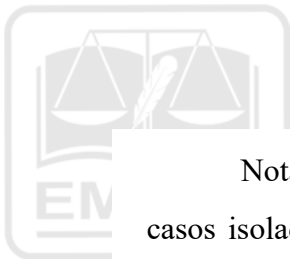
---

<sup>21</sup>BRASIL. *Lei nº 13.641*, de 13 de abril de 2018. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113641.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>22</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>23</sup>ZAREMBA, Júlia. *Maioria das mulheres não denuncia agressor à polícia ou à família, indica pesquisa*. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/maioria-das-mulheres-nao-denuncia-agressor-a-policia-ou-a-familia-indica-pesquisa.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>24</sup>OLIVEIRA, Fábila. *'Hoje eu entendo por que as mulheres não denunciam', diz Pétala Barreiros após ser mal recebida em delegacia*. Disponível em <<https://odia.ig.com.br/colunas/fabia-oliveira/2020/12/6056044----hoje-eu-entendo-por-que-as-mulheres-nao-denunciam----diz-petala-barreiros-apos-ser-mal-recebida-em-delegacia.html>>. Acesso em: 02 set. 2021.



Notadamente, nesses dois casos que foram trazidos para exemplificação, mas não são casos isolados. Duas mulheres, em situações distintas, distanciadas socialmente, mas que só encontram tutela jurisdicional porque uma outra mulher em lugar de poder impeliu a engrenagem judicial a funcionar em favor dessas mulheres.

O mutirão de violência doméstica realizado no Fórum de Regional de Leopoldina no TJRJ<sup>25</sup>, idealizado por um grupo de doze juízas, demonstra que esse olhar entre iguais, traz efetividade na aplicação legislativa.

Quando uma mulher está inserida numa sociedade em que a violência de gênero é uma patologia socialmente imposta, e esta mulher vem de uma situação em que sistematicamente sofreu algum grau de violência e encontra um atendimento que a coloca em dúvida ou invalida suas alegações têm-se a caracterização de uma grande falha sistêmica e o aumento de sua vulnerabilidade que cria o abismo entre a vítima e a busca pela tutela do Estado.

Segundo dados levantados pela Revista Piauí<sup>26</sup>, a delegacia é um ambiente majoritariamente masculino, trazendo o levantamento do IBGE de 2019 apontando que o efetivo da Polícia Civil era composto por 72% de homens.

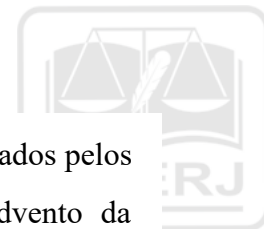
É perceptível pelos dados trazidos no presente trabalho que como grande número de homens presentes e atuando no sistema judiciário, a mulher vítima de violência doméstica dependerá ao buscar a tutela judicial, dependerá em algum momento da assistência masculina para ter seus direitos tutelados, sendo dever de todos, buscar a manutenção da integridade moral e física desta mulher.

É dedutível que um atendimento realizado por mulheres traz mais conforto à vítima que já sofre violência por parte do gênero oposto. No entanto, diante dos dados, vê-se que a realidade de um atendimento integral só de mulheres é muito distanciada da realidade, e evidentemente é inviável a implementação de um atendimento exclusivo por mulheres voltado para mulheres, como política emergencial.

---

<sup>25</sup>BRASIL. Assessoria de Imprensa Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Combate à violência doméstica ganha reforço a partir de hoje com mutirão para agilizar processos*. 2021. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/14370725>>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>26</sup>AMOROZO, Marcos; MAZZA, Luigi; BUONO, Renata. *Polícia Civil tem mais que o dobro de mulheres que a PM, proporcionalmente*. 2020. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/policia-civil-tem-mais-que-o-dobro-de-mulheres-que-pm-proporcionalmente/>>. Acesso em: 12 out. 2021.



No Brasil, os problemas sociais e suas discussões passaram a ser atravessados pelos princípios da transversalidade<sup>27</sup> e o princípio da intersetorialidade<sup>28</sup> com o advento da CRFB/88<sup>29</sup> - denominada como constituição cidadã

A luz desses princípios sociais, têm-se o princípio da eficiência<sup>30</sup>, um dos pilares para prestação de serviço público adequado, a ser observado no momento de implementação de políticas públicas, e bom desempenho possível do agente público.

Assim, faz-se necessária a implementação de canais diretos de fiscalização sobre esse atendimento, e políticas de educação interna que mudem a abordagem masculina e os dispam de estereótipos de gênero quando inevitável que realizem a tratativa de relatos de violência.

A Portaria nº 70/2020<sup>31</sup>, criada após a confirmação do aumento dos índices de feminicídio e violência doméstica, iniciou a criação da campanha Sinal Vermelho<sup>32</sup>, elaborada após estudos e situações emergenciais pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em conjunto com Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), é uma forma eficiente de demonstrar através do interesse e olhar social é possível criar políticas públicas que gerem a integração do Judiciário com a sociedade como forma de tornar efetivo o combate à violência de gênero.

## CONCLUSÃO

Como demonstrado, o artigo explicitou a evolução da sociedade no tocante ao direito da mulher - principalmente no âmbito da violência doméstica e familiar - e quais são as ações que poderiam traz efetivo desenvolvimento na satisfação da proteção nas demandas a esse

---

<sup>27</sup>Transversalidade - meio de atuação estendido, que visa construir políticas públicas integradas através de articulação de ações. MACIEL, Heloisa Helena Mesquita. Transversalidade e intersetorialidade das políticas públicas: desafios da gestão social. *I Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Públicas – I ENEPCP*, 1., 2015, Brasília. Brasília: UNB; ANEPCP, 2015. p. 1-13. Disponível em: [https://www.anepcp.org.br/anaisenepcp/20161128180325\\_st\\_06\\_heloisa\\_helena\\_mesquita\\_maciel.pdf](https://www.anepcp.org.br/anaisenepcp/20161128180325_st_06_heloisa_helena_mesquita_maciel.pdf). Acesso em: 12 out. 2021.

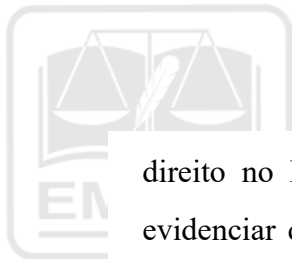
<sup>28</sup>Interseitorialidade - junção ciências e vivências que viabilizem planejar a realização políticas públicas para alcançar resultados integradores para situações adversas. *Ibidem*, p. 1-13.

<sup>29</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>30</sup>CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 64.

<sup>31</sup>BRASIL. *Portaria do Conselho Nacional de Justiça nº 70*, de 22 de abril de 2020. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3294>>. Acesso em: 02 set. 2021.

<sup>32</sup> Em farmácias mulheres em situação de violência, com um “X” vermelho na palma da mão, sinalizam que estão em situação de violência, e os atendentes, previamente orientados, buscam ajuda jurídica. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sinal Vermelho: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnjlanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>>. Acesso em: 02 set. 2021.



direito no Brasil. Procurou-se, através das demonstrações de casos e evoluções históricas evidenciar que a tratativa quanto aos casos de violência familiar e feminicídio ainda não são uniformes e a segurança jurídica ainda não é perceptível.

Sobreveio, no decorrer do trabalho através de casos, que a violência contra mulher se perfaz pela sociedade. Outrora, mais comum, socialmente mais aceita, menos debatida e tutelada pelo direito. Atualmente, sem tutela jurisdicional, mas de uma forma que é notável a sua aceitação social e relativização em algumas esferas do setor judiciário.

Desta forma, a distorção da tutela dos direitos e proteção da mulher presente na sociedade é um vício que a nível público deveria trazer preocupação legítima, já que em menor ou em maior proporção sempre atingiu a coletividade, e individualmente, vitimizou cerca de uma em cada quatro mulheres.

O que delimitou a relevância do presente artigo foi exatamente a demonstração do afastamento social do judiciário e não a ausência legislativa. Viu-se a ocorrência ampla da ficção jurídica quanto se trata da proteção contra a violência e o feminicídio, e que a sensação de segurança e acolhimento do momento necessário ainda é uma utopia distante de ser alçada, já que as vítimas e quem as deveria as proteger encontram-se em situações diametralmente opostas.

Fez-se necessária apontar de maneira crítica os problemas de tratamento humano. Já que de alguma maneira o meio jurídico pode ser visto pela parcela da população mais carente como distante e até em certo ponto despótico. Porque habitualmente constatou-se aparente presunção da tratativa na esfera forense, que por algumas vezes tende a incutir certa arrogância quando quem busca auxílio é notoriamente inculto e juridicamente leigo.

No estudo apresentado não há uma finalização fática possível, no entanto, foi trazido ao debate a possibilidade de fomento de políticas públicas e mudanças estruturais para que os questionamentos, apontamentos e dificuldades aqui trabalhadas não fiquem apenas no plano teórico, para que, ainda que lentamente, comece a promover a vontade de mudança social.



## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASÍLIA. *Pesquisa mostra que vítimas de feminicídio não haviam feito BO*. 2019. Disponível em: <<https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/03/25/pesquisa-mostra-que-vitimas-de-femicidio-io-nao-haviam-feito-bo/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

AMOROZO, Marcos; MAZZA, Luigi; BUONO, Renata. *Polícia Civil tem mais que o dobro de mulheres que a PM, proporcionalmente*. 2020. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/policia-civil-tem-mais-que-o-dobro-de-mulheres-que-pm-proporcionalmente/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. Teoria tridimensional do direito de Miguel Reale nas decisões dos Tribunais Superiores. *Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 2, n. 12, p. 262-280, jul. 2018. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Pensamento-Jur\\_v.12\\_n.2.11.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Pensamento-Jur_v.12_n.2.11.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13104.htm)>. Acesso em: 16 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.641*, de 13 de abril de 2018. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/13641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13641.htm)>. Acesso em 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/14121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm)>. Acesso em: 12 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Portaria do Conselho Nacional de Justiça nº 70*, de 22 de abril de 2020. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3294>>. Acesso em: 02 de set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 779/DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>>. Acesso em: 16 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.419.421/GO*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2014/2014-11-25\\_08-00\\_STJ-na-luta-para-eliminacao-da-violencia-contr-a-mulher.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2014/2014-11-25_08-00_STJ-na-luta-para-eliminacao-da-violencia-contr-a-mulher.aspx)>. Acesso em: 11 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Assessoria de Imprensa Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Combate à violência doméstica ganha reforço a partir de hoje com mutirão para agilizar processos*. 2021. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/14370725>>. Acesso em: 12 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018*. 2019. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef\\_c948e694435a52768cbc00bda11979.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Sinal Vermelho: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>>. Acesso em: 02 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua*. 2019. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; Agência Ibge Notícias. *PNAD Contínua 2018: educação avança no país, mas desigualdades raciais e por região persistem*. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24857-pnad-continua-2018-educacao-avanca-no-pais-mas-desigualdades-raciais-e-por-regiao-persistem>>. Acesso em: 12 out. 2021.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (coord.). *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Públicas, 2019. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2021.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CASTRO, Lana Weruska Silva. *O crime passionnal de Doca Street*. 2020. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/crime-passional-doca-street/>> Acesso em: 16 set. 2021.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da violência 2020*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2020. Disponível em:



<[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/200826\\_ri\\_atlas\\_da\\_violencia.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/200826_ri_atlas_da_violencia.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2021.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2019.

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

MACIEL, Heloisa Helena Mesquita. *Transversalidade e intersectorialidade das políticas públicas: desafios da gestão social*. I Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Públicas – I ENEPCP, 1., 2015, Brasília. Brasília: UNB; ANEPCP, 2015. p. 1-13. Disponível em: [https://www.anepcp.org.br/anaisenepcp/20161128180325\\_st\\_06\\_heloisa\\_helena\\_mesquita\\_maciel.pdf](https://www.anepcp.org.br/anaisenepcp/20161128180325_st_06_heloisa_helena_mesquita_maciel.pdf). Acesso em: 12 out. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. Salvador: JusPodivm, 2018.

RUZON, Marcio. *O machismo como fato social em Émile Durkheim*. 2019. Disponível em: <<https://apatria.org/cultura/o-machismo-como-fato-social-em-emile-durkheim/>> Acesso em: 16 set. 2021.

ZAREMBA, Júlia. *Maioria das mulheres não denuncia agressor à polícia ou à família, indica pesquisa*. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/maioria-das-mulheres-nao-denuncia-agressor-a-policia-ou-a-familia-indica-pesquisa.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2021.



## O PROCESSO CIVIL ESTRUTURAL É UMA ALTERNATIVA EFICIENTE PARA A REORGANIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DESESTRUTURADAS?

Carolina Lemme Martorelli Ennes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo** – o crescente número de ações individuais envolvendo litígios complexos na busca da efetivação de políticas públicas deficientes, vem causando a debilidade e desestruturação de instituições. Nessa lógica, despontou o chamado processo civil estrutural, com o intuito de desafogar o Poder Judiciário, reestruturar entidades e conceber adequadamente direitos fundamentais. No presente artigo científico, busca-se analisar as vantagens de se optar pelo processo civil estrutural em detrimento ao tradicional. Para tanto, defende-se a ideia de que o processo estrutural não pode ser visto e utilizado como forma de ativismo judicial, bem como sustenta-se o emprego de decisões judiciais estruturais como forma inaugural de se alcançar resultados.

**Palavras-chave** – Direito Processual Civil. Processo Estrutural. Ativismo Judicial. Acordo estrutural. Decisão judicial estrutural.

**Sumário** – Introdução. 1. O processo estrutural e o processo civil tradicional: reflexos em questão de ordem pública e a possibilidade de substituição. 2. As influências da decisão estrutural nas instituições públicas e a eventual caracterização de um ativismo judicial. 3. Análise da comparação entre um acordo estrutural e uma decisão judicial estrutural à luz da segurança jurídica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a temática do processo civil estrutural como uma alternativa ao processo civil clássico, ou seja, como uma possibilidade de que o processo seja utilizado para viabilizar grandes alterações de estruturas sociais, públicas, e garantir direitos fundamentais, sem que seja considerado um ativismo judicial na sua concepção negativa para a sociedade.

O processo civil estrutural surgiu nos Estados Unidos, durante o século XX, quando a Suprema Corte passou a considerar inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas, criando, para a implementação da dessegregação, um plano para resolver estruturalmente o problema existente.

Assim sendo, o processo estrutural surge como uma alternativa de reorganização de estruturas, sejam elas públicas ou privadas, que causam a violação a direitos e, consequentemente, litígios considerados estruturais.

De forma a elucidar o tema, apresenta-se a prestabilidade de um litígio estrutural ser resolvido na seara de um processo estrutural, causando impactos em políticas públicas, a ponto



de ser deixada de lado a percepção individualista do processo civil e abrindo espaço para os grupos e para a coletividade.

É possível perceber que demandas complexas submetidas ao Poder Judiciário sob a ótica bipolar do processo, gera limitações de ordem processual, fazendo com que a medida, muitas vezes, seja ineficiente.

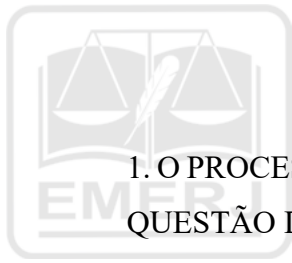
Para tanto, o primeiro capítulo tratará sobre a possibilidade de o processo estrutural se mostrar mais conveniente do que o processo civil clássico quando se trata de questões complexas envolvendo políticas públicas e problemas estruturais de uma instituição que está ligada à coletividade.

Avança-se com a pesquisa no segundo capítulo para tratar de como o processo estrutural impacta na organização de uma entidade considerada desestruturada e no oferecimento de políticas públicas de forma mais satisfatória, sob o ponto de vista processual, ainda que tais mudanças partam do Poder Judiciário, e não do Poder Executivo, considerado esse o responsável primário pela administração dos interesses do povo.

Por fim, o terceiro capítulo busca analisar qual o melhor método para a reestruturação de instituições: se por meio de acordo estrutural entre os representantes dos interesses públicos e o responsável pela entidade que deverá ser reorganizada, ou se por meio de uma decisão judicial estrutural, com base na segurança jurídica.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, explicativo e bibliográfico, uma vez que o pesquisador pretende compreender certos fenômenos comportamentais por meio da coleta de dados narrativos, com a intenção de apurar as causas e consequências dos fenômenos investigados e encontrar as respostas para as questões ou hipóteses formuladas, de forma argumentativa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica se vale, necessariamente, da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e listada na fase explicativa da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a tese.



## 1. O PROCESSO ESTRUTURAL E O PROCESSO CIVIL TRADICIONAL: REFLEXOS EM QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

As primeiras percepções de processo civil estrutural surgiram nos Estados Unidos, durante o século XX, após um episódio de ativismo judicial no qual, de maneira sucinta e geral, a Suprema Corte se posicionou no sentido de que a segregação racial no país era ilegal<sup>1</sup>.

Dessa forma, nasce a noção de que o processo civil estrutural, também chamado de processo coletivo estrutural, é marcado pela pretensão de reorganização do estado de desconformidade de uma estrutura para aquilo que se entende como estado ideal das coisas. Isto é, o processo estrutural, nas palavras de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>2</sup>, constitui-se na discussão de um problema estrutural marcado pelo estado de coisas, ilícitas ou não, mas, necessariamente, em desconformidade com a estrutura de determinada organização, podendo ser pública ou privada.

Já o processo civil, na sua visão clássica, diferencia-se do estrutural por estar caracterizado pela bipolaridade, pela qual há conflito de interesses entre duas partes marcadas no processo (autor e réu), ainda que essas partes sejam provenientes dos chamados direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

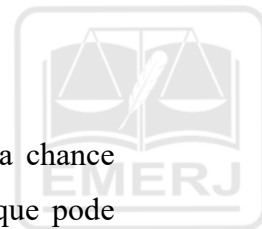
Além disso, o processo é identificado pelo caráter individualista e retrospectivo, na medida em que busca reparar acontecimentos pretéritos de conflitos particulares, pautado em decisões condicionadas aos limites do pedido formulado<sup>3</sup>.

Deve-se ressaltar que, em muitas situações, a visão bipolar e linear do processo, em que a sentença condenatória, ao final, é capaz de atingir o objetivo das partes - muitas vezes de natureza patrimonial -, mostra-se satisfatória e eficiente. Em um devido processo legal, as soluções dadas aos litígios ocorrem de forma, em princípio, mais célere e seguras, impactando apenas as partes envolvidas.

<sup>1</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Covid/19, processo estrutural e ativismo judicial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324478/covid-19--processo-estrutural-e-ativismo-judicial>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

<sup>2</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; ZANETI JR., Hermes. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2021.

<sup>3</sup> LEMOS, Vinicius Silva; LEMOS Walter Gustavo da Silva; SANTOS, Karen Borges. *O processo estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de resignificação do processo civil*. Disponível em: <<https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.



Ademais, as demandas individuais de caráter coletivo guardam para si uma chance maior de obterem resultado positivo, visto que o impacto financeiro é menor, o que pode ocasionar deduções precipitadas e simplificadas acerca da eficiência de suas conclusões.

Deve-se observar, portanto, que, em questões complexas e com significativo grau de conflituosidade<sup>4</sup> entre os grupos envolvidos, a aplicação clássica do processo se mostra precária e infrutífera se analisada mais a fundo, como será demonstrado a seguir.

Um dos exemplos clássicos que ilustra uma questão que, aparentemente, enquadra-se na lógica linear do processo e ganha um desfecho quase sempre satisfatório, é a demanda de um particular em face da União com a pretensão de receber algum tipo de tratamento médico que lhe foi negado. Nesse contexto, é plenamente possível que o resultado se dê em favor do autor da ação, em razão do direito à saúde garantido ao cidadão pela Constituição da República e o dever do Estado ao seu oferecimento.

Quando a falta de prestação de um direito, pelo Estado, advém de uma falha pontual, mesmo com o oferecimento de políticas públicas, a lógica clássica do processo em que, de um lado, figura o cidadão e, do outro, o Estado, faz-se razoável, levando em consideração que o resultado ali ofertado importa precipuamente aos litigantes.

Contudo, o momento chave nasce quando esses comportamentos não são pontuais, acarretando os chamados problemas estruturais. Na medida em que há um estado maior de desconformidade entre o que deveria ser prestado de forma regular e as falhas recorrentes da disponibilização dos serviços, surge a necessidade de reestruturação de determinada instituição.

Na visão de Edilson Vitorelli<sup>5</sup>, “a complexidade do problema e o modo como suas frações interagem é que exigem que a dinâmica social em que ele ocorre seja alterada. Se não for, o problema não será resolvido, ou será apenas aparentemente resolvido, sem resultados concretos [...]”.

Levando a questão para a lógica do processo estrutural, para que a entidade seja reorganizada é preciso elaborar etapas do desenvolvimento de um projeto, a fim de que, adiante, a solução da causa do problema seja alcançada. Tais etapas se encadeiam, basicamente, na seguinte ordem<sup>6</sup>: primeiro, identifica-se o problema estrutural pelo qual passa a instituição; após, elabora-se um plano de reestruturação seguido de sua implementação; posteriormente, e ao longo do avanço das medidas contidas no plano, mostra-se necessário uma avaliação de suas

---

<sup>4</sup> Entendida esta como a representatividade dos diferentes interesses e, conseqüentemente, do conflito que possa surgir, entre os grupos envolvidos pela questão posta em discussão e análise. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 30.

<sup>5</sup> Ibid., p. 61.

<sup>6</sup> Ibid., p. 64-65.



repercussões de forma a garantir o que se espera socialmente; por fim, caso imprescindível, deve-se elaborar a revisão do plano para abordar perspectivas preliminarmente não percebidas e, em seguida, a sua execução.

Diante de tal cenário, considere-se o número de etapas pelas quais o litígio estrutural deve passar e o tempo de aplicação de cada uma dessas etapas, bem como o fato de ser recomendável que o processo se dê de forma negociada, com a participação de diversos atores, uma vez que a sociedade formada, simbolicamente, por subgrupos, não é atingida da mesma forma e com a mesma intensidade pelos efeitos do plano a ser implementado.

Pondere-se, ainda: a dificuldade de o juiz ouvir, mesmo que em número reduzido, os grupos afetados; a possibilidade de que os membros – ainda que do mesmo subgrupo impactado – não concordem entre si sobre as medidas adotadas e as consequências lógicas delas advindas para a solução do problema; o longo período de execução da decisão estrutural somado às mudanças naturais dos fatos que a compõem; a imposição, de um lado, de medidas que demandam alteração em toda a dinâmica do sistema de uma instituição e, do outro, o empenho dessa instituição em seguir as diligências adotadas na definição do projeto de remodelação.

De forma breve, é de se deduzir, assim, que processos estruturais são longos, difíceis, custosos, causadores de grandes mudanças em estruturas desorganizadas, em todos os seus seguimentos, e impactante na vida de toda uma coletividade afetada, causando extensos efeitos colaterais indesejados.

Destarte, é plausível que, diante todo este cenário, parta-se do princípio de que a escolha da via individual ou coletiva com caráter individualista seja a melhor solução para aquilo que se busca de imediato, dentro da ótica dos litígios estruturais.

Como já dito anteriormente, a demanda individual costuma ser mais rápida e eficiente, a curto prazo, no sentido de conceder a tutela jurisdicional pretendida, principalmente se levar em conta, de forma comparativa, o longo período pelo qual passa um processo estrutural para se chegar ao resultado a que almeja.

Todavia, não obstante o impacto financeiro, preliminarmente, ser reduzido, a alternativa da via processual clássica, além de “prejudicar a qualidade e a economicidade da prestação jurisdicional, propicia julgamentos contraditórios, em prejuízo ao princípio da isonomia, e impede que o problema seja solucionado como um todo, a partir da consideração completa de seus elementos<sup>7</sup>”.

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 55-56.





Em uma segunda análise, o processo civil tradicional não produz resultados sociais significativos, pois, sendo a violação a direitos a causa dos litígios coletivos, caso uma decisão judicial remova a referida violação, o problema será resolvido de modo aparente e momentâneo, mas com alta possibilidade de retorno no futuro. Ou seja, se um litígio estrutural for tratado em um processo coletivo não estrutural, apenas as suas consequências serão analisadas e julgadas, e não as suas causas, o que acarreta a falta de modificação do funcionamento da instituição e, por conseguinte, a viabilidade de novas ações futuras com o mesmo teor.

De forma a ilustrar tal afirmação, analise-se o ajuizamento de demandas individuais em que genitores buscam o oferecimento de vagas, para seus filhos, em escolas públicas. O tratamento deste problema estrutural sob a ótica convencional aprofunda de maneira significativa a desorganização no serviço público, com o potencial comprometimento da sua qualidade, tendo em vista que o deferimento do pedido nessas ações particulares subverte a lógica do critério governamental de lista de espera, em que há a substituição, muitas vezes, daqueles que estão no topo da lista pelos que estão em posições mais longínquas, além da superlotação de salas de aula já saturadas.

A dedução lógica desse quadro é a de que o número de ações individuais dessa natureza aumente na mesma proporção do acolhimento das reivindicações, causando o colapso de instituições e do oferecimento das políticas públicas de forma adequada, sem que haja uma solução concreta para a questão.

Portanto, é preciso observar que o art. 5º, XXXV da CRFB/88<sup>8</sup>, quando legitima o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ampara também a efetiva tutela jurisdicional, partindo do pressuposto de que não se deve considerar apenas o objetivo imediato das partes, mas os valores constitucionais consagrados no ordenamento jurídico, ainda que, para isso, seja necessário utilizar-se da via processual de forma diversa daquela usualmente conhecida<sup>9</sup>. Porém, tal conclusão só deve ser levada em consideração se a fiscalização e o acompanhamento do cumprimento das decisões estruturais e os objetivos que as compõem se deem de forma intensa e pontual, caso contrário, as medidas, além de demoradas e dispendiosas, serão, acima de tudo, inócuas.

---

<sup>8</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2021.

<sup>9</sup> COTA, Samuel Paiva. *Do Pedido e da Participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais*. 2019. 167f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Minas Gerais, 2019.



## 2. AS INFLUÊNCIAS DA DECISÃO ESTRUTURAL NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E A EVENTUAL CARACTERIZAÇÃO DE UM ATIVISMO JUDICIAL

Nota-se a grande quantidade de direitos fundamentais que são resguardados pela Constituição da República de 1988, após períodos de ditadura e supressão de garantias essenciais ao ser humano, direitos esses dotados de eficácia imediata.

Contudo, ao longo dos anos de uma Constituição democrática recente e revolucionária para os padrões das Constituições anteriores, percebeu-se que as tarefas incumbidas aos poderes Legislativo e Executivo, dentro do princípio da separação dos poderes, foram, pouco a pouco, sendo negligenciadas, seja pela abundância na quantidade de direitos que necessitam de efetivação prática, seja pela má distribuição de verbas para tal fim. Fato é que, atualmente, o que se tem é um grave quadro de colapso de funções e poderes, o que influencia diretamente no oferecimento de políticas públicas.

De forma a tentar amenizar as lacunas existentes no âmbito de políticas públicas mal implementadas ou, muitas vezes, inexistentes, os cidadãos começaram a buscar pela efetivação desses direitos no Poder Judiciário, dentro da ótica conservadora, bipolar e tradicional de processo. Entretanto, como já visto no capítulo anterior, essa visão de processo que retrata, basicamente, um caráter retrospectivo de reparação de acontecimentos pretéritos, não satisfaz litígios estruturais complexos e que demandam reformulação institucional, a fim de conceber adequadamente os direitos fundamentais voltados a políticas públicas.

Vale registrar que, quando o magistrado apenas atua contingencialmente nos casos em que os indivíduos reivindicam direitos, de forma substancial, o fenômeno que pode se originar é o de um processo desestruturado, uma vez que, na maioria desses casos, os juízes ignoram o impacto de suas decisões no planejamento público. Dessa maneira, quanto mais se reconhece a procedência de pedidos individuais, mais desestruturada se torna a instituição que presta ou deveria prestar os serviços públicos de forma satisfatória.

A afirmação, por consequência, leva à conclusão de que, quando o litígio é coletivo, ele deve ser levado a um processo coletivo, sendo que a atuação judicial não pode ser contingencial, mas, sim, intencional, no sentido de modificação de sistema, e atenta aos impactos que sofrerão as entidades envolvidas, além dos grupos que se pretende proteger.



Nas palavras de Edilson Vitorelli<sup>10</sup>, “a referência ao processo coletivo estrutural é aplicável aos casos em que a pretensão coletiva não é apenas de imposição de um comportamento, mas a realização de uma alteração estrutural em uma organização [...]”.

O que se traduz é o caso de um processo que influencia diretamente em uma entidade ou organização, na medida em que haverá uma ampla modificação em sua estrutura, com o objetivo de que, no caso de instituições públicas, haja não só a implementação, como a continuidade efetiva do oferecimento de políticas públicas consignadas no texto constitucional.

A decisão estrutural influencia entidades públicas visto que, ao focar a questão como um todo e não se limitar ao tempo de duração para implementação da decisão, à insuficiência orçamentária e à multipolaridade do processo, ela é capaz de reequilibrar as intervenções políticas e combater arbitrariedades e desigualdades das políticas públicas.

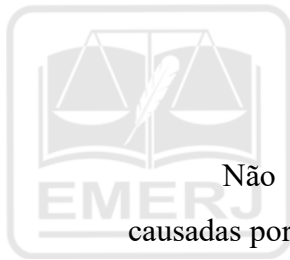
Embora possa parecer, à primeira vista, que uma decisão estrutural desorganiza todo um planejamento orçamentário, tendo em vista a realocação que é feita em prol da coletividade, a bem da verdade é que os processos individuais alteram, de forma muito mais significativa, o orçamento público, sem nenhum tipo de previsibilidade, convênios ou ajustes necessários que se amoldem à viabilidade da entidade em questão.

Decisões judiciais estruturais voltam-se para o futuro, impondo medidas fora do comum de decisões judiciais tradicionais, sendo implementadas de maneira gradativa e remodeladas sempre que necessário, e implementando transformações na estrutura interna de um órgão, com um plano de ação e execução de um projeto<sup>11</sup>. Desse jeito é que se dá a ingerência dessas decisões nas instituições, já que altera toda a dinâmica do sistema, as alocações orçamentárias, critérios estratégicos internos, mudança de comportamento e postura de agentes para que o plano seja, de fato, executado e traga as alterações necessárias ao bom funcionamento da instituição e da oferta de serviços.

O exemplo da saúde pública dentro da ótica do litígio estrutural retrata com bastante clareza os efeitos de uma decisão estrutural em um segmento público. A definição de tratamentos ou medicamentos que devem e podem ser oferecidos pelo Sistema Único de Saúde demandaria modificação em todo o processo da entidade, nos critérios científicos, novas tecnologias, outras formas de capacitação de funcionários, criação de novos polos de pesquisa e estudos, compra de mais insumos e investimento em locais de implementação do plano.

<sup>10</sup> VITORELLI, op.cit., p. 76.

<sup>11</sup> LEMOS, Vinicius Silva; LEMOS, Walter Gustavo da Silva; SANTOS, Karen Borges. *O processo estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil*. Disponível em: <<https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/>>. Acesso em: 28 fev. 2021



Não há dúvidas acerca da grandiosidade de planejamento e modificações que são causadas por conta de uma decisão estrutural. No entanto, ela se torna cada vez mais essencial quando se leva em consideração que todo esse processo é pensado, discutido, analisado, elaborado e reelaborado, e executado dentro de uma ótica estrutural, de audiências públicas, reuniões e cooperação entre juiz, instituição pública que sofrerá as mudanças e grupos direta ou indiretamente envolvidos, sempre pautados na necessidade de se observar não só os direitos fundamentais exigidos pelos indivíduos, como, também, a viabilidade técnica e orçamentária da instituição, suas deficiências, dificuldades e empenho.

Ocorre que ainda há grande objeção de participação do Poder Judiciário em políticas públicas que estão a cargo dos poderes eleitos, sob o argumento de se configurar ativismo judicial.

O ativismo judicial<sup>12</sup> é uma atitude ou uma escolha de um modo específico e proativo que o Poder Judiciário possui de interpretar a Constituição, muitas vezes, expandindo seu sentido e seu alcance, e adentrando em competências próprias de outros poderes, quando pensadas à luz de uma Constituição pautada pelo princípio da separação de poderes.

A atribuição do Judiciário seria, sobretudo, a de reforçar o processo democrático, de forma que grupos minoritários pudessem participar de decisões que os levassem à obtenção de seus próprios direitos, na via legislativa e administrativa.

Vale registrar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que o Poder Judiciário pode intervir no sentido de estabelecer ao Poder Público que realize determinada conduta que esteja relacionada à garantia de direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, na ADPF nº 45<sup>13</sup>, na qual o Ministro Celso de Mello enfatizou que o princípio da reserva do possível não poderia ser invocado com o propósito exclusivo de o Estado se exonerar de suas obrigações constitucionais.

Embora tal posição tenha resguardo nos princípios e valores da Constituição, a derivação prática desse entendimento é a de que o Poder Judiciário pode atuar em praticamente todas as políticas públicas que possam existir, pensamento esse que deve ser evitado, principalmente pela ótica tradicional de processo, a fim de caracterização de um ativismo judicial negativo.

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>>. Acesso em: 25 jun. 2021.



Em que pese a comparação do processo estrutural a um ativismo judicial, não é possível fazer um cotejo simplista entre esses dois institutos. O processo estrutural é uma forma de ativismo apenas na concepção primária de seu conceito, uma vez que não se trata de intervenção indevida do Judiciário na esfera do Legislativo e Executivo.

No entanto, importante frisar que, para isso, é preciso um sistema jurídico avançado, maduro e interligado com os anseios atuais da sociedade para compreender a necessidade de revisão da ideia de “separação dos Poderes”, uma vez que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público, o que não se confunde com interferência desmedida, a qual leva ao ativismo<sup>14</sup>.

Pelo processo estrutural, o magistrado afasta as reiteradas práticas contrárias aos direitos fundamentais e sociais que geram o grave quadro da falta de cumprimento de tais direitos<sup>15</sup>, com o benefício de se ter decisão negociada entre todos os envolvidos, e não, apenas, a imposição de uma atribuição de determinada demanda à Administração Pública com base puramente no texto constitucional e nas instruções que dele se extraem.

Em um caso prático, com repercussão geral, em Recurso Extraordinário<sup>16</sup>, o relator Ministro Ricardo Lewandowski definiu que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”. No voto, evidentemente, não houve a preocupação dos problemas estruturais do sistema prisional, tampouco dos gastos orçamentários necessários, sem o devido planejamento, fato que, teoricamente, não se percebe em decisões estruturais.

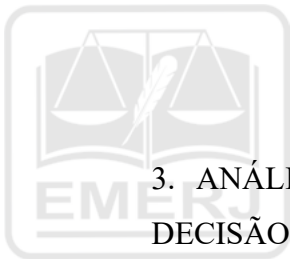
Deste modo, torna-se notório que o processo estrutural, embora, primariamente, possa aparentar um método de fomentar a intervenção judicial em políticas públicas, caracterizando um ativismo judicial de forma negativa, ele é, em verdade, um método de organizá-las e reestruturá-las, de forma ordeira, para que estejam sempre em conformidade com os ditames constitucionais, sem interferências desnecessárias e antidemocráticas em outros poderes da União.

---

<sup>14</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 225, 2013, p. 389 – 410, nov. 2013.

<sup>15</sup> PINTO, Henrique Alves. *Decisões estruturais: vetores de implementação de políticas públicas*. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019\\_06\\_1005\\_1043.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1005_1043.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 592.581*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2021.



### 3. ANÁLISE DA COMPARAÇÃO ENTRE UM ACORDO ESTRUTURAL E UMA DECISÃO JUDICIAL ESTRUTURAL À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como visto previamente, o enfoque do processo civil tradicional é de litígios que envolvem, na maioria das vezes, duas partes, as quais iniciam o processo por meio do direito de ação, sendo o magistrado um árbitro neutro da atividade das partes.

Entretanto, a sociedade atual estimula a judicialização de demandas cada vez mais complexas, uma vez que muitas necessidades passaram a derivar, paulatinamente, de inércias do Poder Público em sua função primária de administrador dos interesses do povo.

Por conta do significativo aumento do número de demandas, surgiu a necessidade de direcionar as reivindicações sociais a um estilo de tutela jurisdicional voltada a, de fato, resolver as causas que levam à procura pelo Judiciário, e não, apenas, as consequências delas advindas, fazendo despontar o, aqui estudado, processo civil estrutural.

Somado a isso e com o advento do conceito de cooperação no processo, trazido pelo novo Código de Processo Civil, pelo qual todos os sujeitos da demanda, assim como órgãos, jurisdicionais ou não, cooperam entre si para que se obtenha decisão de mérito justa, em tempo razoável, também se passou a fazer um esforço no sentido de fomentar, optar e priorizar por acordos, judiciais ou extrajudiciais, com o fito de desafogar o Judiciário.

É nessa seara que se enquadra o acordo estrutural que decorre da lógica do processo estrutural. Primeiramente, deve-se esclarecer que, em que pese se afirme que o processo estrutural, para ter mais possibilidade de eficiência, requer certo nível de diálogo entre as partes envolvidas, essa não é uma característica essencial para que se tenha um processo estrutural.

Faz-se perfeitamente possível um processo estrutural sem nenhum tipo de consenso, totalmente impositivo, no qual o magistrado, por exemplo, apenas afasta os gestores da instituição, projetando, ele mesmo, o plano a ser implementado, em uma decisão judicial, de acordo com a sua visão sobre o problema.

Posteriormente, este Autor defende como conceito de acordo estrutural extrajudicial a soma de esforços voluntários por parte dos envolvidos (agentes públicos e grupos afetados pela instituição desestruturada) em um problema estrutural, com o objetivo de criar um ambiente favorável de diálogos que possam produzir ideias e planos consensuais a serem implementados em prol da reestruturação da entidade e, conseqüentemente, da coletividade.



Dessa forma, “um acordo coletivo de caráter estrutural deverá ser considerado válido quando ele oferece uma solução adequada para o problema, provendo tutela efetiva ao direito material litigioso”<sup>17</sup>.

Por outro lado, este Autor defende que a decisão judicial estrutural consiste na execução de reforma estrutural de uma organização, a fim de concretizar direitos fundamentais violados, preferencialmente pela via do consenso, podendo o juiz ter uma postura mais colaborativa.

Um litígio de caráter estrutural não tem como enfoque principal a investigação de um fato em si, mas todos os desdobramentos do cenário no qual se criou o fato, o que faz com que se produza a construção de um método para resolução do que levou ao seu acontecimento. É nessa conjuntura que tanto o acordo quanto a decisão judicial estrutural se encaixam, criando um ponto de encontro entre os dois institutos.

Contudo, embora possa parecer que as duas concepções de remodelação de um ente sejam idênticas, pode-se afirmar que há uma linha tênue entre elas que as diferencia em aspectos importantes e relevantes que acarretam dúvida quanto à escolha de uma ou de outra, diferenças essas que serão adiante detalhadas.

Com relação ao acordo estrutural, ressalta-se, em um primeiro plano, que a resolução do problema estrutural, nesse caso, é fruto de uma negociação extrajudicial entre os representantes da instituição desestruturada e a sociedade atingida pelo oferecimento precário ou inexistente de serviços, por meio, muitas vezes, de um legitimado coletivo. A conclusão lógica disso é o distanciamento do Judiciário de uma questão ligada ao Poder Público.

Uma das vantagens que se extrai desse distanciamento é a possível antecipação a centenas ou milhares de ações individuais, com pedidos liminares, requerendo as mudanças que já serão tratadas no plano do acordo<sup>18</sup>.

Quando o gestor público, movido pela vontade de melhorar certa instituição ou, até mesmo, por interesse em reeleições e prorrogação de mandato, visualiza e encara o problema antes da inevitável interferência de outro Poder, além de obstar a subversão de necessidades primárias por outras menos urgentes e, com isso, a realocação de orçamento sem estratégias, evita a espera de longo período que está associado às ações judiciais, bem como decisões impositivas. Ao partir do próprio centro do problema a vontade de mudança, sem necessárias intimidações para tanto, a tendência é que o objetivo sobrevenha de forma ainda mais adequada<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> VITORELLI, op.cit., p. 177.

<sup>18</sup> Ibid., p. 172.

<sup>19</sup> Ibid., p. 171.



Esses acordos, que são marcados pelo caráter facultativo, podem se dar por meio de recomendações ou Termos de Ajustamento de Conduta. E para acompanhar e fiscalizar as instituições, pode-se usar do procedimento administrativo como instrumento para produzir reformas estruturais pela via do consenso<sup>20</sup>. Assim, fica claro que há meios e formas concretas para se alcançar o intuito do acordo sem a intervenção do Poder Judiciário.

No entanto, um acordo estrutural extrajudicial não é tão simples e descomplicado quanto parece. Embora o acordo seja capaz de implicar em concessões sobre quaisquer aspectos dos direitos materiais litigiosos - desde que devidamente fundamentadas pelas circunstâncias -, deve-se levar em consideração o fato de que, como a modificação de toda uma entidade implica grandes transformações, torna-se necessária a participação de terceiros não compromissados com o que foi ajustado. É nesse quesito que passa a ser mais notória a complexidade e insegurança do acordo.

Quando o problema estrutural deriva de um desastre ambiental, por exemplo, as repercussões do acordo não associam, unicamente, aqueles envolvidos diretamente nele, mas, nesse caso, também abarcam agentes externos como o IBAMA e outros órgãos licenciadores e fiscalizadores que não podem ser subordinados ao convênio, ainda que haja cláusulas com ressalvas destinadas a essas organizações<sup>21</sup>.

Nesse ponto, a decisão judicial estrutural apresenta uma vantagem em relação ao acordo. Por partir do Poder Judiciário, as decisões têm o atributo de vincular todos os comprometidos e os correlacionados ao que foi decidido, para que, em conjunto, a reforma se realize. Sem a certeza de que os compromissários irão cumprir as cláusulas do acordo, uma vez que não estão a eles submetidos compulsoriamente, o que resta são poucos estímulos para se arriscar em uma transação, mesmo que possa haver uma condenação futura e incerta<sup>22</sup>.

Outrossim, o juiz, em um processo estrutural, usa de sua posição central, já conhecida no processo tradicional, para, não só projetar a sua influência como representante do Poder Judiciário sobre outros sujeitos, mas, também, toda a sua experiência com decisões, de forma a avaliar o impacto dos resultados, podendo contar com consultas a órgãos técnicos e até a admissão de *amicus curiae*<sup>23</sup> no processo e na tomada de decisão.

---

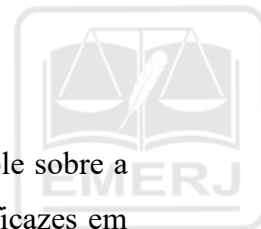
<sup>20</sup> Ibid., p. 146-147.

<sup>21</sup> Ibid., p. 156-157.

<sup>22</sup> Ibid., p. 161.

<sup>23</sup> Pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade no processo, que auxilia o magistrado em questões técnicas para o melhor julgamento do feito. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2021.





Ligado a essa questão, ressalta-se, igualmente, que a fiscalização e o controle sobre a execução do plano, suas medidas, tempo e repercussões, teoricamente, são mais eficazes em relação às decisões pelo seu caráter obrigatório já mencionado. A fiscalização, para ser eficiente no acordo, demanda a criação de outros métodos – como comitês, recomendações e/ou eleição de terceiro imparcial - e depende, sempre, da prestatividade dos envolvidos direta e indiretamente.

Em contrapartida, ainda que a decisão judicial se dê da forma mais consensual e dialogada possível, fato é que ela advém de uma única pessoa, o magistrado, e se enquadra dentro de uma lógica de procedimentos minimamente necessários, como a interposição de recursos, capacidade postulatória, citações e intimações, metodologia que não se verifica nos acordos extrajudiciais.

Dessa forma, infortúnios não só técnicos como gerenciais do processo civil são evitados, de modo que não há possibilidade de decisões impositivas, cristalizadas e que impedem a adaptação às mudanças intrínsecas de sua duração, assim como permite recursos de comunicação, de escuta e deliberações maleáveis, com oportunidade de testes provisórios e parciais de pactos na tentativa de ajustar todos os aspectos para se chegar a um acordo íntegro.

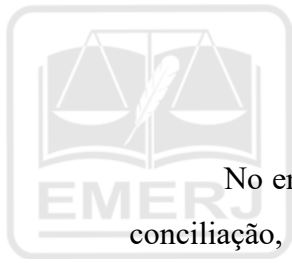
Por fim, mas sem a intenção de esgotar o tema, devido à complexidade das questões estruturais e as variadas resoluções que se revelam para o caso, sempre haverá a possibilidade de aperfeiçoamento, até mesmo pela soma de 3 principais fatores: o decurso do tempo, o alcance do objetivo do acordo em si e a mudança dos anseios da sociedade.

Atentando-se a esse tópico, é natural a conclusão de que, no acordo, há uma dificuldade maior em estabelecer o fim de aplicação de suas cláusulas, bem como o seu acompanhamento, pois, sem um limite, ele tende a ser eterno<sup>24</sup>. Isso se torna mais duvidoso em relação à decisão, pois haveria um custo ao Judiciário para que fiscalizasse e acompanhasse a decisão implementada durante um período maior do que o necessário para a reestruturação satisfatória do órgão, para que desse ponto em diante ele pudesse continuar o compromisso sozinho.

Sendo assim, a dedução que se extrai da análise da escolha entre um ou outro procedimento para a reorganização de instituições, em um primeiro momento e tendo em vista o recente enfoque do processo estrutural, conseqüentemente, a pouca familiaridade que juízes e sociedade como um todo dispõem desse método, é que a decisão judicial estrutural é mais efetiva e habilitada para essa questão, com base na segurança jurídica e na possibilidade de êxito, pela comodidade e estabilidade da base que o processo civil tradicional proporciona.

---

<sup>24</sup> VITORELLI, op. cit., p. 201-202.



No entanto, com o avanço de métodos consensuais ligados ao âmbito jurídico, como a conciliação, mediação e arbitragem, não será difícil imaginar que a utilização de acordos extrajudiciais para questões estruturais ganhará contornos cada vez mais claros, pois há um grande potencial para se tornar o melhor recurso de recomposição de organizações desestruturadas, recuperando políticas públicas desvalidas e poupando o Judiciário de milhares de ações individuais com o mesmo teor ou até de ações de caráter coletivo estrutural.

## CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que, diante de uma nova realidade social de desestruturação de políticas públicas que estão ligadas a problemas estruturais da gestão pública, o processo civil, na sua visão tradicional em que, de um lado, há autor e, do outro, réu, ligados por uma pretensão resistida, não estava mais sendo suficiente para a solução desses problemas.

Com o passar dos anos, o que se notou foi um aumento significativo de demandas por prestações de serviços básicos que estão a cargo do Poder Público, mas que são disponibilizados de maneira precária ou, até mesmo, não são disponibilizados, causando um grave colapso entre os poderes e os direitos fundamentais ofertados pela Constituição da República.

Assim, foi possível verificar que um novo modelo de processo poderia, não ser a solução de todos os problemas estruturais, erradicando as desigualdades e consagrando garantias constitucionais de eficácia imediata, mas, ajudar a combater as causas que levam à desorganização de entidades e à insegurança por parte da sociedade de não ver seus anseios atendidos.

Da reunião das fontes de conhecimento externadas, observou-se que questões complexas devem ser tratadas sob a ótica do processo civil estrutural como forma de ordenação de toda uma realidade de determinada instituição, ainda que a adoção por essa via implique em trâmites mais longos, demorados, custosos e que envolvam grande número de pessoas, o que também os tornam mais difíceis.

Além disso, a pesquisa procurou reconhecer que o fato de o Poder Judiciário adentrar em questões tão profundas de políticas públicas e na estrutura de organizações públicas não leva, necessariamente, a um ativismo judicial na sua concepção negativa e antidemocrática.

Indubitável, pois, que a intenção dos litígios estruturais tratados em processos coletivos nessa seara não é a interferência de um poder sobre o outro, mas, apenas, a intervenção pontual em um problema que os poderes eleitos não estão conseguindo contornar. Não se verifica, conseqüentemente, a atuação do Poder Judiciário de maneira desmedida em todas as políticas



públicas que possam existir. Caso isso ocorra na prática, não estar-se-ia falando, de fato, em processo civil estrutural.

Esse artigo científico pretende sustentar, portanto, a necessidade de um sistema jurídico avançado e interligado com os atuais anseios de uma sociedade carente da prestação básica e eficiente de direitos fundamentais, compreendendo, para tanto, uma interferência maior do Judiciário de forma a relativizar a separação dos poderes até os limites constitucionais, sem o estigma do ativismo judicial para impedir mudanças significativas e necessárias.

Sob esse enfoque que se fez necessário tecer comentários acerca do meio pelo qual essa recomposição deve ser feita. Cada vez vem ganhando mais força a ideia de cooperação no processo, o que consolida a procura por acordos, sejam eles judiciais ou não. Nesse ponto, surge o acordo estrutural decorrente dos processos civis estruturais.

Percebeu-se que a soma de esforços voluntários por parte dos envolvidos em um litígio estrutural pode ser uma grande vantagem em relação às decisões estruturais, pois produzem planos consensuais, não necessitam de procedimentos previamente estabelecidos e que, por isso, atrapalham o bom desenvolvimento das deliberações, bem como trazem consigo maior possibilidade de êxito do plano.

No entanto, apesar de se imaginar que, em breve, os acordos estruturais prevalecerão como a melhor forma de debates sobre políticas públicas e modificação de estruturas, fato é que, hoje, aponta-se, com base na segurança jurídica e no recente surgimento do instituto do processo estrutural, a decisão judicial estrutural como a escolha mais sensata para o êxito das reformas, levando em conta a estabilidade que já existe do processo civil convencional.

Conclui-se, pelas razões estudadas, que o processo estrutural deve ser cada vez mais acionado no ordenamento jurídico como método apto e apropriado de reestruturar instituições para que estejam em conformidade com aquilo que se entende como estado ideal das coisas, sem a objeção dos outros poderes a fim de que os interesses imediatos da população sejam atendidos como se espera, dentro, a princípio, da perspectiva de decisões estruturais.

É certo, pois, que o estudo do tema vai além das proposições aqui analisadas, tendo em vista a sua complexidade e contemporaneidade.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 225, 2013, p. 389 – 410, nov. 2013.



BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.581*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Covid/19, processo estrutural e ativismo judicial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324478/covid-19--processo-estrutural-e-ativismo-judicial>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

COTA, Samuel Paiva. *Do Pedido e da Participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos Processos Estruturais*. 2019. 166f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Minas Gerais, 2019.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; ZANETI JR., Hermes. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo-Estrutural*. 2015. 213f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

LEMOS, Vinicius Silva; LEMOS Walter Gustavo da Silva; SANTOS, Karen Borges. *O processo estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil*. Disponível em: <<https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

PINTO, Henrique Alves. *Decisões estruturais: vetores de implementação de políticas públicas*. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019\\_06\\_1005\\_1043.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1005_1043.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2021.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

## O PROTAGONISMO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO CENÁRIO DE CONFLITOS INSTITUCIONAIS

Clara Muniz Gomes

Graduada pela Universidade Candido Mendes – Campus Niterói. Advogada.

**Resumo** – a separação de poderes é um postulado elementar da democracia e se mostra extremamente eficaz para reestabelecer a harmonia entre os Poderes da República. Diante disso, este artigo expõe três importantes temas de conflitos entre os três Poderes e explica como se deram as resoluções, ressaltando o protagonismo do princípio da separação de poderes para a solução dos casos. O primeiro capítulo inaugura uma disputa entre o Legislativo e o Judiciário acerca do instituto das imunidades parlamentares, especificamente, sobre os limites desta garantia constitucional. O segundo capítulo engloba todos os Poderes e apresenta a problemática do alcance hermenêutico do artigo 142 da CRFB/88. No último capítulo o confronto dá-se entre o Executivo e o Judiciário em razão da judicialização de direitos sociais.

**Palavras-chaves** – Direito Constitucional. Separação de Poderes. Conflitos.

**Sumário** – Introdução. 1. Da mitigação das garantias constitucionais atribuídas aos representantes do Poder Legislativo. 2. A problemática hermenêutica do artigo 142 da CRFB/88. 3. Do panorama acerca da judicialização de direitos sociais e as suas consequências nas políticas públicas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda um dos temas mais badalados no cenário político do Brasil. Sendo um princípio constitucional sensível, a separação de poderes é um dos pilares de sustentação do federalismo e por isso é tão utilizado pelos representantes dos Poderes da República. O objetivo do presente estudo é identificar como o princípio da separação de poderes é invocado, bem como interpretado e aplicado em panoramas de conflitos entre as institucionais democráticas.

Em um breve contexto histórico, o constitucionalismo surgiu em contraposição ao absolutismo e trouxe consigo mecanismos de limitação do poder político. Diante do Estado Democrático de Direito brasileiro, verificam-se como limitadores: os direitos fundamentais (*civil rights*); o controle de constitucionalidade (*judicial review*); o federalismo (*federalism*); e o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

No que tange ao federalismo, há características de constituição e conservação da federação. Os atributos de constituição são: entidades autônomas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); o bicameralismo; e a repartição constitucional de competências. Os atributos de conservação são: a existência de órgão competente para controle de



constitucionalidade de leis e atos normativos; a limitações ao poder constituinte decorrente; e a intervenção federal.

O artigo 44 da CRFB/88<sup>1</sup> cita que o “*Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*”. O referido artigo alude o bicameralismo, que é a forma pela qual o exercício da vontade popular é concretizada.

É dentro desse quadro que surge o primeiro capítulo, que se inicia apresentando limitações as imunidades parlamentares e coloca em foco o importante papel do Poder Judiciário, que ao prolatar decisões tão importantes se atém ao princípio da separação de poderes.

O segundo capítulo se destina a examinar o alcance hermenêutico do artigo 142 da CRFB/88<sup>2</sup>.

Desde já se pontua que não há dúvidas de que deve ser interpretado como um instrumento republicado de defesa do Estado e das Instituições Democráticas, como um instrumento de proteção do pacto federativo e conseqüentemente da própria separação de poderes.

Segue-se ponderando no terceiro capítulo que tal qual o federalismo, os direitos fundamentais também são limitadores ao exercício do poder político pelo Estado e são o grande fundamento do terceiro capítulo. Constatada lesão ou violação a direitos que formam o mínimo existencial, o Poder Judiciário deve intervir, se acionado, uma vez que é legitimado pela própria Constituição Federal.

O princípio da separação de poderes desliza por todos os capítulos de uma forma sutil e firme. Como não há hierarquia entre os Poderes, o princípio da separação de poderes acaba por se tornando um termômetro nos cenários de conflitos institucionais. É ele que mede até que ponto cabe a intervenção de um Poder sobre o outro, de modo que haja sempre harmonia.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer de conceitos, princípios,

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.



jurisprudências, bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. A MITIGAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ATRIBUÍDAS AOS REPRESENTANTES DO PODER LEGISLATIVO

Os membros do Poder Legislativo, de todas as esferas da federação, têm um regime jurídico próprio, composto por normas que estabelecem direitos e deveres voltados a garantir o exercício independente das funções parlamentares. Entre as garantias institucionais existentes na Carta Magna, estão as imunidades parlamentares, que são o foco deste capítulo.

As imunidades parlamentares são garantias institucionais irrenunciáveis que estão previstas na Constituição Federal no artigo 53<sup>3</sup>, caput (imunidade material) e nos §§ 2º a 5º do artigo 53<sup>4</sup> (imunidade formal) e têm por finalidade a promoção da democracia, visto que conferem proteção aos membros do Poder Legislativo para o desempenho de sua atribuição.

Nesse diapasão, é imperioso esclarecer que se o parlamentar estiver licenciado exercendo a função de Ministro ou Secretário de Estado ou Município ele não gozará das imunidades parlamentares.

O marco temporal de vigência das imunidades inicia-se na diplomação, que ocorre antes da posse, e perdura até o fim do mandato ou, se for o caso, até a renúncia ou cassação.

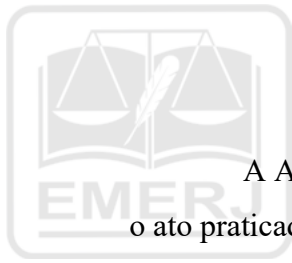
A imunidade material (*freedom of speech*) exclui a responsabilidade civil e penal dos membros do legislativo por opiniões, palavras e votos; já a imunidade formal (*freedom from arrest*) não exclui crime, mas protege o parlamentar de prisão e processo penal durante o mandato.

Acerca da imunidade material, destaca-se a AP nº 470 MG<sup>5</sup>, caso mensalão. No julgamento desta ação o Supremo Tribunal Federal refinou seu entendimento sobre o limite espacial da imunidade parlamentar material. Entendeu-se que quando o parlamentar federal estivesse em sua casa legislativa (atos praticados *in officium*), a presunção de aplicação da imunidade material seria absoluta e, quando estivesse fora dela (atos praticados *propter officium*), a presunção de inviolabilidade seria relativa.

<sup>3</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 25 out. 2021.



A AP nº 470 MG<sup>6</sup> estabeleceu a necessidade de comprovação do nexo funcional entre o ato praticado e a função de atuação do membro do legislativo. No que tange o ônus da prova, este permaneceu sendo do interessado, que deverá demonstrar que o congressista não estaria amparado pela imunidade parlamentar material.

Sobre a divulgação voluntária de vídeos contendo discursos de parlamentares nas redes sociais, ainda que dentro do Congresso Nacional, a Suprema Corte brasileira entendeu que são atos praticados fora da casa e gozam da presunção relativa de imunidade material.

Do outro lado da moeda está imunidade parlamentar formal, conhecida também como incoercibilidade pessoal relativa, cuja perspectiva é de improcessabilidade. O pressuposto para se trazer à baila esta imunidade é a configuração de uma infração penal, ou seja, a configuração de um crime.

A Carta Magna prevê dois tipos de imunidades formais, um com relação a ação penal e outra com relação a prisão provisória, que presume haver flagrante e o crime ser inafiançável. Nesses casos, o prosseguimento tanto da prisão quanto da ação penal dependerá de autorização dos pares do parlamentar.

Ao longo dos últimos anos, o STF foi chamado a se manifestar algumas vezes sobre excessos, abuso de poder de parlamentares, uma vez que a liberdade de expressão não é absoluta e deve ser analisada com cautela.

Nesse sentido o doutrinador Marcelo Novelino<sup>7</sup>:

Para o afastamento da responsabilidade quando da utilização de meios eletrônicos (Facebook, Twitter, WhatsApp, e-mails...) para veicular mensagens ofensivas à honra, ainda que geradas dentro do gabinete, exige-se pertinência com a função parlamentar. O mesmo vale para entrevistas concebidas dentro do gabinete à veículo de imprensa para posterior divulgação. Entendimento diverso daria margem ao exercício abusivo da prerrogativa institucional.

Um caso emblemático, que deve ser citado neste artigo é o que envolveu o então Deputado Federal Jair Bolsonaro e a então Deputada Federal Maria do Rosário. O discurso que ofendeu a Deputada foi preferido na própria Câmara dos Deputados, Recurso Especial nº 1.642.310 - DF (2016/0264000-5)<sup>8</sup>.

O caso chegou ao STJ e a relatora, ministra Nancy Andrighi, afirmou em seu voto que a imunidade parlamentar é uma garantia constitucional e não privilégio pessoal (tutela

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 05.

<sup>7</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPoivm, 2019, p. 678.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1642310 / DF (2016/0264000-5)*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602640005&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2021.





subjativa) e que o artigo 53 da CFRB/88<sup>9</sup> é inaplicável em crimes contra a honra cometidos em situação que não há nexó funcional entre o ato praticado e o dano cometido.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o limite da imunidade parlamentar alcança justamente a própria atuação do congressista no exercício de seu mandato. Dessa forma, o STJ já afirmou que “a inviolabilidade dos Deputados Federais e Senadores, por opiniões palavras e votos, prevista no art. 53 da Constituição da República, é inaplicável a crimes contra a honra cometidos em situação que não guarda liame com o exercício do mandato” (Inq. 3438, Primeira Turma, DJE 10/02/2015). No mesmo sentido, o julgamento do Inq. 3672 (Primeira Turma, DJE 21/11/2014).<sup>10</sup>

Deve-se observar que os privilégios pessoais são próprios de regimes absolutistas, portanto, na república são inconstitucionais por afrontarem diretamente o princípio da isonomia.

Outra decisão importante adveio do Inq-Ref nº 4.781/DF<sup>11</sup>, que apurou as condutas praticadas pelo Deputado Federal Daniel Silveira. Aqui entendeu-se que não faz parte da atribuição de um Deputado Federal promover ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático.

A imunidade material parlamentar não deve ser utilizada para atentar frontalmente contra a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. Em nenhum momento histórico, em qualquer que seja o país que se analise, a imunidade parlamentar se confundiu com a impunidade. As imunidades parlamentares surgiram para garantir o Estado de Direito e da separação de Poderes. Modernamente foram se desenvolvendo para a preservação da própria democracia.<sup>12</sup>

Ademais, é incoerente fazer uso dos pilares axiológicos do Estado Democrático de Direito para ir contra o próprio Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, verifica-se que as imunidades parlamentares não são cartas de alforria dadas pela constituição aos congressistas para que falem qualquer coisa em qualquer lugar. As imunidades parlamentares devem ser balizadas por todos os princípios constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos.

---

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 08.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ n° 4781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo, edição 1006/2021, de 15 a 19 de fevereiro de 2021, Imunidade parlamentar e afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de Poderes – Inq 4781 Ref*. Data de divulgação em 01 mar. 2021, p. 9.



## 2. A PROBLEMÁTICA HERMENÊUTICA DO ARTIGO 142 DA CRFB/88<sup>13</sup>

Em que pese a existência de princípios de interpretação especificamente constitucionais, pontuam-se a unidade da constituição; a concordância prática; e o efeito integrador, bem como a doutrina contemporânea acerca do Poder Constituinte Originário, que defende a existência de barreiras à sua ilimitabilidade, há quem ainda entenda que o artigo 142 da CRFB/88<sup>14</sup> legitima intervenção militar em qualquer dos Poderes da República.

O artigo 142 da CRFB/88<sup>15</sup>, assim como qualquer outro artigo contido na Carta Magna, está condicionado aos princípios de interpretação especificamente constitucionais pensados e criados por Konrad Hesse.

Os princípios de interpretação especificamente constitucionais são vetores que, necessariamente, guiam os intérpretes do texto constitucional. Limites hermenêuticos fazem-se precisos para evitar interpretações juridicamente absurdas.

O princípio da unidade da constituição determina que a Constituição Federal deve ser interpretada como um todo harmônico e indissociável, como um sistema. Desse princípio, também, extrai-se que não há hierarquia formal entre as normas constitucionais.

Inclusive, o STF já se manifestou sobre a inexistência de hierarquia formal entre as normas constitucionais e sobre a inexistência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, ponto esse que culmina no próximo princípio, que é o da concordância prática.

A concordância prática estipula que ao se considerar a constituição um sistema sem hierarquia formal, verificado um aparente conflito entre as normas constitucionais, deve o intérprete buscar a concordância prática entre elas, ou seja, deve o intérprete harmonizar as normas constitucionais que estão em aparente conflito.

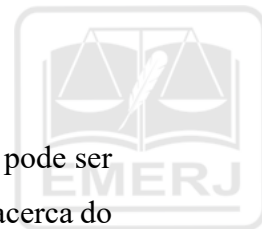
O princípio do efeito integrador é uma consequência da unidade da constituição e indica que é vedado ao intérprete conferir a constituição interpretações que gerem cisão, que construam de alguma forma conflitos sociais. Assim sendo, a interpretação de qualquer norma constitucional deve buscar a união, pluralisticamente dirigida, da sociedade.

---

<sup>13</sup> Art. 142, CRFB/88: As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>15</sup> Ibidem.



A análise do artigo 142 da CRFB/88<sup>16</sup>, que é uma norma originária, também pode ser feita no campo doutrinário. Interessante entendimento tem a doutrina contemporânea acerca do Poder Constituinte Originário (PCO).

Enquanto a doutrina clássica, juspositivista, defendida por Abade Sieyès, entende que o Poder Constituinte Originário tem como características ser inicial; autônomo; ilimitado; e incondicionado, a doutrina contemporânea, representada aqui por Jorge Miranda, é mais rebuscada ao defender que, apesar da ilimitabilidade, há barreiras que devem ser respeitadas quando da elaboração de uma nova constituição.

A doutrina contemporânea apresenta três barreiras a ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário: a consciência jurídica coletiva; a vedação ao retrocesso ou princípio da vedação ao retrocesso; e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A barreira da consciência coletiva é o ponto focal para a análise da problemática hermenêutica do artigo 142 da CRFB/88<sup>17</sup>, isso porque essa limitação está relacionada ao fato de o Poder Constituinte Originário não poder se desvincular da consciência coletiva que deflagrou a nova constituinte; em outras palavras, a consciência coletiva está relacionada a ideia de legitimidade do PCO.

Apresentada a barreira da consciência coletiva, ressalta-se o momento histórico da elaboração da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 142<sup>18</sup> é norma originária. A Carta Magna de 88 veio romper com o regime implementado pela Constituição de 1967, a Constituição Militar, cujo período foi marcado pela intervenção militar no poder executivo, que se iniciou com a deposição do presidente João Goulart.

Nesse sentido, apresenta-se ilegítima qualquer interferência das Forças Armadas em qualquer dos Poderes da República.

A segunda barreira é o princípio da proibição ao retrocesso, que está ligada ao direito interno do país, em outras palavras, o que foi alcançado a título de direito fundamental não poderá retroceder. A terceira e última barreira é o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ainda que muitas vezes se confundam, existe diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. No âmbito no direito interno, a nomenclatura é direitos fundamentais e em âmbito internacional, a nomenclatura é direitos humanos.

No que tange aos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, o Poder Constituinte Originário além de observar as normas *erga omnes e jus cogens*, que vinculam todos os Estados

---

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem.



da comunidade internacional independentemente de o país ser signatário ou não de tratado, também não pode isentar o seu Estado de cumprir algum tratado de direitos humanos em âmbito internacional, se o país já era desse signatário.

O jurista Ives Gandra<sup>19</sup> entende sobre a interpretação do artigo 142 da CRFB/88<sup>20</sup>:

Por fim, cabe às Forças Armadas assegurarem a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamados a intervir.

Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado.

Já o professor Lenio Streck<sup>21</sup> defende que:

[...] se o artigo 142 pudesse ser lido desse modo, a democracia estaria em risco a cada decisão do STF e bastaria uma desobediência de um dos demais poderes. A democracia dependeria dos militares e não do poder civil. Explicarei isso na sequência.

(...) as interpretações simplificadoras do artigo 142 devem ser abortadas *ab ovo*. Por isso a minha crítica a Safatle. A solicitação dos poderes é feita sempre ao presidente da República, que é o comandante das Forças Armadas e que deve determinar a atuação, nos casos e nos termos do previsto constitucionalmente para o estado de defesa e do estado de sítio e de acordo com a lei complementar.

São intrínsecas à ciência do Direito as múltiplas interpretações advindas da mesma regra, por isso a necessidade de vetores hermenêuticos de balizamento direcionados ao intérprete. Ademais, além dos princípios de interpretação, não se pode olvidar da própria razão de ser da Constituição Federal, que foi a criação do Estado federativo nos moldes preordenados pelo Poder Constituinte Originário.

Por tudo exposto, o artigo 142 da CRFB/88<sup>22</sup> deve ser interpretado como um instrumento republicano de defesa do Estado e das Instituições Democráticas, como um instrumento de proteção do pacto federativo e consequentemente da própria separação de poderes.

---

<sup>19</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Minha interpretação do artigo 142 da Constituição Federal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/ives-gandra-minha-interpretacao-artigo-142-constituicao>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/senso-incomum-interpretacoes-equivocadas-intervencao-militar>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

### 3. DO PANORAMA ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Este terceiro capítulo analisa o Poder Judiciário, especificamente, debruça-se sobre as suas decisões no âmbito das políticas públicas.

Uma retrospectiva histórica sobre o Constitucionalismo e o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais compõem a base sólida que garantem e legitimam as decisões judiciais que tutelam direitos sociais quando violados.

Os principais conceitos de constitucionalismo englobam: o Constitucionalismo (Moderno) Liberal; o Constitucionalismo (Moderno) Social; e o Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo.

O Constitucionalismo Liberal<sup>23</sup> tem a sua origem histórica nas revoluções liberais burguesas. Os marcos filosóficos foram o Iluminismo e o Liberalismo e os marcos normativos foram as constituições estadunidense de 1787 e a francesa de 1791. Esses foram os fatos que deram origem ao Estado Liberal, cuja característica é a promoção de direitos negativos, ou seja, o Estado deve ser abster de fazer (obrigação de não fazer).

O Estado Liberal nasceu como antagonista ao regime absolutista e o valor a ele vinculado foi o valor de liberdade. Nesse ínterim surgiram os direitos fundamentais de 1ª geração, que são os direitos civis e políticos.

Ao longo do século XIX percebeu-se que a absoluta abstenção estatal fomentava desigualdades sociais e foi nesse cenário que surgiu o Constitucionalismo (Moderno) Social<sup>24</sup>, cujos marcos históricos foram as revoluções mexicana, russa e a 1ª guerra mundial. Como marcos normativos apresentam-se as constituições mexicana de 1917 e de Weimar (alemã) de 1919.

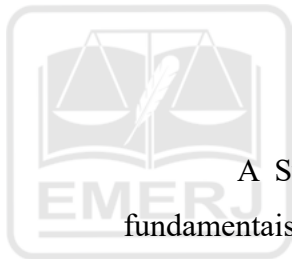
Diante desse contexto emergiu o valor de igualdade, que deu ensejo ao Estado Social e aos direitos fundamentais de 2ª geração, que são os direitos econômicos, sociais e culturais, que demandam uma atuação positiva, que deve observar os direitos prestacionais.

Karel Vasak, inspirado na Revolução Francesa, associou as três primeiras gerações de direitos fundamentais ao famoso lema ‘igualdade, liberdade e fraternidade’.

O valor central da 1ª geração é o de liberdade; o da 2ª geração é o de igualdade; e o da 3ª geração é a fraternidade e está vinculada aos direitos difusos.

<sup>23</sup> A Constituição de 1824 foi a primeira constituição brasileira com uma perspectiva liberal.

<sup>24</sup> A Constituição de 1934, primeira constituição de Getúlio Vargas, foi a primeira constituição social brasileira.



A Suprema Corte brasileira acolhe a posição de que há três gerações de direitos fundamentais, sendo os direitos a elas vinculados um consenso.

Enquanto há concordância jurisprudencial e doutrinária sobre as três primeiras gerações de direitos fundamentais, o mesmo não ocorre nos direitos de 4ª, 5ª e 6ª gerações, a matéria ainda é muito divergentes entre os autores.

O Neoconstitucionalismo consagrou o Estado Democrático de Direito, que busca um meio termo entre a absoluta abstenção do Estado Liberal e o excesso de intervenção do Estado Social. O seu grande marco histórico foi a 2ª guerra mundial e o filosófico foi o pós-positivismo, que avançou em contraponto ao positivismo, usado para fundamentar a legalidade das barbáries praticadas pelo regime nazista.

Nesse diapasão, a dignidade da pessoa humana foi fincada no epicentro hermenêutico e axiológico da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, fato que deu e dá ensejo a novas gerações de direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 instaurou o Estado Democrático de Direito no Brasil e assim como outras constituições ocidentais positivou a dignidade da pessoa humana, que está expressa no artigo 1º, III da CRFB/88<sup>25</sup>, como um dos princípios fundamentais da República.

Além de positivizar o referido princípio a Carta Magna de 88 também constitucionalizou direitos, inclusive, os direitos prestacionais ligados ao desenvolvimento de políticas públicas.

Diante da constitucionalização de direitos; da força normativa da constituição; e do vetor maior hermenêutico sendo a dignidade da pessoa humana, defende-se que todas as normas, inclusive as pragmáticas, contidas no texto constitucional são dotadas de imperatividade e por consequência são autoaplicáveis.

Além disso, o §1º do art. 5º da CRFB/88<sup>26</sup> dispõe que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Os direitos fundamentais promovidos pelo Estado têm uma dimensão objetiva e outra subjetiva; e é a subjetiva que respalda a judicialização dos direitos sociais, uma vez que negar a sua judicialização quando se verifica a violação seria negar que o indivíduo tem direito à educação e à saúde, por exemplo.

Nessa perspectiva, enquanto a Administração Pública usa o argumento da reserva do possível para justificar a ausência de políticas públicas, especificamente ligada a direitos

---

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>26</sup> Ibidem.

sociais, ergue-se, em contraposição, a teoria do mínimo existencial, que se caracteriza por ser o núcleo duro da dignidade da pessoa humana.

Apesar de haver divergência entre os direitos que integram o mínimo existencial, preponderam-se os seguintes direitos: à saúde; à educação; assistência aos desamparados; e o acesso à justiça. Os três primeiros são direitos materiais, que se violados são assegurados pelo acesso à justiça.

Sobre o mínimo existencial o doutrinador Marcelo Novelino<sup>27</sup>:

A expressão mínimo existencial surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953, (...). Deduzido a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. No âmbito dos direitos sociais, Ana Paula de Barcellos (2002) aponta a saúde, a educação, a assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à justiça como direitos integrantes do mínimo existencial e que, por conseguinte, devem ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas.

O Poder Judiciário é legitimado pela própria Constituição Federal para exercer o controle judicial de políticas públicas, que em razão de ação ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, não sejam implementadas de forma satisfatória ao exercício dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Andréia Schneider Nunes Carvalho<sup>28</sup>:

Parte-se do propósito de que não há mais como sustentar o raciocínio de que o papel do juiz se reduz a declarar o direito e a criar a norma individual, sob a proteção da neutralidade e da premissa liberal de que todos são iguais perante a lei. No Estado Constitucional a jurisdição tem o dever de realizar os direitos fundamentais prometidos pela Constituição Federal, de modo a alcançar a igualdade material – concretizada no mundo dos fatos –, e assegurar aos indivíduos as mínimas condições para desfrutarem a liberdade

Assim sendo, quando há manifestação judicial determinando que o ente público implemente algum direito social, não deve prosperar, em nenhuma hipótese, o argumento de ofensa a separação de Poderes, uma vez que o controle judicial é exercido com a finalidade constitucional de proteção de direitos fundamentais.

---

<sup>27</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPoivm, 2019, p. 523.

<sup>28</sup> CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. *Decisão Judicial e Políticas Públicas: limites, controle e medidas judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 60.



Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de conflitos entre os três Poderes da República e a importância do princípio da separação de poderes diante desse cenário. Sem pretender esgotar o tema, foram escolhidas três questões de relevância política e jurídica, que geraram e ainda acarretam discussões na imprensa e nos tribunais, quais sejam, o instituto das imunidades parlamentares e a questão da sua limitação; o alcance hermenêutico do artigo 142 da CRFB/88; e a judicialização de direitos sociais.

Na estrutura de federação brasileira adota-se a divisão funcional do exercício do poder político (tripartição), sem que haja qualquer hierarquia entre os Poderes. Essa divisão funcional somada aos direitos de liberdade e ao princípio fundamental do pluralismo político, que foram alcançados no Estado Democrático, dão ensejo a diversos conflitos, sejam eles ideológicos, interpretativos, etc.

Em que pese a exposição de ideias ser saudável e fortalecer o princípio democrático, é um fato que discussões mais acaloradas podem estremecer os ânimos daqueles que estão como representantes dos Poderes e o princípio da separação de poderes acaba se tornando um termômetro nos cenários de conflitos institucionais. É ele que mede até que ponto cabe a intervenção de um Poder sobre o outro, de modo que haja sempre harmonia.

Deduz-se no primeiro capítulo que as imunidades parlamentares, que são garantias constitucionais conferidas aos congressistas para o livre exercício da função, não podem ser entendidas como cartas de alforria para que eles falem qualquer coisa, em qualquer situação.

O STF ao estabelecer mitigações ao artigo 53 da CRFB/88 interpretou sistematicamente a Constituição Federal, uma vez que uma garantia constitucional não pode ser usada para incitar a ruptura com sistema democrático constitucionalmente previsto, bem como não pode servir de escudo para a violação de outros direitos fundamentais. As imunidades parlamentares são garantias e não privilégios pessoais.

Apesar de a Suprema Corte estar atuando tipicamente nesses casos, a observância a separação de poderes é essencial, já que a garantia da imunidade parlamentar é uma das expressões desse princípio.

A análise prossegue colocando em foco o artigo 142 da CRFB/88, que voltou aos holofotes de uma forma pejorativa. Apesar de existirem as mais diversas opiniões sobre o alcance hermenêutico do referido dispositivo, o fato é que a atuação das Forças Armadas se





destina a defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, ou seja, trata-se de um instrumento republicado de defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

Ademais, a doutrina constitucional contemporânea posiciona-se no sentido de que o Poder Constituinte Originário também encontra barreiras a ilimitabilidade, que são: a consciência jurídica coletiva; a vedação ao retrocesso ou princípio da vedação ao retrocesso; e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, especificamente sobre a barreira de consciência, seria incoerente entender que a atuação das Forças Armadas tenha destino diverso de ser um instrumento de proteção do pacto federativo e conseqüentemente da própria separação de poderes.

No terceiro capítulo, infere-se que quando as políticas públicas forem deficitárias ou omissas, constatada lesão ou violação a direitos fundamentais que formem o mínimo existencial (à saúde; à educação; assistência aos desamparados; e o acesso à justiça), o Poder Judiciário deve intervir, se acionado, uma vez que a sua legitimidade é conferida pela própria Constituição Federal.

Em que pese ser função típica do Poder Executivo a promoção de políticas públicas, a Administração Pública poderá ser compelida pelo Poder Judiciário a implementar direitos à saúde, à educação e assistência aos desamparados, sem que haja violação ao princípio da separação de poderes. O argumento da reserva do possível não deve prosperar diante da teoria do mínimo existencial.

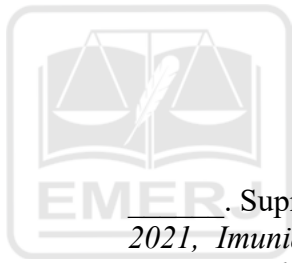
Conclui-se, portanto, que independentemente do motivo do conflito, de quais Poderes estão envolvidos no embate, o princípio da separação de poderes está lá, como protagonista, temperando a dinâmica de freios e contrapesos.

## REFERÊNCIA

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1642310 / DF (2016/0264000-5)*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602640005&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AP nº 470*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 25 out. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo, edição 1006/2021, de 15 a 19 de fevereiro de 2021, Imunidade parlamentar e afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de Poderes – Inq 4781 Ref.* Data de divulgação em 01 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *INQ n° 4781.* Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 25 out. 2021.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. *Decisão Judicial e Políticas Públicas. Limites, controle e medidas judiciais.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional.* Disponível em: <[www.guilhermepenademoraes.com.br](http://www.guilhermepenademoraes.com.br)>. Acesso em: 01 ago. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Minha interpretação do artigo 142 da Constituição Federal.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/ives-gandra-minha-interpretacao-artigo-142-constituicao>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: JusPoivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/senso-incomum-interpretacoes-equivocadas-intervencao-militar>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

## ANÁLISE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DO CONDENADO APÓS ALTERAÇÕES DO ART. 9-A DA LEI Nº 7.210/84 PELO PACOTE ANTICRIME

Corina Pitombo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.  
Advogada.

**Resumo** – As modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/19 no art. 9-A da Lei nº 7.210/84 intensificaram controvérsias que já existiam na doutrina em relação à constitucionalidade da identificação criminal durante a execução penal. O objetivo da pesquisa consiste em expor argumentos pelos quais deve ser declarada a inconstitucionalidade do supracitado art. 9-A, em virtude de violações à garantias e direitos fundamentais dos condenados, além dos princípios norteadores da execução penal, partindo da atecnia do *caput* do dispositivo em razão de veto pelo Poder Executivo, passando pela utilização do material genético com finalidade probatória e finalizando com a nova hipótese de falta grave em razão da recusa do preso em fornecê-lo. Para a construção do raciocínio, apresenta-se as controvérsias sobre o tema, os entendimentos jurisprudenciais e possíveis soluções para a adequação do dispositivo ao ordenamento jurídico pátrio.

**Palavras-chave** – Direito processual penal. Execução Penal. Identificação do perfil genético do condenado. Alterações do pacote anticrime.

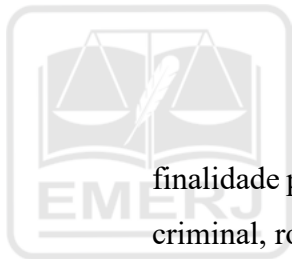
**Sumário** – Introdução. 1. A atecnia do veto do *caput* pelo Executivo: extirpação da norma de conduta e manutenção das sanções. 2. Da inconstitucionalidade da inovação introduzida pelo pacote anticrime no que tange à utilização do material genético com finalidade probatória. 3. Recusa do preso tipificada como falta grave: há violação ao direito do preso de não produzir provas contra si mesmo? Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar alguns aspectos relativos à identificação do perfil genético do condenado, mais especificamente no que tange às modificações do artigo 9-A da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) introduzidas pela Lei nº 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, levando-se em consideração os direitos e garantias fundamentais dos condenados, além dos princípios constitucionais norteadores da execução penal.

Busca-se esclarecer que a Lei nº 12.037/09 veio com o escopo de disciplinar a identificação criminal, estabelecendo os métodos datiloscópico e fotográfico. Em 2012, foi alterada pela Lei nº 12.654, que incluiu o art. 9-A da LEP, inserindo a coleta de material biológico para identificação de perfil genético, gerando críticas doutrinárias acerca da inconstitucionalidade da alteração em virtude de violação à garantia da não autoincriminação.

É importante destacar que o material genético seria utilizado apenas para fins de identificação criminal. No entanto, a Lei Anticrime alterou novamente a matéria, explicitando uma



finalidade probatória, fato que acirrou o debate acerca da inconstitucionalidade da identificação criminal, robustecendo a controvérsia a respeito da segurança jurídica.

Ademais, a coleta de material biológico foi alterada de forma a esmiuçar o procedimento e, sobretudo, estabelecer que a recusa do apenado em se submeter a este método resultaria em falta grave, fato que gerou diversas críticas não só acerca da violação do direito do preso de não produzir provas contra si mesmo, como também em relação às diversas consequências negativas ao apenado.

É importante destacar que havia ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 9-A da Lei de Execução Penal. No entanto, com as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019, houve veto pela Presidência da República em relação ao *caput* do dispositivo, razão pela qual a referida ação teve seu objeto de análise prejudicado.

Assim, o primeiro capítulo pretende discutir a existência de atecnia no art. 9-A da Lei de Execução Penal após o veto do *caput* pelo Poder Executivo durante o processo legislativo de criação da Lei nº 13.964/19. Observa-se que o preceito primário, referente à conduta, foi retirado do dispositivo, mantendo-se as sanções, fato que se demonstra contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não é admitida a existência de penalidades sem que haja uma regra de conduta correspondente.

No segundo capítulo é analisado se há inconstitucionalidade na utilização do material genético do condenado com finalidade probatória. Defende-se que há violação às garantias da intimidade e da dignidade da pessoa humana, além do entendimento dos tribunais superiores sobre o tema, destacando a possibilidade de o STF fazer uma interpretação conforme à Constituição para dirimir a controvérsia.

Por fim, no terceiro capítulo, sustenta-se que a tipificação da recusa do condenado em se submeter à coleta de material biológico viola a garantia da não autoincriminação, além de resultar em diversas consequências negativas aos presos em sede de execução penal, como a perda de benefícios e, conseqüentemente, um maior tempo de encarceramento, por exemplo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende chegar a uma conclusão sobre o conflito em questão, utilizando-se de dados a partir de pesquisa bibliográfica de material publicado, composto de livros e material disponibilizado na internet. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, tendo em vista que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a sua tese.



Nesse contexto, pretende-se analisar a identificação do perfil genético do condenado e as alterações recentes sobre a matéria, utilizando o entendimento dos tribunais superiores e as críticas doutrinárias acerca do tema, a fim de expor argumentos pelos quais deve ser discutida a inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei de Execução Penal, em virtude de violações a garantias e direitos fundamentais dos presos.

## 1. A ATECNIA DO VETO DO *CAPUT* PELO EXECUTIVO: EXTIRPAÇÃO DA NORMA DE CONDUTA E MANUTENÇÃO DAS SANÇÕES

A Lei nº 13.964/19<sup>1</sup> introduziu diversas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, modificando o Código Penal, o Código de Processo Penal e diversas leis penais especiais, como a Lei de Execução Penal<sup>2</sup>, por exemplo, cujo artigo 9-A será objeto de análise deste trabalho. Deve-se observar que tais modificações não só geraram novas discussões como também intensificaram controvérsias e críticas doutrinárias já existentes sobre o tema.

A primeira crítica diz respeito ao veto promovido pelo Presidente da República ao *caput* do art. 9-A da Lei nº 7.210/84<sup>3</sup>. Inicialmente, deve-se lembrar que o veto é modalidade de controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Executivo, que se dá quando há discordância do Presidente da República com determinado projeto de lei aprovado pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional, previsto no art. 66 da CRFB/88<sup>4</sup> e no Regimento Comum do Congresso Nacional.<sup>5</sup>

Trata-se de veto político, na medida em que nas razões do veto afirma-se que a modificação seria contrária ao interesse público, por não prever essa possibilidade para todos os condenados por crimes hediondos.<sup>6</sup>

Observa-se que o Poder Executivo vetou o *caput* do art. 9-A da Lei de Execução Penal<sup>7</sup>, que trazia uma regra de conduta, qual seja a obrigatoriedade de identificação do perfil

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2021.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Regimento comum: *Resolução nº 1, de 1970-CN* (texto consolidado até janeiro de 2019) e normas conexas. – 2. ed., rev. e atual. – Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/567297/Regimento\\_comum.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/567297/Regimento_comum.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 726*, de 24.12.2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm) Acesso em: 20 jun. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



genético do condenado nas hipóteses de crimes dolosos com violência e crimes hediondos, mantendo, no entanto, os parágrafos, que se destinam a impor as sanções, esvaziando-se o referido dispositivo legal.

Tal conduta é contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que este não admite a imposição de penalidades sem que haja uma norma de conduta correspondente. O fato é que o *caput* dos dispositivos normalmente corresponde ao preceito primário, o qual deve descrever a infração penal com objetividade, clareza e precisão, enquanto os parágrafos têm a função de excepcionar ou detalhar as regras estabelecidas no *caput*.

É importante destacar, que o princípio da legalidade é formado por diversos subprincípios, dentre os quais está a vedação à normas penais vagas, imprecisas ou indeterminadas. O fato é que, antes da modificação, o dispositivo já era criticado por diversos autores em razão da obrigatoriedade de fornecimento de material genético, havendo discussão sobre o tema no Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário com repercussão geral.<sup>8</sup>

Marcos Paulo Dutra Santos<sup>9</sup>, defensor público no Estado do Rio de Janeiro, explica que o Supremo Tribunal Federal poderia ter entendido pela constitucionalidade do referido artigo, a partir de uma interpretação conforme à Constituição, uma vez que o texto original dizia que a coleta se daria por meio de técnica adequada e indolor, bastando adequar a esta técnica um procedimento evasivo, que demandasse uma postura passiva do condenado [informação verbal].

Isso, porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>, no que tange à garantia da não autoincriminação, decidiu pela impossibilidade de utilização de métodos invasivos, como compelir uma pessoa a coletar sangue e métodos evasivos que exijam uma conduta ativa do condenado, como assoprar um bafômetro, por exemplo. Assim, o melhor cenário seria adequar o dispositivo ao entendimento adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob pena de violação aos direitos dos condenados.

No entanto, o referido autor<sup>11</sup> destaca que a partir do momento em que o dispositivo não mais existe, a Ação Direta de Inconstitucionalidade teve seu objeto de análise prejudicado.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno. RE nº 97383*. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018> Acesso em: 07 mai. 2021.

<sup>9</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Episódio 25 do Supremocast*. Disponível em: <https://blog.supremotv.com.br/supremocast-lei-anticrime-inconstitucionalidades-e-incongruencias/> Acesso em: 09 jun. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 71373*, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do STF, DJ 22-11-1996 e BRASIL, STF. *Rel 2040 QO*, Rel. Min. Néri da Silveria, Pleno do STF, DJ 27-06-2003.

<sup>11</sup> SANTOS, op. cit., nota 9.



Esclarece, ainda, que não se pode pretender repriminar uma regra atentatória aos direitos do apenado [informação verbal].

Segundo o professor Renato Brasileiro de Lima<sup>12</sup>:

[...] o Supremo já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA. Todavia, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (v.g., exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão). Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do perfil genético: desde que o acusado não seja compelido praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco a se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a coleta de material biológico para a obtenção de seu perfil genético.

Assim, deve-se observar que há a necessidade de aprimorar e modernizar os mecanismos de investigação criminal brasileiros, respeitando-se, contudo, os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Ora, a alteração do *caput* do art. 9-A ignora temas que estão pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e busca ampliar o alcance do cadastro de perfil genético dos condenados, sem atentar para princípios e garantias constitucionais que serão melhor abordados nos próximos capítulos, como a garantia da não autoincriminação e os princípios da intimidade e dignidade da pessoa humana.

## 2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELO PACOTE ANTICRIME NO QUE TANGE À UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO COM FINALIDADE PROBATÓRIA

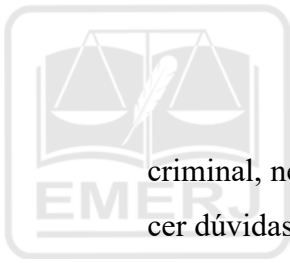
Inicialmente, cumpre contextualizar que com a entrada em vigor da lei 12.654/12<sup>13</sup>, que modificou o art. 9-A, da Lei de Execução Penal<sup>14</sup>, a identificação do perfil genético dos condenados por crime praticado dolosamente, com grave violência contra a pessoa ou por crimes hediondos, passou a ser obrigatória e feita por meio de extração de DNA, devendo, necessariamente, ser utilizada técnica indolor e adequada para tanto.

É importante esclarecer que a identificação criminal, na fase de execução da pena, tem como finalidade principal abastecer banco de dados sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo, podendo servir para investigação futura, o que será criticado. Assim, a identificação

<sup>12</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 129-130.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 12.654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.



criminal, neste momento, não serve para subsidiar investigações penais em curso nem esclarecer dúvidas advindas da identificação civil.

Já no que tange à coleta de perfil genético durante a fase de investigação policial, devem ser observadas as regras constantes na Lei 12.037/09<sup>15</sup>, que dispõe sobre a identificação criminal de civis, permitindo a extração de material genético quando for de caráter essencial para as investigações, devendo, contudo, haver decisão judicial fundamentada.

Rogério Sanches Cunha<sup>16</sup> destaca que há duas possibilidades nas quais são permitidas a coleta de material genético: identificação genética determinada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, seguindo as disposições previstas na Lei 12.037/09 e a coleta de material genético dos presos com condenação definitiva por crime doloso com violência grave contra a pessoa ou por crime hediondo. Deve-se observar que o art. 5º, LVIII da Constituição Federal<sup>17</sup> veda a identificação criminal da pessoa civilmente identificada, ressalvando tais hipóteses.

É importante destacar que o material genético seria utilizado apenas para fins de identificação criminal. No entanto, a Lei Anticrime<sup>18</sup> alterou novamente a matéria, explicitando uma finalidade probatória, fato que acirrou o debate acerca da inconstitucionalidade da identificação criminal, robustecendo a controvérsia a respeito da segurança jurídica.

O §4º do art. 9-A da Lei de Execução Penal<sup>19</sup>, inserido pelo Pacote Anticrime, dispõe que o condenado pelos crimes previstos no *caput* do citado artigo que não tenha sido submetido à identificação do perfil genético antes de entrar no sistema prisional, deverá ser submetido à coleta durante o cumprimento da pena.

Neste ponto, a divergência que já havia na doutrina foi acirrada, uma vez que a identificação criminal, que já era criticada, passou a ser retroativa. Professores como Aury Lopes Jr<sup>20</sup>, Lênio Streck<sup>21</sup>, Marcos Paulo Dutra<sup>22</sup>, por exemplo, entendem que a inovação é inconsti-

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2021.

<sup>16</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador. Editora JusPodvm, 2020. p. 342.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

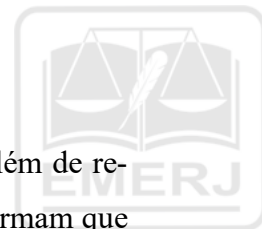
<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>20</sup> LOPES JUNIOR., Aury. Lei 12.654/2.012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, jul. 2012.

<sup>21</sup> STRECK, Lênio Luiz. O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

<sup>22</sup> SANTOS, op. cit., nota 9.





tucional, destacando que configura norma que remonta ao direito penal do autor, além de relembrar o conceito de criminoso nato proposto por Enrico Ferri, razão pela qual afirmam que viola a segurança jurídica, a garantia da não autoincriminação, dentre outros.

Outra crítica a ser levantada neste ponto é o fato de que a inovação legislativa afeta condenados já em cumprimento de pena, que serão obrigados a oferecer seu material genético retroativamente para alimentar banco de dados. É questionável a validade do dispositivo, na medida em que uma lei nova estaria afetando negativamente pessoas já condenadas. O professor Fernando Capez<sup>23</sup> destaca que, “de forma objetiva, a lei afronta o princípio da segurança jurídica, que garante que uma lei não poderia retroagir para prejudicar o réu/apenado [...]”.

Há autores que destacam, ainda, que a modificação não leva em conta a necessidade de despacho da autoridade judiciária, conforme ensina Guilherme Madeira Dezem<sup>24</sup>:

[...] No entanto, há um problema que neste aspecto torna a lei inconstitucional: a regra constitucional continua sendo a de que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. Ou seja, a regra é a não identificação criminal quando houver a identificação civil. Deve, ao nosso ver, ser interpretado como não podendo haver de maneira automática a coleta deste material, bem como excluir, em regra, o civilmente identificado dela.

Contudo, há autores, como Rogério Sanches<sup>25</sup>, Cleber Masson e Vinicius Marçal<sup>26</sup>, que entendem pela legalidade e constitucionalidade da medida, destacando que seria eficiente ao combate da criminalidade e já foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Cleber Masson e Vinicius Marçal<sup>27</sup> destacam que:

Encampamos amplamente a crítica feita à demasiada extensão que se tem dado em nosso país ao direito ao silêncio, que, em verdade, deve ficar restrito aos lindes do direito de não ser obrigado a se autodeclarar culpado (não depor contra si) e servir como uma garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas, o que não é o caso, particularmente, das modalidades de identificação criminal. Por essa razão, rechaçamos a pecha de que a identificação criminal – em qualquer de suas modalidades (fotográfica, datiloscópica e pelo perfil genético) – confronta com o brocardo *nemo tenetur se detegere*.

É interessante observar que, neste ponto, as instituições possuem entendimentos divergentes. Os membros do Ministério Público têm a tendência a considerar a medida constitucional e válida, enquanto os membros da Defensoria Pública entendem pela violação a princípios e

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21, Ed, São Paulo, Saraiva, 2014. p. 683.

<sup>24</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. DE SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 151/152.

<sup>25</sup> CUNHA, op. cit., nota 16. p. 344.

<sup>26</sup> MASSOM, Cleber. MARÇAL, Vinicius. *A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio*. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-hiperbole-do-direito-ao-silencio/#\\_ftnref20](http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-hiperbole-do-direito-ao-silencio/#_ftnref20) Acesso em: 06 mar. 2021.

<sup>27</sup> Ibid.



garantias constitucionais importantes, principalmente, a garantia do preso de não produzir provas contra si mesmo, conhecida como “*nemur tenetur se detegere*.”

A primeira corrente apresentada parece mais adequada, uma vez que busca privilegiar princípios e garantias fundamentais dos apenados, que não podem ser deixadas de lado em um Estado Democrático de Direito. Isso porque, a garantia da não auto incriminação, a inviolabilidade corporal e a presunção de inocência são garantidos não só pelo art. 5º, LXII e LVII da Constituição Federal<sup>28</sup> como também pelos art. 8,2, “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>29</sup> e art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU<sup>30</sup>. Deve-se observar, ainda, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, conforme preconiza o art. 1º, III da CRFB.<sup>31</sup>

Sobre o tema, as professoras Soraia Mendes e Ana Maria Martínez<sup>32</sup> ensinam que:

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, em seu artigo 14, 3, g, e o Pacto de San Jose da Costa Rica, no artigo 8º, 2, g, tutelam o princípio da não autoincriminação, portanto, recordando que as pessoas presas também são titulares de garantias, de modo que a identificação forçada viola o direito de não produzir provas contra si mesmo. [...]

É importante destacar que a coleta compulsória e retroativa de material genético viola também o princípio da especialidade da prova, uma vez que autoriza a utilização do material genético em ações penais e investigações que não tem qualquer vínculo com o processo no qual foi obtida a prova. O professor Aury Lopes Junior<sup>33</sup> explica que: “[...] a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso penal e o material poderá ser utilizado até a prescrição (daquele crime). [...] o uso está relacionado a este crime e a disponibilidade temporalmente regulada pela prescrição”.

O professor<sup>34</sup> segue explicando brilhantemente que:

à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 08 mar. 21.

<sup>30</sup> BRASIL. Decreto 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 08 mar. 2021.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>32</sup> MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964*. Atlas: São Paulo, 2020. Pág. 173.

<sup>33</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 436-437.

<sup>34</sup> Ibid.



É imprescindível verificar que a conduta de recolher material genético em uma cena de crime ao longo de uma investigação policial é completamente diferente da conduta de colher material genético de forma compulsória, com o fim de obrigar o condenado a oferecer prova contra si mesmo, violando os princípios e garantias supracitados aos quais tem direito. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, tem jurisprudência no sentido de que é inconstitucional a extração obrigatória de DNA, afastando a incidência do art. 9-A da Lei de Execução Penal.<sup>35</sup>

Nesse contexto, defende-se a concepção segundo a qual a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético deve, obrigatoriamente, ser lida à luz do princípio da vedação à autoincriminação e dos demais princípios citados, de forma que, em caso de haver recusa do condenado, não há a possibilidade de ser obrigado a fornecer, em razão do princípio da presunção de inocência, devendo o órgão ministerial produzir provas que evidenciem a autoria e materialidade.

### 3. A RECUSA NO FORNECIMENTO DE MATERIAL GENÉTICO TIPIFICADA COMO FALTA GRAVE: HÁ VIOLAÇÃO AO DIREITO DO PRESO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO?

A Lei 13.964/19<sup>36</sup>, acrescentou também o §8º ao art. 9-A e modificou o art. 50 da Lei de Execuções Penais<sup>37</sup>, inserindo o inciso VIII, segundo os quais a recusa pelo apenado em fornecer seu material genético enseja a caracterização de falta grave. A nova hipótese de falta grave configura, nitidamente, violação ao direito do preso de não produzir provas contra si mesmo, conforme será observado a seguir.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

É importante destacar que, neste tema, a divergência entre Promotores e Defensores Públicos não mais existe de forma latente, uma vez que é mais corriqueiro achar posicionamen-

<sup>35</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>36</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>37</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.



tos de membros do Ministério Público pela inconstitucionalidade da medida. O professor Rogério Sanches Cunha<sup>38</sup>, por exemplo, promotor de justiça do Estado de São Paulo, critica a punição com falta grave nestes casos, sustentando parecer inconstitucional e inconveniente por ferir o direito da pessoa presa de não produzir prova contra si mesma, sua integridade física e privacidade.

É imprescindível observar que há uma situação na qual o apenado será punido por exercer um direito constitucional, o que não parece razoável. Além disso, a caracterização de falta grave enseja severas consequências que irão repercutir na execução penal, como a interrupção da contagem de prazo para progressão de regime, a regressão, a revogação de até um terço do tempo remido por trabalho, a perda do direito de saída temporária, livramento condicional, dentre outros reflexos.

Tais reflexos, certamente, aumentarão, e muito, o tempo de encarceramento daqueles selecionados pelo sistema penal, incrementando a política denominada de encarceramento em massa, estudada pela criminologia. Deve-se destacar, neste ponto, texto feito pela Coalisão Negra de Direitos, publicado em livro elaborado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre o Pacote Anticrime<sup>39</sup>, segundo o qual:

A punição com falta grave pela negativa de coleta de material genético e o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, íris, face, voz etc. têm públicos-alvo definidos. Pessoas negras, preferencialmente jovens, são aquelas e aqueles que inauguram o mais nefasto período no que se refere aos resquícios de estigmatização com o pensamento de Cesare Lombroso, o qual no século XIX taxava de criminoso/delinquente através de suas características físicas e acreditava ser possível definir os caracteres morfológicos e comportamentais dos “criminosos natos” propensos à prática de crimes.

É importante observar que impor uma pessoa condenada criminalmente a disponibilizar seu DNA para um banco de dados afronta diversos direitos fundamentais, como o direito à intimidade, o direito à integridade física, o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo, princípios analisados no capítulo anterior.

O fato é que, conforme explica Adriana Espíndola Corrêa<sup>40</sup>, as informações genéticas são dados pessoais, razão pela qual integram a esfera da intimidade, protegida pelos direitos da personalidade. Explica a autora que, de tal qualificação “emergem duas questões: a exigência

<sup>38</sup> CUNHA, op. cit., nota 16. p. 343.

<sup>39</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: pacote "anticrime": a visão da Defensoria Pública*. Centro de Estudos Jurídicos, Coordenação de Defesa Criminal, 2020. Disponível em: <87b9030aeb6a4cca8dae4fc6c822d347.pdf>. Acesso em: 9 mar.2021.

<sup>40</sup> CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, p. 6/7. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19426/Tese\\_Adriana\\_Correa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Acesso em: 16 jun. 21.



do consentimento da pessoa de quem serão coletados os dados genéticos e a centralidade da garantia de confidencialidade.”

Assim, a obrigatoriedade de fornecer material genético, sob pena de incorrer em falta grave configura um retrocesso ao Estado Democrático de Direito, parecendo haver inconstitucionalidade clara na modificação introduzida pelo Pacote Anticrime, que acaba por recrudescer as penas e aumentar o tempo de encarceramento sem que haja políticas públicas paralelas capazes de garantir o funcionamento do sistema, incorrendo em violação de direitos e garantias fundamentais dos condenados.

Da mesma forma, entende o professor e defensor público, Marcos Paulo Dutra Santos,<sup>41</sup> que esclarece em um episódio de podcast, que a falta grave pela negativa de fornecimento de material genético é inconstitucional, atentando contra a proporcionalidade, razão pela qual sustenta haver manifesto excesso legislativo, ainda mais quando se observa a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema. [informação verbal]

Desse modo, demonstra-se patente a violação de direitos da medida ora analisada, revelando-se inadequada. Uma melhor alternativa poderia se dar com a concessão de benesses aos presos que optassem e consentissem em fornecer material genético para o abastecimento dos bancos de dados. Ora, a própria Lei de Execuções Penais, em sua subseção III, trata das sanções e recompensas, quando houver bom comportamento do preso, o que poderia ser adaptado para a matéria relativa à identificação criminal.

Tal alternativa se mostra em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que admite, no processo civil, por exemplo, as denominadas sanções premiais. Como visto, é também compatível com o processo penal, respeitando todas as garantias e direitos fundamentais dos condenados, dando ensejo a produção de uma prova de fato lícita.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo propor uma análise crítica de questões polêmicas modificadas pelo Pacote Anticrime no que tange à identificação do perfil genético dos condenados previstas no art. 9-A da Lei de Execuções Penais, trazendo as principais controvérsias sobre o tema. De um lado, verifica-se que parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade do referido artigo, enquanto outros doutrinadores entendem pela sua validade e compatibilidade

---

<sup>41</sup> SANTOS, op. cit., nota 9.



com o ordenamento jurídico, havendo, inclusive, questões pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Analisou-se que, durante o processo legislativo, o *caput* do dispositivo foi vetado pelo Poder Executivo, resultando em uma ausência de técnica, uma vez que, como explanado, o preceito primário, referente à conduta, foi retirado do dispositivo, mantendo-se as sanções, contrariando o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não é admitida a existência de penalidades sem que haja uma regra de conduta correspondente. O resultado do veto viola, ainda, o subprincípio do princípio da legalidade segundo o qual é vedada a criação de normas penais vagas, imprecisas ou indeterminadas.

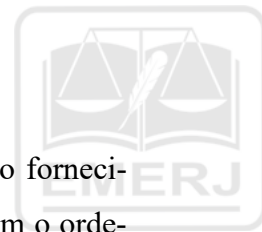
Neste ponto, foi apresentada como solução a ponderação do professor Marcos Paulo Dutra Santos, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal poderia ter realizado interpretação conforme à Constituição em relação ao dispositivo, uma vez que o texto original dizia que a coleta se daria por meio de técnica adequada e indolor, bastando adequar a esta técnica um procedimento evasivo, que demandasse uma postura passiva do condenado, adequando o dispositivo ao entendimento adotado pela Corte sobre o tema.

Em seguida, foi analisada a controvérsia no que tange a utilização do material genético coletado para fins de identificação criminal com finalidade probatória e a compulsoriedade no fornecimento, chegando-se à conclusão de que, não obstante a divergência na doutrina, o melhor entendimento é aquele que se coaduna com a manutenção dos importantes princípios e garantias constitucionais conferidos às pessoas presas.

Sustentou-se que a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético deve, obrigatoriamente, ser lida à luz da garantia da não autoincriminação, da inviolabilidade corporal, do princípio da presunção de inocência, da especialidade da prova, da intimidade, dentre outros, que são imprescindíveis ao processo penal de um Estado Democrático de Direito e garantidos pela Constituição Federal e pela normativa internacional, de forma que, em caso de haver recusa do condenado, não haveria a possibilidade de coleta compulsória.

Por fim, houve a análise de nova modalidade de falta grave introduzida pelo Pacote Anticrime quando houver recusa do condenado em fornecer seu material genético, na qual ficou latente a sua inconstitucionalidade, uma vez que não só tem o condão de trazer diversas consequências negativas aos presos, aumentando significativamente o tempo de encarceramento, conforme explanado, como também impõe punição ao apenado que optar por exercer um direito que lhe é constitucionalmente assegurado, o que, certamente, não parece razoável.

Em relação a esta problemática, foi proposta alternativa no sentido de que poderia ser alterada a subseção III da Lei de Execuções Penais, que trata de sanções e recompensas aos



presos, para inserir a concessão de alguma benesse àqueles que consentirem com o fornecimento de seu material genético, com a finalidade de compatibilizar o dispositivo com o ordenamento jurídico pátrio e garantir a realização de uma prova lícita e legítima.

Nesse contexto, a pesquisa buscou trazer alguns motivos pelos quais o art. 9-A da Lei de Execuções Penais deve ter sua constitucionalidade questionada e, posteriormente, declarada a inconstitucionalidade dos §4 e §8, além da necessidade de ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal a técnica de interpretação conforme a constituição no que tange ao *caput* do dispositivo.

Isso porque, a pesquisa constatou que há a necessidade de aprimorar e modernizar os mecanismos de investigação criminal brasileiros, respeitando-se, contudo, os limites impostos pelo ordenamento jurídico e que a Lei nº 13.964/19 acabou por recrudescer penas e aumentar o tempo de encarceramento sem que haja políticas públicas paralelas capazes de garantir o funcionamento do sistema penal, incorrendo em violação de direitos e garantias fundamentais dos condenados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 6 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 28 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.037*, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm)>. Acesso em: 2 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Pleno. RE nº 97383*. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018> Acesso em: 07 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 71373*, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do STF, DJ 22-11-1996 e BRASIL, STF. Rcl 2040 QO, Rel. Min. Néri da Silveria, Pleno do STF, DJ 27-06-2003.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravos em Execução Penal* sob números originários: 1.0024.07.521170-6/001, 0339962-32.2014.8.13.0000 e 10144130018064001. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=524AFB18C032D655216D914148954640.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.521170-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=524AFB18C032D655216D914148954640.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.521170-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 14 set. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.654/2012 (coleta de material biológico do investigado ou condenado)*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CONJUR, *STJ admite coleta de material genético para identificação criminal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/stj-admite-coleta-material-genetico-identificacao-criminal>> Acesso em: 6 mar. 2021.

CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19426/Tese\\_Adriana\\_Correa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Acesso em: 14 jul. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador. Editora JusPodvm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3 ed. Salvador: Jus Podvm, 2015.

LOPES JUNIOR., Aury. *Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?* In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Projeto "anticrime" e Banco Nacional de Perfil Genético: nem tudo que reluz é ouro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policial-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. *A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hiperbole do Direito ao Silêncio*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-hiperbole-do-direito-ao-silencio/>>. Acesso em: 6. mar. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964*. Atlas: São Paulo, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 08 jun 2021.





Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública. *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: pacote "anticrime": a visão da Defensoria Pública* / Organização: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos, Coordenação de Defesa Criminal - Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <87b9030aeb6a4cca8dae4fc6c822d347.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

\_\_\_\_\_. *Episódio 25 do Supremocast*. Disponível em: [https://blog.supremotv.com.br/supremocast-lei-anticrime-inconstitucionalidades-e incongruencias/](https://blog.supremotv.com.br/supremocast-lei-anticrime-inconstitucionalidades-e-incongruencias/) Acesso em: 09 jun. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. *O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 9 mar. 2021.



## A CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DA VACINA CONTRA O NOVO CORONAVÍRUS

Daniela Castro Vianna Teixeira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada.

**Resumo** – no início de 2020, a pandemia do novo Coronavírus desembarcou no país e desencadeou uma crise na saúde pública jamais vista no país. Com isso, diversas medidas adotadas pelo Governo, no enfrentamento à crise, entraram em discussão. Nesse sentido, surgiram dúvidas em relação à constitucionalidade dos instrumentos empregados no combate à pandemia, como a obrigatoriedade da vacinação, a adoção do passaporte da vacina, bem como a constitucionalidade da Lei nº 13.979/20. Considerando esse cenário assustador causado pela pandemia, a presente pesquisa visa à análise da constitucionalidade dos mecanismos que restringem a liberdade individual da população em contraponto ao princípio da saúde coletiva. Para tanto, analisa-se a compatibilidade da Lei nº 13.979/20 e do ordenamento jurídico como ferramenta hábil para conter os avanços do vírus da Covid-19.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Coronavírus. Vacina Covid-19. Vacinação Obrigatória.

**Sumário** – Introdução. 1. A controversa constitucionalidade da obrigatoriedade da vacinação contra o novo coronavírus em razão da promulgação da Lei n 13.979/20. 2. A constitucionalidade da implementação do novo passaporte de vacinação: uma decisão pautada na Constituição brasileira. 3. O novo coronavírus e a aplicação do Direito Administrativo no combate à pandemia: a busca pelos instrumentos necessários à contenção da propagação do vírus no ordenamento jurídico vigente. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir sobre a temática da obrigatoriedade da aplicação em massa da vacina contra o novo coronavírus, levando em consideração o momento em que vive o país, em que a desinformação reina e as notícias carecem de veracidade, o trabalho pretende analisar as bases legais com as informações científicas disponíveis sobre o tema.

No final de 2019, o mundo foi surpreendido por uma nova doença respiratória, a SARS-COV-2, identificada primeiramente na cidade de Wuhan, na China, e que em pouco tempo fez com que a Organização Mundial de Saúde declarasse a pandemia do novo coronavírus.



Durante o ano de 2020, o mundo se viu na busca por uma ferramenta hábil que fosse capaz de frear o vírus, o que desencadeou uma corrida para que os principais laboratórios ao redor do mundo começassem as pesquisas para elaborar uma nova vacina, em tempo recorde.

Com a pandemia crescendo no país, a boa notícia chegou: os laboratórios lançaram as novas vacinas. Porém, a falta de transparência em relação à eficácia e reações adversas, aliadas as poucas informações que se tem sobre a resposta imunológica da vacina, gerou insegurança na população mais conservadora, que acabará sendo exposta a uma vacinação em massa.

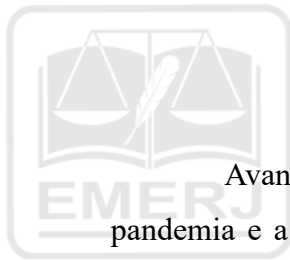
Certamente, o assunto é polêmico por si só, uma vez que as vacinas são capazes de salvar diversas vidas. Contudo, além do cenário entristecedor que a população enfrenta, ainda se faz necessário lidar com o momento que vive o país, em que desavenças políticas e *fake news* ocupam o espaço das informações científicas que realmente são importantes e que deveriam chegar aos cidadãos sem serem deturpadas ou mal interpretadas propositalmente.

Assim sendo, o debate acerca da obrigatoriedade legal da aplicação de uma vacina de primeira geração contra o vírus surge como uma forma de analisar os direitos da população, quando a questão é decidir ou não pela vacinação, e se há, na verdade, o direito de escolha.

De forma a elucidar o tema, apresenta-se os dispositivos que permeiam a legislação brasileira e que podem ser acionados em caso de obrigatoriedade de aplicação da vacina, enquanto se demonstra o contrapeso aos direitos humanos, à dignidade, dentre outros preconizados na legislação.

É possível perceber que o tema extrapola a temática da saúde, pois o assunto já foi submetido ao Poder Judiciário, quando da análise do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria – o que de forma alguma inviabiliza o presente trabalho, e sim permite abordar outros temas, como a consequência jurídica gerada pela obrigatoriedade da aplicação em massa da vacina.

Para tanto, o primeiro capítulo tratará sobre a obrigatoriedade legal da vacinação, abordando a questão sob a ótica dos princípios da liberdade individual em detrimento do ideal da saúde pública, levando-se em consideração a exposição da população que será submetida a uma aplicação em massa de uma vacina de primeira geração, em que as respostas imunológicas ainda são mal compreendidas.



Avança-se com a pesquisa no segundo capítulo para tratar sobre a atual etapa da pandemia e a constitucionalidade do novo desdobramento dos governos estaduais, que têm adotado, conforme o avanço da vacinação, o passaporte de vacinação, cujo objetivo é restringir a circulação de pessoas não vacinadas, levando-se em consideração a gradual retomada e consequente flexibilização de diversas atividades econômicas e da vida social.

Por fim, o terceiro capítulo busca demonstrar que ao lado da necessidade de pesquisas científicas que busquem controlar o avanço e a disseminação do vírus da Covid-19, é também necessário que o Poder Público adote mecanismos capazes de prevenir e controlar a pandemia no país, solidificando, assim, o entendimento de que o Direito Administrativo também possui instrumentos capazes de enfrentar a crise na saúde pública.

Em relação à metodologia da presente pesquisa, esta será desenvolvida adotando-se o método qualitativo, explicativo e bibliográfico, uma vez que o pesquisador pretende analisar os dados informados em pesquisas e artigos sobre o tema, bem como com a coleta de dados reais sobre a pandemia, com o propósito de analisar as causas e consequências dos fatos investigados e encontrar as respostas para as questões ou hipóteses formuladas, de forma argumentativa.

Dessa forma, o questionamento do objeto desta pesquisa jurídica se valerá, necessariamente, da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e listada na fase explicativa da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar os argumentos apresentados durante a tese.

## 1. A CONTROVERSA CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO CONTRA O NOVO CORONAVÍRUS EM RAZÃO DA PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 13.979/20

Em março de 2021, a pandemia do novo coronavírus completou um ano, desde que o descontrole global da doença foi anunciado pela OMS<sup>1</sup>, em março de 2020. Ocorre que, na contramão do que acontece atualmente no cenário mundial, a crise no país se agrava a cada dia, com uma média de quase 4 mil mortes diárias<sup>2</sup>, além de quase 100 mil novos casos por

<sup>1</sup>OMS. *WHO statement on cases of COVID-19 surpassing 100 000*. Disponível em: <<https://www.who.int/news/item/07-03-2020-who-statement-on-cases-of-covid-19-surpassing-100-000>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>2</sup>BRASIL registra quase 4 mil mortes por Covid no dia e fecha pior mês da pandemia com 66,8 mil óbitos. G1. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/31/brasil-registra-quase-4->

dia da doença, sem levar em consideração a sabida subnotificação, que acabaria por elevar os números da doença no país.

No caminho oposto do Brasil, que no início deste ano foi considerado o epicentro da doença, o resto do mundo vê a pandemia perder forças em 2021<sup>3</sup>, já que os protocolos de saúde como um todo puderam ser melhorados, graças a *expertise* adquirida em um ano, somada às campanhas de isolamento social, higiene, uso de máscaras, e, é claro, com o imprescindível avanço dos imunizantes, capazes de gerar a tão sonhada imunidade de rebanho.

No momento em que a pandemia fugiu do controle no país, era possível citar como um dos fatores responsáveis para tanto a falta de uma política pública sólida, que não só pudesse decretar o *lockdown* de maneira efetiva a ser cumprida pela população, mas que também enfrentasse diversas outras frentes, como um Plano de Vacinação adequado para vacinar em massa a população.

Infelizmente, não há como desassociar a pandemia do cenário político que o país atravessa. Ao acompanhar o noticiário brasileiro, é possível perceber que as desavenças políticas estão influenciando diretamente na confiança da população no que diz respeito à vacinação. As informações que chegam às massas têm sido distorcidas, e, assim, as informações científicas embasadas em estudos tecnológicos rigorosos são facilmente manipuladas e entram na estatística de *fake news*<sup>4</sup>.

Nesse contexto de saúde pública e seus desdobramentos, a grande esperança da população desde que o mundo começou a enfrentar a pandemia do novo coronavírus é apenas uma: a vacina. Atualmente, essa já é uma realidade, e as primeiras vacinas já foram liberadas em caráter emergencial. Assim, outras discussões tomam novas proporções, como a eficácia, segurança e a resposta imunológica dessas vacinas de primeira geração.

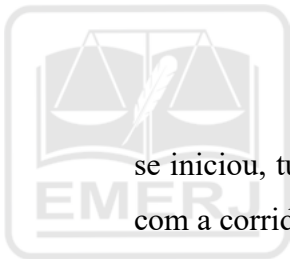
Ganhando cada vez debates mais acalorados, o público discute se os protocolos de elaboração das novas vacinas são seguros, já que uma verdadeira corrida entre os laboratórios

---

mil-mortes-por-covid-no-dia-e-fecha-pior-mes-da-pandemia-com-668-mil-obitos.ghtml>. Acesso em 31 mar. 2021.

<sup>3</sup>VIDALE, Juliana. *Covid-19: Pandemia desacelera no mundo*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/covid-19-pandemia-desacelera-no-mundo/>>. Acesso em 31 mar. 2021.

<sup>4</sup>FALCÃO, Paula; SOUZA, Aline Batista de. *Pandemia de desinformação: as fake news no contexto da Covid-19 no Brasil*. Disponível em: <<https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/2219/2416>>. Acesso em 27 mar. 2021.



se iniciou, tudo para ver quem conseguiria anunciar em primeira mão a vacina, algo parecido com a corrida do homem à lua, que aconteceu em 1969.

Assim, é inevitável que haja os negacionistas – como há quem até hoje duvide que Neil Armstrong pisou na lua, em julho de 1969 –, que duvidam da idoneidade do processo de elaboração das vacinas feitas às pressas. Essa parcela negacionista da população levantou o debate da obrigatoriedade legal da vacina contra o novo coronavírus antes mesmo que elas ficassem prontas.

Quando o assunto se torna a obrigatoriedade da vacinação no país, é impossível não recordar do importante histórico que o país possui, que teve como marco a década de 70, em que a Lei nº 6.259/75<sup>5</sup> instituiu o Programa Nacional de Imunização, que disponibilizou vacinas obrigatórias a toda a população, e que teve como um dos pilares o princípio da universalidade do acesso aos serviços de saúde.

Nesse mesmo raciocínio, o Presidente da República propôs a sancionada Lei nº 13.979, ainda em 2020, com dispositivos capazes de serem acionados para determinar a obrigatoriedade da vacina do novo coronavírus, como o seu artigo 3<sup>o</sup>, que deixa clara a compulsoriedade da vacinação como arma de combate contra o vírus SARS-COV-2.

Porém, independentemente da promulgação da Lei nº 13.979/20, é necessário ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro já possuía dispositivos capazes de serem acionados pela Administração Pública, no combate à pandemia do Coronavírus. Essa possibilidade de ativar as medidas preexistentes na legislação pátria não retira a relevância da Lei nº 13.979/20, que tem a capacidade de assegurar maior segurança jurídica ao Poder

<sup>5</sup>BRASIL. *Lei nº 6.259*, de 30 de outubro de 1975. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16259.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2021.

<sup>6</sup>BRASIL. *Lei nº 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2021.

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;



Público na adoção de medidas restritivas de direitos e aos particulares, inclusive com a determinação de limites à atuação administrativa, de forma a prevenir possíveis arbitrariedades.

É inegável que a vacina contra o novo coronavírus tem o poder de frear a pandemia. Porém, a sua obrigatoriedade é um tema bastante polêmico, já que princípios como o da proteção à saúde pública podem atentar diretamente contra a liberdade individual. Assim, aqui entra o Direito. Sempre que um caso concreto estiver diante de uma aparente colisão entre princípios, o Direito fará a ponderação através da valoração, promovendo a sua conjugação no caso concreto, seguindo a teoria de Robert Alexy<sup>7</sup>, se utilizando da proporcionalidade, necessidade e adequação.

Nesse diapasão, na discussão da prevalência entre os direitos individuais e os da coletividade, os defensores mais acalorados dos direitos individuais invocam a Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso II<sup>8</sup>, dispõe que ninguém será obrigado a fazer algo senão em virtude de lei, e que no mesmo artigo, no inciso VI, dispõe que: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

Ocorre que, segundo o artigo 196<sup>9</sup>, também da Constituição Federal, a saúde é direito de todos. Assim, quando em conflito, o princípio da saúde coletiva deve ser imperioso. De qualquer forma, se ainda assim não o fosse, a Lei nº 6.259/75<sup>10</sup> já contempla a imunização em caráter obrigatório, bem como a Lei nº 13.979/20<sup>11</sup>.

Cabe ressaltar, ainda, que nenhum direito é absoluto. Todos os direitos podem ser relativizados. Ou seja: nesse caso, quando o dilema é o direito de toda uma coletividade, o direito individual pode sofrer restrições, quando do sopesamento deste perante o direito à saúde coletiva. Assim, sempre que pautada em razões científicas e ancoradas em leis proporcionais e razoáveis, a obrigatoriedade poderá ser decretada.

---

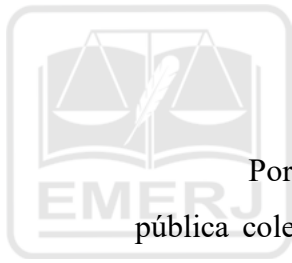
<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de VIRGÍLIO, Afonso da Silva. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2021.

<sup>9</sup> Ibid. Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.



Por fim, apesar da obrigatoriedade da vacinação, que preza pelo bem da saúde pública coletiva, o termo não se confunde com a vacinação forçada, o que acaba sendo a dúvida de muitas pessoas, e que poderia gerar uma verdadeira violação à integridade física de alguém. Em que pese a obrigatoriedade legal possa gerar possíveis restrições de Direitos em quem escolher por não se vacinar, o indivíduo não poderá ser levado à força ao local de vacinação e que, ainda, contra a sua vontade, seja vacinado.

A polêmica diante da obrigatoriedade legal da vacinação já ganhou novos desdobramentos no Supremo Tribunal Federal, quando em dezembro de 2020 o tribunal firmou o entendimento de que a obrigatoriedade no caso das vacinas contra o novo coronavírus é constitucional<sup>12</sup>. Dessa forma, apesar dessa questão já ter sido dirimida, é natural que outras discussões decorram dessa decisão.

## 2. A CONSTITUCIONALIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DO NOVO PASSAPORTE DE VACINAÇÃO: UMA DECISÃO PAUTADA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, que ainda em dezembro de 2020 decidiu, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586<sup>13</sup>, que é constitucional a obrigatoriedade compulsória da vacinação pelo Poder Público, inclusive com o estabelecimento de possíveis medidas restritivas de direito – desde que sejam razoáveis e proporcionais –, um outro viés da constitucionalidade da obrigatoriedade da vacina entrou em voga entre os cidadãos brasileiros.

Em sua decisão<sup>14</sup>, a Ministra Rosa Weber, estabeleceu que “a vacinação compulsória é justificada em síntese quando a recusa de um indivíduo coloca em risco injustificado a saúde e a vida de seu vizinho”. Na mesma decisão, os ministros do Supremo Tribunal Federal citaram o princípio constitucional da solidariedade, que ensina que a empatia para com o

<sup>12</sup>FREITAS, Hyndara. *Lewandowski*: União, estados e municípios podem determinar vacinação obrigatória. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/vacinacao-obrigatoria-lewandowski-16122020>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>13</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586*. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão. Covid-19. Direito da Saúde Pública. Vigilância Sanitária e Epidemiológica. 21 out. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

<sup>14</sup> Ibid.





próximo é fundamental para a coexistência em sociedade, e que, a liberdade concedida pela Constituição Federal não deve ser encarada como uma justificativa para o egoísmo.

Assim que a vacinação no país avançou, dando novos contornos ao recomeço das atividades que poderiam gerar aglomeração, a sociedade inaugurou as discussões e os debates sobre a constitucionalidade de um “passaporte da vacina”, que pode determinar que as pessoas apresentem um comprovante de vacinação contra a Covid-19 para ingressar tanto em locais públicos, como em locais privados.

Dessa forma, levando-se em consideração que a decisão do Supremo Tribunal Federal definiu uma espécie de soberania do direito coletivo, as consequências dessa resolução já têm orientado condutas no mercado de trabalho e também começam a respaldar a adoção de regras na vida em sociedade, para viabilizar a implementação do passaporte da vacina<sup>15</sup>.

O passaporte da vacina, como vulgarmente apelidado, é um certificado digital de imunização, criado pelo Governo Federal, através do Ministério da Saúde, capaz de comprovar a vacinação do portador contra a doença da Covid-19. Seu objetivo é aumentar o controle sanitário a locais de grande circulação e possível aglomeração, como academias, salas de concertos, restaurantes e cinemas.

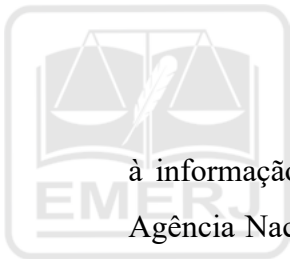
O Senado aprovou a criação do Certificado de Imunização e Segurança Sanitária – CSS, por meio do Projeto de Lei nº 1.674/21<sup>16</sup>, destinado a conciliar a adoção de medidas restritivas essenciais ao controle de surtos e pandemias. A lei é inspirada no Certificado Verde Digital, criado pela União Europeia, com o objetivo de permitir a livre circulação dentro dos Estados-membros na pandemia.

Com o passaporte, o plano do Poder Público é conseguir limitar a circulação da parcela da sociedade que escolheu por não se vacinar, combatendo, assim, a propagação do vírus, e protegendo aqueles que priorizaram o bem coletivo da sociedade ao escolherem por se vacinar.

Inicialmente, a implementação do passaporte de vacinação ficará a critério de cada Estado ou Município, que poderá adotar as restrições cabíveis, desde que respeitados o direito

<sup>15</sup> DEFENSOR Público afirma que é constitucional o “passaporte da vacina”. Correio dos Municípios. 2021. Disponível em: <<https://www.correiodosmunicipios-al.com.br/2021/08/defensor-publico-afirma-que-e-constitucional-o-passaporte-da-vacina/>>. Acesso em 28 ago. 2021.

<sup>16</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1.674*. Cria o Passaporte Nacional de Imunização e Segurança Sanitária (PSS). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8965093&ts=1630437614946&disposition=inline>>. Acesso em: 25 ago. 2021.



à informação, a oferta de vacinas gratuitas e eficazes (já regulamentadas previamente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária), além de terem como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes para combater a propagação do vírus<sup>17</sup>.

Como toda nova política pública a ser implementada, o passaporte da vacina já enfrenta diversas críticas polêmicas. Sua existência vem repleta de dúvidas conceituais que precisariam de anos para serem maturadas, um tempo que a sociedade que vive em 2021 em todo o mundo não tem.

Além da questão jurídica de adoção do passaporte da vacina, que enfrenta o debate sobre a possível inconstitucionalidade da medida, outras críticas se formam em torno de questões éticas, logísticas e sociais.

Um dos aspectos em voga sobre a medida, seria a desconfiança de que o certificado agiria como mais um catalisador de discriminação social, já que muitos dos projetos gravitam em torno de aplicativos de *smartphone*, o que é uma temeridade, já que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, apenas 79,3% dos brasileiros têm celular<sup>18</sup>, com acesso ou não à *internet*.

Nesses casos, o abismo poderá ir muito além do celular do indivíduo, já que de fato existem pessoas que ainda não se vacinaram por motivos reais, como alergias aos componentes presentes na vacina ou a própria contraindicação presente nos rótulos (como é o caso de crianças). Ainda que todas essas questões venham a ser resolvidas, o tempo sempre será necessário para que haja segurança na implementação de novas políticas públicas.

Já em relação à constitucionalidade da implementação do certificado de vacinação, como abordado anteriormente, a Lei nº 13.979/20<sup>19</sup> trouxe a adoção de medidas profiláticas capazes de conter a disseminação do vírus, e o Supremo Tribunal Federal já analisou pela sua constitucionalidade.

Com isso, além de estar em sintonia com a Constituição Federal, o passaporte da vacina possui como característica uma legitimidade acrescida, já que, uma vez efetivado, terá

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Nelson. *Falta de normas claras e de ações coordenadas para distanciamento social prejudica o combate à covid*. Senado Federal, 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/04/falta-de-normas-claras-e-de-aco-es-coordenadas-para-distanciamento-social-prejudica-combate-a-covid>>. Acesso em 25 jun. 2021.

<sup>18</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Uso de internet, televisão e celular no Brasil*. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.



como consequência direta o aumento na procura dos postos de vacinação pela população para ser imunizada, situação que ajudará a sociedade no combate à pandemia

Nesse diapasão, é necessário ressaltar que o passaporte da vacinação só poderá ser exigido para os maiores de 18 anos, uma vez que a imunização para os indivíduos de idade inferior ainda não foi regulamentada. Ainda, nesse sentido, toda e qualquer medida restritiva só poderá ser implementada mediante previsão em decreto específico<sup>20</sup>.

Outra discussão que deriva diretamente da efetivação do plano do passaporte de vacina, seria a possível quebra do direito de ir e vir, garantido pelo artigo 5º, da Constituição Federal<sup>21</sup>.

Esse tipo de discussão em relação à restrição dos direitos decorrentes da pandemia não é inédito, mas pode ser facilmente resolvida se novamente se invocar o princípio constitucional da coletividade para resolver o conflito.

O princípio constitucional da coletividade permite que os gestores públicos possam cumprir suas funções em nome de uma sociedade, e assim, será exercido o poder de polícia, que nada mais é que um conjunto de ações que restringem o exercício dos direitos fundamentais<sup>22</sup>.

Dentro dos direitos fundamentais temos o direito de ir e vir. E assim, a restrição se justifica pelo princípio da coletividade, já que se dá com o argumento de um interesse maior, de todo o povo.

Não é apenas o Direito Constitucional que possui ferramentas para o enfrentamento da crise na saúde pública, mas, evidentemente, o Direito Administrativo também é um instrumento hábil no enfrentamento da emergência sanitária.

---

<sup>20</sup> HUMMEL, Guilherme. *Passaporte da vacinação nasce cercado de dúvidas éticas*. Veja Saúde, 2021. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/blog/com-a-palavra/passaporte-de-vacinacao-nasce-cercado-de-duvidas-eticas/>>. Acesso em 28 ago. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 8. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...].

<sup>22</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.191.



### 3. O NOVO CORONAVÍRUS E A APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO COMBATE À PANDEMIA: A BUSCA PELOS INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS À CONTENÇÃO DA PROPAGAÇÃO DO VÍRUS NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

Em tempos de implementação das novas medidas restritivas e o avanço da contaminação do vírus, que coloca em risco a saúde nacional, o Poder Público precisa tomar providências, normalmente rígidas, para conter a propagação do vírus e o contágio das pessoas.

Historicamente, o Direito Administrativo possui instrumentos significativos para os tempos de emergência e necessidade<sup>23</sup>. Diversas normas excepcionais são reconhecidas no ordenamento jurídico por enfrentar circunstâncias anormais, tal como a pandemia do Coronavírus, e atender ao interesse público e suas necessidades.

Nas situações de crise, o princípio da legalidade, que decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal<sup>24</sup>, e disciplina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e, assim, representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular (tema bastante controvertido na doutrina), sofre mitigações para viabilizar atuações administrativas normativas ou concretas.

Na situação de crise na saúde pública, a gestão e a execução de serviços públicos de saúde são fundamentais para prevenção e repressão à disseminação do vírus. A pandemia acarreta sobrecarga nos postos de saúde e nos hospitais públicos (que já apresentam problemas crônicos), o que revela enorme desafio para racionalização das atividades e atendimentos de todos os pacientes.

Outro instituto do Direito Administrativo que se faz necessário durante a pandemia é o poder de polícia, em que a Administração Pública, via de regra, na função de empreender o seu poder regulatório adota uma série de medidas capazes de restringir à própria liberdade pessoal de ir e vir, como também pode efetuar restrições eventuais à propriedade, como vimos

<sup>23</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010. p.87.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 8. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2021.

anteriormente.

Observa-se, desta forma, que a legislação pátria possui regras que permitem o equilíbrio entre os interesses sociais, como a relativização da soberania referente à liberdade, em benefício da saúde como um direito fundamental.

No Brasil, as ações de vigilância epidemiológicas adotadas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) encontram-se previstas na Lei nº 8.080/90, que, de acordo com o art. 6º, parágrafo 2º<sup>25</sup>, compreendem as ações capazes de adotar medidas inteligentes de prevenção e controle de doenças.

A Lei nº 6.259/75<sup>26</sup>, no que lhe toca, ao tipificar a necessidade de notificação obrigatória de casos de adoecimento, incluindo, ainda o prognóstico de isolamento e quarentena, previstos no art. 7º, parágrafo 1º<sup>27</sup>, da referida Lei, dispõe que o responsável sanitário deverá realizar a investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e controle da propagação do vírus.

A despeito do ordenamento jurídico em vigor já permitir a implementação de medidas extraordinárias para a proteção da saúde pública durante o período de pandemia, o legislador se decidiu pela necessidade de promulgação de uma lei específica, que pudesse estabelecer normas sobre como se dariam as políticas de repressão da pandemia<sup>28</sup>.

Assim, o Presidente da República promulgou a Lei nº 13.979<sup>29</sup>, em 06 de fevereiro de 2020, que consolidou as normas de prevenção a serem seguidas durante o combate da emergência de saúde pública contra o novo Coronavírus, tanto pela administração pública, como pelos particulares.

Trata-se de uma lei temporária, que tem a sua validade limitada pelo tempo que perdurar a necessidade do estado de emergência no país, provocado pelo vírus Covid-19, causador do surto que começou ainda em 2019, incumbindo ao Ministério da Saúde a elaboração e a regulamentação de atos normativos cabíveis à sua normatização e

<sup>25</sup> BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2021.

<sup>26</sup> \_\_\_\_\_. *op. cit.*, nota 5.

<sup>27</sup> *Ibid.* Art. Art 7º São de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados: [...]

Parágrafo 1º Na relação de doenças de que trata o inciso II deste artigo será incluído item para casos de “agravo inusitado à saúde”. [...].

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Rafael. *Direito Administrativo e o Coronavírus*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/321892/direito-administrativo-e-coronavirus>>. Acesso em 18 de jun. de 2021.

<sup>29</sup> BRASIL, *op. cit.*, nota 6.



instrumentalização, na forma do que dispõe os artigos arts. 7º e 8º, da referida Lei<sup>30</sup>.

O combate à pandemia depende, obrigatoriamente, do esforço conjunto da sociedade civil e do mercado (empresas privadas), bem como do diálogo entre as autoridades públicas dos diversos entes da Federação.

Dessa forma, o art. 5º<sup>31</sup>, da Lei nº 13.979/20, determina que todo indivíduo deverá contribuir com as autoridades sanitárias todas as vezes em que entrarem em contato com pessoas possivelmente infectadas pelo vírus, ou quando circular por área considerada pelas autoridades como local de disseminação do vírus da Covid-19.

Ainda, a Lei nº 13.979/20<sup>32</sup> estipula o compartilhamento compulsório entre órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal de dados fundamentais à identificação de indivíduos com a possibilidade de infecção, não com o objetivo de simples divulgação dos dados da pandemia, mas sim com o fim único de evitar a sua proliferação. Sempre que solicitado, as pessoas jurídicas de direito privado também têm o dever de informar os referidos dados quando houver solicitação por parte do Ministério da Saúde.

Ainda em relação às medidas restritivas que podem ser implementadas pela Administração pública, a sua implantação deverá ser pautada na fundamentação científica. Isso significa dizer que todas as vezes em que forem necessárias as adoções de medidas restritivas advindas do poder de polícia da Administração, será de suma importância que essa determinação possua um amparo técnico, desenvolvido por pesquisadores da área da saúde, para evitar uma hipótese de “seletividade arbitrária”, por parte das autoridades públicas.

Assim, depreende-se que o Direito Administrativo possui ferramentas capazes de combater e enfrentar a crise na saúde pública<sup>33</sup>, mas, evidentemente, o Direito não é suficiente para a resolução de todos os problemas, revelando-se fundamental, no ponto, a conscientização da população e os avanços da ciência na busca de tratamentos adequados no tratamento das pessoas contaminadas pelo coronavírus.

<sup>30</sup> Ibid. Art. 7º O Ministério da Saúde editará os atos necessários à regulamentação e operacionalização do disposto nesta Lei. Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 6. Art 5º: Toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de:

I - possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus;

II - circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> CORREIA, op. cit., nota 23.



Entendida a complexidade enfrentada em 2020 pela pandemia do Coronavírus, a aplicação da vacina é fundamental no enfrentamento da pandemia, como uma das políticas públicas mais eficazes. Nesse ponto, a letargia da Administração Pública foi inconveniente, uma vez que não instituiu um plano de vacinação eficaz com a antecedência necessária.

Com o avanço da vacinação, mais medidas poderão ser criadas pelo Governo para obrigar a sociedade a adotar as medidas de prevenção estipuladas, ainda que a imposição das restrições às liberdades se faça necessária. Nesse conflito, será imperioso vencer o obstáculo de descobrir a linha tênue entre o ponto médio na ponderação das liberdades dos indivíduos e a necessidade de preservação da saúde pública.

## CONCLUSÃO

Desde o início de 2020, quando a pandemia do Coronavírus desembarcou no Brasil, foi possível acompanhar todo o seu desenvolvimento e consequências, tanto de ordem epidemiológica, como também a sua repercussão de ordem social, política, econômica e histórica sem referência antecedente na história mundial de pandemias.

Assim, levando-se em consideração o caos instalado no país por causa da pandemia, o trabalho apresentado buscou demonstrar, sob a ótica do Direito, os aspectos jurídicos mais relevantes que decorreram do combate à propagação do vírus da Covid-19. Buscou-se, a partir de todos os desdobramentos do Ministério da Saúde, das decisões do Poder Legislativo, dos apontamentos doutrinários e das decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores do país, demonstrar que o assunto não é pacífico e que gera relevantes discussões na sociedade como um todo.

Por todo o exposto, comprovou-se que um dos fatores responsáveis pela propagação da pandemia foi a falta de uma política pública sólida, que determinasse medidas capazes de frear a disseminação do vírus. Em pleno período de emergência sanitária, a sociedade não tem tempo a perder com os debates que envolvem o governo federal e as gestões estaduais e municipais.

Dessa forma, restou evidenciado que o controle da pandemia só é possível se todas as lideranças do país e a sociedade trabalharem em conjunto. O Estado – Poder Executivo, Legislativo e Judiciário – enfrenta a difícil tarefa de encontrar soluções que alinhem todos os



interesses. Por essa razão, a breve pesquisa fez um voo panorâmico sobre o cenário normativo do Brasil no plano jurídico, certificando, que, de forma muito moderada, o Governo brasileiro adotou medidas e buscou alternativas que tardaram ou se demonstram inaptas para frear a pandemia.

A pesquisa demonstrou que a obrigatoriedade da vacinação no país teve amparo em diversos diplomas legais, que não tiveram a sua constitucionalidade questionada. Porém, ainda assim a constitucionalidade da medida gerou discussão e foi indagada perante o Supremo Tribunal Federal, que, ao analisar as ponderações de interesses e princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, decidiu pela legalidade da compulsoriedade da vacinação.

Quando o STF fez a ponderação em questão, dois princípios estavam em colisão: a liberdade individual, que engloba a discussão sobre a intangibilidade corporal, e o direito coletivo à saúde. O Tribunal pugnou que a obrigatoriedade da vacina como instrumento de combate à pandemia e como forma de atendimento ao interesse público de erradicar o vírus é constitucional.

Com o avanço da pandemia, outras questões jurídicas surgiram e, assim, é possível notar a relevância da pesquisa. Outro ponto questionado, foi a constitucionalidade do Certificado de Imunização e Segurança Sanitária, popularmente conhecido como passaporte da vacina, que tem como objetivo reprimir a circulação de pessoas não vacinadas, especialmente em ambientes propícios a aglomerações.

Com o advento da Lei nº 13.979/20, há a possibilidade de adoção de medidas profiláticas, que permitem a implementação do passaporte da vacina. Dessa forma, o STF decidiu que os Estados e Municípios poderiam estabelecer medidas restritivas à população, no combate à pandemia.

Assim sendo, a pesquisa foi capaz de abordar diversas problemáticas referentes à pandemia, demonstrando, ainda, que apesar da promulgação da Lei nº 13.979/20, o ordenamento jurídico vigente já possuía instrumentos capazes de serem acionados no enfrentamento à pandemia do Coronavírus.

Por isso, no capítulo final, objetivou-se destacar que, em casos de emergência, o Estado poderá adotar medidas excepcionais, desde que de forma equilibrada e definida, para restringir a liberdade do indivíduo, com o objetivo maior de preservar a saúde de toda a





sociedade. Insta salientar que essa medida de forma alguma significa que o Estado possui um passe livre, já que todas as suas ações devem estar diretamente ligadas aos limites impostos no ordenamento jurídico, sob pena de responsabilidade.

Conclui-se, assim, tendo como certo que o país, agora, ainda de forma desordenada, está em fase de retomada gradual de suas atividades. Com a evolução da situação epidemiológica, outros questionamentos poderão surgir, mas a solução deverá ser sempre pautada na saúde da sociedade, que deve permanecer como foco no controle sanitário do vírus.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Afonso da Silva Vigílio. 5. ed. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.259*, de 30 de outubro de 1975. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16259.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1.674*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documentodm=8965093&ts=1630437614946&disposition=inline>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL registra quase 4 mil mortes por Covid no dia e fecha pior mês da pandemia com 66,8 mil óbitos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/31/brasil-registra-quase-4-mil-mortes-por-covid-no-dia-e-fecha-pior-mes-da-pandemia-com-668-mil-obitos.ghtml>>. Acesso em 31 mar. 2021.



CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010.

DEFENSOR Público afirma que é constitucional o “passaporte da vacina”. Disponível em: <<https://www.correiodosmunicipios-al.com.br/2021/08/defensor-publico-afirma-que-e-constitucional-o-passaporte-da-vacina/>>. Acesso em 28 ago. 2021.

FALCÃO, Paula; SOUZA, Aline Batista de. *Pandemia de desinformação: as fake news no contexto da Covid-19 no Brasil*. Disponível em: <<https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/2219/2416>>. Acesso em 27 mar. 2021.

FREITAS, Hyndara. *Lewandowski: União, estados e municípios podem determinar vacinação obrigatória*. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/vacinacao-obrigatoria-lewandowski-16122020>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

HUMMEL, Guilherme. *Passaporte da vacinação nasce cercado de dúvidas éticas*. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/blog/com-a-palavra/passaporte-de-vacinacao-nasce-cercado-de-duvidas-eticas/>>. Acesso em 28 ago. 2021.

IBGE. *Uso de internet, televisão e celular no Brasil*. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LEVI, Guido Carlos. *Recusa de vacinas: causas e consequências*. São Paulo: Segmento Farma, 2013.

OLIVEIRA, Rafael. *Direito Administrativo e o Coronavírus*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/321892/direito-administrativo-e-coronavirus>>. Acesso em 18 jun. 2021.

OLIVEIRA, Nelson. *Falta de normas claras e de ações coordenadas para distanciamento social prejudica o combate à covid*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/04/falta-de-normas-claras-e-de-aco-es-coordenadas-para-distanciamento-social-prejudica-combate-a-covid>>. Acesso em 25 jun. 2021.

OMS. *WHO statement on cases of COVID-19 surpassing 100 000*. Disponível em: <<https://www.who.int/news/item/07-03-2020-who-statement-on-cases-of-covid-19-surpassing-100-000>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

VIDALE, Juliana. Covid-19: Pandemia desacelera no mundo. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/covid-19-pandemia-desacelera-no-mundo/>>. Acesso em 31 mar. 2021.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO  
ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Eliza Cristiana Faria de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal do  
Estado do Rio de Janeiro. Servidora Pública do  
Estado do Rio de Janeiro

**Resumo** – a execução provisória da pena é a possibilidade de que o condenado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, inicie o cumprimento da pena imposta. Nesse sentido, o presente trabalho objetivou analisar a constitucionalidade da alteração legislativa realizada pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no Código de Processo Penal, o qual passou a prever a possibilidade de execução provisória da pena no âmbito dos processos no Tribunal do Júri. Para realizar essa análise, foram ponderados os princípios constitucionais da presunção de inocência, da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, do devido processo legal, da isonomia em seu aspecto material e da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção insuficiente do estado. Para tanto, foi utilizada como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio do estudo levantado no referencial teórico sobre as considerações sobre a execução provisória da pena no Brasil, especificamente no âmbito do Tribunal do Júri. A partir das ponderações, sob o aspecto constitucional, foi possível demonstrar que condicionar a plena aplicação do princípio da soberania dos veredictos ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria não razoável, uma vez que além de comprometer a efetividade da lei penal, equivaleria ao próprio esvaziamento do conteúdo do pronunciamento soberano. No entanto, diante da grande insegurança jurídica a respeito do tema, o que se vê na prática dos Tribunais do Júri é, em geral, a decisão pela manutenção ou decretação da prisão preventiva, independentemente da quantidade de pena imposta na condenação. Enfim, por meio de todo o estudo realizado foi possível concluir que apesar de existir argumentação específica e favorável a respeito da alteração legislativa em comento, faz-se necessário um posicionamento definitivo sobre o tema pela Corte Suprema, esperando-se que seja realizado o *distinguishing* em relação ao entendimento firmado nas ADIs nº 43, 54 e 55, de forma a restringir ou afastá-lo para o caso de condenações pelo Tribunal do Júri.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Execução provisória da pena.

**Sumário** – Introdução. 1 Delimitação legal e jurisprudencial sobre a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri. 2 O princípio da soberania dos veredictos e a constitucionalidade da execução provisória da pena no Tribunal do Júri. 3. Haveria afronta ao princípio do devido processo legal na execução provisória da pena no Júri? Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho expõe o tema da execução provisória da pena no Brasil, com enfoque no tratamento legal e jurisprudencial da matéria relativa à aplicação das penas no Tribunal do Júri. O objetivo do estudo é analisar a constitucionalidade da possibilidade de



execução provisória da pena no Tribunal do Júri, trazida pela Lei nº 13.964/19, sob a perspectiva dos princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da presunção de inocência (ou não culpabilidade).

No dia 7 de novembro de 2019, por maioria de 6x5 votos, julgando procedentes as ações diretas de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal retornou ao seu entendimento anterior no sentido da impossibilidade da execução das penas enquanto não exauridas todas as instâncias recursais, reconhecendo a constitucionalidade do disposto no art.283 do Código de Processo Penal.

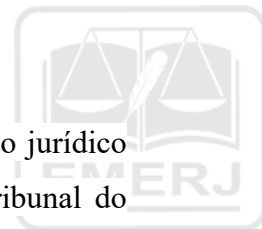
Nesse contexto, a Corte Superior entendeu que viola o princípio constitucional da presunção de inocência a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Além disso, o Tribunal concluiu que somente se pode cogitar a prisão anterior a esse momento, quando devidamente justificada a cautelaridade da medida, ou seja, quando estejam presentes os requisitos para decretação ou manutenção de uma prisão preventiva. No entanto, ao final do julgamento, o presidente da Corte alertou que tal entendimento não deveria abranger as decisões tomadas pelo Conselho de Sentença nos crimes dolosos contra a vida.

Por outro lado, ainda no mesmo ano de 2019, em 24 de dezembro, foi sancionada a Lei nº13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, que alterou regras referentes ao Tribunal do Júri. Dentre tais modificações inseridas no CPP, passou-se a prever que, no caso de condenação pelo Tribunal do Júri a uma pena superior a 15 (quinze) anos de reclusão, seja, em regra, determinada a execução provisória da pena, independentemente dos recursos que venham ser interpostos (art. 492, I, “e” do CPP).

Diante dessa controvérsia instaurada no ordenamento jurídico brasileiro, subsiste uma importante análise a ser feita sobre a possibilidade da manutenção dessa dicotomia no tratamento da execução provisória da pena.

Para melhor compreender essa discussão sobre o instituto da execução provisória da pena, devem ser ponderados princípios constitucionais como o da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção insuficiente do estado.

Além disso, sob o ponto de vista social, o tratamento adotado para execução provisória da pena no Tribunal do Júri tem importante impacto na função de prevenção geral da pena, uma vez que pode provocar a sensação de impunidade na sociedade diante de condenações por crimes graves que não são efetivadas ou mesmo são excessivamente dilatórias.



Inaugura-se o primeiro capítulo do trabalho abordando como o ordenamento jurídico brasileiro tem estabelecido a possibilidade de execução provisória da pena no Tribunal do Júri, especialmente após a Lei nº13.964/19, comparando com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto.

O segundo capítulo apresenta considerações acerca dos princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da presunção de inocência. Nesse contexto, intenta-se analisar a constitucionalidade da dicotomia que restou presente no ordenamento jurídico brasileiro em relação a adoção do critério de gravidade pautado pela natureza do delito (crime doloso contra a vida) e quantidade de pena (igual ou superior a 15 anos), para excepcionar a regra da não possibilidade de execução provisória da pena.

O terceiro capítulo analisa a modificação na legislação no que tange à execução da pena nas condenações do Tribunal do Júri sob a óptica dos princípios do devido processo legal, da isonomia em sua vertente material, da segurança pública e da proporcionalidade quanto à proibição da proteção insuficiente do Estado.

Para a pesquisa do trabalho pretende-se utilizar o método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende formular hipóteses e por um processo de inferência dedutiva, analisar se, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é possível a execução provisória da pena no Tribunal do Júri.

Para isso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa e terá como suporte a legislação, a bibliografia específica sobre o tema e a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira

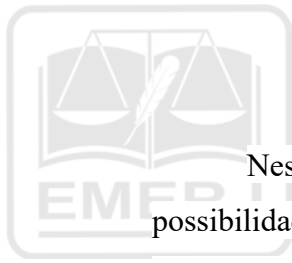
## 1. DELIMITAÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JURI

Segundo Nicolitt<sup>1</sup>, a execução penal consiste nos atos que efetivam, na vida real, a sentença penal, permitindo o cumprimento dos direitos e deveres contidos na sentença prolatada no processo penal. Sendo assim, a execução de uma pena além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 1031-1032.

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 973.



Nesse sentido, entende-se como execução provisória ou antecipada da pena a possibilidade de que o condenado, na pendência de recurso especial ou recurso extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, inicie o cumprimento da pena.<sup>3</sup>

Dispõe o art. 283 *caput*, do CPP, que teve sua redação modificada pela Lei nº12.403/11 e também pela Lei nº 13.964/19, que ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, sendo que, neste último caso, estão compreendidas a prisão cautelar e a prisão em virtude de condenação criminal transitada em julgado<sup>4</sup>.

No mesmo sentido, o art. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição Federal de 1988, estabelecem respectivamente, o princípio da presunção de não culpabilidade, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e as regras sobre a prisão, que determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.<sup>5</sup>

O tema da execução provisória da pena tem sido amplamente debatido não só no âmbito jurídico, mas também no social e no político. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal se manifestou em diversas oportunidades sobre a possibilidade de execução provisória da pena, com substanciais modificações de entendimento ao longo do tempo.

Prevaleceu, durante anos, o entendimento jurisprudencial segundo o qual, uma vez que os recursos extraordinário e especial não seriam dotados de efeito suspensivo (art. 637 do CPP, posteriormente revogado pela Lei nº 12.403/11), seria cabível a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, independentemente da demonstração de qualquer hipótese que autorizasse a prisão preventiva do acusado.<sup>6</sup> Em julgamento no ano de 2009, o Plenário do Supremo, por maioria de votos (7 a 4), alterou sua orientação jurisprudencial até então dominante para concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo Penal Parte Especial*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 145.

<sup>4</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.675/PR*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2528630>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



No entanto, em fevereiro de 2016, no julgamento do HC nº 126.292, novamente por maioria de votos (7 a 4), o Plenário do STF concluiu que seria possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por tribunal de segunda instância quando ali esgotada a jurisdição, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que se pudesse objetar suposta violação ao princípio da presunção de inocência, já que seria possível fixar determinados limites para a referida garantia constitucional.<sup>8</sup>

Conforme anotou o Min. Teori Zafaski<sup>9</sup>, “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”. O Min. Relator ainda lembrou o entendimento do STF sobre a LC nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa – que considerou constitucional a hipótese de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da sentença criminal nas hipóteses nela previstas, quando proferida por órgão colegiado.

Ainda no julgamento do HC nº 126.292, além de analisar o direito comparado no sentido da tese fixada, constatou-se a utilização de recursos com propósitos meramente protelatórios para o STF ou o STJ, buscando a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis. Assim, nesse contexto, haveria a necessidade de ponderar o princípio da presunção de inocência à luz da efetividade da função jurisdicional penal.

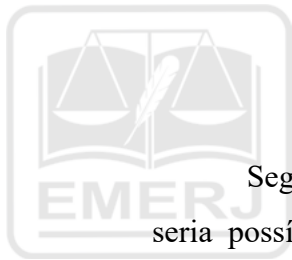
Por fim, o STF voltou a apreciar a matéria em novembro de 2019. Porém, dessa vez, e novamente por maioria (6 a 5), julgou procedentes pedidos formulados nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 (Rel. Min. Marco Aurélio) para assentar a constitucionalidade do art. 283, *caput* do CPP, que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 03 abr. 2021

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43 (processos apensados – ADC 54 e ADC44)*. Relator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Relator do último incidente: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



Segundo Lima<sup>11</sup>, nesse julgamento preponderou o entendimento no sentido de que não seria possível a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo que simplesmente reproduz o texto da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o autor explica que o preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado estaria autorizado a restringir.

No entanto, importante salientar que ao final do julgamento das ADCs, o presidente da Corte, o Min. Dias Toffoli, alertou que o entendimento que estava sendo conferido ao instituto da execução provisória da pena não deveria abranger as decisões tomadas pelo Conselho de Sentença nos crimes dolosos contra a vida.

Essa observação se alinhou a uma decisão proferida no ano de 2017, pela 1ª Turma do Tribunal, quando do julgamento do HC nº 118.770/SP<sup>12</sup>, a qual se fundou na premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da CRFB), a execução antecipada da pena no caso de crimes dolosos contra a vida tem fundamento mais amplo do que a execução nos demais casos. No entanto, como se tratou de uma decisão anterior ao julgamento das ADCs e também tomada somente no âmbito de uma das turmas do Tribunal, o tema encontra-se em amplo debate no meio jurídico.

Por outro lado, logo no mês seguinte ao marcante julgamento das ADCs, no dia 24 de dezembro de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.964/19, também conhecida como Pacote Anticrime, que alterou o art.492, inciso I, alínea “e” do CPP, trazendo como regra, a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri, quando houver condenação a uma pena igual ou superior a 15(quinze) anos de reclusão, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. O juiz presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória da pena nesses casos, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação (art.492, § 3º do CPP).

Dessa forma, passou a existir um suposto conflito entre o entendimento mais recente do Plenário da Suprema Corte sobre a execução provisória da pena, determinado no julgamento das ADCs em novembro de 2019, e a nova regra introduzida pelo legislador no

---

<sup>11</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p.54.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.770*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4439699>>. Acesso em: 03 abr. 2021.





CPP, quanto à específica execução da pena nos crimes dolosos contra a vida, com adição do componente quantitativo da pena imposta.

Sendo assim, para analisar a constitucionalidade da nova regra para os crimes do Tribunal do Júri, não basta a ponderação entre os princípios e normas constitucionais considerados no julgamento das ADCs, como o da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e o da efetividade da função jurisdicional penal em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal.

Devem ser ponderados também outros princípios constitucionais, específicos para casos de crimes dolosos contra a vida, para os quais o constituinte determinou um processo e um julgamento diferenciado. Dessa forma, para esses crimes, devem ser analisados outros fundamentos, especialmente os princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da CRFB), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB) e da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção insuficiente do Estado.

## 2. O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a instituição do júri como garantia constitucional, com a organização que lhe der a lei, 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 (art. 5º, XXXVIII, CRFB). Nesse contexto, portanto, os crimes inseridos na competência do Júri visam à tutela da vida humana, um direito fundamental (art. 5º, *caput*, da CFRB), sendo esse o bem jurídico a ser especialmente protegido.<sup>13</sup>

Conforme explica Rafael Schwez Kurkowski, a soberania dos veredictos é consequência do caráter democrático do Júri, razão pela qual “não se toleram restrições ao exercício da função dos integrantes do conselho de sentença. Limitações aos jurados, a

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 486.



exemplo de não permitir o cumprimento imediato de sua vontade, equivalem a limitações da própria democracia”.<sup>14</sup>

Autores, como Frederico Marques, sustentam que o conceito de soberania do veredicto há de ser compreendido no contexto dogmático-processual, segundo o qual a decisão sobre a procedência ou improcedência da acusação nos crimes dolosos há de ser tomada exclusivamente pelo Tribunal do Júri, ou, ainda, que a decisão adotada pelos jurados não poderá ser substituída por outra, tomada por outro órgão jurisdicional.<sup>15</sup> Ainda nesse sentido, para Guilherme de Souza Nucci, “o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado.”<sup>16</sup>

Nesse sentido, na ocasião do julgamento do HC nº 140.449/RJ, em novembro de 2018, a 1ª Turma do STF assentou a tese de que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, asseverando que as decisões do Tribunal do Júri são soberanas, e por isso, o Tribunal de Justiça poderia, eventualmente, anulá-las, mas jamais substituí-las.<sup>17</sup>

Eis que surge a controvérsia quanto à incompatibilidade desse entendimento, que foi corroborado na nova redação art. 492, I, alínea “e” do CPP, com a decisão proferida pela Corte, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em novembro de 2019, que se sustentou no princípio constitucional de presunção da inocência, no sentido da constitucionalidade do art. 283 do CPP, e impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Parte da doutrina entende que a soberania dos veredictos, que protege a capacidade decisória dos jurados, à semelhança do entendimento trilhado pela 1ª Turma do Supremo nos dois precedentes acima citados, demanda o cumprimento imediato da decisão determinada pelo Conselho de Sentença, razão pela qual há de se admitir constitucional o art. 492, I, alínea “e”, do CPP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, que trata da execução provisória de

---

<sup>14</sup> KURKOWSKI, Rafael Schwez. O cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 3, p. 262-312, set./dez. 2019. Disponível em: [http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1890](http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1890). Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>15</sup> MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1997, p.40-41.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 31.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 140.449*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5129090>>. Acesso em: 21 ago. 2021.



decisão condenatória proferida pelo Júri, nomeadamente quando se tratar de condenação à pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.<sup>18</sup>

Nesse sentido, é defendido que o princípio da soberania dos veredictos funciona como limite constitucional para a deliberação dos Tribunais de Segundo Grau no que concerne às decisões emanadas do Tribunal do Júri. Dessa forma, se o Conselho de Sentença deliberou pela condenação do acusado, sua vontade deve ser executada de imediato, até mesmo porque sua decisão é soberana, não estando sujeita, portanto, quanto ao mérito, à modificação ou à substituição pelo juízo *ad quem*, o qual poderá, quando muito, em sede de apelação (art. 593, III, “a” e “d” do CPP), determinar a realização de novo julgamento por outro corpo de jurados, seja na hipótese de nulidade posterior à pronúncia, seja, por uma única vez, no caso de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos.<sup>19</sup>

Soma-se a isso, devido à relevância do bem jurídico tutelado (direito à vida) e à plenitude do direito de defesa, a adoção no Tribunal do Júri de um rito procedimental mais complexo que o rito comum previsto no Código de Processo Penal para as demais infrações penais. O procedimento bifásico do júri (*judicium accusationis* e *judicium causae*) possui sucessivas barreiras como o recebimento da denúncia, que pressupõe justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III do CPP); e a pronúncia, que está condicionada ao convencimento da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, que acabam por assegurar que eventual decisão condenatória pelo Conselho de Sentença seja consistente quanto ao reconhecimento suficiente da culpabilidade do acusado, a admitir, portanto, a execução imediata da pena.<sup>20</sup>

Assim, na medida em que a responsabilidade do réu foi assentada soberanamente pelo Júri, e que o Tribunal de segunda instância não poderá substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção da inocência adquire menor peso ao ser ponderado com a efetividade da lei penal, os princípios instrumentadores do Júri e outros bens jurídicos que a Constituição visa proteger.

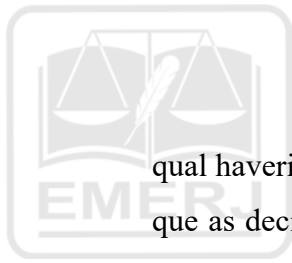
Não obstante isso, cabe também ser analisada a constitucionalidade do aspecto quantitativo de pena (igual ou superior a 15 anos), trazido pela Lei nº 13.964/19, a partir do

---

<sup>18</sup> KURKOWSKI, Rafael Schwez. Projeto de lei “anticrime” e as medidas para aumentar a efetividade do tribunal do júri. In: CUNHA, Rogério Sanches; Ó SOUZA, Renee do; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (coord). *Projeto de Lei Anticrime: uma análise ampla do projeto e suas potenciais inovações no direito criminal*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 421

<sup>19</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p.1539.

<sup>20</sup> KURKOWSKI, op.cit., p. 421.



qual haveria a imposição do início do cumprimento da pena. Sobre essa questão, vale ressaltar que as decisões do STF sobre a possibilidade de imediato cumprimento da pena privativa de liberdade decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri não fixam *quantum* de pena.

Em verdade, as premissas fáticas relacionadas ao crime doloso contra a vida são de análise exclusiva dos jurados, sendo, portanto, inadequada a presunção, *ex ante* e abstratamente, de que condenados a menos de 15 (quinze) anos de reclusão não reúnam condições para serem recolhidos à prisão caso não estejam presentes os requisitos para prisão cautelar.<sup>21</sup> Com efeito, haveria a necessidade de ser declarada a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do art. 492, I, “e” do CPP, a fim de afastar a limitação de 15 (quinze) anos de reclusão.

Portanto, fica claro que, em última análise, a aplicação pura e simples do entendimento firmado no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54 às condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, além de afrontar o princípio constitucional da soberania dos veredictos, resultaria em severo prejuízo à eficácia e à credibilidade do sistema penal, bem como afrontaria também o direito fundamental à segurança pública.

### 3. HAVERIA AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO JÚRI?

A Constituição Federal proclama em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse sentido, propõe-se que a liberdade é regra, já o cerceamento à liberdade de locomoção é a exceção.

Para Mendes e Branco<sup>22</sup>, desponta o devido processo legal como parâmetro de regularidade do exercício do poder. Em uma primeira face procedimental ou formal, o devido processo legal remonta, dentre outros direitos, ao: a) direito ao contraditório e à ampla defesa; b) direito ao juiz natural; c) direito à exclusão das provas ilícitas; d) direito a não ser preso, a não ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente.

Por outro lado, como ensina Canotilho<sup>23</sup>, o devido processo legal apenas no seu aspecto procedimental não se mostra suficiente, devendo o processo ser orientado materialmente por princípio de justiça, ou seja, o processo além de legal deve ser justo e

<sup>21</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1356.

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 544.

<sup>23</sup> NICOLITT, op.cit., p. 130.



adequado. Nesse sentido, o devido processo legal é mais que a exigência de um procedimento prévio previsto em lei, exigindo que o procedimento seja justo, o que na perspectiva aristotélica, processo justo é um processo igualitário.<sup>24</sup>

Com efeito, sabe-se que a Constituição da República busca assegurar não somente uma igualdade formal, mas sim a igualdade material que pressupõe tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Aliás, esta é a função precípua das leis, discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras.

No que tange ao âmbito desse trabalho, tem-se que o próprio constituinte estabeleceu as desigualdades, ao atribuir ao Tribunal do Júri competência para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida, com a soberania dos seus vereditos.

O processo que tramita perante o Tribunal do Júri possui regras específicas em face dos bens jurídicos a serem especialmente tutelados, bens de indispensável tutela penal, diante da sua essencialidade à existência e à condição humana. São esses direitos os pilares da existência humana e que irão viabilizar o alcance de todos os demais direitos, motivo pelo qual a tutela desses bens deve ser a mais reforçada possível, isto é, a defesa desses bens deve ser promovida, sem exclusão dos demais ramos, pelo direito penal.

Corroborando a inexistência de afronta ao princípio do devido processo legal, principalmente no seu aspecto material, na execução provisória da pena no Tribunal do Júri, é importante analisar também o aspecto quanto à proporcionalidade da medida.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, que não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e de justiça, vincula tanto o legislador (em abstrato) quanto o Juiz (em concreto). Sendo assim, o princípio da proporcionalidade serve como parâmetro normativo para controlar a constitucionalidade material tanto da atividade legislativa quanto das funções administrativas e mesmo judiciais. No entanto, a principal aplicação do princípio da proporcionalidade ocorre nas colisões de normas a envolver direitos fundamentais.

Quando articulado em relação a certos deveres de proteção estatal decorrentes dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, além da função de proibição do excesso (“*Übermassverbot*”) inicialmente defendida, passa a assumir também o significado de proibição de proteção deficiente (“*Untermassverbot*”), que está vinculada a um dever de

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 131.



proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros.<sup>25</sup>

No âmbito das decisões do Tribunal do Júri, a análise deve considerar por um lado o valor liberdade representado pela presunção de inocência, a qual, sendo um princípio, comporta gradação segundo condições fático-jurídicas, e de outro lado, a segurança pública, que exige a privação da liberdade, inclusive em tempo razoável.

Segundo Kurkowski<sup>26</sup>, a proporcionalidade como proibição do excesso atrela-se à presunção de inocência. Ao longo da marcha do processo penal, nos momentos da investigação policial, do oferecimento da denúncia e da instauração do processo, a presunção de inocência tem um peso maior porque não há uma determinação sobre a culpabilidade do réu, razão porque a sua prisão é apenas permitida sob a forma cautelar. Sendo assim, a execução provisória nessa fase não se mostra proporcional, pois apesar de adequada, não é necessária, tampouco proporcional em sentido estrito.

Por outro lado, esse quadro fático-jurídico é alterado após a condenação pelo Conselho de Sentença no Júri. Nessas hipóteses, ocorre o trânsito em julgado do capítulo da sentença relativo à culpabilidade do réu, autorizando, assim, a execução da pena. Ainda que seja o caso de interposição de apelação com base no art. 593, III, d do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), a soberania da decisão condenatória dos jurados, decorrente do caráter democrático do júri, demanda eliminação do efeito suspensivo dessa apelação, autorizando a execução provisória da pena enquanto se decide sobre a questão no tribunal.<sup>27</sup>

Dessa forma, havendo condenação do réu pelo Conselho de Sentença, a presunção de inocência passa a ter um peso inferior em relação à segurança pública, restando justificada a execução provisória pela proporcionalidade da medida, a qual, a partir de então, ostentará adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

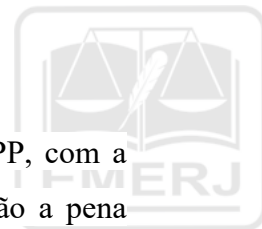
Cabe registrar, ademais, que em relação aos processos no Tribunal do Júri, não se nega a possibilidade de interposição de recurso ao condenado, mas apenas estabelecem que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri possui exequibilidade imediata, o que encontra respaldo nos princípios da soberania dos veredictos e da efetividade processual.

Registre-se ainda que, mesmo com as alterações advindas da Lei nº 13.964/2019, restou preservada, em hipóteses excepcionais, a possibilidade de atribuição de efeito

---

<sup>25</sup> BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. *Direito Constitucional*: Tomo I – Teoria da Constituição. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 197-200.

<sup>26</sup> KURKOWSKI, op. cit., p. 34.  
Ibidem, p. 35.



suspensivo à apelação, conforme se depreende da redação do art. 492, §5º do CPP, com a possibilidade de se evitar o imediato cumprimento da pena quando há condenação a pena igual ou superior a 15 anos, se verificado que o recurso não tem propósito meramente protelatório e que levanta questão substancial que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 anos de reclusão.

Assim, não é possível concluir que a determinação de execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso, viole o núcleo essencial de proteção do princípio da presunção de inocência, uma vez que diante da importância do bem jurídico tutelado, ou seja, a vida, preponderam o adequado respeito aos princípios do devido processo legal, da isonomia em sua vertente material, da segurança pública e da proporcionalidade quanto à proibição da proteção insuficiente do Estado.

## CONCLUSÃO

O debate sobre a execução provisória da pena torna-se cada vez mais presente nos tribunais superiores e na sociedade, muitas vezes alimentado por fatores políticos. No entanto, como discorrido acima, há uma recorrente inversão de entendimento quanto à possibilidade, ou não, de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. No caso do Tribunal do Júri, a insegurança jurídica ocasionada por essas mudanças impacta diretamente na atuação do juiz presidente, o responsável por determinar a execução provisória da pena, uma vez que apesar da possibilidade trazida pela Lei 13.964/2019, tal fundamentação pode acarretar grande número de recursos, e conseqüente reversão da prisão nos tribunais.

Com isso, o que se vê hoje na prática dos Tribunais do Júri é a aplicação predominante da prisão cautelar após a condenação pelo Conselho de Sentença, independentemente da quantidade de pena que seja imposta ao réu. Isso porque, diante de condenações em crimes de alta gravidade, como são os crimes dolosos contra a vida, acabam normalmente estando presentes os requisitos que permitem a manutenção ou decretação da prisão preventiva, quais sejam, para a garantia da ordem pública e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, concomitante ao perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Por outro lado, como vimos no presente trabalho, tendo em vista que as decisões do Tribunal do Júri emanam de um colegiado popular cujas deliberações são consideradas soberanas, resta evidenciado o caráter de sua relativa imutabilidade. Sendo assim, não se



possibilita aos Tribunais que substituam a decisão proferida pelo júri popular, dispondo apenas de competência para, quando muito, determinar a realização de um novo júri.

Diante disso, condicionar a plena aplicação do princípio da soberania dos veredictos ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria desrazoável, uma vez que além de comprometer a efetividade da lei penal, equivaleria ao próprio esvaziamento do conteúdo do pronunciamento soberano.

Por fim, faz-se necessário um posicionamento definitivo sobre o tema pela Corte Suprema, que inclusive foi afetado com repercussão geral no Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, no qual serão amplamente debatidos os aspectos constitucionais das decisões do Tribunal do Júri os quais foram trazidos nesse trabalho, esperando-se que seja realizado o *distinguishing* em relação ao entendimento firmado nas ações diretas de inconstitucionalidade 43, 54 e 55, de forma a restringir ou afastá-lo para o caso de condenações pelo Júri.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo Penal Parte Especial*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. *Direito Constitucional: Tomo I. Teoria da Constituição*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.675*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2528630>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 03 abr. 2021.





\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 03 abr. 2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Processos apensados – ADC 54 e ADC 44. Relator do acórdão: Ministro Edson Fachin. Relator do último incidente: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.770*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4439699>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 140.449*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5129090>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. O cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri. *Revista Direito e Liberdade*. Natal, v. 21, n. 3, p. 262-312, set./dez. 2019. Disponível em: <[http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1890](http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1890)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. Projeto de lei “anticrime” e as medidas para aumentar a efetividade do tribunal do júri. In: CUNHA, Rogério Sanches; Ó SOUZA, Renee do; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (coord). *Projeto de Lei Anticrime: uma análise ampla do projeto e suas potenciais inovações no direito criminal*. Salvador: Juspodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do Júri*. São Paulo: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.



## A PERÍCIA EM CARTÕES COM CHIP COMO FORMA DE EXTINÇÃO DE RECLAMAÇÕES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Fábio Mesquita Henriques

Graduado pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogado. Graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Celso Lisboa. Pós-graduado em Finanças pelo Ibmecc-RJ.

**Resumo** – A Lei nº 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, trouxe em seus princípios a mudança cultural necessária para equilibrar a relação, antes desproporcional, entre fornecedores e consumidores. Contudo, algumas argumentações em defesa dos fornecedores, válidas em torno das perícias para a elucidação dos fatos, são também constantemente utilizadas para extinguir os processos e afastar o julgamento do mérito pela via mais célere, quando não há uma atenta leitura dos fatos narrados. O problema tratado é o afastamento do consumidor dos Juizados Especiais Cíveis, pela utilização do argumento de haver cerceamento de defesa, caso seja negada a perícia para apurar os fatos. Em questões com operações em cartões que já deveriam estar bloqueados, são de fácil solução porque todas as operações são registradas com data e hora posterior ao cancelamento. Nesse cenário, envolvendo datas e número, há uma grande importância no cuidado que se deve ter ao se analisar as lides que realmente carecem de perícia daquelas que são de fácil solução, apenas pela confrontação dos dados. Pretende-se demonstrar que decisões de extinção do processo sem julgamento do mérito por necessidade de perícia têm sido usadas como estratégia para manter instituições financeiras em vantagem, subordinando os usuários dos seus serviços às falhas no atendimento para bloqueio de cartões de crédito.

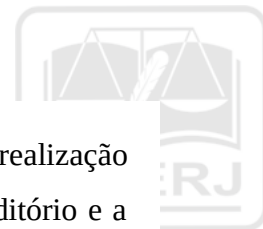
**Palavras-chave** – Direito do Consumidor. Extinção do Julgamento. Causa de Menor Complexidade. Falha na Prestação do Serviço. Cartão de Crédito. Instituição Financeira.

**Sumário** – Introdução. 1. A imprescindibilidade da perícia nos acessos indevidos com cartão com chip às contas bancárias: uma discussão sobre o valor da perícia como fonte de informação ao Juiz. 2. A perícia pode atestar o uso indevido do cartão de crédito. 3. A perícia para cartões que deveriam estar bloqueados. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como proposta demonstrar que a perícia necessária para elucidar questões sobre a má utilização de cartões de crédito vem sendo utilizada como regra e, com isso, afastar casos em que há falha na prestação do serviço.

No capítulo um, apresenta-se a finalidade e utilidade do Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação nos Juizados Especiais Cíveis. Destacam-se os Princípios da Lei nº. 9099/95 e sua harmonização com o CDC para atender a causas de menor complexidade e reduzir a quantidade de processos judiciais pelo procedimento comum e esclarece-se pontos controversos a respeito da possibilidade da perícia técnica.



No capítulo dois, demonstram-se as situações em que é imprescindível a realização de perícia, solicitada pelas instituições financeiras, para garantir o direito ao contraditório e a ampla defesa. Entende-se pela leitura que a inversão do ônus da prova não é um argumento invencível e a empresa pode eximir-se de ressarcir utilizando-se da produção de provas periciais complexas.

No capítulo três, evidencia-se que as instituições financeiras responsáveis pelas operações realizadas após a comunicação de bloqueio pelo cliente furtam-se ao ressarcimento pela via célere utilizando-se de pedidos de realização de prova pericial que apenas são utilizadas para a extinção do processo nos Juizados Especiais Cíveis.

Pela confrontação dos fatos, apresentação dos argumentos dos consumidores, contestação das instituições financeiras e sentenças aplicadas, o presente trabalho mostra através do método qualitativo que a lesão ao direito dos consumidores é combatida com um meio de produção de provas desnecessário para afastar o ressarcimento dos valores.

## 1. A IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA NOS ACESSOS INDEVIDOS COM CARTÃO COM CHIP ÀS CONTAS BANCÁRIAS: UMA DISCUSSÃO SOBRE O VALOR DA PERÍCIA COMO FONTE DE INFORMAÇÃO AO JUIZ

A ampliação do acesso à justiça por meio dos Juizados Especiais Cíveis tornou possível a solução de conflitos simples de forma a reduzir a quantidade de processos judiciais pelo procedimento comum. Segundo Manoel José de Paulo Filho<sup>1</sup>, os Juizados Especiais Cíveis possuem um sistema próprio cujo objeto é uma causa de menor complexidade, em consonância com o artigo 98, I da CRFB/88. A finalidade de criação foi descrita por Leslie Shéri da Ferras<sup>2</sup> da seguinte forma:

Os Juizados Especiais foram concebidos para ‘facilitar o acesso à Justiça’, a partir da constatação de que causas de pequena expressão econômica não estavam sendo levadas à apreciação do Poder Judiciário – quer pela descrença generalizada nesse órgão; quer pela desproporção entre o valor reclamado e os custos processuais; quer pela desinformação e/ou alienação da população brasileira. Pretendia-se, assim, criar um sistema apto a solucionar conflitos cotidianos de forma pronta, eficaz e sem muitos gastos

<sup>1</sup>PAULA FILHO, Manoel José de. *Constituição Federal e as Leis nº 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26067/uma-analise-sobre-o-sistema-dos-juizados-especiais-constituicao-federal-e-as-leis-n-9-099-1995-10-259-2001-e-12-153-2009>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>2</sup>FERRAS apud Ibid.



A Lei nº 9.099, de 1995, traz princípios compatíveis com a Constituição que são aplicáveis a diversas situações e pessoas e devem ser melhor interpretados na solução dos conflitos que são propostos nos Juizados<sup>3</sup>.

Esses princípios norteadores estão elencados no artigo 2º da mesma lei: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade. Cada um desses princípios possui o objetivo comum de solucionar rapidamente os conflitos e todos eles se coordenam para isso<sup>4</sup>: oralidade - reduz-se a termo apenas os fatos relevantes trazidos ao processo, buscando a aplicação rápida da prestação jurisdicional; simplicidade - o processo deve ser desvinculado de requisitos que dificultem o entendimento das partes, que podem estar sem a assistência de um advogado; informalidade como princípio, não se podem deixar espaços para a nulidade dos feitos; então esse princípio traz o mínimo de formalidade para a solução rápida da lide, mantendo uma validade jurídica para a resolução do mérito; o princípio da economia processual traduz-se em um menor custo processual por ter um tempo hábil para a satisfação das partes, diminuindo honorários advocatícios e custas judiciais.

Todos os princípios elencados se congregam para a formação do princípio da celeridade que, em termos de tempo razoável de duração do processo, dá um desfecho satisfatório para a solução de problemas levados aos Juizados Especiais Cíveis.

Em certos casos, a demanda levada a juízo pode conter pontos controversos que fogem ao conhecimento comum e torna-se necessário obter uma opinião técnica ou a tradução de termos técnicos. Nesses casos, segundo Luiz Francisco Garcia Luongo<sup>5</sup>, é recorrente a necessidade de produção de prova técnica nos Juizados quando a reclamação incide sobre o mau funcionamento de equipamentos eletrodomésticos. Para ele, na Lei nº 9.099/95, verifica-se a possibilidade de realização de perícia para o estabelecimento de prova técnica como descrito no artigo 35.

Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico<sup>6</sup>. Contudo, a sua realização não pode exigir as formalidades previstas no Código Civil, podendo ser tudo esclarecido em audiência, conforme explica Humberto Theodoro Júnior<sup>7</sup>:

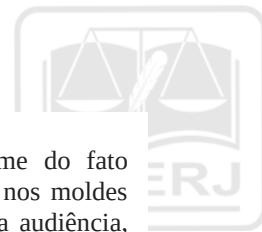
<sup>3</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>4</sup>BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>5</sup>LUONGO, Luiz Francisco Garcia. *Do cabimento da prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/128752/do-cabimento-da-prova-pericial-no-ambito-dos-juizados-especiais-civeis>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>6</sup>Ibid.

<sup>7</sup>THEODORO JÚNIOR apud Ibid.



A prova técnica é admissível no Juizado Especial, quando o exame do fato controvertido o exigir. Não assumirá, porém, a forma de uma perícia, nos moldes habituais do CPC. O perito escolhido pelo Juiz será convocado para a audiência, onde prestará as informações solicitadas pelo instrutor da causa. Se não for possível solucionar a lide à base de simples esclarecimentos do técnico em audiência, a causa deverá ser considerada complexa. O feito será encerrado no âmbito do Juizado Especial, sem julgamento do mérito, e as partes serão remetidas à justiça comum. Isto porque os Juizados Especiais, por mandamento constitucional, são destinados apenas a compor causas cíveis de menor complexidade

A complexidade aumenta em casos que as partes não conseguem trazer a comprovação inequívoca do direito pleiteado, como no caso em que não há comprovação sobre um defeito reclamado, tal como no trecho da decisão dada a título de exemplo por Luongo<sup>8</sup>.

[...] Isso porque, no caso em exame, a autora limita-se a alegar que o auto-rádio fabricado pela ré teria apresentado novo defeito, sem trazer aos autos qualquer prova nesse sentido, sendo certo que a ausência de qualquer prova que o produto encontrasse com defeito, faz com que seja necessário um exame técnico para verificação do alegado. (...) Esclarece, ainda, que o aparelho voltou a apresentar defeito, tendo a assistência técnica informado que o aparelho não apresenta qualquer defeito. (...), razão pela qual o processo deve ser extinto sem resolução do mérito

No exemplo acima, ficou evidente que a nova reclamação não foi consistente e fundamentada para garantir uma reparação, já que não foi possível demonstrar ou constatar qualquer novo defeito.

Para Elias Kallas Filho e João Paulo de Oliveira Fonseca, a prova pericial é a inserção do conhecimento técnico para produzir um laudo significativo para influenciar no julgamento, quando há uma questão afeta a uma outra área do conhecimento, que não é jurídica<sup>9</sup>.

Na definição de Davi Silveira e Karine Mastella Lang, prova pericial é a impressão obtida por meio de um exame por profissional da área específica do conhecimento exigido, conforme abaixo<sup>10</sup>:

[...] a prova pericial consiste em um exame elaborado por pessoa, via de regra profissional, possuidor de formação e conhecimento sobre a área em discussão, tratando de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, que tem o propósito de auxiliar o magistrado para as resoluções das lides fora da área de conhecimento profissional do mesmo.

<sup>8</sup>Ibid.

<sup>9</sup>KALLAS FILHO, Elias; FONSECA, João Paulo de Oliveira. *A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/106885/105505/188889>>. Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>10</sup>SILVEIRA, Davi; LANG, Karine Mastella. *A prova pericial*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-prova-pericial/>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



A prova técnica simplificada supre os pontos controvertidos e substitui uma eventual necessidade de perícia. Carlos Alberto Del Papa Rossi<sup>11</sup> afirma que “em muitos casos, apesar da necessidade de conhecimentos técnicos ou científicos especializados para a comprovação de determinado fato, pode ocorrer que a causa não envolva questões de alta complexidade”.

A necessidade da perícia é apenas esclarecer pontos que foram demonstrados na inicial ou na contestação que não são de conhecimento comum e não foram supridos pelas partes. Portanto, quando há verossimilhança nas alegações e a falha está evidente, na prestação de um serviço como exemplo, e todos os fatos podem ser esclarecidos em audiência, não é necessário um esclarecimento por prova pericial e, conseqüentemente, a extinção sem julgamento do mérito nos Juizados Especiais Cíveis.

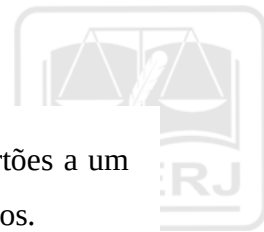
Alguns pedidos de perícia pelos réus em ações nos Juizados não são necessários, mas são atendidos, mesmo quando as narrativas já trazem todas as respostas às questões, e tornam inviável a continuidade do prosseguimento, prejudicando os consumidores. Veja abaixo uma decisão que exemplifica uma situação que uma perícia não revelará como foi concluída a subtração após o bloqueio de um cartão furtado, decisão obtida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>12</sup>.

O réu sustenta que o cartão possui 'chip', o que a autora não impugna, e foi utilizado mediante senha. Indispensável a perícia para o julgamento da lide, pois houve utilização do cartão com 'chip' e senha. (...). A avaliação técnica a que se refere o artigo 35 da Lei 9.099/95, é feita por profissional de livre escolha do Juiz, facultado às partes inquiri-lo em audiência ou no caso de concordância das partes." Não se admitindo a prova pericial tradicional e inexistindo neste Juizado qualquer técnico de confiança do juízo que possa fazer a apuração necessária para o deslinde da questão, o presente processo ser extinto sem resolução do mérito. Pelo exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, na forma do artigo 51, II da Lei 9.099/95.

A decisão acima desconsiderou que o autor fez o pedido de bloqueio e que os saques foram efetuados após isso. O autor não propôs a ação para discutir por quais meios foi descoberta a sua senha ou se houve a adulteração do chip no cartão; queria recuperar os prejuízos causados pela falta de bloqueio, que poderiam ter sido feito a tempo pela instituição financeira. Nesse exemplo, o pedido de perícia não traz respostas ao pedido do autor a

<sup>11</sup>ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. *A prova pericial na lei nº 13.105/2015*: Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://carlosadprossi.jusbrasil.com.br/artigos/324083771/a-prova-pericial-na-lei-n-13105-2015-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

<sup>12</sup>BRASIL. TJ-RJ. *Processo nº 0081772-79.2020.8.19.0001*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/portalDeServicos/montarProcesso?txtNumero=2020.001.062808-9&codTipProc=1&codCnj=0081772-79.2020.8.19.0001&indExibCodProc=N>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



respeito da falha na prestação do serviço e mostra a exposição dos usuários de cartões a um sistema que não atende operacionalmente para uma segurança dos valores depositados.

## 2. A ESTRATÉGIA DE PEDIR A PERÍCIA PARA CARTÕES QUE DEVERIAM ESTAR BLOQUEADOS E GERAR A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Ao final do capítulo anterior, verificou-se uma sentença sem resolução do mérito apenas porque se entendeu que um pedido de perícia elevaria a complexidade da causa a ponto de sua extinção no Juizado Especial Cível.

Nessa e outras situações semelhantes, os cartões podem ter sido utilizados indevidamente e os valores posteriormente contestados, mas a sua utilização se deu por fornecimento das informações confidenciais pelo seu titular. Uma vez revelada a senha para utilização por outra pessoa, o titular do cartão faz uma transferência de titularidade indevida a um terceiro, que não tem qualquer comprometimento com a instituição financeira ou a operadora do cartão de crédito. Além de essa transferência ir contra as cláusulas contratuais para a utilização do serviço, abre-se uma vulnerabilidade para que aquela pessoa de confiança faça uso em outras oportunidades, sem o conhecimento do titular, ou compartilhe as informações confidenciais de forma indevida com outros.

Por isso, quando os usuários não apresentam provas incontestáveis da falha na prestação do serviço e se valem da inversão do ônus da prova, as instituições financeiras são forçadas a buscar em seus sistemas de controle formas de comprovar que as operações foram realizadas em terminais, com o uso do cartão, senha pessoal intransferível, pelo próprio titular ou outra pessoa com os seus dados confidenciais.

A simples contestação dos valores operados com o cartão de crédito não garante o ressarcimento ao usuário, porque pode haver o uso indevido por meio do compartilhamento do cartão que pode eximir a instituição financeira da obrigação de ressarcir os danos causados por terceiros, quando não reconhecidos. E, nesses casos, a perícia efetuada nos sistemas identifica qualquer violação aos meios de acesso à conta bancária ou ao crédito disponibilizado, deixando claro que as informações confidenciais foram comprometidas pela própria vítima, justificando a necessidade do procedimento para a elucidação do fato.



Como explica Lucas de Mello Ribeiro<sup>13</sup>, é irrelevante que o cartão esteja na posse do cliente ou não para fundamentar o pedido de perícia. No seu entendimento, caso o cartão não esteja mais na posse do titular, as perícias devem ocorrer nos sistemas, recorrendo-se às câmeras de vigilância dos caixas eletrônicos e outros sistemas internos, por exemplo. Assim, o pedido de perícia não deve ser rejeitado apenas pela falta do cartão magnético, valendo para todos os casos.

Nesse momento, a empresa demandada, por meio da perícia, tenta romper a relação nexa causal imputada a ela pelo dano gerado pelo uso indevido do cartão e justificar que o uso do cartão e senha sigilosa não configuram falha na prestação do serviço. Esse é o entendimento do STJ que vem se consolidando desde 2002, como na decisão do Ministro Aldir Passarinho Junior no Resp. 417.835/AL a seguir:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE EM CONTA CORRENTE MEDIANTE USO DE CARTÃO MAGNÉTICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÔNUS DA PROVA. EXTENSÃO INDEVIDA. CPC. ART. 333, I.I. Extraída da conta corrente do cliente determinada importância por intermédio de uso de cartão magnético e senha pessoal, basta ao estabelecimento bancário provar tal fato, de modo a demonstrar que não agiu com culpa, incumbindo à autora, em contrapartida, comprovar a negligência, imperícia ou imprudência do réu na entrega do numerário. II. Recurso especial conhecido e provido, para julgar improcedente a ação.<sup>14</sup>

Mais tarde, também foi destacado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva em sua fundamentação no Resp. 1.633.785/SP, que segue:

[...] Mesmo na responsabilidade objetiva - não será demais repetir - é indispensável o nexa causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raros casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no dispositivo em exame.<sup>15</sup>

O maior objetivo da aplicação da perícia nesses casos é questionar a relação de causa e efeito que fundamenta o pedido do consumidor. Rompida essa relação com a comprovada inexistência do defeito no serviço, exclui-se automaticamente a responsabilidade do empresário, por não haver qualquer atividade empresarial que tenha provocado o dano. Caso contrário, haveria o chamado fortuito interno, que não afasta a responsabilidade do

<sup>13</sup>RIBEIRO, Lucas de Mello. *Inadmissibilidade do Juizado Especial Cível: Ações que discutem transações em cartão magnético*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/339276/inadmissibilidade-do-procedimento-dos-juizados-especiais-civeis>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>14</sup>Ibid.

<sup>15</sup>Ibid.





empresário porque se trata de uma imprevisibilidade contida nas atividades próprias e internas do serviço prestado<sup>16</sup>, como se explica no artigo de Paola Martins Montenegro

[...] entende-se por fortuito interno aquele que é imprevisível, mas que se liga à atividade exercida, no caso, ao serviço público prestado pela concessionária. É fato inserido no risco da atividade, fato que pode ou não ocorrer, mas que o agente deve estar preparado para enfrentá-lo caso aconteça. Dessa noção de fortuito interno que surgiu a súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias” 28, ou seja, o STJ reforçou o entendimento de que o fortuito interno não é incorporado como causa excludente de responsabilidade, devendo haver uma responsabilização objetiva.<sup>17</sup>

É imprescindível contrastar o fortuito interno do externo para que as instituições financeiras atribuam o fato danoso ao fortuito externo que afasta a prestadora do serviço da incidência da súmula 479 do STJ, reproduzida abaixo:

Súmula 479 - As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. (SÚMULA 479, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012) (DIREITO DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR)<sup>18</sup>

O fortuito externo exclui à responsabilidade civil das instituições financeiras, porque foi originado de um fato estranho à relação contratual entre fornecedor e cliente. Além do compartilhamento consciente dos dados confidenciais, outros exemplos é o furto de cartão magnético que até o momento da comunicação ao banco fica em funcionamento nas mãos dos malfeitores. Até mesmo no caso de roubo ou estelionato, quando a vítima entrega o seu cartão e sua senha pessoal, tal fato exclui o nexo de responsabilidade com a instituição financeira e, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva<sup>19</sup>. Certifica-se esse entendimento pela decisão sobre a apelação feita pelo Desembargador Henrique Rodrigo Clavasio, conforme abaixo:

Anulatória de débito e indenização por danos morais – Recebimento de telefonema de suposto funcionário do réu – Ação fora da agência bancária – Movimentações bancárias efetuadas por terceiros – Culpa exclusiva de terceiros – Reconhecimento – Defeito ou falha na prestação de serviços – Não reconhecimento – Responsabilidade

<sup>16</sup>MONTENEGRO, Paola Martins Montenegro. *Responsabilidade Civil das Concessionárias Prestadoras de Serviços Públicos no Tocante ao Fortuito Interno e Fortuito Externo*. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2014/trabalhos\\_22014/PaolaMontenegro.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/PaolaMontenegro.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>17</sup>Ibid.

<sup>18</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 479*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27479%27%29.sub.>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>19</sup>RIBEIRO, op. cit.



civil não configurada – Artigo 14, § 3º, inciso II, do CDC – Responsabilidade da instituição bancária – Artigos 186, 187 e 927 do Código Civil – Limitação pela prática dos atos vinculados ao serviço que presta ‘fato do serviço’ e ‘vício do serviço’ – Artigo 927 § único do Código Civil e artigos 14 e 20 do CDC – Conduta – Relação de causa e efeito – Relação de causalidade – Regra de incidência – Artigo 403 do Código Civil – Conduta que não é causa ou concausa eficiente para o resultado – Evento danoso que extrapola os limites da relação objetiva – Culpa de terceiros e excludente de responsabilidade – Inteligência da Súmula 497 do STJ – Inocorrência de ‘fortuito interno’ – Ausência dos pressupostos de incidência – Artigo 393 do Código Civil – Ausência de responsabilidade do réu – Sentença reformada – Ação improcedente – Sucumbência revertida. Recurso provido.<sup>20</sup>

Dessa forma, a empresa demandada consegue se valer do artigo 393 do Código Civil<sup>21</sup> que diz:

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir – para deixar de arcar com os prejuízos causados de forma não prevista.

Contudo, esse meio de verificação torna-se sem efeito, quando a contestação incide sobre valores utilizados após a comunicação de furto, roubo ou extravio do cartão habilitado, como será demonstrado no próximo capítulo.

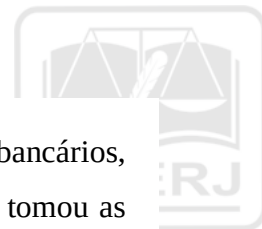
### 3. OS DANOS CAUSADOS PELO ATENDIMENTO AO PEDIDO DE PERÍCIA, A FORMA ATUAL DE REVERTER A SITUAÇÃO

Após a comunicação do usuário do cartão aos canais de comunicação sobre a: perda, furto, roubo ou comprometimento dos dados pessoais. Os serviços disponíveis aos cartões devem ser imediatamente desabilitados pelas administradoras e instituições financeiras responsáveis. O resultado esperado é o de que não se possa mais utilizar o plástico em qualquer máquina para operações de: compras, saques, contratos de empréstimos, transferências entre outros serviços. O que não se verifica na prática.

Quando ocorrem operações após a comunicação, há uma disposição dos recursos financeiros do titular pela instituição financeira de forma indevida. A falha na prestação do serviço nasce a partir desse instante, porque a ausência de comunicação entre os

<sup>20</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça – SP. AC: 10253628020198260564 SP 1025362-80.2019.8.26.0564. Relator: Henriques Rodriguero Clavio. Data de Julgamento: 14/09/2020. 18ª Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 15/09/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927773775/apelacao-civel-ac-10253628020198260564-sp-1025362-8020198260564/inteiro-teor-927773795>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>21</sup>BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021.



departamentos dos bancos, ou deficiência na integração entre os sistemas bancários, prorrogam a exposição dos recursos além do momento previsto pelo titular, que já tomou as medidas cabíveis para evitar os transtornos que advém.

Nesses casos, a falta do cartão já causa a impossibilidade de operações com os recursos. A comunicação é fato incontroverso pela obtenção de um protocolo de atendimento. No entanto, essas medidas não foram suficientes para interromper a disponibilidade e continuam surgindo operações, como se fossem legítimas.

A busca para reaver valores de lançamentos indevidamente na fatura ou em conta corrente geram, além do dano material, o dano moral, porque foge completamente da esfera do mero aborrecimento para o consumidor que precisa atuar como coadjuvante para bloquear os valores disponíveis em seu nome, fazendo contato com as instituições financeiras em duas frentes: uma para impedir o funcionamento e na outra para reaver aquilo que lhe fora tirado indevidamente.

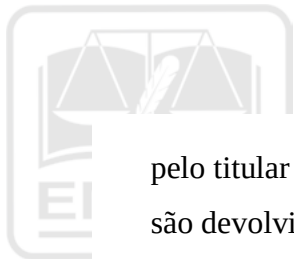
Com bem explicado, por Marcos Dessaune, em sua Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, o usuário dos serviços bancários passa a ter um desgaste em sua vida particular produtiva e desempenha um papel acessório para sanar a falha da instituição financeira, que proporciona prejuízos a ele próprio. O titular despende o seu tempo de vida útil, seu tempo existencial, sofrendo um dano extrapatrimonial de natureza existencial<sup>22</sup>.

Ao se esquivar de resolver o problema primitivo em prazo compatível com a real necessidade do consumidor, com a utilidade do produto ou com a característica do serviço, o fornecedor consome tal prática abusiva e gera para o consumidor duas novas alternativas de ação, que são indesejadas: assumir o prejuízo ou tentar, ele mesmo, solucionar a situação lesiva. Ademais, ao confrontar o consumidor com essas novas alternativas de ação que, apesar de indesejadas, mostram-se prioritárias, necessárias ou inevitáveis naquele momento, o fornecedor restringe a possibilidade de escolha do consumidor. Além disso, ao impor ao consumidor um prejuízo em potencial, iminente ou consumado, o fornecedor influencia a vontade do consumidor.<sup>23</sup>

Em uma situação como essa - em um melhor cenário: o cartão seria cancelado a tempo de não ocorrerem lançamentos posteriores à comunicação, e assim, haveria a prestação do serviço de maneira plena, sendo dispensável qualquer tipo de congratulações por isso; - em uma situação de falha aceitável: quaisquer valores operados além da comunicação ao banco seriam automaticamente restituídos, em um prazo razoável, ainda passível de reclamações

<sup>22</sup>DESSAUNE, Marcos. Emerj. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 15-31, 1º sem. 2019. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/volume17\\_numero1\\_15.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf)>. Acesso em: 05 set. 2021.

<sup>23</sup>Ibid.



pelo titular pelos dissabores causados; - na pior das hipóteses, os lançamentos contestados não são devolvidos, de forma voluntária, ou por solicitação expressa do usuário.

Muito comum na vida real, a última hipótese gera uma lide entre o fornecedor de serviços e o consumidor, esse perde seu tempo buscando a solução para uma falha fora da sua competência, que gera danos materiais e morais a serem solucionados pela via judicial.

A justificativa para a produção da prova pericial pelas instituições financeiras se fundamenta na narrativa de que não é impossível fazer operações com cartões de crédito sem o plástico e a senha. Além disso, alegam que é impossível a obtenção dos dados contidos nos chips de segurança.

Assim, as instituições financeiras conseguem afastar as várias modalidades de operações que são possíveis de serem realizadas com o número do cartão, código de segurança e tarja magnética, mesmo sem a posse do plástico. Com o cartão em funcionamento, tais elementos estão disponíveis no momento do manuseio pelo titular ou pelos funcionários dos estabelecimentos, conforme ressaltam Rafael Paraguassu de Oliveira e Marcio Souza de Almeida.

Ressalta-se que a mera alegação de que as operações com cartões com chip são impossíveis de serem implementadas por terceiros não afasta, por si só, a possibilidade de que a captura de suas informações e da senha digitalizada pelo cliente possam ser transferidas para uma fita magnética e o cartão ser utilizado por terceiros. É sabido também que vários são os casos de sua utilização sem a necessidade de chip, bastando a utilização do número do cartão e número de segurança (compras pela internet, por exemplo), facilmente obtidos por qualquer pessoa que tenha contato com o cartão<sup>24</sup>

Nesse rápido momento de interação com o cartão, é possível a observação da digitação dos dados sigilosos e a extração dos números: em alto relevo no cartão e o código de segurança impresso na parte posterior.

Quando há uma notificação de operação indevida realizada com esses dados e o titular solicita ou aciona o bloqueio pelos vários meios disponibilizados pelas instituições financeiras, não faz sentido apurar, por meio de perícia, o funcionamento ou como foram realizadas as operações que, em tese, deveriam estar bloqueadas.

Como atestar o bom funcionamento de algo que já deveria estar desabilitado, desde o primeiro atendimento solicitando o bloqueio com os motivos devidamente justificados e,

---

<sup>24</sup>ALMEIDA, Rafael Paraguassu de; OLIVEIRA, Marcio Souza de. *Responsabilidade Objetiva das Instituições Financeiras: Relação de Consumo; Cartão de Crédito com chip, senha intransferível; fraude em relação aos consumidores*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-objetiva-das-instituicoes-financeiras-relacao-de-consumo-cartao-de-credito-com-chip-senha-intransferivel-fraude-em-relacao-aos-consumidores/amp/>>. Acesso em: 05 set. 2021.



pensando nisso, questiona-se o porquê do atendimento ao pedido de perícia com consequente extinção do processo sem resolução do mérito nos Juizados Especiais Cíveis.

A justificativa para acatar o pedido de perícia foi uma mudança de entendimento do STJ para garantir o direito de defesa das instituições financeiras em fazerem prova da regularidade das operações com o cartão e senha do titular que gerou decisões como as do Aresp nº 1.475.930-SP<sup>25</sup>, e reconheceu a necessidade da perícia para que a instituição financeira pudesse produzir provas de que as operações foram realizadas pelo titular para se desvencilhar-se do ônus gerado ou por má-fé do titular, ou houve descuido na guarda dos dados pessoais, ou compartilhamento da informação indevidamente. Contudo, essa justificativa não se aplica a todos os casos, evidentemente quando há o pedido de bloqueio do cartão pelo próprio titular.

Por quaisquer que sejam os motivos que gerem o pedido do bloqueio às instituições financeiras, não é aceitável que esse plástico, bem como o número do cartão e código de segurança continuem ativos e efetuando compras e demais operações bancárias, consumindo recursos do titular nelas depositados.

Tampouco é coerente que haja algum tipo de perícia para certificar os sistemas de segurança dos bancos, se a operação foi realizada após a comunicação de perda, furto, roubo pelo titular ou o comprometimento dos pessoais do titular.

Entende-se dessa forma como uma manobra das instituições financeiras para se valerem de uma segurança que, apenas pode ser atestada por perícia, para afastar os consumidores lesados por falha no atendimento dos Juizados Especiais Cíveis. Como se verifica na reforma da sentença abaixo:

Com a devida vênia, a sentença merece reforma, estando o feito maduro para julgamento. A autora-recorrente solicitou o cancelamento do cartão na data de 19/03/20 (dia do furto), tanto pelo aplicativo (fl. 14), quanto pessoalmente na agência às 11h02min (fl. 14). As transações de saque questionadas foram realizadas minutos depois (fl. 14). Portanto, o réu possuía os meios de comprovar suas alegações de que as transações foram realizadas pela autora, nos termos do art. 373, II do CPC, sendo suficiente, neste ponto, a exibição da gravação do interior da agência em que a autora estava no dia 19/03/20, o que não fez. Assim, deve ser devolvida a quantia sacada indevidamente de R\$ 2.000,00, de forma simples. Quanto aos danos morais, a demanda não se revela meramente patrimonial, porquanto inúmeras foram as tentativas de solução sem sucesso, o que traz repercussão aos direitos da personalidade da autora. Isso posto, VOTO no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para ANULAR a sentença e JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar o réu a pagar à autora, à

<sup>25</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AResp. nº 1475930 SP 2019/0084792-7*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 29/08/2019. Data da Publicação: 02/09/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/877822477/agravo-em-recurso-especial-aresp-1475930-sp-2019-0084792-7/decisao-monocratica-877822497?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 set. 2021.



título de danos materiais, a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), de forma simples, corrigido monetariamente desde o desembolso em 19/03/2020 e acrescido de juros de 1% ao mês desde a citação e a título de danos morais, a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigido monetariamente desde o arbitramento e acrescido de juros de 1% ao mês desde a citação.<sup>26</sup>

Na reforma da sentença verificada acima, percebe-se o reconhecimento claro de que houve utilização de um argumento eminentemente técnico, pelas Instituições Financeiras, para evitar o acesso aos Juizados Especiais Cíveis de uma reclamação do consumidor.

O Princípio da Celeridade que é aplicado nos juizados para atender as demandas de baixa complexidade levam a uma classificação dos pedidos de perícia como imprescindíveis para não haver cerceamento de defesa e, então, extinguem o processo sem levar em conta a verossimilhança das informações e perceber que podem ser contestadas com dados disponíveis pelos sistemas internos das Instituições Financeiras.

Além das situações já reclamadas no Poder Judiciário, a fragilidade do laudo pericial será ainda maior com a inovação aplicada aos novos cartões de crédito, que são acionados por aproximação, ou seja, eles podem ser acionados com a oportunidade de posicionamento de máquinas próximas às vítimas em transportes públicos, por exemplo. Com essa nova tecnologia disruptiva para diminuir o contato com o cartão e a máquina, abrem-se mais possibilidades de acesso aos meios de pagamento por pessoas não autorizadas.

## CONCLUSÃO

A luta pelos direitos do consumidor ganhou relevo com a Lei nº 8.078/90. A partir da disseminação do conhecimento dela e do uso pelo público em geral, a jurisprudência vem reconhecendo e ajustando desequilíbrios entre os polos que buscam o reconhecimento de situações fáticas que inovam para mudar a interpretação dos seus direitos.

Inicialmente, houve uma grande demanda ao Judiciário para se defenderem os direitos dos consumidores. Em seguida, houve o combate à indústria do dano moral para evitar o congestionamento do judiciário, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis.

Esse revés que sofreram os consumidores foi mitigado parcialmente pela Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor que trouxe o entendimento de que o dano moral, tão combatido, era evidente pela perda de tempo para a solução de problemas ocasionados pelos fornecedores.

<sup>26</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0081772-79.2020.8.19.0001*.

Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/processoeletronico/apresentacao>>. Acesso em: 05 set. 2021.

Contudo, o artigo evidenciou que a argumentação que não destacou os fatos com mais realce à falha na prestação do serviço para o bloqueio de cartão de crédito, deixou a demanda judicial seguir um trajeto delineado para outras que precisam de perícia para garantir a ampla defesa e o contraditório. Por isso, muitas instituições financeiras utilizam-se do pedido de perícia para conduzir demandas mesmo formato para uma sentença de extinção sem resolução do mérito.

Essa decisão legal de extinção do processo sem a resolução do mérito por necessidade de perícia pode ser revertida, mas para isso os consumidores precisam manejar um recurso para realçar as informações que as operações foram feitas posteriormente ao pedido de bloqueio do cartão, deixando claro que o pedido de perícia em cartões com chip é, também, uma estratégia para dissuadir o consumidor que precisará arcar com as custas judiciais e a contratação de um advogado para reverter a decisão em seu favor, consumindo mais tempo de vida em um desgaste para o ressarcimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 01 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 01 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2022/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2022/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0081772-79.2020.8.19.0001*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/portalDeServicos/montarProcesso?txtNumero=2020.001.062808-9&codTipProc=1&codCnj=0081772-79.2020.8.19.0001&indExibCodProc=N>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 479*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27479%27%29.sub>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça-SP. *AResp. nº 1475930 SP 2019/0084792-7*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de Julgamento: 29/08/2019. Data da Publicação: 02/09/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/877822477/agravo-em-recurso-especial-aresp-1475930-sp-2019-0084792-7/decisao-monocratica-877822497?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça – RJ. *Processo: 0081772-79.2020.8.19.0001*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/processo-eletronico/apresentacao>>. Acesso em: 05 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça – SP. *AC: 10253628020198260564 SP 1025362-80.2019.8.26.0564*. Relator: Henriquez Rodriguero Clavasio. Data de Julgamento: 14/09/2020. 18ª Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 15/09/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927773775/apelacao-civel-ac-10253628020198260564-sp-1025362-8020198260564/inteiro-teor-927773795>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ALMEIDA, Rafael Paraguassu de; OLIVEIRA, Marcio Souza de. *Responsabilidade Objetiva das Instituições Financeiras: Relação de Consumo; Cartão de Crédito com chip, senha intransferível; fraude em relação aos consumidores*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-objetiva-das-instituicoes-financeiras-relacao-de-consumo-cartao-de-credito-com-chip-senha-intransferivel-fraude-em-relacao-aos-consumidores/amp/>>. Acesso em: 05 set. 2021.

DESSAUNE, Marcos. *Direito em Movimento*. Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 15-31, 1º sem. 2019. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/volume17\\_numero1\\_15.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf)>. Acesso em: 05 set. 2021.

KALLAS FILHO, Elias; FONSECA, João Paulo de Oliveira. *A influência da prova pericial nas decisões judiciais acerca da responsabilidade civil dos médicos*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/106885/105505/188889>>. Acesso em: 20 out. 2021.

LUONGO, Luiz Francisco Garcia. *Do cabimento da prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/128752/do-cabimento-da-prova-pericial-no-ambito-dos-juizados-especiais-civeis>>. Acesso em: 03 abr. 2021.


MONTENEGRO, Paola Martins Montenegro. *Responsabilidade Civil das Concessionárias Prestadoras de Serviços Públicos no Tocante ao Fortuito Interno e Fortuito Externo*. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2014/trabalhos\\_22014/PaolaMontenegro.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/PaolaMontenegro.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

PAULA FILHO, Manoel José de. *Constituição Federal e as Leis nº 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26067/uma-analise-sobre-o-sistema-dos-juizados-especiais-constituicao-federal-e-as-leis-n-9-099-1995-10-259-2001-e-12-153-2009>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

RIBEIRO, Lucas de Mello. *Inadmissibilidade do Juizado Especial Cível: ações que discutem transações em cartão magnético*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/339276/inadmissibilidade-do-procedimento-dos-juizados-especiais-civeis>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

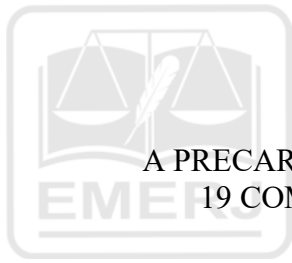
ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. *A prova pericial na lei nº 13.105/2015: Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://carlosadprossi.jusbrasil.com.br/artigos/324083771/a-prova-pericial-na-lei-n-13105-2015-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 22 ago. 2021.



VOLTAR AO SUMÁRIO 



SILVEIRA, Davi; LANG, Karine Mastella. *A prova pericial*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-prova-pericial/>. Acesso em: 03 abr. 2021.



## A PRECARIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NA PANDEMIA COVID-19 COMO OBSTÁCULO À GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE, À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fernanda Castilho Ribeiro de Castro Cerruti

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

**Resumo** –O presente trabalho busca estudar e refletir sobre o tema do direito à saúde em meio a pandemia do novo coronavírus, observando-se a estrutura oferecida pelo Sistema Único de Saúde e as consequências da sua precarização, relacionando-as ao direito à vida e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para tal, visa expor os efeitos da crise pandêmica na vida das pessoas. Será feita uma análise com base na doutrina e legislação, concluindo pelo dever do Poder Público em se adaptar à nova realidade, trazendo efetividade para a saúde pública.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito à Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Único de Saúde. Pandemia da COVID-19.

**Sumário** – Introdução. 1. A Pandemia Covid-19 e seus desdobramentos na saúde pública brasileira. 2. O direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana em meio à pandemia Covid-19. 3. O controle judicial para a efetivação do direito à saúde na pandemia covid-19.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a precarização da saúde pública, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), durante o período correspondente à duração da pandemia mundial relacionada a Covid-19 e como a efetividade dos direitos à saúde, vida e dignidade da pessoa humana é prejudicada nesse contexto.

Para tanto, é feita uma análise do contexto, em conjunto a legislação e posições doutrinárias e jurisprudenciais na seara do tema, no intuito de abordar a falta de estrutura da saúde pública e seu conseqüente prejuízo a direitos constitucionalmente garantidos.

A Constituição da República de 1988 em seu artigo 6<sup>o</sup> garante a saúde como um direito fundamental do ser humano, sendo o Estado o responsável na missão de garanti-la. Essa diretriz tornou possível a criação do Sistema Único de Saúde, de modo a atender a população de todas às formas que a saúde se faça necessária.

O tema é relevante e vem sendo bastante discutido pela sociedade na atualidade, visto que o mundo como o conhecemos foi gravemente afetado por esta pandemia, e não há uma estrutura forte como deveria na saúde pública para combatê-la, ocasionando muitas perdas irreversíveis e transtornos causados à população.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição Federal da República*, de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 31 ago. 2021.



Nesse sentido, para melhor compreender esta pesquisa faz-se necessário abordar a falta de investimento e a pouca expansão no SUS, de modo que o sistema de saúde chega ao colapso na pandemia Covid-19. Ainda, pretende-se observar as consequências sensíveis ligadas diretas e indiretamente à população pela falta de investimento em políticas públicas de saúde, observando-se que idealmente uma nova postura, com grandes mudanças seria a única chance de fortalecer o sistema público de saúde.

O primeiro capítulo do trabalho busca entender e definir o que é a pandemia Covid-19, como ela afeta a saúde pública brasileira, suas dimensões ao longo do país e explicar o Sistema Único de Saúde.

O segundo capítulo, visa analisar o direito à saúde no âmbito da Constituição da República Brasileira de 1988, a partir da ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, suas características e sua relação com a pandemia Covid-19.

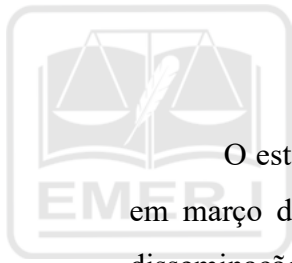
O último capítulo tem a proposta de analisar a questão do controle judicial na saúde em meio a pandemia covid-19, analisando a jurisprudência e o seu histórico, além de buscar compreender as novas mudanças no tocante à judicialização que leva a uma nova postura adotada pelos Tribunais Superiores.

A pesquisa é realizada a partir método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador busca entender os motivos que causaram os acontecimentos presentes nesta pesquisa, investigando o seu impacto, estudando respostas e elaborando hipóteses a serem debatidas de forma argumentativa.

A abordagem é qualitativa, de modo que o pesquisador utiliza a bibliografia correspondente ao tema como objeto desta pesquisa que é analisada na sua fase explicativa, utilizando-se da legislação, doutrina e jurisprudência como base.

## 1.A PANDEMIA COVID 19 E SEUS DESDOBRAMENTOS NA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA

No final do ano de 2019 o novo Coronavírus surgiu em Wuhan na China e rapidamente se espalhou pelo mundo em 2020, perdurando no ano de 2021. A doença que ataca principalmente o sistema respiratório chamou a atenção das autoridades sanitárias ao redor do mundo pela possibilidade de em questão de pouco tempo agravar o estado de saúde daqueles que testarem positivo para ela.



O estado da contaminação da Covid-19 rapidamente fora elevado à pandemia mundial em março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>2</sup>, em razão da sua rápida disseminação geográfica. A doença provocou caos em muitos países, inclusive no Brasil, causando uma falta de estabilidade no país maior do que a já existente, visto que a saúde pública entrou em colapso, além de consequências diversas na economia e uma quantidade alarmante e crescente de óbitos.

A Covid-19 é uma patologia que se espalha rapidamente, atingindo um grande número de pessoas. Com isso, na maioria das vezes, nas modalidades mais graves da doença, os afetados necessitam de atendimento médico e hospitalar com urgência para que se evite a sua evolução e a possibilidade de vir à óbito.

A doença em si possui um processo de incubação longo, afeta as pessoas de maneiras diferentes, com um alto índice de contágio, desde casos assintomáticos, sintomas leves a casos graves passíveis de internação hospitalar em razão das dificuldades respiratórias causadas. De acordo com o Ministério da Saúde, os principais sintomas são: coriza, tosse, dor de garganta, dificuldade de respirar, febre alta, aumento dos batimentos cardíacos, dor no peito, cansaço, falta de ar, pneumonia, insuficiência respiratória aguda e insuficiência renal.<sup>3</sup>

Diante das circunstâncias relacionadas à pandemia, observa-se o grande impacto que ela provocou na sociedade brasileira desde que chegou ao país. Conseqüentemente a isto, houve “lockdown” em diversas cidades brasileiras e ao redor do mundo, com implicações econômicas preocupantes e principalmente relacionadas a saúde da população.

No Brasil, a saúde pública é representada pelo Sistema Único de Saúde, conforme artigo 4º da Lei nº 8.080 de 1990<sup>4</sup>. Ainda, presente no artigo 198 da Constituição de 1988<sup>5</sup>, fora formulado para ser uma rede regionalizada e hierarquizada. Nesse sentido, o SUS, como é conhecido, é responsável por unificar a saúde pública no país, nas esferas federais, estaduais, municipais e no distrito federal nos serviços e ações de saúde.

O SUS é fundamental para a resistência da saúde pública, beneficiando toda a população. No entanto, anteriormente à pandemia Covid-19, este encontrava-se sucateado, ocorrendo uma queda no número de leitos disponíveis a partir do governo da ex presidente

---

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde declara pandemia do novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em 24 set. 2021.

<sup>3</sup> NOVO Coronavírus (Covid-19): informações básicas. Disponível em: <<https://bvsmms.saude.gov.br/novo-coronavirus-covid-19-informacoes-basicas/>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL, op. Cit., nota 1.



Dilma Rousseff, que se prolongou no governo do também ex presidente Michel Temer e permanecendo atualmente na gestão de Jair Bolsonaro<sup>6</sup>. Assim, sem investimentos estruturais e sem estímulos governamentais, o atual estado da saúde pública é algo preocupante considerando-se a sua magnitude e da sua função social.

Dentre as medidas relacionadas à pandemia, o sistema de saúde pública é responsável pela identificação de pacientes portadores do vírus, acompanhamento de pacientes, internações hospitalares, aplicações de vacinas, etc. O grande problema é que seu atual aporte não é suficiente. Não há testes, profissionais de saúde, leitos e vacinas compatíveis com a demanda populacional do Brasil que faz o uso do Sistema Único de Saúde.

É importante ressaltar que mesmo as pessoas com maior poder aquisitivo do país fazem uso direto ou indireto do SUS, seja em uma situação de emergência, em que se encaminhe para uma unidade de saúde pública, seja buscando a vacina contra a doença responsável por provocar a pandemia em questão, entre outras. Isso decorre do sistema de saúde universalista adotado pelo Brasil, caracterizado por financiamento público com recursos de impostos e acesso universal aos serviços que são prestados por fornecedores públicos. Tal sistema é aplicado em outros países, como por exemplo o Reino Unido, que adota o “National Health Service”. Sendo assim, o SUS pertence a todos e é para todas as pessoas.

A Administração Pública ao longo dos últimos anos peca pela falta de investimento nas políticas públicas de saúde e pelo sucateamento do SUS. Fato é, o SUS resiste apesar de todas essas situações. No entanto, não deveria ser assim, muito do sofrimento que assola a sociedade brasileira poderia ter sido evitado se a estrutura física das unidades de saúde fosse melhor.

A saúde é um direito fundamental social previsto constitucionalmente, sendo uma norma autoaplicável e de aplicação direta e imediata (artigo 5º §1º da CRFB/88)<sup>7</sup>, efeitos decorrentes do Princípio da Máxima Efetividade, intrínseco a todas as normas constitucionais.<sup>8</sup> Além disso, o direito à saúde possui caráter prestacional, logo é suscetível a exigibilidade em face ao Estado pelo indivíduo. O grande cerne da questão relativa à saúde é a sua busca por efetividade, dever constitucional (artigos 196 e 197 da CRFB/1988<sup>9</sup>) que pertence ao Poder Público.

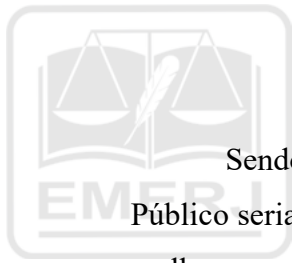
---

<sup>6</sup> SCHELP, Diogo. *Sucateamento do SUS é problema estrutural que já vem de muito tempo*. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/04/18/schelp-sucateamento-do-sus-e-problema-estrutural-que-ja-vem-de-muito-tempo.htm>>. Acesso em 24 set. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>8</sup> BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; SCHWARTZ, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. v. 45, n. 177, p. 260, jan/mar 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160191>>. Acesso em: 26 set. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



Sendo assim, o mínimo para se concretizar o disposto no texto constitucional pelo Poder Público seria: o investimento na contratação de profissionais de saúde e administração, na sua melhor remuneração, se houvesse de fato empenho e direcionamento financeiros na compra de medicamentos, aparelhos médicos e utensílios, sem contar no aumento do número de leitos para aumentar a capacidade de atendimento à população.

Com a chegada da pandemia isso se tornou ainda mais relevante e debatido pela população, não se deve normalizar o sofrimento alheio e se manter na inércia ao ver o número de pessoas morrendo só aumentando.

Nas principais cidades brasileiras as circunstâncias são ainda piores, pois uma grande parcela da população não tem como evitar sair de casa para trabalhar, manter-se isolado na atual conjuntura é um grande privilégio. Com isso, as pessoas se arriscam pensando no seu sustento e vão trabalhar, se expondo ao contato com o vírus. Em que pese o vírus não escolha classe social, é inegável que a parte mais vulnerável da população é a mais atingida por ele e é a eles que o SUS deveria ter como prioridade efetivamente<sup>10</sup>.

Uma das poucas possibilidades de evitar um colapso ainda maior é a vacinação em massa, e novamente o Sistema Único de Saúde é o protagonista, pois esta também é de sua responsabilidade. Com a crise gerada pela falta de vacinas imunizantes, o número dos casos da doença dispara mais do que no início da pandemia. Criado em 1973, o Programa Nacional de Imunização (PNI), foi por muito tempo referência mundial na vacinação em massa da população, vide as várias outras campanhas de vacinação existentes no país<sup>11</sup>.

Nessa conjuntura, cumpre destacar que o atual governo não se prontificou a providenciar o imunizante contra a Covid-19 logo que possível<sup>12</sup>, configurando uma negligência com a saúde pública e consequentemente para a população em geral. Conclusão, a vacinação teve seu início, mas não há organização, pessoas furam a fila de prioridade sem nenhuma fiscalização, em várias localidades do país ela já foi interrompida por não haver mais estoque do imunizante e em alguns casos os profissionais responsáveis por vacinar fingiram tê-lo feito, não utilizando a vacina no momento. Para piorar mais ainda o processo de imunização existe um movimento antivacina que se utiliza de *fake News* para espalhar desinformação desestimulando a vacinação populacional.

---

<sup>10</sup> GRAGNANI, Juliana. *Por que o o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 24 set. 2021.

<sup>11</sup> *HISTÓRIA da vacinação no Brasil: país é referência mundial em imunização*. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/video/historia-da-vacinacao-no-brasil-pais-e-referencia-mundial-em-imunizacao>. Acesso em: 24 set. 2021.

<sup>12</sup> VIEIRA, Sérgio. *Por que faltam vacinas para o Brasil?* Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/por-que-faltam-vacinas-para-o-brasil/>. Acesso em: 24 set. 2021



A situação relativa à compra dos imunizantes se tornou tão caótica e com tantos desdobramentos negativos, atingindo diretamente o bem jurídico vida da população brasileira. Desse modo, o Senado Federal em abril de 2021 deu início a criação da CPI da Covid-19, que tem como principal objetivo apurar as eventuais omissões do governo federal no combate à pandemia.<sup>13</sup>

Com relação à economia, sabe-se que a pandemia veio e trouxe uma grande crise para este setor brasileiro, muitos perderam seus empregos e tiveram sua capacidade financeira reduzida. Como consequência direta, muitas pessoas que utilizavam planos particulares de saúde passaram a não poder arcar mais com estes custos, aumentando o fluxo de pessoas que necessitam e fazem uso das unidades públicas de saúde durante a pandemia.<sup>14</sup>

A sobrecarga do sistema de saúde é diretamente ligada à meses de incompetência na gestão de como lidar com o vírus pelo governo. Desse modo, observa-se a carta aberta do Observatório COVID-19 BR<sup>15</sup>, grupo composto por vários de especialistas brasileiros em saúde pública.

O grupo em questão defende a ideia de isolamento social aliada a vacinação em massa e aos investimentos e ampliação da testagem como a grande chance de recuperação do país das consequências desastrosas causadas pela pandemia do coronavírus. Todavia, é notório que a Presidência da República, alguns Governos Estaduais e algumas Prefeituras são contrárias ao isolamento por motivos políticos e econômicos, o que não contribui em nada para o avanço na crise instaurada.

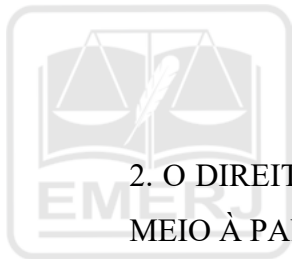
Assim, a crise iniciada na saúde pela pandemia somente começará a diminuir quando os governantes aplicarem medidas mais enfáticas de combate ao Covid-19, investirem de fato na saúde pública, agirem para a vacinação em massa da população o quanto e implantarem políticas públicas assistenciais para a parcela mais vulnerável da população. Caso contrário, o coronavírus permanecerá por muito mais tempo provocando o caos no Brasil.

---

<sup>13</sup> *PRESIDENTE do Senado oficializa criação da CPI da Covid.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/presidente-senado-oficializa-criacao-cpi-covid>>. Acesso em: 24 set. 2021.

<sup>14</sup> ALVARENGA, Darlan. *Com pandemia, planos de saúde perdem 283 mil clientes em 2 meses.* Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/07/com-pandemia-planos-de-saude-perdem-283-mil-clientes-em-2-meses.ghtml>>. Acesso em: 24 set. 2021.

<sup>15</sup> *UMA catástrofe se aproxima, mas ainda podemos evitá-la.* Disponível em: <[https://covid19br.github.io/notas/Carta\\_aberta\\_2021-03-03.pdf](https://covid19br.github.io/notas/Carta_aberta_2021-03-03.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2021.



## 2. O DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM MEIO À PANDEMIA COVID-19

A Constituição da República de 1988 é o primeiro texto constitucional brasileiro a consagrar a saúde, um direito social, como um direito fundamental. Prevista em seu artigo 196<sup>16</sup>, a saúde é descrita como um direito de todos e como um dever do Estado, devendo ser garantido através de políticas sociais e econômicas, visando a redução no risco de doenças e outros agravos. Ainda, estabelece que tal direito será regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, destacando as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Da interpretação do artigo contido na Constituição, observa-se o direito a saúde tanto um direito individual quanto voltado à coletividade. Gilmar Mendes<sup>17</sup> afirma:

dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo Poder Público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Assim sendo, o direito à saúde tem um escopo público subjetivo que contribui para a formação de uma relação jurídica entre o Estado e o indivíduo, constatando-se que os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) possuem o dever de prestação positiva em relação direito mencionado.

O direito à saúde está diretamente ligado à concretização do Princípio da Dignidade Humana. Nessa lógica, compreende-se que para ter uma vivência digna é necessário ter acesso aos serviços de saúde, bem como ter a oportunidade de contato com os profissionais que dela fazem parte. A forma de melhor compreender tal princípio é a noção de uma vida com dignidade, e para a vida se manter excelência deve-se preocupar-se com a saúde tanto do indivíduo quanto da coletividade.

Quanto à efetividade do direito à saúde, este deveria ser assegurado por meio de políticas públicas de iniciativa estatal que visem a sua plenitude para toda a sociedade. Isso acontece, pois, questões relativas a ela não são absolutas, carecendo geralmente de planejamento seguro para que tais políticas sociais e econômicas promovam, protejam e recuperem à saúde.

Em relação ao caso específico gerado pela pandemia Covid-19, o Poder Público deve planejar suas ações de forma organizada, com orçamentos e orientações claras aos seus

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.643.





funcionários como também para a população, à fim de realmente contribuir no combate da doença epidemiológica.

No tocante ao artigo 23, II da Constituição de 1988<sup>18</sup>, é expresso ao dizer que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de forma igual o cuidado com a saúde e a assistência pública, e também, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. É de se ressaltar o caráter solidário da responsabilidade de tais entes quanto às questões relacionadas ao direito à saúde e seus desdobramentos.

Sobre a situação da Covid-19, cumpre elucidar o artigo 198, II<sup>19</sup> do texto constitucional que prega ações através do Sistema Único de Saúde no intuito atender de forma integral a toda a população sem distinção, priorizando atividades preventivas.

Ao trazer a teoria para a prática, nota-se que há uma incongruência com a realidade. Isso acontece em razão do fato do Poder Público constantemente a imposição de atitudes que visam a erradicação da doença. Dentre estas faltas de atitudes, as mais alarmantes são a demora na aplicação da quarentena e isolamento social, devido a uma concepção negacionista, imposições de medidas sem embasamento científico e a chocante demora injustificada na compra de vacinas.

O Sistema Único de Saúde é responsável em todo território brasileiro por promover a saúde de forma igualitária sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, conforme o artigo 7º, IV da Lei nº 8.080/90<sup>20</sup>. Através dele, busca-se a concretização do acesso universal à saúde. Com relação a relação à crise epidemiológica promovida pela covid, apesar dos esforços de muitos dos profissionais que constroem o SUS, não é o que acontece, principalmente nesse momento.

Ao falar de acesso universal pensa-se em atendimento digno a todos, desde os casos mais simples até os mais graves, que geralmente possuem gastos mais elevados. Nesse sentido, também pode-se falar promoção de medidas de prevenção tais como a vacinação, como um exemplo da universalidade, investida ao sistema único de saúde, conforme estabelecido no artigo 200, II da Lei nº 8.080/90.<sup>21</sup>

Com relação ao papel do Poder Judiciário, é destaca-se que não cabe a este a implementação de políticas públicas. Na realidade, a função deste Poder é verificar se tais políticas implementadas pelos órgãos competentes efetivamente atendem a sociedade civil de

---

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>21</sup> Ibid.



forma a concretizar um direito fundamental à saúde composto de universalidade e modo igualitário.

No que tange ao artigo 24, XII, da Constituição Federal<sup>22</sup> é importante atentar para competência concorrente da União, Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, devendo a União dispor apenas em estabelecer normas de caráter geral, conforme artigo 24, §1º da CRFB/88<sup>23</sup>, fato este que não impede a competência suplementar dos Estados que tem base no §2º do mesmo artigo do texto constitucional.

No que se refere aos Municípios, destaca-se a sua competência para legislar sobre assuntos interessantes à sua localidade, a exemplo da saúde, completando possuir a faculdade de suplementar a legislação federal e estadual no que couber, descrito no artigo 30, I e II da CRFB/88<sup>24</sup>.

O Supremo Tribunal Federal no ano de 2019 fixou tese de repercussão geral, tema 793, sobre o assunto no julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 855.178/SE<sup>25</sup>, de relatoria do Ministro Edson Fachin, a seguir:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Portanto é dever do Poder Público como um todo assegurar que as medidas cabíveis no combate ao covid-19 funcionem de fato, bem como cabe ao meio coletivo respeitar a saúde como um bem de todos. Não falta munção teórica para dar essa efetividade, o que a coletividade necessita é a tomada de consciência dos que comandam, pois é fato que a inação afeta diretamente a vida do brasileiro e o expõe a situações de difícil sobrevivência.

---

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> BRAISL. Supremo Tribunal Federal. *ED-RE 855.178/SE*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>> Acesso em: 04 out. 2021.



### 3. O CONTROLE JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PANDEMIA COVID-19

O Poder Judiciário possui um importante papel nas questões relativas ao direito à saúde, tendo em vista que é a ele que o indivíduo recorre nas situações de risco à vida com a consequente falha da prestação dos serviços pelo Poder Público.

Sabe-se que é de competência da Administração Pública promover políticas públicas de saúde, seja planejando, executando e financiando, bem como de outros direitos fundamentais constantes na Constituição. Para a realização dessas políticas, é necessário a aplicação de recursos públicos, que por sua vez existem também em razão do pagamento de impostos pela maior parte da população. No entanto, é de conhecimento geral de que estes recursos são limitados e insuficientes para toda a gama de direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado.

Nessa perspectiva, existe a noção de que diante da falta de recursos financeiros a melhor postura a ser a de priorizar a aplicação da verba em situações mais gravosas e urgentes.

Em que pese tal pensamento, existem diversos direitos fundamentais que necessitam ser assegurados ao indivíduo e a coletividade. É nessa seara que o judiciário passa a atuar, analisando o caso concreto e as suas particularidades e a depender da decisão podem obrigar os entes a cumprirem com a efetividade dos direitos garantidos constitucionalmente, dentre eles o direito à saúde.

No que diz respeito a judicialização da saúde, existe uma discussão sobre os caminhos a serem seguidos pelo magistrado. Assim, fala-se em jurisprudência técnica e jurisprudência sentimental. A primeira é aquela em que o magistrado se utiliza de critérios técnicos e objetivos para basear a sua decisão, já a segunda seria aquele em que o juiz invoca os preceitos constitucionais e adota uma postura garantista para elaborar a sua decisão.

Não obstante a essa discussão, nos dias atuais o ideal de postura de um magistrado é a postura garantista quanto aos direitos elencados na Constituição de 1988, respeitando todas as tecnicidades da ciência e dos critérios técnicos.

Nesse âmbito, Gilmar Mendes<sup>26</sup> afirma:

É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 650.



O Supremo Tribunal Federal possui um histórico de decisões diversas na questão da judicialização da saúde, sobretudo no tocante ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público ao indivíduo.

A judicialização da saúde no Brasil teve início na década de 90 em virtude de uma ação requerendo o fornecimento de medicamentos para o tratamento de HIV pelo Poder Público para os seus portadores. A decisão do STF no RE nº 271.286/RS<sup>27</sup> foi considerada um grande marco para o acesso à saúde, pois a partir deste momento o Sistema Único de Saúde foi obrigado a oferecer o tratamento aos portadores, bem como incluir o medicamento suscitado nos protocolos públicos de tratamento.

Nas palavras do Ministro Roberto Barroso: “O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação à vida.”<sup>28</sup>

Em mais recentes jurisprudências o STF adotou dois posicionamentos relativos ao controle judicial na saúde. As decisões foram no RE nº 657.718<sup>29</sup> (Repercussão – Tema 500) e no RE nº 566.471<sup>30</sup> (Repercussão – Tema 06). Na primeira firmou entendimento quanto a não obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos estatais, com algumas exceções à regra, tendo estabelecido critérios para essas exceções. Já na segunda, foi decidido que não há obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos de alto custo com registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), mas não constantes na lista do SUS.

Sobre esses entendimentos, pode-se afirmar que estão em consonância com o Princípio da Reserva do Possível. Esta relaciona as possibilidades públicas orçamentárias e financeiras do Estado com a efetividade dos direitos, respeitando o binômio necessidade do beneficiário e a possibilidade do Poder Público.

Assim, pela aplicação do Princípio da Reserva do Possível, a proteção ao direito à saúde não implica a satisfação de todo e qualquer pleito individual, devendo-se observar também os princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade, de modo a não comprometer a reserva de recursos públicos, que já se encontram escassos.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 271.286/RS*. Relator: Ministro José Celso de Melo Filho. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 801676 AgR/PE*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6639025>>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 657.718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

<sup>30</sup> BRASI. Supremo Tribunal Federal. *RE 566.471/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-votopdf.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2021.



No contexto da pandemia mundial Covid-19, as questões que chegam aos tribunais se multiplicaram diante do estado de caos, decorrentes do avanço da doença, da grande quantidade de contaminações, da aplicação de medidas de isolamento social, etc. Tais mudanças tiveram consequências econômicas, sociais culturais, sanitárias, políticas e jurídicas.

A este exemplo, o STF, através do Ministro Alexandre Moraes se manifestou em sede da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6357 da seguinte forma<sup>31</sup>:

O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde. A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. O desafio que a situação atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas é da mais elevada gravidade, e não pode ser minimizado. A pandemia de COVID-19 (Coronavírus) é uma ameaça real e iminente, que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato, inclusive no tocante à garantia de subsistência, empregabilidade e manutenção sustentável das empresas.

Diante da instabilidade causada pela pandemia, foi inclusive decretado Estado de Calamidade Pública em todo o território nacional, a partir do Decreto Legislativo nº 6 de 2020<sup>32</sup>.

Em casos como esse ocorre o fenômeno da judicialização da crise, que nada mais é do que a explicação do comportamento do Poder Judiciário durante os momentos de crise social, permitindo assim a alteração parcial ou total de entendimentos jurídicos causadas pela situação de exceção.<sup>33</sup> Isso não ocorre em tempos de normalidade, mas sim em tempos de incerteza.

Ainda, cumpre destacar o julgamento da ADPF nº 672/DF<sup>34</sup>, em que o STF diante de riscos a violações de direitos fundamentais, bem como o princípio federativo e a separação dos poderes causados pela crise instalada pela Covid-19 decidiu pelo reconhecimento da

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na ADI 6357/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345034916&ext=.pdf>> Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>32</sup> BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6 de 2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG62020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20%C2%BA%206%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG62020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20%C2%BA%206%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020.)>. Acesso em 4 out. 2021.

<sup>33</sup> SCHULZE, Clenio Jair. *A nova judicialização da saúde*. *Revista de direito sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público*. Brasília. n. 1, p. 71, 2020. Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/documentos/REVISTA\\_DIREITO\\_SANITARIO\\_WEB.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/documentos/REVISTA_DIREITO_SANITARIO_WEB.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2021

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na ADPF 672*. Relator: Ministro. Disponível em: <[https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/03/peca-221-adpf-672\\_220320214915.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/03/peca-221-adpf-672_220320214915.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2021.



competência concorrente de Estados, Distrito Federal e, de modo suplementar, os Municípios, para tratar de assuntos da saúde e conseqüentemente ao combate à Covid-19. Sendo assim, a estes entes foi garantida a competência para adotar ou manter medidas restritivas durante à pandemia do coronavírus, podendo abordar sobre isolamento social, suspensão de atividades de comércio e de ensino educacional, circulação de pessoas etc.

Por esses fatos pode-se concluir que o STF e por conseguinte os demais tribunais a ele subordinados procuram adotar uma postura mais equilibrada em conjunto aos Poderes Executivo e Legislativo quanto as questões de saúde durante a pandemia do coronavírus.

Perante o exposto, cabe elucidar o movimento que defende um direito à saúde baseado em evidências. Nas palavras de Clenio Jair Schulze<sup>35</sup>:

A pandemia, portanto, permite propor a seguinte tese: não é possível resolver uma questão sobre direito à saúde com a abordagem isolada da teoria dos direitos fundamentais. É indispensável, por conseguinte, a construção de uma dogmática jurídica assentada na perspectiva do direito à saúde baseado em evidências.

Portanto, em detrimento desses acontecimentos, nota-se o dilema quanto aos limites da judicialização do direito à saúde e a buscas dos envolvidos em encontrar o equilíbrio, de modo que o Poder Judiciário não interfira além dos seus limites, mas também não deixe de prestar apoio jurisdicional a aqueles que buscam a sua atenção.

## CONCLUSÃO

O tema do direito à saúde em meio a experiência vivida pela sociedade na covid 19 no Brasil é de extrema relevância, com repercussões em grandes dimensões. A saúde como um direito fundamental inerente a qualquer ser humano carrega uma obrigação muito forte por parte do Poder Público.

A Constituição da República de 1988 compreendendo essa sua posição de destaque reservou um espaço próprio para os mandamentos correlacionados à saúde, conferindo assim a sua garantia e proteção a todos os brasileiros.

Isso foi uma necessidade concretizada, pois a garantia de um atendimento de saúde público oferecido a todos sem distinções foi uma grande conquista para toda a sociedade brasileira. Assim, é importante citar a Lei nº 8.080/90, lei de que fato institucionalizou o sistema único de saúde na sociedade brasileira. Logo, teoricamente o atendimento médico é

---

<sup>35</sup> SCHULZE, Clenio Jair. Op. cit., 2020, p. 78.



disponibilizado na maior parte da extensão do país, graças ao estabelecimento e aprimoramento do sistema único de saúde.

O texto constitucional ao conferir assistência aos assuntos de saúde consagrou a efetivação do direito fundamental à vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Por esse motivo, se tornou preocupante a doença respiratória conhecida como covid-19, visto que a gravidade da doença deu enfoque aos problemas práticos que a saúde pública enfrenta como um todo.

Em que pese a teoria das garantias aos direitos fundamentais, a realidade do Sistema Único de Saúde é bem diferente, tendo em vista que há desvio de verbas, falta de investimento estrutural necessário, bem como inexistência de equipe médica que contemple a todos que recorrem às unidades de saúde públicas.

Diante dessa situação e do fato da economia estar enfrentando turbulências, provocando a crise decorrente da pandemia da covid-19, o cenário da saúde piorou mais ainda. Com isso, situações como procurar atendimento médico em grave crise respiratória devido à covid-19 e não receber tratamento adequado ou sequer receber atendimento, pondo em risco a integridade física da pessoa se tornou não só recorrente, mas na verdade se tornou algo comum ao dia a dia do brasileiro.

A doença quando nos seus casos mais graves requer a imediata internação, requerendo o auxílio de um corpo médico, de aparelhos técnicos e de medicamentos necessários em prol da manutenção da vida, o que fere à Constituição brasileira.

O presente trabalho buscou analisar a fragilidade do Sistema Único de Saúde em meio à pandemia, observando as consequências diretas de sua precarização em relação à saúde individual e coletiva, como também a vida e a dignidade da pessoa humana. Esses bens jurídicos a serem protegidos, não estão tendo sua plena efetividade, pois algo que pertence ao indivíduo e a toda coletividade não lhes é ofertado corretamente.

Portando, deve o Estado não só se adaptar a essa nova realidade como também deve ser responsabilizado pelos danos decorrentes da falta de ação, de estrutura e de investimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. *Constituição Federal da República*, de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto Legislativo nº 6 de 2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG62020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%206%2C%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG62020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%206%2C%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020)>. Acesso em 4 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE 801676 AgR/PE*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6639025>>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ED-RE 855.178/SE*. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 271.286/RS*. Relator: Ministro José Celso de Melo Filho. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 657.718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 566.471/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-votopdf.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na ADI 6357/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345034916&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na ADPF 672*. Relator: Ministro. Disponível em: <[https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/03/peca-221-adpf-672\\_220320214915.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/03/peca-221-adpf-672_220320214915.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; SCHWARTZ, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. v. 45, n. 177, p. 257-264, jan/mar 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160191>>. Acesso em: 26 set. 2021.





BRANDÃO, Rodrigo. *Coronavírus, “estado de exceção sanitária” e restrições a direitos fundamentais*. Qual seria o ponto ótimo da atuação governamental para a proteção, na maior medida possível, da saúde e da economia públicas? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-estado-excecao-sanitaria-direitosfundamentais-04042020>>. Acesso em: 14 set. 2021.

CARDOSO, Oscar Valente. Judicialização da saúde e covid-19. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 25, n. 6218, 10 jul. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83851>>. Acesso em: 28 set. 2021.

CORREA, Arícia Fernandes; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Pandemia e judicialização da crise: a necessidade de diálogo institucional e da observância da medicina baseada em evidências. *Revista da Escola Superior de Direito Municipal*. v. 6, n. 12, p. 67-83, mai. 2021. Disponível em: Disponível em: <<http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/148>>. Acesso em: 26 set. 2021.

*HISTÓRIA da vacinação no Brasil: país é referência mundial* em imunização. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/video/historia-da-vacinacao-no-brasil-pais-e-referencia-mundial-em-imunizacao>>. Acesso em: 24 set. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.643.

PINTO, Nádia Regina da Silva. O direito à saúde na pandemia do coronavírus e as perspectivas de acesso igualitário nas redes assistências públicas e privadas. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*. v. 6, n. 1, p. 18-33, jan/jun 2020. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6509/pdf>>. Acesso em: 26 set. 2021.

*NOVO Coronavírus (Covid-19): informações básicas*. Disponível em: <<https://bvsmis.saude.gov.br/novo-coronavirus-covid-19-informacoes-basicas/>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

*ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde declara pandemia do novo coronavírus*. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em 24 set. 2021.

*PRESIDENTE do Senado oficializa criação da CPI da Covid*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/presidente-senado-oficializa-criacao-cpi-covid>>. Acesso em: 24 set. 2021.

RITT, Caroline Fockink; BRAUN, Luiza Eisenhardt. *A importância do Sistema Único De Saúde (SUS) para garantir o direito à saúde e a Dignidade Da Pessoa Humana Na Pandemia Da Covid-19*. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/j29e0g0e/3RrOs6D8jknck8tU.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

SANTOS, Alethele de Oliveira; BARROS, Fernando Passos Cupertino de; BERNARDE, Heber Dobis. SUS: Valor Social para novos tempos! *Revista de direito sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público*. Brasília. n. 1, p. 83-99, 2020. Disponível em: Disponível



em:

<[https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA\\_DIREITO\\_SANITARIO\\_WEB.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA_DIREITO_SANITARIO_WEB.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2021.

SCHULZE, Clenio Jair. A nova judicialização da saúde. *Revista de direito sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público*. Brasília. n. 1, p. 71-82, 2020. Disponível em:

Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA\\_DIREITO\\_SANITARIO\\_WEB.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA_DIREITO_SANITARIO_WEB.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: matar o gordinho?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>>. Acesso em: 26 set. 2021.

*UMA catástrofe se aproxima, mas ainda podemos evitá-la.* Disponível em: <[https://covid19br.github.io/notas/Carta\\_aberta\\_2021-03-03.pdf](https://covid19br.github.io/notas/Carta_aberta_2021-03-03.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2021.



## ANÁLISE DA (IN)CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Fernanda Linhares Zouein

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – A análise do tema da inconvencionalidade do crime de desacato objetiva analisar posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade ou não de compatibilização do crime de desacato com a liberdade de expressão, que é prevista tanto na Constituição brasileira quanto no Pacto de São José da Costa Rica. Atualmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal convergem pela constitucionalidade do artigo 331 do Código Penal, que prevê o crime de desacato, embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se manifestado contra a criminalização da manifestação em forma de ofensa, insulto ou ameaça a funcionário público no exercício de suas funções. Apesar da análise dos tribunais superiores a respeito da constitucionalidade, cabe a qualquer autoridade, e não somente a magistrados, no exercício de suas competências, a análise a respeito da convencionalidade, isso é, da compatibilidade entre um ato interno e a normativa internacional. Desta forma, o presente artigo objetiva sustentar a possibilidade do crime de desacato ser considerado inconveniente incidentalmente.

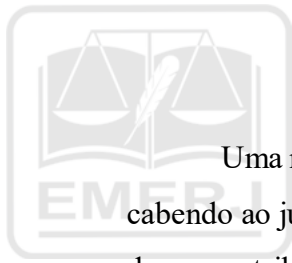
**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direitos Humanos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Controle de Convencionalidade. Crime de desacato.

**Sumário** – Introdução. 1. Do afastamento dos argumentos utilizados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos Tribunais Superiores brasileiros. 2. Da possibilidade de compatibilização do crime de desacato com o direito fundamental à liberdade de expressão. 3. Da (in)convencionalidade do crime de desacato e da possibilidade do controle difuso. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a (in)convencionalidade do crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal à luz do direito fundamental à liberdade de expressão. A problematização gira em torno da tipificação do delito e sua compatibilidade com as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e com os direitos fundamentais previstos na Constituição pátria.

Segundo a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as leis geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação. No cenário interno, já decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2016, pela inconvencionalidade do delito. No entanto, posteriormente, o STJ alterou sua posição, sendo seguido pelo STF em 2018, entendendo pela sua convencionalidade.



Uma norma pode ser considerada inconvenção incidentalmente em um caso concreto, cabendo ao juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, e qualquer autoridade o fazer, dentro das suas atribuições, seja extinguindo o processo, seja não denunciando, seja não lavrando auto de prisão em flagrante quando diante de fato tipificado como crime considerado inconvenção.

No primeiro capítulo deste trabalho, expõe-se e pondera-se os argumentos usados pela atual posição do STJ e STF pela convencionalidade do crime de desacato. A partir desta análise, compara-se com a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que sustenta a inconvenção.

Após a análise da discussão dos tribunais superiores e da CIDH a respeito da convencionalidade, no segundo capítulo, analisa-se, no âmbito do direito interno, se é ou não possível compatibilizar o crime de desacato com o direito fundamental à liberdade de expressão, previsto na Constituição brasileira.

Por último, no terceiro capítulo, analisa-se os efeitos práticos da inconvenção do crime de desacato. Considerando que o controle de convencionalidade pode ocorrer de forma difusa, incidentalmente no caso concreto e por todas as autoridades, pondera-se a possibilidade destas declarações a despeito da atual posição dos tribunais superiores.

Quanto à metodologia, a pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo quanto à abordagem, explicativo quanto aos objetivos e bibliográfico quanto aos procedimentos analisando a construção doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, assim como a legislação vigente.

## 1. DO AFASTAMENTO DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A conduta de desacato está tipificada no artigo 331 do Código Penal<sup>1</sup>, o qual prevê como crime “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Tal artigo está previsto no título “Dos Crimes Contra a Administração Pública”, no capítulo “Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral”.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 13 set. 2021.



A palavra “desacatar” é sinônima de insultar, desprezar ou desrespeitar. A conduta do de desacato significa ofender a honra e o prestígio<sup>2</sup>.

Ocorre que, segundo a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>3</sup>, há muito sedimentada, “Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação”. Por isso, a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José da Costa Rica abolissem suas respectivas leis de desacato.

A 5ª Turma do STJ<sup>4</sup>, filiando-se à posição consolidada da CIDH, chegou a decidir pela inconveniência do crime de desacato. Para o Ministro relator Ribeiro Dantas “a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal<sup>5</sup>, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.”

O Ministro cita a CIDH para sustentar sua posição, afirmando que, para a Comissão, as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideia e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment* bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

Para o Ministro Ribeiro Dantas, “A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo.” Ademais, “A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito”<sup>6</sup>.

Punir pessoa que usa linguagem ou atitude ofensiva contra agente estatal é capaz de fazer com que os cidadãos, por medo de sanções penais, se abstenham de exercer sua liberdade de expressão.

<sup>2</sup> PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999, p. 207.

<sup>3</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão*. 2000. Disponível em: <[www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm)> Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.640.084/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <[www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%201640084.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%201640084.pdf)> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 3.



Em semelhante sentido, sustentando a incompatibilidade da criminalização do desacato com a Constituição de 1988, Virgílio Afonso da Silva<sup>7</sup> demonstra que “Essa situação é um resquício - incompatível com a Constituição de 1988 – de uma sobrevalorização do direito à honra, até mesmo da honra das instituições, em detrimento da liberdade de expressão e da liberdade de crítica que ela implica.”

Importante ressaltar que o abuso na expressão verbal ou gestual utilizada contra funcionário público não deixaria de ser responsabilizada pelo simples afastamento da tipificação criminal do desacato. Tais atos ainda poderiam ser responsabilizados na esfera cível ou penal, quando se amoldassem em outra figura típica, como calúnia, injúria ou difamação, por exemplo.

No entanto, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> alterou sua posição e, em julgamento de Seção, passou a decidir pela convencionalidade do crime de desacato, sendo seguido do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>, já havendo precedentes reiterados no sentido da compatibilidade do artigo 311 do Código Penal com a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>10</sup>. Em síntese, decidiu o STJ que:

3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH) [sic], por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (...). 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto (...). 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.

<sup>7</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021, p. 169.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 379.269/MS*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Ribeiro. Disponível em: <[www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=5&nreg=201603035423&SeqCgrmaSe ssao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false](http://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=5&nreg=201603035423&SeqCgrmaSe ssao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false)> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 141.949/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314183493&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>10</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)> Acesso: 13 de set. 2021.



Desta forma, conforme o exposto, o entendimento hoje dominante nos Tribunais Superiores é de que o crime de desacato é compatível com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Segundo a teoria do diálogo das cortes, de André de Carvalho Ramos<sup>11</sup>, não há hierarquia entre a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal. Enquanto a primeira é a guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos, a segunda é guardiã da Constituição Federal. Deve haver, entretanto, um diálogo cooperativo. Para isso, as cortes internas devem sempre mencionar tratados internacionais de direitos humanos, dispositivos que incidem sobre o caso, jurisprudência internacional anterior sobre o assunto, se há caso internacional contra o Brasil e o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.

Caso não haja esse diálogo, incidirá uma teoria subsidiária, qual seja, a teoria do duplo controle ou duplo crivo de direitos humanos com o objetivo de tentar solucionar a divergência entre a jurisprudência nacional e a internacional. Para que uma lei seja considerada válida, ela deverá passar pelos dois crivos: o crivo da constitucionalidade e o crivo da convencionalidade. Caso uma lei seja considerada inconstitucional ou inconvenção, ela deve ser declarada inválida.

Do ponto de vista do sistema interamericano, de fato, a Corte IDH – diferentemente da CIDH – jamais afirmou serem as “leis de desacato” inconvenção em abstrato.

O Caso Palamara Iribarne vs. Chile<sup>12</sup> é um precedente importante da Corte IDH contra as denominadas “leis de desacato”, que acabam por autorizar, nos dizeres da Corte, a utilização da persecução penal de forma desproporcional e desnecessária para inibir o direito à liberdade de expressão, mais especificamente no que diz respeito às opiniões críticas dos indivíduos em relação às instituições estatais e aos funcionários públicos.

Para Caio Paiva e Thimotie Heemann<sup>13</sup>, à luz da jurisprudência da Corte, parece “adequado, portanto, diferenciar a crítica da hostilização, sendo esta, sim (...) objeto do crime de desacato.”

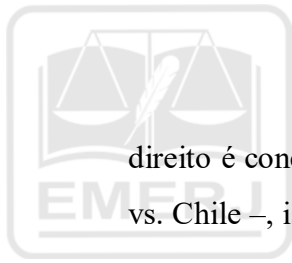
A Corte IDH não chega a estabelecer claramente a inconvenção desta criminalização, compreendendo que ela haverá somente quando os tipos penais mencionados forem utilizados, no caso concreto, para cercear a liberdade de expressão da forma como esse

---

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo de Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 805.

<sup>12</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>13</sup> PAIVA, Caio, HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 165.



direito é concebido no sistema interamericano – conforme ocorreu no Caso Palamara Iribarne vs. Chile –, isto é, um direito humano que admite relativização.

## 2. DA POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição de 1988 não adotou o termo “liberdade de expressão” expressamente como gênero que abarca as diversas manifestações específicas, tais como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de comunicação, o que inclui a liberdade de imprensa, a livre expressão artística, intelectual e científica, etc., muito embora se possa considerá-la como assumindo tal condição, ou seja, um gênero que abarca múltiplas e variadas espécies.

Nas palavras de André de Carvalho Ramos<sup>14</sup>, “A liberdade de expressão consiste no direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores.”

A liberdade de expressão abrange também o “direito à crítica”: “A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica”<sup>15</sup>.

A importância deste direito é tamanha que, segundo a Comissão Interamericana de Direitos, trata-se também de “um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática”<sup>16</sup>. Definitivamente, “a consolidação e o desenvolvimento da democracia dependem da existência de liberdade de expressão”<sup>17</sup>.

Afinal,

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 698.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 83.125*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79258>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>16</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. op. cit.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339639568&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.





Diante do exposto sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, que abrange também o direito à crítica, o ministro Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber apontaram pela inconstitucionalidade do crime de desacato.

De acordo com o voto do ministro, na ADPF 469<sup>19</sup>, o crime de desacato fere o direito à crítica, pois não permite distinguir críticas de ofensas, porque o tipo penal é demasiadamente aberto.

Já a ministra Rosa Weber, em semelhante sentido, destacou que deve ser assegurada a livre opinião em relação ao exercício de função de interesse público. A ministra sustenta que

Uma sociedade em que a manifestação do pensamento está condicionada à autocontenção, por serem os cidadãos obrigados a avaliar o risco de sofrerem represália antes de cada manifestação de cunho crítico que pretendam emitir, não é uma sociedade livre, e sim sujeita a modalidade silenciosa de censura do pensamento<sup>20</sup>.

A garantia da liberdade de expressão exige, sobretudo, uma abstenção estatal<sup>21</sup>, assumindo a condição precípua de direito de defesa, também chamado de direito negativo, operando como direito da pessoa de não ser impedida de exprimir e/ou divulgar suas ideias e opiniões.<sup>22</sup>

A Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos também proíbem a censura indireta. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 13.3, dispõe que “Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos”. De acordo André de Carvalho Ramos<sup>23</sup>: “Outra espécie de censura que pode existir é a censura indireta, que consiste no uso desproporcional de sanções cíveis e penais na defesa do direito à honra supostamente atingido.”

A existência do crime de desacato, portanto, seria contrária à abstenção estatal necessária a esse direito fundamental, configurando uma censura indireta, por prever uma sanção penal diferenciada para quando a vítima for funcionário público.

Em contrapartida, cumpre ressaltar a doutrina de Nelson Hungria<sup>24</sup>, segundo a qual

Todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é um instrumento da soberana vontade e atuação do Estado. Consagrando-lhe especial proteção, a lei

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 496*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491889&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 165.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 516.

<sup>23</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 701.

<sup>24</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 418.



penal visa a resguardar não somente a incolumidade a que tem direito qualquer cidadão, mas também o desempenho normal, a dignidade e o prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. Na desincumbência legítima de seu cargo, o funcionário público deve estar coberto de quaisquer violências ou afrontas.

Nesse sentido, Barroso<sup>25</sup> sustentou que o crime de desacato não fere a liberdade de expressão e que não confere um tratamento privilegiado ao funcionário público. Ao revés, "Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos".

Defende a clássica doutrina de Fernando Henrique Mendes de Almeida<sup>26</sup> que simples censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato.

Portanto, o crime de desacato deve ser interpretado de forma restritiva, de forma a garantir que não sirva como forma atentatória à liberdade de expressão, como garante a Constituição brasileira. A ofensa deve ter relação com o exercício da função pública, perturbar ou obstruir a execução das funções do funcionário público. Deve, ainda, ocorrer na sua presença, excluindo-se ofensas proferidas em redes sociais ou pela imprensa.

Os agentes públicos, portanto, devem ter tolerância à insatisfação e relevar eventuais excessos de indignação.

### 3. DA (IN)CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO E DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE DIFUSO

Atualmente, os Tribunais Superiores entendem, conforme exposto neste artigo, que o crime de desacato é compatível com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Entretanto, considerando que o controle de convencionalidade pode ocorrer de forma difusa, incidentalmente, as autoridades podem sustentar a inconventionalidade a despeito da atual posição dos tribunais superiores.

De acordo com André de Carvalho Ramos<sup>27</sup>, controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos, comissivos ou omissivos, em face das normas internacionais, como tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes de organizações internacionais.

---

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>26</sup> ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos Crimes Contra a Administração Pública*. São Paulo: Edição Saraiva, 1955, p. 185.

<sup>27</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.



Apesar da orientação do STJ e STF sobre a convencionalidade do crime de desacato, outras autoridades, diante de uma situação fática, de uma investigação ou de um processo, podem ter uma percepção diferente.

Uma norma pode ser considerada inconvenção incidentalmente, em um caso concreto, cabendo ao juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, entre outras autoridades fazê-lo, seja extinguindo o processo, não denunciando, ou não lavrando auto de prisão em flagrante quando diante de fato tipificado como crime considerado inconvenção.

Reitera-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não estabeleceu explicitamente a inconvenção do crime de desacato. A Corte interpreta que esses tipos penais somente serão inconvenções quando forem usados como forma de restringir a liberdade de expressão.

De acordo com a decisão da Corte no Caso Palamara Iribarne<sup>28</sup>, as leis de desacato acabam por autorizar a utilização da persecução penal de forma desproporcional e desnecessária para inibir o direito à liberdade de expressão, no que diz respeito às opiniões críticas dos indivíduos em relação às instituições estatais e aos funcionários públicos.

Por outro lado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>29</sup> se posicionou contra a criminalização da manifestação em forma de ofensa, insulto ou ameaça a funcionário público no exercício de suas funções, seja em forma de desacato ou até mesmo em forma de calúnia, injúria ou difamação. Isso porque, para a Comissão, tal criminalização representa uma censura indireta à liberdade de expressão.

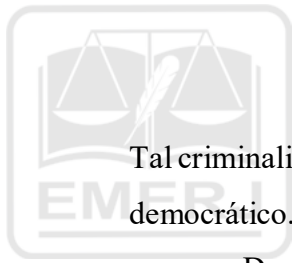
Para a CIDH, essa tipificação é utilizada para punir as expressões críticas dirigidas a funcionários públicos e sobre assuntos de interesse público. “O uso do Direito Penal é desnecessário e desproporcional, e adicionalmente constitui um meio de censura indireta, pois seu efeito é o de atemorizar e inibir o debate sobre assuntos de interesse público e defesa dos direitos.”<sup>30</sup>

Em um sistema democrático, o governo e seus funcionários públicos devem ser objeto de controle da sociedade, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coercitivo. É direito dos indivíduos criticar as ações e atitudes dos funcionários que desempenham funções públicas.

<sup>28</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>29</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Criminalização do Trabalho das Defensoras e dos Defensores de Direitos Humanos*. 2015. Disponível em: <[www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>30</sup> *Ibidem*.



Tal criminalização gera um efeito silenciador, invertendo esse princípio fundamental do sistema democrático.

De acordo com a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão<sup>31</sup>, "As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação".

No Relatório sobre a Criminalização do Trabalho das defensoras e dos defensores de direitos humanos, a CIDH citou o entendimento já sedimentado da Comissão no sentido de que as leis de desacato "(...) são uma espécie de legislação que penaliza a expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no exercício de suas funções oficiais"<sup>32</sup> e a conclusão da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, segundo a qual "do ponto de vista de uma análise dogmática penal, o desacato nada mais é do que uma calúnia ou injúria com um sujeito passivo específico (um funcionário público)".<sup>33</sup>

Ante o exposto, a Comissão orienta aos Estados que se abstenham de criminalizar as críticas ou denúncias contra funcionários públicos. Por esses motivos, autoridades nacionais podem concordar com o entendimento da CIDH e entender pelo afastamento da aplicação do artigo 331 do Código Penal<sup>34</sup> no caso concreto, exercendo o chamado controle de convencionalidade.

De acordo com o princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade<sup>35</sup>, não há a imposição de uma forma ou modelo específico de realização desse controle. Privilegia-se, portanto a adequação dos atos internos às normas internacionais de direitos humanos.

Já o princípio da interpretação conforme os direitos humanos é aquele segundo o qual todas as autoridades capazes de exercer o controle de convencionalidade devem interpretar os atos normativos internos à luz da proteção aos direitos humanos. Deve-se buscar a interpretação que confere maior proteção ao indivíduo.

<sup>31</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão*. 2000. Disponível em: <[www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm)> Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>32</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual. 1994. Capítulo V: *Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <[www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>33</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual. 2002. *Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*. Disponível em: <[www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202002.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202002.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>35</sup> PAIVA, Caio, HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 182.



Caso uma norma seja considerada inconvenção, por quaisquer autoridades capazes de realizar esse controle, há o efeito de afastamento da aplicação da norma ao caso concreto. Ou seja, embora a norma permaneça existente no ordenamento jurídico pátrio, ela não incidirá sobre o caso.

Ademais, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana no Caso Almonacid Arellano<sup>36</sup>, o controle de convencionalidade tem natureza de questão de ordem pública. Os órgãos do Poder Judiciário têm o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade de ofício.

Em razão do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, há doutrina<sup>37</sup> que entende defensável a descriminalização do crime de desacato, deslocando eventual resolução do conflito na justiça cível com a possibilidade de reparação pecuniária pelos danos sofridos, sejam materiais ou morais.

O direito penal é a *ultima ratio*, o que quer dizer que ele tutela os bens jurídicos mais caros à sociedade, e só deve ser aplicado quando é o único meio de protegê-los. Portanto, o crime de desacato se presta a ser um meio pelo qual o Estado se protege para que não seja questionado ou criticado. Não há necessidade, portanto, da conduta de desacatar agente público ser um ilícito penal, pois a ceara cível seria suficiente para reprimir a conduta de forma eficaz.

É necessário reforçar, entretanto, que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Apesar de compreender o direito à crítica, ele não abarca o direito de ofender terceiros. O problema rege, portanto, na diferenciação entre crítica e ofensa. Não há, na lei, tal distinção, cabendo à doutrina e jurisprudência essa delimitação, conforme ocorreu no voto do ministro Barroso na ADPF 496<sup>38</sup>, que determinou uma interpretação restritiva ao tipo penal, de forma que seja compatível com o direito fundamental à liberdade de expressão, previsto na Constituição brasileira.

## CONCLUSÃO

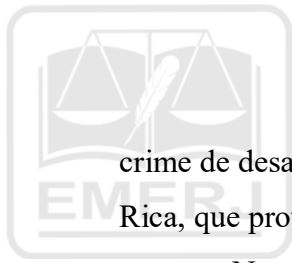
A liberdade de expressão é o direito fundamental que envolve o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica. De acordo com a antiga posição do STJ, o

---

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>37</sup> PAIVA, HEEMANN, op. cit., p. 165.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 16.



crime de desacato, na ordem jurídica brasileira, fere o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que protege a liberdade de expressão.

No entanto, a mudança na jurisprudência no STJ, seguida por decisões do STF, asseverou que o crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, não fere a liberdade de expressão e que não confere um tratamento privilegiado ao funcionário público, mas protege a função pública, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena. Os tribunais superiores consideraram constitucional o crime de desacato.

O STF, entretanto, ao analisar a compatibilidade entre o crime de desacato e a liberdade de expressão, confere uma interpretação restritiva à norma penal. Tal interpretação objetiva garantir que o tipo penal não sirva como forma atentatória à liberdade de expressão, como garante a Constituição brasileira.

A ofensa deve ter relação com o exercício da função pública e deve ocorrer na presença do funcionário público. As manifestações legítimas de insatisfação com o serviço prestado devem ser toleradas. Cabe a diferenciação, portanto, entre a crítica e a ofensa, pelo julgador no caso concreto.

Quanto ao controle de convencionalidade, no entanto, a análise não cabe apenas ao julgador, mas a qualquer autoridade, como o delegado de polícia, promotor de justiça e defensor público, dentro de suas competências.

Segundo o princípio da interpretação conforme os direitos humanos, um dos princípios que regem o controle de convencionalidade, todas as autoridades capazes de exercer o controle de convencionalidade devem interpretar os atos normativos internos à luz da proteção aos direitos humanos.

Desta forma, tais autoridades públicas, jurídicas, políticas ou administrativas, podem, no caso concreto, considerar o artigo 331 do Código Penal, que prevê o crime de desacato, inconveniente, isso é, contrário às normativas internacionais as quais o Estado brasileiro se obriga, mesmo que o STF já tenha se manifestado pela sua constitucionalidade, pois são análises distintas.

O controle de convencionalidade tem natureza de ordem pública, ou seja, os órgãos do poder judiciário têm o dever de realizar esse controle, mesmo que não sejam provocados, devem realizar o controle de ofício.

A conclusão prática do controle de convencionalidade é que haverá o efeito de afastamento da aplicação da norma ao caso concreto, de acordo com a competência do órgão que a exerce no caso concreto. Embora a norma permaneça existente no ordenamento jurídico pátrio, ela não incidirá sobre o caso.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Claudio Martins de, LEGALE, Siddharta. *Direitos Humanos na prática interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos Crimes Contra a Administração Pública*. São Paulo: Edição Saraiva, 1955.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Federal. *Habeas Corpus n° 141.949/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314183493&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 379.269/MS*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Ribeiro. Disponível em: <[www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=5&nreg=201603035423&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false](http://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=5&nreg=201603035423&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false)> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.640.084/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <[www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%201640084.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%201640084.pdf)> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.451*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339639568&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 496*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491889&ext=.pdf>> Acesso em: 13 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 83.125*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79258>> Acesso em: 13 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Criminalização do Trabalho das Defensoras e dos Defensores de Direitos Humanos*. 2015. Disponível em: <[www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf](http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.



\_\_\_\_\_. *Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão*. 2000. Disponível em: <[www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm)> Acesso em: 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Relatório Anual. 1994. Capítulo V: *Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <[www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm)> Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Relatório Anual. 2002. *Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão*. Disponível em: <[www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202002.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202002.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume: IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)> Acesso: 13 de set. 2021.

PAGLIARO, Antonio, COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999.

PAIVA, Caio, HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

\_\_\_\_\_. O Diálogo de Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021.





## A VERDADE NO PROCESSO PENAL: A (IM)COMPATIBILIDADE DE UM “JUIZ MINISTERIAL” NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Gabriela Caxias Silva Oliveira

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Advogada. Pós-graduada em Direito Processual  
Civil pela Universidade Candido Mendes.

**Resumo** – a sociedade muda ao longo dos anos e o Direito precisa mudar com ela. Esse trabalho consiste na análise de incoerências entre alguns dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código Processual Penal, e o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal vigente, considerando as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime. O papel contundente do juiz no processo penal, a iniciativa togada de produção de provas e em que isso implica para uma instrução criminal democrática são pontos a serem discutidos nesse artigo.

**Palavras-chave** – Análise de incongruências. Papel do juiz. Princípio da verdade real. Decisões judiciais. Garantias constitucionais. Sistema acusatório.

**Sumário** – Introdução. 1. A problemática da verdade e da aplicação de um Código de Processo Penal de 1941 no panorama atual. 2. A necessidade da leitura constitucional do processo penal. 3. A incompatibilidade da possibilidade de produção de provas pelo juiz e a busca da verdade real à luz dos princípios processuais penais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os limites de atuação do juiz na condução processual dentro do contexto constitucional vigente. Procura-se demonstrar que essa atribuição de poderes instrutórios forma juízes-inquisidores e que o motivo por trás da sobrevivência do discurso paleopositivista que busca a verdade real a qualquer preço não é exclusivamente jurídico, mas social.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da imparcialidade do juiz comporta uma postura ativa deste dentro do processo, tendo iniciativa probatória.

O tema ainda é controvertido na doutrina e jurisprudência, uma vez que ele versa sobre a eficácia e aplicação da lei processual penal brasileira. Como lei de aplicação em todo o território nacional, o Código de Processo Penal não deveria conter dispositivos arbitrários, pois isso compromete a segurança jurídica.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de verdade e as características dos sistemas processuais existentes, bem como compreender a mudança no cenário atual com o advento da Constituição Federal de 1988. Pretende-se, ainda, discutir se é



necessária uma reforma total do Código de Processo Penal ou se mudanças legislativas no Código atual são suficientes para garantir um processo penal democrático.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito de verdade de forma filosófica, e demonstrar o desafio, quiçá impossibilidade, de obtê-la, e contextualizar o momento histórico que vivia o Brasil política e socialmente quando o Código de Processo Penal vigente foi criado. Por consequência, será demonstrada incompatibilidade da aplicação de um Código cujo sistema é inquisitivo tendo em vista uma Constituição Federal garantista.

Segue-se, ponderando, no segundo capítulo, de que forma tem sido lido o referido Código com o advento da Constituição de 1988, usando alguns dispositivos como exemplos, sem prejuízo de outros, de forma a ficar demonstrada a incoerência entre o cerne dessas duas leis, fazendo criar-se um conflito entre sistemas processuais, e exigindo um “contorcionismo jurídico” na aplicação da lei processual.

O terceiro capítulo traz à baila o papel do princípio da imparcialidade jurisdicional na instrução criminal e de que forma este referido princípio vem sido relativizado, em especial no que tange a produção de provas e a iniciativa do magistrado na obtenção destas, assumindo um papel de juiz ministerial. Procura-se explicitar a correlação entre o princípio do *in dubio pro reo*, que se pode dizer decorrente do princípio da presunção (ou estado) de inocência, com a incessante busca pela verdade material e o que a justifica até os dias de hoje.

O método hipotético-dedutivo é o escolhido para desenvolver a pesquisa, pois com ele o pesquisador é capaz de elencar uma série de proposições hipotéticas que acredita serem as mais adequadas para relatar o objeto da pesquisa, podendo comprová-las ou rejeitá-las.

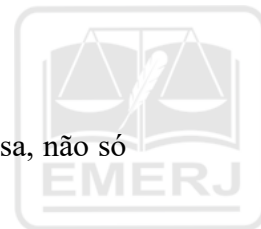
A pesquisa jurídica apresentada possui uma abordagem qualitativa, valendo-se o pesquisador de bibliografia pertinente ao tema, com a finalidade de sustentar a tese.

## 1. A PROBLEMÁTICA DA VERDADE E DA APLICAÇÃO DE UM CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 NO PANORAMA ATUAL

Para uma completa compreensão do presente artigo, é fundamental conceituar brevemente a verdade. Essa é uma indagação que ainda não tem uma resposta pacificada, uma vez que o assunto ainda é discutido por estudiosos em razão de sua subjetividade. Segundo o entendimento de Bazarian<sup>1</sup>, a verdade é um reflexo fiel do objeto na mente, uma adequação do

---

<sup>1</sup> BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade – Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 132.



pensamento com a coisa. Nesse sentido, Carnelutti<sup>2</sup> exemplifica: uma rosa é uma rosa, não só pelo que ela é, como pelo que ela não é – o que seria a não-verdade.

Logo, a verdade é um todo, não só uma parte, e é buscada a partir do afastamento da incerteza, necessidade inerente ao ser humano, onde se busca conforto na sensação de segurança. Nesse sentido, todos estão em algum nível da verdade, como também estamos a caminho de uma verdade mais plena, onde, cronologicamente uma insegurança é criada e, em seguida, sanada, retornando ao *status quo*.

É importante ressaltar que, para Tomás de Aquino, a mente não julga a verdade, mas julga de acordo com a verdade, pois segundo sua concepção, a verdade é criada por Deus – no início, apenas as coisas eram verdadeiras, pois vinham d'Ele. Aplicando esse raciocínio à esfera do direito, há a imparcialidade jurisdicional, na qual o juiz julga conforme a lei, mas não a lei, pois esta já existe e não se questiona. Nesse cenário, uma decisão judicial seria o reconhecimento da verdade, não a verdade em si, conforme Sampaio<sup>3</sup>.

Entretanto, esse não é o caminho que será seguido nesse estudo, pois o contexto histórico vivido por Tomás de Aquino foi influenciado por questões religiosas e autoritárias, que serviram como alicerces para o Tribunal da Santa Inquisição, no século XIII, que objetivava reprimir tudo o que a Igreja Católica entendia como heresia. Era um sistema de pilares de intolerância religiosa, que derivava daquela verdade absoluta que vinha de Deus. Logo, essa verdade absoluta é intolerante, sob pena de perder seu caráter “absoluto”, conforme o entendimento de Aury Lopes Jr.<sup>4</sup> A tortura, inclusive, era legitimada para salvar os hereges do pecado, como, por exemplo, para arrancar de alguém uma confissão, pois seguia-se o sistema de hierarquia de provas, onde a confissão valia mais que qualquer outra.

Esse mesmo tipo de segurança autoritária buscava a ditadura italiana da década de 1930 e, conseqüentemente, o Brasil, em decorrência das influências que seu codicismo trouxera.

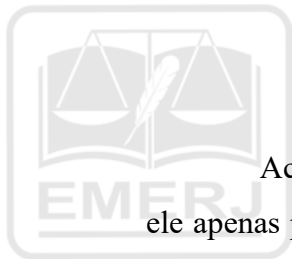
O Código de Processo Penal, criado em 1941 e vigente desde janeiro de 1942 até a presente data, teve como inspiração o Código de Processo Penal italiano da década de 1930, onde se vivia a ditadura fascista de Benito Mussolini. Com isso, o Código de Processo Penal brasileiro herdou as características autoritárias, incluindo a chamada presunção de culpabilidade, um princípio que norteava o processo penal da época.

---

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Tradução Eduardo Cambi. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 9, jul/set, 1998, p. 606.

<sup>3</sup> SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 32.

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169.



Acreditava-se que o juiz não possuía condições para presumir a inocência de ninguém, ele apenas poderia afastar a culpabilidade arguida pela acusação, mas isso não tornaria o réu realmente inocente da alegação – não conseguir se provar o contrário pouco significava, pois, segundo o entendimento de Manzini<sup>5</sup>, ninguém acusa quem é inocente, pois a presunção de inocência é um excesso de garantia constitucional, e nisso existe o chamado juízo de antecipação de culpa.

Naquela época, inclusive, não causava estranhamento o fato de que o magistrado tinha, com fundamento legal expresso no artigo 156 do CPP, a permissão não só de determinar a produção de provas que julgasse relevantes, como também de determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, violando assim o princípio da imparcialidade, já que, tomando essas atitudes, está sendo parcial e favorável para a acusação, como também deixa de ser inerte.

Partindo da análise fria do Código de Processo Penal<sup>6</sup> brasileiro, é possível chegar à conclusão de que ele segue o modelo de sistema inquisitivo, onde o juiz abandona sua posição de árbitro imparcial e assume também o cargo de acusador. O acusado, então, deixa de ser uma parte no processo para ser mero objeto de investigação, no entendimento de Lopes Jr.<sup>7</sup>, sem direito ao contraditório, como acontece nos inquéritos policiais.

Todo o sistema inquisitivo que rege o CPP de 1941 justifica seus meios pelos fins, fim este que seria a busca pela verdade real. Esse ato de buscar a verdade pressupõe um movimento, pois como alguém que busca a verdade pode permanecer inerte? Entretanto, conforme foi tratado anteriormente, a verdade deve ser interpretada de acordo com a época, caindo por terra a teoria de que ela é imutável e absoluta, principalmente no processo penal.

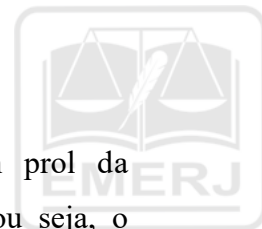
Por essa razão, foi necessária e coerente a adoção do sistema acusatório pela Constituição Cidadã de 1988, guardiã das garantias individuais e do processo penal democrático. É dever do processo penal brasileiro funcionar como um limitador da atividade estatal, uma vez ultrapassado o Estado-policial, a fim de assegurar a plena efetividade do que dispõe a Carta Magna, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, etc.

Mister salientar que a lei infraconstitucional deve estar de acordo com a lei constitucional, ou seja, não é a Constituição que deve se adequar ao Código de Processo Penal, e sim o contrário, sob pena se de inverter toda a pirâmide de Hans Kelsen, no entender de

<sup>5</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. V.1. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 255.

<sup>6</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 14 set. 2021.

<sup>7</sup> LOPES JR, op. cit., p. 167.



Rangel<sup>8</sup>. Logo, o processo penal brasileiro deve ser constitucionalizado em prol da democratização, fortalecendo e salvaguardando os direitos do sujeito passivo, ou seja, o acusado.

## 2. A NECESSIDADE DA LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Com o advento da nova Constituição, não é possível que o Código de Processo Penal seja lido de forma desvinculada. Entretanto, os sistemas conflitantes dessas duas leis comprometem a instrução criminal, pois, conforme visto anteriormente, o CPP adotou – por inspiração fascista – o modelo inquisitivo, que fica evidente em sua Exposição de Motivos<sup>9</sup>:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.

Esse discurso autoritário compromete a aplicação e a eficácia do sistema acusatório adotado pela Constituição, mas não basta que ele seja compreendido, e sim defendido em hipóteses de afronta à Lei Maior. O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) tentou atender aos anseios do Constituinte ao trazer dispositivos novos, prevendo a estrutura acusatória ao processo penal, mas com a suspensão de alguns institutos, que serão tratados adiante. Nesse contexto e de acordo com Paulo Rangel<sup>10</sup>, seguem alguns exemplos de dispositivos que devem ser relidos à luz da Constituição<sup>11</sup>:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...]

II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo

<sup>8</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 62.

<sup>9</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item II. In: *Vade Mecum JusPodivm*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 543.

<sup>10</sup> RANGEL, op. cit., p. 62.

<sup>11</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.



Sendo o princípio da imparcialidade jurisdicional uma característica basilar do sistema acusatório, não pode o magistrado requisitar a abertura de inquérito policial sem violá-lo, o que deixa claro que o artigo supracitado não foi recepcionado pela Constituição Federal. Assim, prudente e coesa é a figura do juiz das garantias, prevista no art. 3º-A a 3º-F do CPP (inclusive pela Lei nº 13.964/19)<sup>12</sup>, mas com sua vigência suspensa para deliberação do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6298.<sup>13</sup> O juiz deve ser afastado do curso do inquérito, exceto para a decretação de medidas cautelares ou juízo de prelibação (juízo de admissibilidade). No mesmo sentido, o art. 13, II, CPP: “Incumbirá ainda à autoridade policial: [...] II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público.”

Ora, o legislador de 1941 previu intervenção judicial em fase pré-processual, o que não é compatível com o sistema acusatório. Em seu artigo 129, incisos I e VIII, a Constituição Federal<sup>14</sup> determina que é uma função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” e “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. Logo, o inciso II do art. 13, CPP foi outro dispositivo não recepcionado pela Constituição.

“Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.” Esse artigo é outro exemplo de dispositivo incompatível com a Constituição vigente, no que tange ao juiz ter autoridade para ordenar arquivamento de inquérito policial, pois conforme visto anteriormente, a legitimidade para tal é do Ministério Público, titular da ação penal.

É importante salientar que, em casos de competência originária do tribunal, o Procurador Geral de Justiça arquiva o procedimento investigatório e comunica ao Presidente do Tribunal de Justiça que, se discordar, nada pode fazer, pois nos ensinamentos de Rangel<sup>15</sup>, essa comunicação é mera formalidade.

Outro exemplo de conflito de sistemas processuais se encontra no art. 241 do CPP, no que dispõe: “Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a

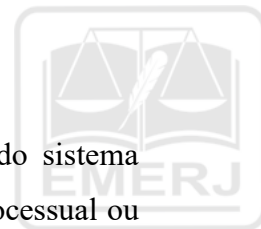
---

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na ADI 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>15</sup> RANGEL, op. cit., p. 63.



busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.” Ora, à luz do sistema acusatório, não pode a autoridade judiciária realizar busca e apreensão em fase processual ou pré-processual, pois ele sairia de sua posição *supra partes*, violando sua imparcialidade. É nítido nesse artigo a carga persecutória e investigatória, típica do sistema inquisitivo, o que não é mais admitido pela Constituição.

Esse dispositivo não foi revogado, no entanto, deve ser lido no método de interpretação conforme a Constituição, ou seja, a busca domiciliar somente poderá ser feita pela autoridade policial, de posse de ordem judicial, respeitando a inviolabilidade do domicílio, salvo nas hipóteses previstas no art. 5º, XI, da CRFB., segundo Rangel<sup>16</sup>. É imprescindível salientar que o art. 3º-B, IX, ‘c’ do CPP<sup>17</sup>, prevê que o juiz das garantias decida sobre os requerimentos de busca e apreensão domiciliar, mas a sua suspensão por tempo indeterminado mantém o processo penal no mesmo lugar de sempre, o da incoerência.

Outro artigo de lei que deve ser lido conforme a Constituição é o art. 385 do CPP, que diz que: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

Nos moldes do sistema acusatório, o juiz está impedido de investigar provas, principalmente em nome do princípio da verdade real, pois dessa forma, conforme dito anteriormente, viola sua imparcialidade. Mister salientar que, se é para decidir de forma contrária ao que deseja o autor da ação – que, no caso, é o Ministério Público –, o magistrado deve absolver o acusado em nome do estado de inocência e do *in dubio pro reo*.

Com isso, surge o questionamento: deve, então, o juiz ficar à mercê do que quer o MP?

A resposta é simples: sim. Em respeito ao sistema acusatório e ao texto constitucional que prevê o Ministério Público como titular exclusivo da ação penal, o juiz deve absolver o acusado se for o que o Parquet tiver opinado, pois, do contrário, estaria o magistrado fazendo acusações sem ser autor e sem haver ação.

Até o presente momento, para que seja adotado o sistema acusatório em sua plenitude, é essencial ler os artigos conflitantes à luz da Constituição Federal. No entanto, prega Aury Lopes Jr.<sup>18</sup> que o Código de Processo Penal precisa de uma reforma total, não bastando reformas parciais, como o Pacote Anticrime, pois estas não tem sentido quando se está em jogo uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo.

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>18</sup> LOPES JR, op. cit., p. 44.



Não é mais aceitável que portas sejam deixadas abertas para a perpetuação de costumes inquisitórios pelos operadores do direito.

### 3. A INCOMPATIBILIDADE DA POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO JUIZ E A BUSCA DA VERDADE REAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIAS

No momento em que o *ius puniendi* se torna do Estado, fazendo com que o exercício arbitrário das próprias razões seja tipificado no Código Penal em seu art. 345, é exigida do juiz a imparcialidade, ou seja, o interesse jurisdicional reside apenas na verdade processual, esteja ela com quem estiver – nas palavras de Rangel<sup>19</sup>.

Deve o juiz se manter alheio a interposições de solicitações e ao recolhimento de material, deixando essa tarefa para as partes, que tem interesses opostos no processo. Para Aury Lopes Jr., deve o juiz ser descarregado dessas atividades que cabem às partes, a fim de ser assegurada a sua imparcialidade, limitando-se, então, a apenas julgar.

Correlato com o sistema acusatório é o princípio da imparcialidade do juiz, pois ao separar os órgãos de acusação e julgamento, ou seja, o Ministério Público e o juiz, a Constituição Federal mantém o magistrado longe da persecução penal, que é de titularidade exclusiva do MP, como visto anteriormente.

Com isso, o ilustre doutrinador Francesco Carnelutti, nas palavras de Lopes Jr.<sup>20</sup>, afirma que o Ministério Público nada mais é que uma parte fabricada no processo para atender a essa necessidade de uma instrução criminal democrática.

Entende-se, portanto, nos conformes com o sistema acusatório, que ao juiz só se devem ser requeridas medidas cautelares reais ou pessoais (como, por exemplo, busca e apreensão e prisão cautelar) em fase pré-processual, ficando a partir disso, o juiz preventivo. Ou seja, o juiz que conceder essas medidas cautelares durante o inquérito não poderá conduzir o processo, para assegurar que ele não enxergue o réu já com suas convicções pessoais. Essa ideia já foi trazida no Pacote Anticrime, no entanto, o procedimento permanece o mesmo, dada a suspensão dos dispositivos atinentes à implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A a 3º-F, do CPP).

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>20</sup> LOPES JR, op. cit., p. 173.





Entretanto, aponta Lopes Jr.<sup>21</sup> que ainda que haja essa separação entre as atividades de acusar e julgar, ela é insuficiente, pois no curso do processo acaba se permitindo que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova e na prática de atos típicos da acusação (como por exemplo determinar a prisão preventiva e diligências de ofício, sequestro, oitiva de testemunhas além das arroladas, reinterrogatório do réu a qualquer tempo...), ferindo, assim, sua imparcialidade.

O ativismo judicial, ou seja, a atribuição desses poderes sobre a instrução ao juiz acarreta na ruína do processo penal democrático, tanto em fase de inquérito quanto no curso do processo. O raciocínio feito é que ocorre uma primazia das hipóteses sobre os fatos, pois o juiz pode decidir primeiro e, depois, ir em busca do lastro probatório que irá fundamentar sua decisão já intimamente tomada.

Com isso, conclui Lopes Jr.<sup>22</sup> que, nesse cenário, o magistrado passa a fazer quadros mentais paranoicos, e o sistema torna legítima a possibilidade da crença no imaginário do juiz e em suas íntimas convicções, e não nas provas acostadas legalmente aos autos, sem sua interferência.

Ultrapassada a análise quanto ao princípio da imparcialidade e a iniciativa probatória togada, atinge-se o momento de tratar da busca pela verdade real sob a ótica do princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido como *favor rei*, *favor innocentiae* e *favor libertatis*.

O supracitado princípio tem um conceito simples: em caso de dúvida, ou insuficiência de provas, o réu deve ser absolvido. Por este motivo, anda de mãos dadas com a presunção – ou estado – de inocência, pois cabe a quem acusa provar o alegado, do contrário, a absolvição é imperativa em nome do *in dubio pro reo*. Para Rangel<sup>23</sup>, essa é uma “regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação.”

A linha de raciocínio seguida pelo ilustre doutrinador é a de que é indiscutivelmente melhor absolver um culpado do que condenar um inocente. É disso que se trata o princípio, sempre optar pelo caminho que favorece o réu e que protege sua liberdade.

Foi visto anteriormente que a verdade é impossível de ser obtida, tanto no campo das ciências exatas, como nas ciências humanas, por ser uma universalidade e, parafraseando Carnelutti<sup>24</sup>, a verdade está no todo, e o todo é demais para nós. O que deve ser buscado,

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 178.

<sup>23</sup> RANGEL, op. cit., p. 37.

<sup>24</sup> CARNELUTTI, op. cit., p. 607.



portanto, é a certeza, que nada mais é que uma escolha. O juiz irá escolher o argumento mais verossímil, e não buscar uma verdade absoluta.

Entretanto, há uma corrente que acredita que a busca penal verdade real é a finalidade do processo penal. A jurisprudência dos tribunais superiores ainda sofre influência desse pensamento, reconhecendo a verdade real como principal objetivo do processo, como por exemplo, o seguinte trecho da decisão do STJ<sup>25</sup> a seguir transcrita:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS : RHC 53020 RS 2014/0274030-7: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E FALSIDADE IDEOLÓGICA. COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO PENAL. RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DO RESULTADO. LOCAL DO INÍCIO DOS ATOS EXECUTÓRIOS. FACILITAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. BUSCA DA VERDADE REAL. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 01. Conforme a jurisprudência dominante, "tendo em vista a necessidade de se facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real, a competência pode ser fixada no local de início dos atos executórios" (STJ, HC 95.853, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/09/2012; HC 196.458, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/12/2011; STF, HC 112.348, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012).

Essa corrente tradicional é muito criticada pela doutrina, pois, conforme Marcio Ferreira Rodrigues Pereira<sup>26</sup> nos fala, esse discurso soa ingênuo no sentido de realmente acreditar-se que é possível que o juiz penal alcance alguma verdade, quando já muito foi discutido que não. Por outro lado, Khaled Jr.<sup>27</sup> afirma que essa corrente almeja a condenação do acusado, e não a verdade em si, pois ela é produzida de uma maneira “fantasmagórica”. Conclui Khaled Jr.<sup>28</sup>:

Não são poucos os autores que consideram que os poderes instrutórios do juiz devem ser complementares; no entanto, não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não seja potencialmente danosa para o acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 53020*. Disponível em

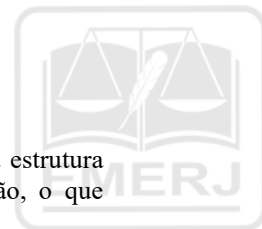
<[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47238346&num\\_registro=201402740307&data=20150616&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47238346&num_registro=201402740307&data=20150616&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 01 set. 2021.

<sup>26</sup> PEREIRA, Marcio Ferreira Rodrigues. A tirania da verdade no processo penal brasileiro: às voltas com o “princípio” da verdade real. *Revista Espaço Acadêmico*, Paraná, v. 10, n. 115, p. 98, 2010.

<sup>27</sup> KHALED JR., Salah H. *A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal*.

Disponível em <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista67/revista67\\_340.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2021.

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



podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção de poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*.

Reforçando esse discurso, Sampaio<sup>29</sup> relata que “não é do interesse coletivo a obtenção de verdade a ferro e fogo”; isto é, a qualquer preço, sinônimo do despotismo cego judicial, em contínuas condenações de pessoas, visivelmente inocentes. Por sua vez, Grinover, Gomes Filho e Fernandes<sup>30</sup> enunciam que tentar obter uma verdade a todo custo é um erro, pois essa verdade precisa ser válida processualmente.

Nesse sentido, Lopes Jr.<sup>31</sup> defende que, na verdade, o juiz, durante a instrução criminal, se assemelha a um historiador, pois analisa consequências e efeitos de fatos passados deixados no presente, até chegar a uma conclusão, fazer sua escolha. Afirma que é um gravíssimo erro falar em verdade real “quando estamos diante de um fato passado, histórico. É absurdo equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário.”

Com isso, afirma Sampaio<sup>32</sup> que a única verdade que se pode observar na situação processual é que o acusado é inocente, e deve se sentir inocente, até que haja uma decisão condenatória. Não é tarefa do réu provar sua inocência ou alegar alguma excludente, mas é tarefa da acusação desconstruir a presunção de inocência inicial do acusado, do contrário “não resta alternativa senão a absolvição, pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, estruturado por esse viés probatório da garantia constitucional do estado de inocência.”

Dessa maneira, é possível afirmar que a corrente mais democrática, e que abraça o sistema acusatório pretendido pelo legislador Constituinte, crê que a finalidade do processo penal é o julgamento justo do réu, onde o papel do juiz seja o de presidente e fiscalizador de garantias.

É compreensível que haja uma maior preocupação do juiz penal em fazer sua escolha dado o bem jurídico tutelado e a menor possibilidade de transacionar quanto ao conteúdo do processo (com exceção à transação penal, que tem fundamento no art. 76 da Lei nº 9.099/95) em relação ao juiz cível, mas isso não legitima o discurso de que é possível se flexibilizar garantias e aplicar dispositivos inconstitucionais em nome de um princípio que não se sustenta no sistema acusatório.

<sup>29</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 119.

<sup>30</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 132.

<sup>31</sup> LOPES JR, op. cit., p. 275.

<sup>32</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 87.



Em última análise, Khaled Jr.<sup>33</sup> declara que o grande desafio dos operadores do direito é de romper com essa hegemonia da ambição de verdade, não apenas pela relevância acadêmica da questão, mas também por sua aplicabilidade no processo penal. Dessa premissa pode-se extrair duas escolhas: respeitar o ideal democrático da Constituição, onde o juiz é imparcial e o acusado visto como inocente, ou insistir em um processo penal retrógrado e persecutório, com um juiz atuante e que busca a condenação a qualquer custo.

## CONCLUSÃO

Em vista da reflexão apresentada, observa-se que a verdade é de impossível obtenção, mas sempre foi buscada ao longo de toda a história da humanidade porque faz parte da natureza humana buscar o cerne das questões, bem como uma segurança dogmática e absoluta.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio possui o Código de Processo Penal de 1941, criado no contexto histórico das ditaduras e influenciado pelo fascismo de Benito Mussolini. Era, sem sombra de dúvidas, uma época na história onde se buscava a segurança de um processo penal conduzido a pulso firme. Entretanto, é inegável que ele está ultrapassado tendo em vista o advento da Constituição de 1988, onde somente em seu art. 5º trouxe um rol de garantias individuais que o CPP ignora.

Clarividente que, em respeito à Lei Maior, deve o CPP ser lido à luz da Constituição Federal para que seja respeitado o ideal acusatório do legislador constituinte, entretanto, essa não é e nem pode ser uma solução definitiva, pois o Código de Processo Penal merece uma reforma total que seja condizente com o momento vivido atualmente, pois reformas parciais, como o Pacote Anticrime, ainda podem deixar brechas para que discursos inquisitórios permaneçam.

Uma das incoerências dignas de atenção está entre a possibilidade de o magistrado poder ordenar a produção de provas de ofício, com base no art. 156 do CPP, e o princípio da imparcialidade jurisdicional, uma vez que o juiz imparcial não produz provas, e o que produz provas não é imparcial. Não é possível ter as duas coisas ao mesmo tempo.

O discurso que legitima a violação do referido princípio ainda é o da busca pela verdade real, que entra em conflito diretamente também com o princípio do *in dubio pro reo*, bem como todos os outros que compõem o sistema acusatório. A doutrina já criticou a corrente

---

<sup>33</sup> KHALED JR., op. cit.



que segue esse discurso, mas o problema reside no apoio social que ele recebe, consequentemente causando a permanência de um Estado-policialesco.

Conforme tratado anteriormente, é compreensível que haja uma preocupação do juiz penal em dar sua sentença, mas por que isso acontece quando a Constituição se faz clara em relação às garantias que devem ser respeitadas? O motivo desse comportamento reside na ideia que o juiz cria para si de que é sua responsabilidade zelar pela segurança pública.

Não é responsabilidade do magistrado extirpar todos os crimes da terra ou de, pelo menos, toda a área que sua Comarca atende, mas quando a segurança pública é tão precária, o juiz acaba crendo que é sua tarefa fazer o que for possível para encontrar essa tal verdade e poder sentenciar com segurança, ainda que isso passe por cima do que quer a Constituição.

Entretanto, esse tipo de atitude é extremamente prejudicial para a caminhada em busca de um processo penal democrático, porque cria na sociedade uma idolatria do terror, onde esse juiz-inquisidor recebe aprovação social, quando na verdade, está extrapolando seu dever. Não é difícil ver isso acontecer ainda nos dias de hoje.

O primeiro passo para que o processo penal brasileiro possa avançar nesse sentido é que os operadores do Direito tenham uma noção do que cabe a cada um dos Três Poderes e, por consequência, que o juiz não legisla e nem é responsável pela real segurança pública para que possa, finalmente, abandonar de vez essa sensação de que é seu dever deixar as ruas livres da criminalidade.

Feito isso, a partir dessa análise, a sociedade estará mais próximos de um processo penal democrático, calcado na dignidade da pessoa humana, e tenha a oportunidade de deixar para o passado esse Estado-policialesco, onde a lei infraconstitucional ainda não acompanha os avanços que a Constituição previu em 1988.

## REFERÊNCIAS

BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade – Teoria do Conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 14 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item II. In: *Vade Mecum JusPodivm*. Salvador: JusPodivm, 2021.



CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Tradução Eduardo Cambi. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, nº 9, jul/set, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti*. Disponível em: < <https://emporiiododireito.com.br/leitura/glosas-ao>>. Acesso em: 02 set. 2021.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.

KHALED JR., Salah H. A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, nº 67, 2015. Disponível em: < [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista67/revista67\\_340.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. volume I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

PEREIRA, Marcio Ferreira Rodrigues. A tirania da verdade no processo penal brasileiro: às voltas com o “princípio” da verdade real. *Revista Espaço Acadêmico*, Paraná, v. 10, n. 115, 2010. Disponível em: < <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/10997>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS À LUZ DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Gabriela Pinheiro Ornellas

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Servidora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo-** a amplitude das negociações processuais trazida pelo novo Código de Processo Civil (publicado em março de 2015) no art. 190 foi e ainda é alvo de muitas discussões na doutrina e na jurisprudência, face à ausência de especificidade dos limites e critérios para definição dessas convenções. Desta forma, o presente artigo se propõe ao enriquecimento dos debates já existentes, como forma de auxiliar na formação de um posicionamento crítico acerca dos novos negócios processuais atípicos, especialmente quando a estes couber a limitação de normas processuais quanto à produção de provas.

**Palavras-chave-** Processo Civil. Negócios Processuais. Poderes instrutórios do magistrado.

**Sumário-** Introdução. 1. O protagonismo das partes no Código de Processo Civil de 2015 e os Negócios Processuais Atípicos 2. Os Negócios Jurídicos Processuais que visam limitar a produção de provas e o livre convencimento motivado do magistrado 3. A validade e os limites dos Negócios Processuais que afetam o Sistema Probatório adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. Conclusão. Referências.

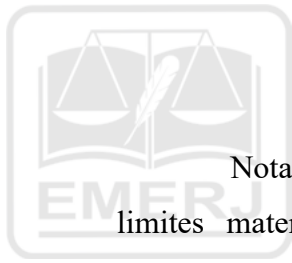
### INTRODUÇÃO

O presente Artigo busca discutir os limites da atuação das partes no Processo Civil Brasileiro, especialmente a partir da previsão dos Negócios Processuais atípicos (art. 190 CPC), por meio dos quais os litigantes podem regular aspectos processuais, mesmo que em contrariedade às normas previstas pelo ordenamento processual.

Para tanto, no primeiro capítulo será discutido o protagonismo das partes e os limites que devem ser impostos, a fim de evitar verdadeiras transgressões a direitos subjetivos materializados pelo instrumento processual e suas normas reguladoras.

A partir desse panorama, no segundo capítulo tem-se especificamente a discussão quanto à dinâmica probatória concretizada pelo atual ordenamento jurídico que, embora regulada em uma norma de aspecto processual, isto é, admitindo, em tese, a regulação pelas partes, visa o convencimento do magistrado e, portanto, torna-se imperiosa a discussão quanto à natureza jurídica dessas regras: se dispositivas ou peremptórias.

Assim, adotando-se a possibilidade de disposição pelas partes quanto às regras probatórias impostas pelo Código de Processo Civil atual, analisa-se, no terceiro capítulo, se os Negócios Jurídicos firmados poderão sofrer limitações pelo magistrado para garantia da higidez e validade desses acordos.



Notadamente, objetiva-se na presente temática, aprimorar a discussão travada sobre os limites materiais dos Negócios Jurídicos Processuais, especialmente no que tange à interferência dessas negociações em normas que versem sobre os Poderes Instrutórios do magistrado relacionados ao Sistema Probatório hoje adotado.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, que consiste na produção de hipóteses visando à identificação da melhor proposta de solução para que se alcance um resultado efetivo, partindo-se da análise de argumentos precisos e claros.

## 1. O PROTAGONISMO DAS PARTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

O ordenamento processual brasileiro sofreu severas mudanças com o advento do Código de Processo Civil de 2015<sup>1</sup>, não apenas quanto às normas procedimentais, mas também, e especialmente, com relação à nova perspectiva apresentada, qual seja, a atribuição de uma visão constitucional e paritária aos fenômenos processuais.

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil anterior (Lei nº 5869/73) tinha-se um Sistema Processual que posicionava as partes como meros expectadores, ao revés das decisões jurisdicionais. A relação jurídica processual se apresentava de forma triangular, estando o magistrado no ápice de uma discussão de direito material que sequer lhe pertencia.

No entanto, o exercício da jurisdição não deve ser observado sob a perspectiva de um terceiro, estranho ao processo, mas sim à luz dos interesses envolvidos, isto é, dos interesses das partes. A atuação positiva do magistrado só se faz necessária quando diante do desequilíbrio da relação processual, como forma de estabelecer uma decisão equânime e o respeito a valores e garantias que transcendem qualquer discussão particular, como meio de garantia da ordem constitucional.

O Novo Código de Processo Civil, já nem tão novo assim, trouxe modificações nessa seara, garantindo às partes a atuação positiva no processo, abrindo espaço para um processo civil cooperativo em que os verdadeiros envolvidos atuem de forma a satisfazer os seus interesses em conflito. A relação processual se tornou horizontal e o magistrado hoje ocupa seu lugar de direito como intermediador entre os polos da relação, respeitando o exercício legítimo do poder jurisdicional ao resguardar a imparcialidade que lhe é exigida.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2021.





Imperioso ressaltar que a cooperação tornou importante feição do Código de 2015, a ponto de contar com *status* de princípio e previsão expressa no art. 6º, tamanha sua importância. Pelo novo ordenamento, a cooperação se impõe a todos os sujeitos processuais, isto é, partes, juízes e servidores, que devem atuar com esclarecimento, informação, auxílio, urbanidade etc.

Alinhado às alterações estruturais trazidas pelo novo Código, o art. 190<sup>2</sup> prevê a chamada cláusula geral dos negócios processuais, admitindo que as partes, desde que capazes, firmem verdadeiros acordos (*rectius*: contratos, convenções) sobre direitos que admitam autocomposição, inclusive mudanças procedimentais, ajustando o processo às especificidades da causa.

A partir dessa previsão, o processo ganha contornos privados (*ex vi* art. 1º ao 12 da Lei nº 13.105/2015) podendo ser ajustado conforme a vontade dos sujeitos envolvidos na relação de direito material, desde que observados limites mínimos, tais como o equilíbrio processual e a possibilidade de autocomposição do direito discutido.

Certamente, a atuação do juiz será exigida diante de irregularidades, vícios e abusividades que gerem desequilíbrio entre os polos processuais, mas, quando não, deve respeitar a desígnio das partes no processo, conforme orientado pelo princípio da autonomia da vontade privada, aplicável às relações contratuais.

Vê-se que o processo, norma tradicionalmente tida como cogente e de ordem pública, vem tomando aspectos privados à luz dos interesses envolvidos, elevando a importância do diálogo e da cooperação e minorando papéis autoritários e mandamentais do juiz, antes tidos como típicos no processo.

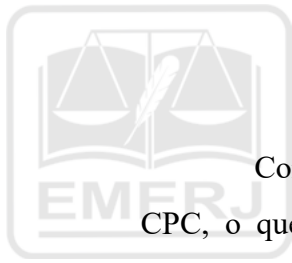
Ainda com relação ao art. 190, prevê em seu parágrafo único, que a atuação do juiz remanesce no controle de validade das convenções firmadas, seja de ofício ou a requerimento das partes, recusando aplicação às cláusulas nulas e abusivas ou, ainda, quando verificado o estado de vulnerabilidade de uma das partes pactuantes.

Conforme Cassio Scarpinella Bueno<sup>3</sup>:

[...] ao magistrado cabe, de ofício ou a requerimento, controlar a validade destas convenções – que vêm sendo chamadas de ‘negócios processuais’ -, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único). É o que basta para afastar o entendimento de que as partes têm a primeira e/ou a última palavra do que pode ser objeto de negociação para os fins do *caput* do dispositivo [...].

<sup>2</sup> Ibid. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>3</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 258.



Como sói, é notório o caráter genérico trazido pelo legislador no art. 190 *caput* do CPC, o que justifica a nomenclatura utilizada pela doutrina como “negócios processuais atípicos” e “cláusula geral”, já que admitem disposições sobre uma infinidade de matérias, ainda que de ordem material, desde que repercutam processualmente.

Ocorre que a abrangência trazida pelo art. 190 ocasiona inúmeras discussões na jurisprudência e doutrina quanto à delimitação do objeto desses acordos.

Parcela mais conservadora da doutrina, dentre eles Cassio Scarpinella Bueno, entende que as normas procedimentais, diante de sua natureza pública não admitem livre disposição pelas partes.

Segundo Bueno<sup>4</sup>:

[...] a dificuldade reside menos em listar exemplos de negociação processual e mais em saber os *limites* destes negócios processuais, máxime quando, de acordo com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, as regras relativas ao *procedimento* são de competência dos Estados, consoante o absolutamente ignorado, inclusive pelo próprio CPC de 2015 como um todo e pelo dispositivo agora em foco, inciso XI do art. 24 da CF [...].

O autor continua e afirma:

[...] a primeira situação, de invalidade, relaciona-se com o que merece ser chamado de ordem pública processual ou, para quem preferir, de normas *cogentes*. Tudo aquilo que estiver fora do alcance negocial das partes com relação ao plano do processo não pode ser objeto processual. Uma coisa, ênfase, é atestar a plena capacidade negocial das partes diante de um direito (material) que aceita autocomposição. Outra, bem diferente, é querer comunicar essa liberdade para o *modo de atuação do Estado-juiz*, isto é, para o plano do processo, inclusive na perspectiva da organização dos seus próprios atos, ou seja, do *procedimento* [...].

Em sentido contrário, parcela da doutrina mais alinhada aos novos paradigmas processuais e, a partir de uma interpretação literal do art. 190 *caput* e parágrafo único do CPC, indica a existência de limites mais amplos de atuação das partes.

Segundo essa corrente, o art. 190 expressamente concede às partes a possibilidade de celebrarem convenções processuais que importem em ajustes procedimentais. A validade dos acordos residiria, tão somente: na capacidade das partes; licitude e determinação do objeto; observância de forma não vedada pela lei ou por ela imposta; possibilidade de autocomposição do direito; ausência de vício de consentimento; ausência de abusividade e equilíbrio da relação processual.

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 258-259.

Consoante entendimento de Alexandre Freitas Câmara<sup>5</sup>, defensor dessa corrente doutrinária, “[o] negócio jurídico processual também não pode afastar posições jurídicas que sejam inerentes ao modelo processual adotado no Brasil, como se daria, por exemplo, com um negócio processual que dispensasse o contraditório ou a boa-fé”.

Ainda, alinhado à interpretação literal do art. 190, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>6</sup> considera:

[...] nos termos do dispositivo legal ora comentado, as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Pode até não ter sido essa a intenção do legislador, mas ao condicionar as mudanças pretendidas pelas partes, no procedimento, às especificidades da causa, criou uma necessária correlação lógica e jurídica entre o procedimento pretendido pelas partes e a eventual especialidade da causa [...].

Correlacionando o procedimento às especificidades da causa, Neves afirma “[t]rata-se, portanto, de uma limitação ao poder das partes de modificar o procedimento, porque se não houver qualquer especialidade na causa que justifique tal alteração, não terá cabimento tal acordo e o juiz deverá anulá-lo.”<sup>7</sup>

Ensina o doutor Robson Godinho<sup>8</sup>:

[...]Evidentemente, a mudança legislativa não é suficiente para uma transformação cultural, mas não há dúvidas de que se trata de um pressuposto básico – e com importante carga simbólica – a existência de disposições legais que leve a sério a possibilidade de as partes regerem consensualmente o processo que protagonizam. A partir do momento em que o CPC conta com uma cláusula geral negocial, os acordos probatórios inserem-se na atipicidade decorrente da norma, não se restringindo, portanto, àqueles expressamente previstos pelo legislador [...]

Embora haja posições em ambos os sentidos, são plausíveis as afirmações quanto à possibilidade de convenções em matéria processual firmadas pelas partes, desde que resguardados os princípios constitucionais do processo civil, hoje listados de maneira não exaustiva nos artigos 1º ao 12 do CPC, considerados normas fundamentais, a fim de preservar o núcleo essencial dos direitos instrumentalizados pelo processo a partir da garantia do devido processo legal.

<sup>5</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen Atlas, 2020, p. 126.

<sup>6</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 343.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> GODINHO, Robson Renault. A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória. *Revista Do Ministério Público Do Rio De Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 56, p. 4, abr./jun. 2015.



## 2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS QUE VISAM LIMITAR A PRODUÇÃO DE PROVAS E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO

Superadas as discussões basilares quanto aos limites e controle de legalidade das convenções processuais trazidas pelo Código de Processo Civil atual, tem-se como grande alvo de debates, ainda não pacificados na doutrina e na jurisprudência, questões afetas às matérias que podem ser alvo de acordos *interpartes*.

Certamente uma das matérias mais polêmicas diz respeito à possibilidade de se estabelecer negócios processuais que estabeleçam restrições de provas no processo.

Não raras vezes, o juiz se depara com processos que demandem a produção de provas periciais ou contábeis para sua solução. O poder do juiz de solicitar essas provas sempre se justificou na chamada busca da verdade, como uma máxima que, data vênua, tem autorizado a ampla e irrestrita atuação do magistrado no processo, tão ampla a ponto de causar mais injustiças do que aquelas que o próprio processo busca solucionar.

Assim, os poderes do juiz e os papéis das partes no processo civil têm sido revisitados com o passar dos anos, sendo exploradas novas formas de atribuir justiça e cooperação a um procedimento ainda predominantemente inquisitorial.

Há de se ressaltar que os custos das provas, cuja produção foi solicitada pelo magistrado, não eram e não são do Estado, mas sim da parte autora, justificando-se a atuação do magistrado como uma espécie de tutor dos interesses da parte. Esse fato rompe com a imparcialidade que se espera do julgador. Ademais, será que a parte, que inevitavelmente arcará com os custos dessa prova, de fato a pretendeu? Pergunta essa sempre ignorada pelos juízes.

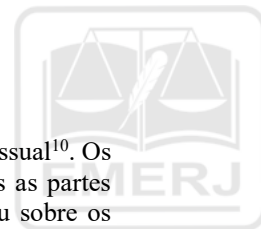
Nesse contexto, hoje se questiona a possibilidade de as partes delimitarem o acervo probatório a ser utilizado pelo julgador quando sentencia um litígio. Muitas vezes a prova acarreta mais danos do que vantagens, haja vista os altos custos de honorários e a demora na elaboração de laudos, por exemplo.

Muito ainda se questiona se a atuação privada das partes nos acordos que versem sobre provas estariam ou não amparados pela ordem legal e constitucional. Ensina Robson Godinho<sup>9</sup>:

[...]A resistência aos acordos processuais em sentido amplo possui inegavelmente uma dimensão ideológica, na medida em que há que se depurar a atividade probatória para que o ato de julgar não receba outras interferências e seja proferido de maneira solipsista. Na realidade, os contratos ou acordos probatórios não servem para

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 05.



entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual<sup>10</sup>. Os contratos probatórios são acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova<sup>11</sup>. Trata-se de uma repercussão da autonomia privada no processo, indubitavelmente, mas não é algo a se rechaçar aprioristicamente e muito menos considerar por resolvido se houver consagração legislativa, já que se trata de uma questão estrutural e que deve ser analisada a partir de um modelo de processo compatível com a conformação constitucional. [...]

Sabidamente, ele ainda reforça: “[o] processo não é coisa das partes, também o processo e, especialmente, a prova tampouco são coisas do juiz.”<sup>12</sup>

O questionamento mais comum feito àqueles que defendem a realização de convenções processuais que tratem sobre a limitação do poder instrutório do juiz é sempre a mesma: como conciliar o livre convencimento motivado do juiz e as limitações ocasionadas pela liberalidade das partes? A resposta é simples, a solução reside em uma regra processual antiga que sempre norteou as instâncias decisórias, qual seja, o ônus da prova.

A regra do ônus da prova encontra-se prevista no art. 373 do Código de Processo Civil<sup>13</sup> e tem como função orientar o magistrado na tomada de decisões, sendo, sobretudo, uma regra de julgamento.

Assim, o magistrado deve considerar a prova não produzida em prejuízo de quem deveria ter comprovado o fato a qual ela se presta, por exemplo, se a lide versa sobre uma investigação de paternidade, a prova da paternidade, facilmente verificada por um exame de DNA, será presumida em favor do filho quando o suposto pai se nega a fornecer material para o exame. Repare que essa técnica de julgamento, especificamente nesses casos, é amplamente admitida na jurisprudência a ponto de ensejar a redação da Súmula 301 do STJ<sup>14</sup>, *verbis*, “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.”

Segundo o disposto no art. 373 do CPC, é, como regra, de quem alega o ônus de provar suas afirmações. Ainda que corriqueiramente admita exceções, como ocorre nas relações de consumo, tem-se que pela sua natureza de regra de julgamento, será utilizada pelo magistrado

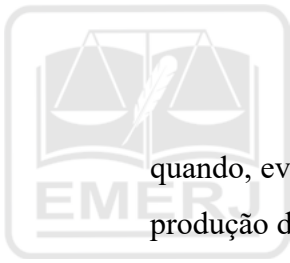
<sup>10</sup>GODINHO, Robson Renault; RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 181.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 1. Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado de súmula nº 301*. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula301.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf)>. Acesso em: 28 jan. 2022.



quando, eventualmente, em razão de uma convenção processual, a parte limite sobremaneira a produção de provas de tal forma que certos fatos não restem inteiramente provados.

Repare que não se pode utilizar a busca pela verdade como óbice à autonomia de vontade das partes, já que o magistrado deve se limitar a impedir injustiças e arbitrariedades, não cabendo a ele, a pretexto de alcançar a verdade, ampliar um direito que a própria parte quis limitar, como o de provar por todos os meios admitidos suas alegações.

Segundo indica Robson Godinho citando a obra de Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, a questão pode ser elucidada da seguinte forma<sup>15</sup>:

[...] A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar um acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). Pode ser, ainda, que uma das partes, sozinha, resolva expressamente abrir mão da perícia, ou de qualquer outro meio de prova. Não há inércia, mas vontade manifestada: não se quer a produção de determinado meio de prova [...]

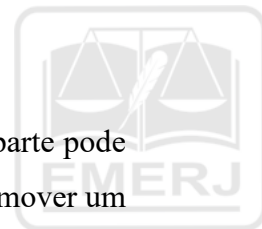
Claro que o dever de abstenção do magistrado nesses casos estará afastado quando se identificar o desequilíbrio nos polos processuais, cabendo ao juiz negar eficácia a essas convenções nesses casos, já que a própria vontade estaria viciada face à ausência da liberdade de uma parte, prejudicada pela sua posição jurídica vulnerabilizada.

Ademais, muitas questões envolvem a escolha de uma prova a ser utilizada no processo, como o tempo a mais que a parte precisa suportar durante a produção daquela prova, os custos para sua produção, a credibilidade dos meios de prova empregados etc.

O processo deve ser, sobretudo, um instrumento para concretização de direitos e de superação de injustiças apresentadas pelas partes à reparação pelo Judiciário. É incompreensível que o julgador possa suprimir a vontade das partes e obriga-las a adotar forma diversa para compor seus litígios. Aqui, cabe um aparte para indicar que o processo não pertence ao juiz, ele apenas o orienta e o preside<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> GODINHO, Robson Renault; et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 90/91.

<sup>16</sup> Os poderes do magistrado foram consagrados de forma expressa no art. 139 do Código de Processo Civil que dispõe: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o



Note que diante de interesses disponíveis que admitam a autocomposição a parte pode optar em não judicializar o caso, preferindo suportar suas perdas ou, até mesmo, promover um acordo pouco vantajoso como forma de compensar, ainda que parcialmente, seus prejuízos.

Ora, se à parte é facultado dispor do processo e, sobretudo, do próprio direito que se busca, com muito mais autoridade deve ser a ela garantido o direito de selecionar as provas que serão utilizadas ou dispensadas no curso do processo.

Nesse mesmo diapasão orienta Robson Godinho:

[...] A limitação negocial é apenas mais uma possibilidade que pode ser adotada livremente pelas partes se presentes os pressupostos previstos no art. 190, caput e parágrafo único, do novo CPC. O fato de se admitir uma “verdade negociada”<sup>18</sup> deve ser entendido nesse contexto de limitação consensual à atividade probatória, não devendo causar maiores arrepios na medida em que se pode dispor sobre o próprio objeto do processo, limitando totalmente a cognição do juiz. [...] <sup>18</sup> Trata-se de expressão que dá título a um texto de TARUFFO, em que se discutem os poderes instrutórios do juiz em caso de revelia (há recente tradução para o português desse texto, publicado no livro com outros trabalhos de Taruffo: *A Prova*. João Gabriel Couto (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, 251/272). Aqui a expressão está utilizada em sentido mais amplo, como decorrência de uma limitação negociada da atividade probatória.<sup>17</sup>

Pela análise sistemática trazida pelo Código de Processo Civil, especialmente à luz dos art. 319, VI e 336<sup>18</sup>, verifica-se que cabe às partes a indicação das provas que pretendem se utilizar para provar suas alegações, ou seja, a atividade probatória por parte do juiz é subsidiária e excepcional, conforme art. 370 do CPC<sup>19</sup>.

A regra de produção probatória prevista no art. 370 do CPC precisa ser compatibilizada com a nova ordem processual e com os princípios por ela trazidos, como a cooperação processual e a vedação a decisões surpresa (que englobam decisões interlocutórias de produção de provas e não apenas decisões meritórias).

Assim, tem-se que o ativismo judicial não pode ocasionar a supremacia da vontade do juiz sobre a das partes, muito pelo contrário, deve importar na condução de um processo civil

---

comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.” BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>17</sup> GODINHO, op. cit., p. 07.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 1. Art. 319. A petição inicial indicará: VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;” e “Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

<sup>19</sup> Ibid. Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.



cooperativo, em que o juiz auxilia na solução do litígio e, portanto, a determinação de produção de provas de ofício deve servir como instrumento de elucidação dos autos de forma excepcional. Autoriza-se quando verificada preclusa a oportunidade das partes de se manifestarem nesse sentido e, ainda assim, se restar controversa questão sobre a qual as partes não tenham alcançado consenso nem mesmo apta a ser superada pelo juiz, à luz dos meios de prova já apresentados.

### 3. A VALIDADE E OS LIMITES DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS QUE AFETAM O SISTEMA PROBATÓRIO ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Analisada a possibilidade do manejo de negócios processuais que versem sobre questões probatórias, é imperiosa a discussão acerca dos limites impostos a essas convenções para que possam ser tidas como válidas pelo magistrado, a quem cabe o controle de juridicidade desses atos.

Como já salientado, o art. 190 do CPC dispõe de forma genérica os limites impostos aos negócios jurídicos tidos como atípicos, quais sejam, direito que admita autocomposição, capacidade das partes e ausência de nulidade ou cláusula abusiva. Assim, ausente quaisquer dos impedimentos descritos pela lei, o negócio processual celebrado será válido.

Com relação ao que seriam direitos que admitam autocomposição tem-se que o conceito é corriqueiramente confundido com a definição de direitos disponíveis, ainda que entre esses não haja qualquer semelhança.

Segundo Alexandre Freitas Câmara<sup>20</sup>:

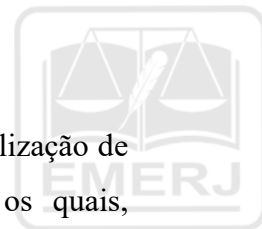
[...] Não fala a lei, corretamente, em “direitos indisponíveis”, mas em direitos que admitam autocomposição. É que há casos em que não obstante a indisponibilidade do direito material, há aspectos que admitem autocomposição, como se dá em matéria de alimentos, por exemplo. Pois nestes casos os negócios processuais são admissíveis [...]

O autor ainda destaca o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)<sup>21</sup> que dispõe “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

<sup>20</sup> CÂMARA, op. cit., p. 126.

<sup>21</sup> BRASIL. FPPC. *Enunciado nº 135*. Disponível em: < <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2022.





Nessa mesma linha, Cássio Scarpinella Bueno<sup>22</sup> considera ser possível a realização de convenções processuais que versem sobre parcela de direitos indisponíveis, os quais, independentemente de sua natureza, admitem autocomposição.

[...] Em qualquer caso, contudo, importa que o processo (futuro ou presente) diga respeito a ‘direitos que admitam autocomposição’, conceito mais amplo (e mais preciso) que o mais tradicional, de direitos patrimoniais disponíveis. Sim, porque há aspectos de direitos indisponíveis que admitem alguma forma de autocomposição. [...]

Além disso, o próprio legislador, ao indicar a amplitude do poder de negociação das partes no art. 190 do CPC, destacou expressamente a possibilidade de serem convencionadas matérias que digam respeito ao ônus que lhes recaem. Ocorre que um dos ônus atribuído aos sujeitos processuais é aquele previsto no art. 373 do CPC (ônus da prova). Assim, negócios processuais que versem sobre a distribuição do ônus da prova nada mais são do que convenções processuais sobre questões probatórias, autorizada pela norma.

Conclui-se, portanto, que a o direito à prova deve ser considerado como passível de autocomposição e, portanto, não prejudicando a validade do negócio processual que verse sobre ele.

Quanto à capacidade das partes, há certa divergência na doutrina sobre qual tipo de capacidade se refere o legislador (material, processual ou ambas) no art. 190 do CPC. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>23</sup> :

[...] Não vejo como interpretar a capacidade exigida pelo art. 190, caput, do CPC como sendo exclusivamente a processual, porque nesse caso a exigência formal simplesmente cairia no vazio. A parte precisa ter capacidade de estar em juízo, de forma que mesmo aquelas que são incapazes no plano material ganham capacidade processual ao estarem devidamente representadas. Se a capacidade for a processual, todo e qualquer sujeito processual poderá celebrar o negócio jurídico ora analisado, já que todos devem ter capacidade de estar em juízo no caso concreto. [...]

Ademais, as partes apenas podem negociar sobre “seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” conforme prevê a literalidade do art. 190 do CPC, ou seja, não é admitido às partes transigirem sobre posições processuais que não lhe foram atribuídas. No entanto, como já salientado, no que diz respeito às provas, tem-se que este é sim um direito das partes, já que o juiz apenas participa da produção de provas de forma suplementar e residual (art. 370 do CPC).

---

<sup>22</sup> BUENO, op. cit., p. 258.

<sup>23</sup> NEVES, op. cit., p. 346.



O doutrinador Alexandre Câmara<sup>24</sup> explica:

[...] Poder-se-ia, então, afirmar a validade de um negócio processual em que as partes tenham convencionado a inadmissibilidade de um determinado meio de prova? Afinal, o juiz tem o poder de determinar, ex officio, as provas que entenda necessárias para o julgamento da causa. A resposta, porém, é inegavelmente positiva. Em primeiro lugar, é preciso perceber que se, de um lado, é do juiz o poder de determinar a produção de provas, de outro lado é das partes o ônus da prova, além de terem elas o ônus de praticar atos necessários à produção das provas [...]

Com relação a eventuais abusividades das cláusulas inseridas nos negócios processuais celebrados, afirma Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>25</sup>, fazendo referência ao art. 190 do CPC, que

[...] Nos termos do mencionado dispositivo legal, o juiz poderá recusar a aplicação do negócio jurídico processual realizado pelas partes, ou seja, anulá-lo, nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. [...]

Recaem sobre os negócios jurídicos que versam sobre provas certas críticas que afirmam ser este um limitador indevido do direito de a parte demonstrar a veracidade de suas alegações, o que a colocaria em manifesta desvantagem, causando desequilíbrio entre os polos da relação processual e, portanto, deveriam esses acordos serem declarados nulos.

Entretanto, algumas premissas precisam ser estabelecidas. Em primeiro lugar, nem toda convenção processual que verse sobre a produção de provas no processo importará na limitação desse direito, já que é possível que as partes convencionem formas mais amplas de provar suas alegações, acarretando a maior amplitude da prova, em vez de restringi-la. Em segundo lugar, tais transações, ainda que importem em limitações ao direito de prova, só serão consideradas válidas pelo magistrado quando não forem inseridas como forma de agravar a vulnerabilidade que já recaia sobre um dos polos da relação, ou seja, ao transigirem precisam estar equilibrados os polos processuais, isto é, nas mesmas condições de igualdade no processo para que qualquer negócio jurídico celebrado seja considerado válido.

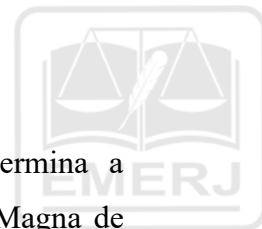
Dispõe o Enunciado n° 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)<sup>26</sup> que “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

---

<sup>24</sup> CÂMARA, op. cit., p. 127.

<sup>25</sup> NEVES, op. cit., p. 345.

<sup>26</sup> BRASIL. FPPC. *Enunciado n° 18*. Disponível em: <<https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2022.



Ademais, à luz da constitucionalização do direito, fenômeno que determina a interpretação das normas sob a perspectiva constitucional introduzida pela Carta Magna de 1988, deve-se considerar o dever de probidade e boa-fé imposto às partes, especialmente na celebração de negócios bilaterais. Nesse mesmo sentido, dispõe o Enunciado 407 do FPPC “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.<sup>27</sup>

Por fim, frise-se que embora recaia sobre o magistrado o dever de controlar a juridicidade dos negócios processuais firmados pelas partes, não cabe a ele a sua homologação. Entende Neves<sup>28</sup> que:

[...] O negócio jurídico processual não depende de homologação pelo juiz, aplicando-se ao caso o previsto no art. 200, caput, do CPC (Enunciado 115 da II Jornada de Direito Processual do CJF: ‘O negócio jurídico processual somente se submeterá à homologação quando expressamente exigido em norma jurídica, admitindo-se, em todo caso, o controle de validade da convenção’), de forma que o acordo procedimental é eficaz independentemente de qualquer ato homologatório judicial. [...]

Assim, caberão as partes decidirem as cláusulas e os termos do negócio jurídico processual firmado, que será válido desde que não viole quaisquer dos limites impostos pela lei.

## CONCLUSÃO

A partir do Novo Código de Processo Civil, vigente desde março de 2015, buscou-se atribuir à ordem processual uma nova perspectiva privada às regras antes tidas como exclusivamente públicas e cogentes.

Muito embora a competência para definição das regras processuais ainda seja atribuída à União, conforme redação do art. 21 da Constituição Federal, tem-se que o Código de Processo Civil trouxe verdadeira flexibilização a elas, que hoje podem ser ajustadas até certos limites, para atender ao interesse das partes envolvidas.

A concessão dessa verdadeira “carta branca” para definir certos rumos do processo veio estampada no art. 190 do CPC que embora tenha previsto certos limites à validade desses

<sup>27</sup> BRASIL. FPPC. *Enunciado n° 407*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2021.

<sup>28</sup> NEVES, op. cit., p. 345.



acordos, não o fez de maneira clara nem mesmo exaustiva, abrindo espaço para inúmeras discussões doutrinárias e posições jurisprudenciais sobre o tema.

Assim, este Artigo buscou enriquecer o debate sobre a validade e os limites dos negócios jurídicos processuais, especialmente àqueles que versem sobre a limitação dos poderes instrutórios, atribuído às partes, mas também ao magistrado pelo art. 370 do CPC.

Conclui-se a partir dos argumentos doutrinários expostos que não há ainda um consenso na doutrina com relação ao tratamento dado a essa espécie de convenção processual e, certamente, ainda encontra muita resistência na doutrina mais conservadora que ainda enxerga o magistrado com o ponto principal do processo.

Ocorre que a nova perspectiva já mencionada, introduzida pelo atual Código Processual, visa especialmente desconstituir a posição central do magistrado, inserindo as partes como verdadeiros protagonistas, já que o pano de fundo de qualquer ação processual é justamente o direito das partes que se visa declarar ou constituir.

Nessa linha, doutrinadores contemporâneos entendem pela total validade dos negócios jurídicos ainda que versem sobre a limitação dos poderes instrutórios do juiz, interpretando os limites estabelecidos pelo art. 190 do CPC de maneira restritiva, a luz do novo papel central desempenhado pelas partes que lhes garante o direito de definir os rumos do processo.

Essa parece ser a conclusão mais plausível. O mundo está mudando e nada mais coerente que o ordenamento mude com ele. É preciso que seja retomada a antiga ideia de ver o direito como instrumento e não como um fim em si mesmo, apto a servir aos interesses que se propõem e não o contrário. Assim, pela ótima constitucional e funcional do ordenamento processual brasileiro, tem-se como perfeitamente possível e válidos os negócios processuais probatórios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 29. ago. 2021.

\_\_\_\_\_. FPPC. *Enunciado nº 407*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2021.

\_\_\_\_\_. FPPC. *Enunciado nº 135*. Disponível em: <<https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2022



\_\_\_\_\_. FPPC. *Enunciado n° 18*. Disponível em: <  
<https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado de súmula n° 301*. Disponível em: <  
[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula301.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf)>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume Único. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

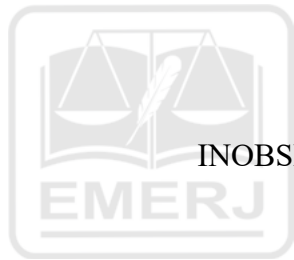
CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen Atlas, 2020.

GODINHO, Robson Renault et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n° 56, p. 4, abr./jun. 2015.

\_\_\_\_\_; RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.



## INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS REGULATÓRIAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Hannah Lara Fonseca da Silva Amaral

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Pós graduada em Direito Militar pela Faculdade Cidade Verde. Advogada.

**Resumo** – São de conhecimento geral as inúmeras demandas recebidas pelo Poder Judiciário provenientes das diversas lides que envolvem os contratos de plano de saúde e, em especial, as que objetivam a garantia de cobertura dos procedimentos não previstos no contrato e nem nas normas reguladoras. Nesse contexto, discute-se o posicionamento do Estado-Juiz, que desconsidera as normas reguladoras elaboradas pela ANS, visto que afronta o princípio da Separação dos Poderes, bem como suprime a competência legal da ANS. Assim, defende-se que as decisões que não observam os limites contratuais podem gerar efeitos danosos à atividade das operadoras de planos de saúde.

**Palavras-chave** – Saúde Suplementar. Inobservância das normas regulatórias. Constituição. Poder Judiciário.

**Sumário** – Introdução. 1. Do marco regulatório e do ativismo judicial. 2. Da Taxatividade do Rol De Procedimentos e Eventos Em Saúde. 3. Do impacto regulatório e das divergências entre o estado-regulador e Estado-juiz. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute sobre o acentuado ativismo judicial em confronto com as normas regulatórias elaboradas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS; Pretende-se demonstrar que o fato de o consumidor buscar a satisfação do pleito no âmbito do Poder Judiciário, devido ao seu inconformismo, não pode ser fator determinante para a formação de juízo, uma vez que se faz necessário analisar as questões de cunho regulatório, pois quando não observadas podem causar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Discutem-se também as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir apreciar se o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente é taxativo ou exemplificativo, analisando a decisão exarada no Resp nº 1.733.013/PR, pelo 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A Lei nº 9.656/1998 é considerada o marco regulatório do segmento de saúde suplementar no Brasil, no que diz respeito às inovações e à sua incidência sobre os contratos de plano de saúde, permitindo avanços expressivos na organização do setor, na ampliação da qualidade dos serviços prestados pelas operadoras e no estabelecimento de garantias aos



beneficiários, possibilitando mudanças estruturais que refletiram diretamente na ampliação da assistência à saúde dos brasileiros.

Em termos gerais, a regulação visa a corrigir e atenuar as falhas do mercado de assistência médica pré-paga (convênios ou planos de saúde), tal como a divergência de informações entre clientes, operadoras e provedores de serviços que são geradas pela contratação cada vez mais massificadas, despersonalizadas e objetivadas e, principalmente, a seleção dos riscos a serem suportados pelas operadoras (limites da cobertura médica).

No entanto, muitas vezes, no âmbito judicial, as normas regulatórias não são observadas, surgindo a seguinte questão: é possível que a falha na prestação jurisdicional da saúde pelo Estado - em prover adequadamente a saúde a todos os cidadãos - faça com que os planos de saúde assumam a responsabilidade por serviços ou atendimentos não previstos em contratos?

Há grande discussão sobre o tema na jurisprudência, sendo certo que, recentemente, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 1.733.013/PR decidiu que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é exemplificativo e não taxativo, conforme dispõe a Resolução Normativa elaborada pela ANS.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a Lei dos planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998) e a criação da ANS, bem como ponderando os motivos pelos quais o Poder Judiciário não pode intervir nas normas elaboradas pelo Poder Executivo.

Em seguida, no segundo capítulo, será demonstrado que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente é taxativo. Neste capítulo, procura-se desconstruir o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que decidiu que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é exemplificativo.

No terceiro capítulo pretende-se analisar os impactos das decisões que não observam os limites contratuais e, assim, podem gerar efeitos danosos a atividade das operadoras de planos de saúde, já que o ativismo judicial em confronto com as normas regulatórias, traz o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre as operadoras e seus beneficiários.

Por fim, destaca-se que abordagem do objeto desta pesquisa que o método adotado para este trabalho segue uma análise qualitativa, a partir da análise do entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com objetivo de descaracterizar o entendimento deste juízo, bem como o pesquisador pretende se valer da bibliografia, legislação, doutrina e jurisprudência, analisadas na fase exploratória da pesquisa, visando defender a sua tese.



## 1. DO MARCO REGULATÓRIO E DO ATIVISMO JUDICIAL

É imperioso esclarecer que a Lei nº 9.656/1998<sup>1</sup> é considerada o marco regulatório do segmento de saúde suplementar no Brasil, no que diz respeito às inovações e à sua incidência sobre os contratos de plano de saúde, permitindo avanços expressivos na organização do setor, na ampliação da qualidade dos serviços prestados pelas operadoras e no estabelecimento de garantias aos beneficiários, possibilitando mudanças estruturais que refletiram diretamente na ampliação da assistência à saúde dos brasileiros.

Certo é que, até a promulgação desta lei, operadoras atuavam sem regulamentação e não estavam sujeitas à fiscalização específica, baseadas apenas apenas pelo Código Civil de 1916<sup>2</sup>.

Ao longo dos anos, em decorrência da livre atuação das operadoras mercado de saúde suplementar, verificou-se a necessidade de intervenção do estado sobre setor. Contudo, existiam divergências quanto aos limites e objetivos dessa regulação.

A regulação do setor de saúde suplementar surgiu após mais de 30 anos de operações sem controle do governo, sendo certo que com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, os consumidores passaram a ter mais proteção, tendo este apresentado estrutura jurídica que deve nortear as relações de consumo<sup>3</sup>.

Valido ressaltar que o acolhimento de demandas pelos Procons beneficiou os consumidores em seus conflitos com as operadoras de planos de saúde.

Assim, houve a necessidade de intervenção estatal, visando a corrigir e a atenuar as falhas do mercado, como as exclusões de atendimento e as mensalidades abusivas, e somente após a promulgação da Lei nº 9.656/98, o setor de saúde suplementar ganhou a sustentação legal para que se iniciassem as ações de regulamentação.

Em termos gerais, a regulação visava a corrigir e a atenuar as falhas do mercado de assistência médica pré-paga, tal como a divergência de informações entre clientes, operadoras e provedores de serviços gerados pela contratação cada vez mais massificada, despersonalizada, objetiva e, principalmente, a seleção dos riscosa serem suportados pelas operadoras .

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 9.656*, de 13 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)> Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>2</sup>BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)> Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>3</sup> SALAZAR, A.L.; RODRIGUES, K.; NUNES JÚNIOR, V.S. Assistência privada à saúde: regulamentação, posição do IDEC e reflexos no sistema público. In: BRASIL/MS. *Direito sanitário e saúde pública*, v. 1, 2005. Disponível em: <[https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_san\\_v1.pdf](https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf)> Acesso em: 31 ago. 2021.





Nesse sentido, ao regular o setor e enquadrar todos os entes atuantes no mercado de suplementação à saúde, aumentou-se a base de controle e fiscalização pelo governo, reduzindo-se não só a divergências de informações, mas também a evasão fiscal.

Certo é que a LPS provocou o descontentamento das operadoras de planos de saúde, no que tange a violação do ato jurídico perfeito, eis que o judiciário passou a aplicar a nova lei à todos os contratos de plano.

Nesse interim, há de se ressaltar a importância da ANS, que foi criada com o propósito de regular, controlar, normatizar e fiscalizar o setor de assistência suplementar à saúde, a fim de produzir o equilíbrio adequado entre os consumidores, operadoras de planos de saúde, seguradoras, prestadores de serviços.

Foi estabelecido o constante monitoramento do mercado, por meio do envio obrigatório pelas operadoras de informações técnicas e financeiras, permitindo a Administração Pública promover análises e acompanhar a evolução dos contratos, principalmente os custos dos procedimentos, condição essencial para a autorização de aumento da contraprestação pecuniária dos planos individuais.

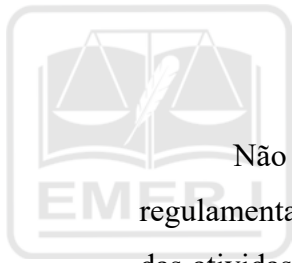
A entidade é uma autarquia federal, instituída sob um regime especial, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, vinculada ao Ministério da Saúde, subordinada às diretrizes fixadas pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), que tem o propósito de regular, controlar, normatizar e fiscalizar o setor de assistência suplementar à saúde, a fim de produzir o equilíbrio adequado entre os diversos interessados assegurando a qualidade dos serviços prestados a higidez econômico-financeira das empresas que atuam no mercado em questão.

Cumpra repisar que o mercado de suplementação à saúde já estava em plena atividade e sem nenhum tipo de ente normalizador próprio, exceto para as seguradoras de plano de saúde que tinham seu aspecto econômico financeiro até então regulados pela SUSEP.

Conforme o demonstrado até o presente momento, verifica-se que a saúde suplementar, prestada a partir das operadoras de planos privados de saúde, encontra-se prevista no art. 199 da CF/88<sup>4</sup> e possui regulamentação específica exercida pelo Poder Executivo por meio de leis federais nº 9.656/98, além das resoluções normativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), evidenciado assim o poder normativo desta.

---

<sup>4</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Não obstante a grande alteração no setor gerada pela Lei nº 9.656/98<sup>5</sup> e normas regulamentadoras expedidas pela ANS ao longo desses anos, gerando um maior controle das atividades das operadoras de planos privados de saúde e diminuindo os abusos até então existentes, são recorrentes as insatisfações dos beneficiários/consumidores em relação às coberturas contratadas junto a tais operadoras, insatisfações essas que na maioria das vezes são levadas ao Poder Judiciário gerando o chamado fenômeno da “judicialização da saúde suplementar”.

Nesse sentido, importante mencionar que mesmo com a regulamentação do setor de forma a impor limites às operadoras de planos privados de assistência à saúde e garantir a aplicação dos direitos aos consumidores, estes acabaram por se insurgirem em relação aos serviços contratados. Estas insurgências, na maioria dos casos são referentes as negativas de coberturas assistenciais por falta de previsão contratual ou regulamentar, especificamente quanto ao rol de procedimentos da ANS.

Certo é que o beneficiário do plano privado de saúde ao discordar dessas negativas ajuíza ações em face das operadoras, no intuito de obter a cobertura que acredita possuir. Por esta razão, o número de ações com pedidos de maior cobertura de procedimentos, medicamentos e materiais não previstos nos contratos de planos de saúde cresceu exponencialmente nos últimos 20 anos. Tal fenômeno é chamado de judicialização da saúde, sendo que não atinge apenas a esfera da saúde suplementar, mas a saúde como um todo.

Assim, por diversas vezes, os consumidores de planos de saúde ingressam em juízo, contra a operadora, com ação de obrigação de fazer, requerendo mais do que o previsto contratualmente ou do que é disposto na Lei nº 9.656/98.

Henrique Freire de Oliveira Souza, elucida a respeito da incorporação de novas tecnologias em saúde como um dos motivos para requerimento judicial, por parte de consumidores, de procedimentos que extrapolam as previsões contratuais, legais ou regulamentares.

Assim, diz Souza<sup>6</sup> que:

Por conta disso, uma vez judicializada a matéria, por meio das decisões respectivas as “cláusulas limitativas são anuladas e/ou modificadas e novas interpretações são dadas ao contrato; e isso, algumas vezes, em absoluta desconsideração da Lei, das Resoluções da ANS, ou mesmo do CDC”

---

<sup>5</sup>Ibidem.

<sup>6</sup>SOUZA, Henrique F. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. IN: CARNEIRO, Luiz A. F. *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.121-155.



Desta maneira, o Poder Judiciário ao decidir de tal forma, acaba por contrariar a própria regulamentação do setor de saúde suplementar, atuando de forma intervencionista no Estado-Regulador, muitas vezes em verdadeiro “ativismo judicial”<sup>7</sup>.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário pode e deve exercer o controle dos atos administrativos regulatórios praticados pelo Poder Executivo, conforme dizeres do art. 5º, XXXV da CF/88<sup>8</sup>: “ - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, o Poder Judiciário, nesses casos, exerce sua função em conformidade com as leis que legitimam a elaboração de regulamentos normativos.

Diferentemente, na situação ora analisada, as tutelas levadas ao Poder Judiciário não dizem respeito ao controle da elaboração dos atos normativos por parte da ANS e sua conformidade com a lei, mas sim pedidos que extrapolam os limites impostos pela referida ANS, como no caso de se requerer coberturas não previstas no rol de procedimentos.

Note-se que os atos normativos da ANS, no fenômeno da judicialização da saúde suplementar, não estão sendo objeto de discussão perante o Estado-Juiz e sim se discute a amplitude do direito à saúde em face à regulamentação da ANS, pelos fundamentos que serão oportunamente analisados.

Dessa forma, muitas decisões proferidas pelo poder judiciária são contrárias as normas regulamentares expedidas pela ANS, existindo, assim verdadeira divergência entre o que determina o Estado-Regulador (representado pela ANS) e os entendimentos exarados pelo Estado-Juiz.

Observa-se aqui a ocorrência de um desequilíbrio entre os Poderes, diante da ilegitimidade do judiciário em determinar demandas que vão de encontro às escolhas feitas pelo mérito administrativo, deslocando para o judiciário uma parcela da função política pertencente ao Executivo.

Nesse contexto, para que se possam compreender as decisões do Estado-Juiz em favor dos consumidores em detrimento das operadoras de planos privados de saúde, que muitas vezes são contrárias aos limites assistenciais estabelecidos pelo rol de procedimentos elaborado pelo Estado-Regulador, deve-se analisar quais fundamentos estão sendo utilizados, para então verificar o impacto de tais decisões no setor de saúde suplementar.

---

<sup>7</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Synthesis*. Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 6.



## 2. DA TAXATIVIDADE DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE

Como esclarecido no capítulo anterior, a Lei dos Planos de Saúde (LPS) visa à implantação de regras para a comercialização e oferecimento de planos de saúde, com o intuito precípua de oferecer segurança jurídica aos consumidores e operadoras de planos de saúde que comercializassem tal serviço no mercado da saúde suplementar.

Nesse passo, a Lei nº 9.961/2000<sup>9</sup> veio criar a autarquia federal e estabelecer suas competências, sendo importante ressaltar o art. 4º, XLI:

Art. 4º Compete à ANS:

(...)

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

(...)

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo: (Vide Medida Provisória nº 2.177-43, de 2001) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Assim, o poder normativo é uma das prerrogativas atribuídas às agências reguladoras.

Ressalta-se que a essência dos planos de saúde é a proteção dos riscos associados a doenças e acidentes pessoais que afetem a saúde do consumidor, que são eventos de natureza aleatória, imprevisíveis e indesejados pelo consumidor, seguindo-se um cálculo de previsão de riscos x valor a ser pago.

Tem-se, assim, a caracterização do risco protegido: a doença ou o acidente pessoal. Tratam-se de eventos incertos em sua grande maioria, e cuja ocorrência independe da vontade das partes. O financiamento dos planos de saúde ocorre na forma mutual, em regime de repartição simples. Todos contribuem para um fundo comum, administrado pela Operadora, do qual serão obtidos os recursos para o pagamento das indenizações devidas durante o período de vigência da cobertura.

É importante assegurar e garantir o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos contratos com base no tipo de contrato e até mesmo período em que foi contratado, considerando a cobertura a que dispõe.

Extrai-se do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/98<sup>10</sup>, c/c o art. 4º, III, da Lei n.º

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)> Acesso em: 31 ago. 2021.

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.



9.961/2000<sup>11</sup>, que é atribuição desse órgão elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na LPS.

No mesmo sentido, o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ estabelece que se considere, nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei n. 9.656/98, o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da ANS ressalvadas as coberturas adicionais contratadas.

O art. 2º da Resolução nº 439/18 garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e reabilitação de todas as enfermidades que compõe a estatística internacional de doenças e problemas relacionados com a saúde; o seu art. 4º apresenta diretrizes técnicas relevantes de inegável e peculiar complexidade como a avaliação de tecnologias em saúde e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contrato.

Nesse sentido, ANS estabelece para os planos constituídos antes de 1º de janeiro de 1999, não adaptados e ainda vigentes, a cobertura obrigatória a ser garantida é a que consta das cláusulas contratuais acordadas entre as partes. Assim, as coberturas disponibilizadas pelos planos de saúde devem observar o disposto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente.

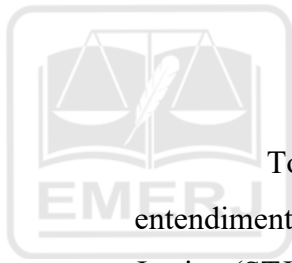
Entretanto, recentemente, a Quarta Turma do STJ alterou seu entendimento no julgamento do REsp. nº 1.733.013/PR, fundamentando se trata de ato estatal, do regime jurídico de direito administrativo, com expressa previsão em lei, ao qual se submetem fornecedores e consumidores da relação contratual de direito privado, confira-se:

é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

Ressalta-se que o art. 2º da Resolução Normativa nº 465 de 2021<sup>12</sup>, que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde vigente, estabelece que “Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde”.

<sup>11</sup>BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>12</sup>BRASIL. *Resolução normativa nº 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw=> => Acesso em: 31 ago. 2021.



Todavia, o ponto em destaque para estudo deste artigo é a divergência dos entendimentos da Suprema Corte, em especial pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>13</sup>, que entende que “o fato de o procedimento não constar no rol da ANS não significa que não possa ser exigido pelo usuário, uma vez que se trata de rol exemplificativo”.

Para tais juristas, o fato de o procedimento médico não constar no rol de procedimentos da ANS não significa que este não seja de cobertura obrigatória ao beneficiário.

Desse modo, em observância ao Princípio da Legalidade e a norma regulatória, o rol não deve ser visto como um rol meramente exemplificativo, sob pena de negar a própria existência de um rol mínimo de procedimentos, e conseqüentemente, por em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar.

O princípio da legalidade visa a isonomia e a garantia constitucional, determina que todos os órgãos do Estado, isso é, todos os organismos que exercem poder público, devem atuar em observância às leis, mesmo nas hipóteses em que é permitido (por uma lei), o exercício de certa discricionariedade.

Em síntese, ressalta o ministro Luis Felipe Salomão que considerar o rol exemplificativo contraria os dispositivos legais que preveem o plano básico de referência e a possibilidade de contratação de outras coberturas, acaba por restringir a livre concorrência, estabelecendo "a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde".

Nessa toada, a ausência de cobertura mínima padronizaria todos os planos de saúde, determinando que este tenha que disponibilizar todo e qualquer tratamento prescrito pelo médico.

Inclusive, negaria a vigência aos dispositivos legais que estabelecem um plano básico de referência e a possibilidade de estabelecimento contratual de outras coberturas, efetivamente padronizando e restringindo a livre concorrência ao nitidamente estabelecer a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros de saúde, o que nega vigência aos dispositivos mencionados.

Nesse interim, cumpre salientar que não pode o judiciário substituir o legislador, uma vez que afronta o princípio da Separação dos Poderes, bem como suprime a

---

<sup>13</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1442296/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857293424/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-arep-1442296-sp-2019-0037741-0/inteiro-teor-857293472?ref=serp>>. Acesso em: 31 ago.2021.

competência legal da ANS.

Critica-se a aceitação do rol como exemplificativo, uma vez que a atualização deste vem ocorrendo de forma rápida e dinâmica e que o rol mínimo é garantia do consumidor para assegurar direito à saúde com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população.

Assim, admitir que este seja considerado meramente exemplificativo é negar acesso à saúde suplementar à mais ampla faixa da população, visto que o valor dos planos aumentaria, afetando diretamente a relação contratual entre os planos de saúde e consumidores.

### 3. DO IMPACTO REGULATÓRIO E DAS DIVERGÊNCIAS ENTRE O ESTADO-REGULADOR E ESTADO-JUIZ

Muito embora haja regulamentação para o setor de forma a impor limites às operadoras de planos privados de assistência à saúde e garantir a aplicação dos direitos aos consumidores, estes acabaram por se insurgirem em relação aos serviços contratados, como, por exemplo, as negativas de coberturas assistenciais por falta de previsão contratual ou regulamentar, especificamente quanto ao Rol de Procedimentos da ANS.

O aumento do número de ações com pedidos cobertura de procedimentos, medicamentos e materiais não previstos nos contratos de planos de saúde cresceu exponencialmente nos últimos 20 anos, sendo certo que tal fenômeno é chamado de judicialização da saúde e que não atinge apenas a esfera da saúde suplementar, mas a saúde como um todo.

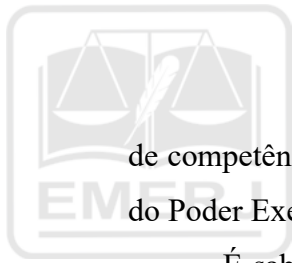
Os pontos mais judicializados se referem a pedidos assistenciais que ultrapassam as disposições contratuais ou da própria norma reguladora e os defeitos na prestação de serviços efetivados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, alegando-se, com frequência, inexistir correta interpretação das disposições contratuais.

Ressalta-se que Barroso<sup>14</sup> ensina que a “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Nos casos em que os beneficiários ao ajuizarem ações, nas quais a regulamentação é

---

<sup>14</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Synthesis*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 set. 2021



de competência exclusiva de órgão da Administração Indireta, há a transferência competência do Poder Executivo ao Poder Judiciário.

É sabido que, por diversas vezes, os consumidores de planos de saúde ingressam em juízo, contra a operadora, com ação de obrigação de fazer, requerendo mais do que o previsto contratualmente ou do que é disposto na Lei nº 9.656/98<sup>15</sup>.

Henrique Freire de Oliveira Souza, elucida a respeito da incorporação de novas tecnologias em saúde como um dos motivos para requerimento judicial, por parte de consumidores, de procedimentos que extrapolam as previsões contratuais, legais ou regulamentares. Por conta disso, uma vez judicializada a matéria, por meio das decisões respectivas as “cláusulas limitativas são anuladas e/ou modificadas e novas interpretações são dadas ao contrato; e isso, algumas vezes, em absoluta desconsideração da Lei, das Resoluções da ANS, ou mesmo do CDC”<sup>16</sup>.

Menciona, ainda, que comuns são as decisões determinando a cobertura: de medicamentos sem registro na ANVISA; de tratamentos experimentais; de procedimentos ainda não incluídos no rol da ANS (no caso de Contratos Novos); e de procedimentos excluídos expressamente de contratos ou não previstos quando da assinatura de contratos (no caso de Contratos Antigos)<sup>17</sup>.

Assim, o Poder Judiciário, ao decidir de tal forma, acaba por contrariar a própria regulamentação do setor de saúde suplementar, atuando de forma intervencionista no Estado-Regulador, muitas vezes em verdadeiro *ativismo judicial*.

Não se tem dúvidas de que o Poder Judiciário pode e deve exercer o controle dos atos administrativos regulatórios praticados pelo Poder Executivo, o qual está atrelado ao chamado “sistema de freios e contrapesos”, previsto no art. 5º, XXXV, CRFB/88, *in verbis*: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De acordo com o glossário da Conselho Nacional do Ministério Público<sup>18</sup>, a expressão freios e contrapesos significa que:

o sistema em que os Poderes do Estado mutuamente se controlam, como, por exemplo, o Legislativo julga o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade; o presidente da República tem o poder de veto aos projetos de lei e o Poder Judiciário pode anular os atos dos demais Poderes em casos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

Assim sendo, deve o Poder Judiciário exercer sua função em conformidade com as leis

<sup>15</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>16</sup>SOUZA, op. cit., nota 8.

<sup>17</sup>Ibidem, p.146.

<sup>18</sup>CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *CNMP*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8040-freios-e-contrapesos>>. Acesso em: 26 out. 2021.



que legitimam a elaboração de regulamentos normativos.

Entretanto, na situação ora analisada, as tutelas levadas ao Poder Judiciário não dizem respeito ao controle da elaboração dos atos normativos por parte da ANS e sua conformidade com a lei, mas sim pedidos que extrapolam os limites impostos pela agência reguladora, como no caso de se requerer coberturas não previstas no rol de procedimentos.

Desse modo, o que se discute com a judicialização da saúde suplementar é a amplitude do direito à saúde em face da regulamentação da ANS, visto que muitas decisões proferidas pelo poder judiciário são contrárias as normas regulatórias, existindo, assim verdadeira divergência entre o que determina o Estado-Regulador (representado pela ANS) e os entendimentos exarados pelo Estado-Juiz.

Inclusive, há casos em que a ANS se posiciona no sentido de que a negativa de cobertura é válida, mas o magistrado decide de forma desfavorável à Operadora de Planos de Saúde.

Nesse sentido, Gomes<sup>19</sup> traz uma explicação sobre o ativismo judicial:

Podemos observar o quão maléfico pode vir a ser a quantidade de processos envolvendo as prestadoras de Saúde Suplementar em face de necessidade do usuário em buscar tutela a qual não está assegurada contratualmente. Esse tipo de ação gera um ônus para as empresas não podem prever, vindo a abalar estrutura financeira e conseqüentemente correr sérios riscos em agravar a qualidade de seu atendimento, podendo ainda, vir a fechar as suas portas e deixando toda uma classe desassistida em detrimento de privilegiar alguns. Constitucionalmente a saúde é um direito de todos e dever do Estado, assim dispõe os termos do Art. 196 da CF. No entanto, não distante das demais promoções de políticas sociais públicas que estão muito aquém da realidade e necessidade da população, a saúde de baixa qualidade prestada pelo aparelhamento estatal abre margem para o surgimento da iniciativa privada atuar no setor de promoção a saúde.

Não obstante, tem-se que a atuação do Estado-Juiz em contrariedade ao Estado-Regulador ofende o sistema de saúde suplementar como um todo, sobretudo se somada essa premissa de que o Poder Judiciário possui “conhecidas limitações técnicas para tratar do assunto na medida em que a formação dos magistrados não contempla aspectos essenciais da área da saúde e, nem sempre, dispõem de recursos técnicos para consultar antes de decidirem”<sup>20</sup>.

Não se tem dúvidas de que a ANS, no âmbito de seu poder normativo, é dotada de “discrecionabilidade técnica”, ou seja, pautada em conhecimentos técnicos específicos acerca

---

<sup>19</sup>GOMES, Damara Torres. *Os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70676/os-impactos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-operadoras-de-saude-suplementar>>. Acesso em: 22 set. 2021.

<sup>20</sup>CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 18.



da matéria regulada, quando o Estado-Juiz não possui esse conhecimento.

O Poder Judiciário, com o objetivo de garantir o melhor tratamento ao beneficiário, algumas vezes acaba por aumentar o lucro do fornecedor de uma tecnologia ainda não efetivamente comprovada, aumentando o risco do paciente.

Ao lado de intervenções necessárias, tem havido um elevado número de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias oncológicas, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos<sup>21</sup>.

Ressalta-se que, por diversas vezes, o Judiciário transmite à Operadora de Planos de Saúde a responsabilidade constitucional do Estado em promover e garantir saúde aos cidadãos.

O fortalecimento às ações de saúde no Poder Judiciário é decorrente de uma série de atributos inerentes à cidadania e que enquanto os Poderes Executivo e Legislativo se mantêm inertes na busca de uma solução para a crise de saúde que perpassa o Estado brasileiro o Poder Judiciário acaba sendo uma saída para a efetividade deste direito previsto na Carta Magna, ensina Lafaiete Reis Franco<sup>22</sup>:

Dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde.

Portanto, a decisão proferida sem a observância das normas regulamentadoras, acaba por gerar um substancial prejuízo no desenvolvimento da atividade das operadoras de planos de saúde.

Nessa linha, o ativismo judicial em face da saúde suplementar, afeta também o valor das mensalidades dos planos privados de assistência à saúde, sendo certo que esses são possíveis através de cálculos atuariais, que visam estabelecer uma contraprestação pecuniária do consumidor equilibrada ao risco assumido pela operadora de planos de saúde, evitando prejuízos a toda a carteira de beneficiários.

Nesse sentido, ressalta-se os ensinamentos de Souza<sup>23</sup>: “o rol pode ser considerado como um balizador em relação aos valores 31 cobrados dos consumidores dos planos de saúde, pois deve

---

<sup>21</sup>SOUZA, op. cit, p. 149.

<sup>22</sup>FRANCO, Lafaiete Reis. *A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil*. Jus Navigandi 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-nobrasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>23</sup>SOUZA, op. cit, p. 141-142.

haver um equilíbrio entre coberturas e contraprestações”.

Pelo exposto, percebe-se que o excesso da judicialização da saúde é prejudicial tanto para as operadoras de planos de saúde, quanto para os próprios beneficiários/consumidores.

Isso porque tal cenário gera “ônus para as empresas” que não podem prevê-lo, podendo vir “a abalar a estrutura financeira e, conseqüentemente, [...] vir a fechar as suas portas e deixando toda uma classe desassistida em detrimento de privilegiar alguns”<sup>24</sup>.

Desse modo, o Poder Judiciário ao decidir de forma a extrapolar a cobertura compulsória respeitada pelos planos de saúde, ou seja, além do que está previsto no rol de procedimentos da ANS, acaba por ferir o aludido equilíbrio.

Portanto, é possível concluir que a judicialização da saúde é extremamente onerosa e traz impactos negativos ao setor da saúde suplementar no Brasil.

## CONCLUSÃO

A judicialização da saúde suplementar é uma realidade do cenário jurídico atual, sendo fenômeno no qual os beneficiários objetivam obter tutelas jurisdicionais sem desconsiderar as normas regulamentares expedidas pela ANS.

Dentre as normas regulamentadoras, destaca-se neste trabalho o rol de procedimentos de cobertura obrigatória, que contém as coberturas assistenciais devidas pelas operadoras, em consonância com a Lei nº 9.656/98.

Não obstante tal limitação, muitos consumidores ingressam com demanda judicial para terem asseguradas as coberturas, cujas negativas foram justificadas exatamente no rol de procedimentos da ANS.

Certo é que se está diante de um conflito entre os interesses do consumidor, em relação àquilo que entende devido, e os interesses das operadoras de planos privados de assistência à saúde, que entendem estarem agindo em plena consonância com a regulamentação expedida pelo Estado-Regulador.

O Poder Judiciário ao determinar o custeio de procedimentos não previstos no Rol, fundamenta suas decisões principalmente no (i) reconhecimento da saúde como direito fundamental, e por isso devendo ser tutelada com prevalência aos demais direitos envolvidos;

---

<sup>24</sup>CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os Impactos da Judicialização na Saúde Suplementar. *Revista Gestão em Foco*, Amparo, v. 11, n. 5, p. 67. Disponível em: < [https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005\\_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf](https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2021.



(ii) no reconhecimento da existência da relação de consumo entre beneficiários e operadoras de planos de saúde, aplicando-se as normas protetivas do CDC, de forma a favorecer os beneficiários; (iii) no fato de o rol de procedimentos ser considerado meramente exemplificativo e, por fim; (iv) no entendimento de que a operadora pode limitar as doenças a serem cobertas, mas não o tratamento correlato.

Portanto, verifica-se que o judiciário está repassando para iniciativa privada o dever de prover uma saúde universal, desconsiderando os limites contratuais entre as partes. Embora se respeite as decisões, estas podem gerar efeitos danosos a atividade das operadoras de planos de saúde, uma vez que quebram o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre as operadoras e seus beneficiários.

Dessa forma, ao serem compelidas pelo Judiciário a custear procedimentos fora do Rol de procedimentos, as operadoras estão adimplindo com custos não previstos e que geram impacto não só no contrato do consumidor propriamente dito, mas em toda massa segurada.

Assim, propõem-se não desconstituir os fundamentos utilizados pelo Judiciário, mas ressaltar a necessidade de se observar as normas reguladoras existentes e a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visto ser este um elemento essencial para manutenção do sistema de saúde suplementar.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Synthesis*. Rio de Janeiro, V.5. n.1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.656*, de 13 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm)> Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 9.961*, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)> Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Resolução normativa n° 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw==>> Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça. RESP n° 1.769.557/CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652022946/recurso-especial-resp-1769557-ce-2018-0255560-0/relatorio-e-voto-652023001>, Acesso em: 22 set.

2021.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no AREsp 1442296/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857293424/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1442296-sp-2019-0037741-0/inteiro-teor-857293472?ref=serp>>. Acesso em: 31. ago.2021.

CARLINI, Angélica Lúcia. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os Impactos da Judicialização na Saúde Suplementar. *Revista Gestão em Foco*, Amparo, v. 11, n. 5, p. 67. Acesso em: 22 set. 2021.

FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil. *Jus Navigandi* 2012. Disponível em :<<http://jus.com.br/artigos/25377/a-judicializacao-do-direito-constitucional-a-saude-nobrasil/3#ixzz3V2y1wXrs>> Acesso em: 30 ago. 2021.

GOMES, Damares Torres. *Os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70676/os-impactos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-operadoras-de-saude-suplementar>>. Acesso em: 22 set. 2021.

SALAZAR, A.L.; RODRIGUES, K.; NUNES JÚNIOR, V.S. Assistência privada à saúde: regulamentação, posição do IDEC e reflexos no sistema público. In: BRASIL/MS. *Direito sanitário e saúde pública*, v. 1, 2005.

CARNEIRO, Luiz A. F. *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



## POLIAMOR E A NOVA CONFIGURAÇÃO DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS: A LEGITIMIDADE JURÍDICA E O RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR

Harley Mendes Dantas da Silva

Bacharel em Direito. Graduado pela Sociedade Unificada Augusto Motta.

**Resumo** - o presente estudo trata das novas configurações dos relacionamentos poliafetivos, principalmente no que diz respeito à legitimidade jurídica e ao reconhecimento destas como entidades familiares. A opção por este tema foi realizada diante das inúmeras transformações vivenciadas na sociedade no que concerne aos relacionamentos amorosos e arranjos familiares, especialmente aos que praticam o poliamorismo. O indivíduo ao nascer, depara-se com ideias e comportamentos pré-organizados pela sociedade, comportamentos esses tidos como “corretos”. E a prática sexual, que sempre foi objeto de preocupação moral, passa a configurar como dispositivo pautado nas ideologias e valores que se sobressaem no coletivo social. Compreender como esses expedientes são organizados, torna-se interesse da maioria. Obedecendo a esse contexto, esta pesquisa teve como objetivo principal determinar as fundamentais características dos relacionamentos poliamorosos, assim como os formatos mais comuns e princípios norteadores do tema aqui apresentado. Para a realização desta pesquisa, utilizou-se o método bibliográfico, que consiste na pesquisa de artigos de periódicos, de obras e documentos eletrônicos que versam sobre a temática. Empregou-se também o método procedimental histórico, discorrendo brevemente sobre a evolução do núcleo família nos preceitos da sociedade brasileira. Por meio dessa análise, foi possível identificar os desafios enfrentados pelos sujeitos e pelas famílias poliamoristas, que possuem sentimentos complexos e, muitas vezes não recebem o apoio e o acolhimento necessários, bem como a necessidade do reconhecimento legal como uma entidade familiar.

**Palavras-chave** - Poliamor. Relacionamento. Reconhecimento.

**Sumário** – Introdução. 1. Poliamor como organização familiar. 2. Fundamentos jurídicos nas relações poliafetivas. 3. As relações poliafetivas concebidas como entidade familiar. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A sociedade moderna encontra-se em incessante mudança. Muitas dessas modificações se mantem e outras são deixadas ao longo do caminho. É nesse contexto que se pode falar sobre a definição de família e afetividade, elementos que acompanham essas transformações do mundo pós-moderno, uma vez que se abrem novas configurações quanto aos relacionamentos afetivos, bem como os arranjos familiares.

É bem verdade que desde a tenra infância, o homem é açulado por estímulos e comportamentos ditos como adequados pela sociedade. Com a maturidade, novos formatos são apresentados e daí alguns importantes questionamentos surgem, podendo ser motivo, inclusive

de conflitos e sofrimentos iminentes. De acordo com Zanon (2014), a atualidade tem se tornado palco de novas formações familiares, inclusive confrontando o que antes era rotulado como proibido. Fato é que há modelos conjugais em diferentes dimensões, como a união de pessoas do mesmo sexo ou mesmo que aceitem mais de dois indivíduos na relação.

Nesse sentido, discorre-se o estudo das entidades familiares de acordo com as novas configurações, nomeadas por uniões poliafetivas, abalizadas pela sua natureza plural e divergente, considerando, inclusive, os fatores éticos de uma sociedade. As chamadas relações poliamoristas aludem a união afetiva entre vários indivíduos do mesmo sexo ou do sexo oposto, entre três ou mais pessoas. Este movimento propõe o reconhecimento das uniões poligâmicas permeadas por contratos de união estável ou mesmo por meio do casamento em grupo.

Estes relacionamentos, já foram sumariamente ignorados pelo judiciário e hoje já há entendimento e reconhecimento jurídico a respeito. Estas configurações familiares carecem de um olhar mais cuidadoso sob suas constituições, uma vez que a constituição destes novos núcleos necessita da proteção e muitas vezes da intervenção do Estado para que os direitos estejam garantidos.

Apesar de ser notória e evolução social e dos formatos modernos de agregação de pessoas em entidades familiares, ainda não se faz valer a ampla pluralidade instituída pela Constituição Federal e estender a proteção jurídica e dos padrões do Direito de Família jurídica ao poliamor com a declaração da união estável plural.

Nessa circunstância, ocorreu a disposição científica e acadêmica sobre o poliamor, posto que a temática ganhou maior visibilidade pelas lentes jurídicas. Nesse cenário surge o seguinte problema de pesquisa: quais as dificuldades enfrentadas pelos indivíduos que optam por viver relacionamentos poliafetivos no que diz respeito à legitimidade jurídica e o reconhecimento destas como entidades familiares?

Nesse âmbito, delineou-se o objeto de estudo deste artigo que trata sobre as famílias simultâneas ou paralelas que, apesar de existirem há muitas décadas, encontram-se sem regulamentação expressa e ocasionalmente com soluções pautadas nos campos jurisprudencial e doutrinário. Buscou-se também determinar as fundamentais características dos relacionamentos poliamorosos, assim como os formatos mais comuns e princípios norteadores do tema aqui pesquisado.

Para a realização desta pesquisa, utilizou-se o método teórico, que consiste na pesquisa de artigos de periódicos, de obras e documentos eletrônicos que versam sobre a temática. Empregou-se também o método procedimental histórico, discorrendo brevemente sobre a evolução do núcleo família nos preceitos da sociedade brasileira.



## 1. POLIAMOR COMO ORGANIZAÇÃO FAMILIAR

O vocábulo “poliamor” é uma associação da expressão grega *poli* (muitos) com a latina, *amor*. De acordo com Cardoso<sup>1</sup>, a palavra poliamor foi criada em duas ocasiões na história, obedecendo circunstâncias diferentes, o que demarca a presença dos dois movimentos contemporâneos modernos. O primeiro registro foi no ano de 1953, em conformidade com um atributo lançado ao rei Henrique VIII por um autor famoso da época, exteriorizando que o monarca seria uma pessoa poliamorista, uma vez que amava vários indivíduos ao mesmo tempo, o que não retrata o sentido utilizado hoje. Na perspectiva pagã ou mesmo espiritual, faz-se menção às pessoas que se relacionam simultaneamente com mais de um parceiro.

Pilão<sup>2</sup> ressalta que são inúmeros os países que utilizam o vocábulo poliamor para retratar temas como o insucesso da monogamia que impulsiona outras formas de conjugalidade ou mesmo as distinções hierárquicas que favorecem a vivência entre várias pessoas ao mesmo tempo e os desafios enfrentados para que o poliamor seja praticado.

Muitas são as nomenclaturas utilizadas quando a referência é o poliamor, dentre elas estão a família poliafetiva ou poliamorosa, bem como a diversidade de arranjos familiares. Todas essas formas de relacionamento escapam sumariamente da disposição convencional da heteronormatividade e da singularidade. Na sua maioria, são alvos de repulsa social e de condenação religiosa. São tentativas ineficazes de condenar as formas de amor que se distancia do modelo monogâmico, conforme ressalta Dias<sup>3</sup>.

A autora defende que a união poliafetiva é constituída quando há uma única entidade família, onde todos residem sobre o mesmo teto. Tem-se nesse contexto a instituição casamento, mesmo que com um número maior de membros. É disto que se refere o procedimento jurídico quando se refere a poliafetividade, ou seja, necessário se faz que seja similar ao já estabelecido às outras entidades familiares reconhecidas pelo Direito, declara Dias<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>CARDOSO, Daniel dos Santos. *Amando vári@s- Individualização, redes, ética e poliamor*- Dissertação (Mestrado em Ciências de Comunicação). Universidade Nova de Lisboa. Setembro, 2010. Disponível em <<https://run.unl.pt/bitstream/10362/5704/1/Tese%20Mestrado%20Daniel%20Cardoso%2016422.pdf>>. Acesso em: 8 jun, 2021, p. 32.

<sup>2</sup>PILÃO, Antonio. Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista. *Cadernos Pagu*, Campinas, SP, n. 44, jun. 2015. ISSN 1809-4449. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8637379>>. Acesso em: 8 jun, 2021, p. 43.

<sup>3</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 62.



Ramalho Neto<sup>5</sup> traduz poliafetividade como toda e qualquer relação simultânea entre vários indivíduos com o consentimento de todos eles e de maneira estável. Subtende-se nesse contexto a transparência e a honestidade como premissas importantes e necessárias na relação do concubinato. Cardoso<sup>6</sup> ainda aprofunda a discussão e explica que é indispensável estar em um relacionamento para ser considerado uma pessoa poliamorosa. Nesse sentido, o poliamor é reconhecido entre indivíduos que reconhece no outro um companheiro a quem tenha relações afetivas e de intimidade.

Lobo<sup>7</sup> declara que família é todo e qualquer ajuntamento de pessoas com ligações biológicas. Sua origem fundamenta-se com o início da vida em sociedade e é alicerçado nesse contexto que o indivíduo principia seus primeiros movimentos, rumo ao crescimento pessoal. Primitivamente a família era formada por um homem e uma mulher e sua prole, contudo, a instituição familiar transformou-se significativamente ao longo da história e o Estado entendeu sobre a necessidade de legislar sobre as relações afetivas de maneira que garantam os direitos e estabeleçam obrigações. Com essas modificações, novos formatos são instituídos e um deles é conhecido como uniões poliamorosas. Sobre esse tema, Freire<sup>8</sup> exprime:

A monogamia é o padrão mais aceito para as relações amorosas na cultura ocidental. Geralmente é considerada traidora e infiel a pessoa que, estando com um compromisso amoroso sério com alguém, mantém relações sexuais fora do relacionamento. No entanto, existem pessoas que concordam em não manter a exclusividade sexual e afetiva, e mantém relações sexuais com outra pessoa, com o pleno consentimento de seu (sua) parceiro (a). O poliamor, enquanto um tipo de relacionamento, permite que situação semelhante a essa ocorra.

Nesse sentido, Lobo<sup>9</sup> destaca que em uma situação de pluralismo família, há onze formações possíveis, são elas:

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);

<sup>5</sup> RAMALHO NETO, Deodato Jose. A possibilidade do poliamorismo enquanto direito personalíssimo e a ausência de regulamentação no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 90 - 105, Jul/dez. 2015.

<sup>6</sup>CARDOSO.

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.34.

<sup>8</sup> FREIRE, Sandra Elisa de Assis. *Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos*. Tese. Universidade Federal da Paraíba, 2013, p. 27.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.78.



- f) pai ou mãe e filhos biológicos ou adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie. Como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para se casar de um ou ambos os companheiros, com ou sem filhos;
- k) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação adotiva ou regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.

Em se tratando da forma de relacionamento, já é possível identificar novos arranjos familiares não citados por Lobo<sup>10</sup>. Dentre eles o poliamor, não mencionado na descrição do autor, mas já constituído como unidade familiar. Além disso, apenas três dos onze formatos relatados pelo doutrinador estão descritos no art. 226 do texto da Constituição Federal de 1988, os demais são instituições familiares confessadas tomando como base a inclusão ou mesmo a interpretação dos juristas que as reconhece como modelos de família. O autor destaca com veemência que a organização familiar tem como base primeira a afetividade e a estabilidade como princípio.

Em contrapartida, Easton e Hardy<sup>11</sup> declaram que “o casamento moderno já não é, há muito tempo, essencial para a sobrevivência do indivíduo”. Os enlaces se formam, muitas vezes, por potros objetivos, tais como a segurança, a conexão emocional ou mesmo o sexo. Além disso, a vivência muito se transformou, de maneira que muitos indivíduos abandonam facilmente os relacionamentos em que não se encontram satisfeitos ou plenamente realizados.

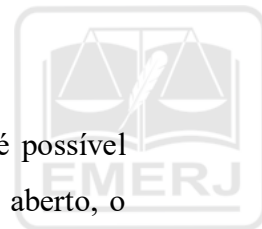
Isso tudo é prova que a felicidade plena é importante, bem como a satisfação sexual e afetiva. São sentimentos que podem se fazer presentes em diversos formatos de relacionamentos ou mesmo de casamentos. Se, anteriormente, a família era tida como “célula germinal da civilização”, conforme Freud<sup>12</sup>, na contemporaneidade esse planejamento se desconstrói, inclusive quando considera a autoridade paternalista, e instituem uma nova ordem, que configuram com muito mais clareza o sujeito contemporâneo.

Além do que, ao se atentar pelo caráter plural das relações poliafetivas, tornou-se infactível empenhar-se em padronizar esses relacionamentos, uma vez que existem diversos

<sup>10</sup> LÔBO, op. cit., p. 32.

<sup>11</sup> EASTON, D; HARDY, J.W. *The ethical slut: a practical guide to polyamori, open relationship and other adventures*. 2. ed. Celestial Arts, Berkeley, CA. 2009, p. 14.

<sup>12</sup>FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização* (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. 21). Tradução de José Otávio Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 106.



tipos de poliamor. Contudo, de maneira global e sem estremar as manifestações, é possível detectar quatro formatos relacionais, nomeados por polifidelidade, o poliamorismo aberto, o poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados e o poliamorismo individual, ressalta Santiago<sup>13</sup>.

Dentre eles o mais comum é o da polifidelidade, conhecido também como o casamento que ocorre em um grupo fechado. Isso se dá pela aparência com o matrimônio que possui mais de dois cônjuges, dos quais as relações afetivas, dentre elas as íntimas e/ou sexuais são mantidas somente entre os participantes do grupo, conforme destaca Santiago<sup>14</sup>.

Em geral, os integrantes – homens e mulheres de quaisquer orientações sexuais – da relação moram juntos na mesma casa e convivem uns com os outros, como fazem os cônjuges em um casamento. Além disso, na polifidelidade propriamente dita seus praticantes costumam não manter relações sexuais com pessoas de fora do grupo.

Depois do mais comum, o chamado poliamorismo aberto outorga a relação em que seus componentes podem se relacionar com pessoas não participantes do relacionamento inicial, de maneira que há a possibilidade que os seus parceiros se envolvam amorosamente, como também por meio de relações íntimas e/ou sexuais com sujeitos que não estiveram juntos na constituição originária da relação. Importante ressaltar que, os parceiros, na totalidade podem sustentar diversos tipos de relações, com grau de intensidade desejado, inclusive com parceiros diversos e de relações diversas, conforme destaca Santiago<sup>15</sup>.

## 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS NAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS

O direito civil no tocante a igualdade tem o respaldo do ativismo jurídico como elemento de grande importância especialmente nos movimentos sociais. Tudo isso para que alcance a aceitação social. Essas movimentações são pautadas nas mutações sociais e por essa razão, lançam inúmeras campanhas pra alterações pertinentes às lutas contra a discriminação, a cor e ao homossexualismo. Nesse ínterim os relacionamentos consensualmente não-

---

<sup>13</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. *O mito da monogamia à luz do Direito Civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor*. 2014. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2014, p. 133.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 133

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 134.



monogâmicos, permanecem sem amparo normativo para com os seus partícipes, conforme assevera Santiago<sup>16</sup>.

Nesse sentido, Tizzo e Bertolini<sup>17</sup> ainda enfatizam:

Na luta por reconhecimento às Uniões ora discutidas, certamente a regulamentação legal seria o caminho que conferiria maior segurança a esta realidade. Como a exemplo do que se observou com as famílias monoparentais (previstas no art. 226, §4º da Constituição Federal). Todavia, é necessário reconhecer e valorizar o atual estágio do ativismo judicial, decorrente da morosidade legislativa, que leva a interpretações como a recentemente assistida no que diz respeito às Uniões Homoafetivas.

Desse modo, as relações jurídicas familiares inseridas na chamada pós-modernidade ampliam as dimensões da família no que se refere a valores e práticas subjetivas que assumem características plurais. Desse modo, a entidade denominada família na contemporaneidade, enquanto vinculação jurídica, deve ser percebida como relativa e discursiva, uma vez que há ampliação sumária do direito no tocante os novos fatos sociais, que equipara homens e mulheres, assim afirmam Farias e Rosenvald<sup>18</sup>.

Santiago<sup>19</sup> ainda ressalta sobre a influência acentuada quanto às características sociais que circundam as entidades familiares. São novos valores e fatos que surgem com o formato das relações modernas, fazendo com que o Estado e o Direito perfaçam definitivamente a proteção normativa para com esses casos. Observando sobre essas inovações que constroem novos formatos e entidades familiares, especialmente as poliamorosas, é dever do Estado a efetivação protetiva aos partícipes, tomando como base os preceitos constitucionais consagrados.

Por esses princípios é possível mencionar os princípios basilares da Constituição da República afogados direta ou indiretamente, passo que o direito nega a existência de relacionamentos paralelos grifados e inerentes às características de núcleo familiar, como a conservação desses relacionamentos, os laços sentimentais e íntimos de carinho e afeto e o expreso compartilhamento de suas histórias. Contudo, é bem verdade que a simultaneidade nas relações familiares ainda não se encontra apaziguada, tanto pela doutrina quanto pela

---

<sup>16</sup> SANTIAGO, p. 136.

<sup>17</sup> TIZZO, L. G. L.; BERTOLINI, P. C. G. *Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça*. XXII CONPEDI - Relações Privadas e Democracia. ISBN: 978-85-7840-149-8, v. 1, p. 219-248, 2013, p. 234.

<sup>18</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.44.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 136.



jurisprudência brasileira, sendo palco de constantes debates e aberturas de possibilidades frente ao ordenamento jurídico do Brasil, consoante Laragnoit<sup>20</sup>.

Gagliano e Pamplona<sup>21</sup> ressaltam que o avanço histórico do direito pátrio, já colheu resultados significativos quanto a aceitação jurídica de famílias que de nenhuma forma seriam amparadas pelo ordenamento há algumas décadas. Nesse mesmo sentido, vale ressaltar que os relacionamentos estáveis considerados constitucionais pelo julgamento da ADPF 132, já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. E ainda que se pense em uniões simultâneas incompatíveis com o ordenamento jurídico, em vigor no território brasileiro, não há como negar os existentes no plano fático, conforme destacam Gagliano e Pamplona<sup>22</sup>:

E, retornando à indagação feita, é forçoso convir que existe um número incalculável de pessoas, no Brasil e no mundo, que participam de relações paralelas de afeto. [...] Aliás, a matemática da infidelidade no Brasil não mente: ‘As mulheres avançam, é verdade. Mas homens ainda reinam absolutos. A traição é em dobro: para cada mulher que trai, há dois homens sendo infiéis.

O argumento é reforçado por Dias<sup>23</sup> quando a autora afirma:

As expressões para identificar concomitância de entidades familiares são muitas, todas pejorativas. O concubinato, chamado de adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má fé e até de concubinação, é alvo de repúdio social, legal e judicial. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala.

A base se sustenta quando se define a família paralela como a que se opõe ao estabelecimento da monogamia, a qual uma das partes pertence paralelamente a primeira família como cônjuge de outra. E nesse contexto, percebe-se que a decadência da família como instituição, traz o argumento contraposto ao reconhecimento dos relacionamentos poliafetivos, no qual a monogamia seria considerada como um princípio do direito estatal das famílias. Essa apreciação, além de desconsiderar o Direito das Famílias, estabelece a exclusão de inúmeros direitos a determinados grupos, declarado por Dias<sup>24</sup>.

Outro obstáculo concernente aos relacionamentos poliafetivos residem aos direitos sucessórios decorrentes das tais constituições familiares. Defende-se que esse tipo de relacionamento não pode ser válido uma vez que ofereceria dificuldades no tocante ao a divisão

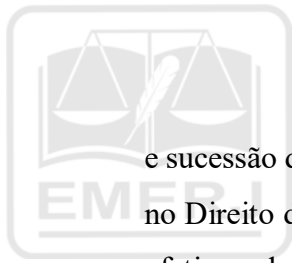
<sup>20</sup> LARAGNOIT, Camila Ferraz. *Famílias Paralelas e Concubinato*. Disponível em : <<https://camilalaragnoit.jusbrasil.com.br/artigos/189643518/familias-paralelas-e-concubinato>>. Acesso em: 7 jun. 2021, p. 71.

<sup>21</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 228.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 357.

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.280.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 284.



e sucessão de bens e tudo isso seria plausível para o seu não reconhecimento. Essa visão esbarra no Direito das Famílias modernas, quando enaltece as relações patrimoniais em detrimento das afetivas, de acordo com Madaleno<sup>25</sup>.

### 3. AS RELAÇÕES POLIAFETIVAS CONCEBIDAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

Necessário se faz caracterizar o que convencionou-se chamar de uniões poliafetivas, assim como demarcar os tipos de poliamor, que se classificam como polifidelidade e poliamorismo.aberto, aquele que se consagra como pertencentes a uma rede de relacionamentos íntimos com hierarquia definida, bem como o poliamorismo individual, todos dotados e esclarecidos como constituintes das organizações familiares, que deveriam, por isso, ser reconhecidas pelo Estado e pelo Direito, em virtude da sua complexidade e influxos sociais, declara, Sá<sup>26</sup>.

Como contraponto, Santiago<sup>27</sup> assevera que deve haver alguns elementos mínimos, cerceado por princípios, regras e valores para que se possa definir as relações como entidade familiar. Ou seja, a base precisa ser pautada em fundamentos solidários e recíprocos, tais como o afeto, inicialmente, pelo respeito à dignidade e a cooperação. Deve haver um ambiente salutar que privilegiem seus membros, que se completem, além de promover um clima de estabilidade e promoção da pessoa humana, amparando seus desejos e concretizando desejos mínimos espirituais e de felicidade plena.

Desse modo, a função social de todo e qualquer relacionamento, inclusive o que se enquadra como poliamoroso, é o do amparo da dignidade de seus partícipes. Isso se faz por meio do desenvolvimento saudável das potencialidades de cada um, pelo afeto, pelo cuidado diário e o dever de proteção. Assim, uma entidade para ser considerada como familiar, ser organizadamente construída e tenham objetivos conjuntos, inclusive a felicidade, é necessário que ambos sejam partidários e estejam de acordo com os chamados combinados da relação, conforme destaca Domith<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.124.

<sup>26</sup> SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. As Novas Famílias: Relações Poliafetivas. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 137-156, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc). Acesso em: 19 de junho de 2021, p.46.

<sup>27</sup> SANTIAGO, op. cit., p.173.

<sup>28</sup> DOMITH, Laura Carone Rachid. *Lutemos, mas só pelo direito ao nosso estranho amor: da legitimidade da família poliafetiva*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=119>. Acesso em: 09 jun. 2021.



Assim, quando essas composições relacionais se fazem presente entre os membros do relacionamento, pode-se qualificá-la como familiar, pois cumpre os preceitos mínimos para que seja reconhecido desse modo, conforme destaca Santiago<sup>29</sup>:

[...] A visão de poliamorismo que dá origem a uma família se refere aos relacionamentos fundados no amor romântico sentido por mais de uma pessoa e exercido de maneira honesta e ética, com o pleno conhecimento e consentimento de todos os envolvidos. Para que seja possível argumentar pela sua capacidade de formar uma família, frise-se, é necessária a caracterização do afeto entre os indivíduos da relação e a compatibilidade das circunstâncias do caso concreto com o regime jurídico-familiar.

Por esse ângulo, a polifidelidade, que é a chamada relação em que três ou mais pessoas vivem um relacionamento íntimo, sem, contudo, sem se relacionar como mais ninguém fora do grupo, garante, pelos padrões constitucionais que se trata aí de uma entidade familiar não sendo, portanto, fundamental que se cumpra mais nenhum preceito específico. Desse modo, o grupo em epígrafe em nada se difere, no que diz respeito ao tema família, do tradicional, já tratado neste artigo, que não seja apenas o número de integrantes. Resulta, então, que o encaminhamento jurídico endereçado à polifidelidade deve seguir os mesmos parâmetros advindos do casamento, da união estável, monoparentais ou qualquer outra entidade familiar que seja reconhecida pelo Direito, evidencia Santiago<sup>30</sup>.

## CONCLUSÃO

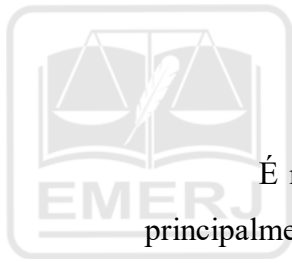
Diante dos estudos efetuados na presente pesquisa, compreende-se que novas constituições amoras estão se tornando evidentes na sociedade contemporânea e que o poliamorismo ganha destaque nesse cenário. Há, sem dúvida, um olhar mais diligente a essa população e uma necessidade latente de compreensão desses indivíduos para que se possa auxiliá-los diante das dificuldades enfrentadas.

Os conteúdos aqui estudados revelaram o perfil dos adeptos, suas eventuais escolhas e os entraves enfrentados, assim como o enfrentamento da sociedade perante as inúmeras alterações afetivas e sexuais experimentadas por este determinado grupo.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 174

<sup>30</sup> SANTIAGO, Rafael da Silva. *O mito da monogamia à luz do Direito Civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor*. 2014. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2014, p. 174.



É notável que há preconceito no que diz respeito às novas configurações amorosas, principalmente quando estas já se encontram na fase de constituição familiar. Isso se dá, especialmente quando essas composições relacionais se fazem presente entre os membros do relacionamento e já pode-se qualificá-los como familiar, pois cumprem os preceitos mínimos para que sejam reconhecidos desse modo.

Segundo a Agência Câmara de Notícias, o Superior Tribunal de justiça, na pessoa de seu ministro João Otávio de Noronha, criticando as inovações contemporâneas do conceito de Família, citou princípios constitucionais e legais de sua proteção e de fidelidade recíproca dos cônjuges para defender restrições ao reconhecimento da união poliafetiva no Direito brasileiro ao debater sobre o tema em audiência virtual da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara para debater o projeto de lei n.º 4302 de 2016, que proíbe os cartórios de registrarem a união estável de mais de dois conviventes.

Defensores da proposta alegam que o chamado poliamor estimula a poligamia e seria um atentado contra a família tradicional brasileira. Já os contrários temem o impacto da medida para o reconhecimento de direitos previdenciários e de sucessão, entre outros. Ao opinar favoravelmente à proposta, João Otávio de Noronha afirmou que o texto não prejudica ninguém porque a atual legislação já não reconhece a união poliafetiva.

Segundo o ministro, a autonomia privada é rasgar a Constituição, que tem um capítulo de proteção à família. Desvendar relacionamentos que historicamente foram censurados pela cultura de um povo não me parece correto. A iniciativa do Congresso Nacional é de dizer com clareza: saibam que vão viver o poliamor, mas não terão a proteção do Estado.

Acrescentou que o Brasil é um Estado laico, mas a maioria dos destinatários das leis é cristã e defende a monogamia. Também disseram que, em países asiáticos e africanos que adotam a poligamia, as mulheres são as mais vulneráveis e subjugadas na relação.

O autor do projeto de lei, deputado Vinicius Carvalho (Republicanos-SP), disse que a intenção é exatamente acabar com as lacunas legais que têm permitido esse tipo de registro cartorial. Entendem o direito daqueles que querem conviver entre duas e mais pessoas no mesmo lar, mas alertando que essa decisão não tem a proteção do ordenamento jurídico pelo costume.

No Rio de Janeiro, no bairro da Barra da Tijuca, já foi oficializado o poliamor entre três mulheres no 15º Ofício de Notas, na forma de União Estável bem como a justiça brasileira, em 2012, um homem e duas mulheres formalizaram a união em um cartório de Tupã, no interior de São Paulo.



O direito é garantido pela mesma decisão que deu aos homossexuais o direito de oficializarem suas relações em prestígio ao princípio da dignidade humana e a ideia de que o conceito de família não se molda apenas ao tradicional casal heterossexual.

A autoaceitação inclui-se como um desafio a ser vencido, pois o sujeito que vivencia experiências poliamoristas esbarra na dificuldade que há em uma pessoa que se torna capaz de relacionar-se amorosamente como vários ao mesmo tempo. Contudo, o tema a ser valorizado passa a ser a afetividade. Afetividade esta que passa a ser essencial na constituição das famílias.

São experiências que requerem novos estudos e debates. Necessário se faz desconstruir a concepção engessada de família que, foi internalizado em épocas bem remotas cuja realidade sociojurídica perscrutava, muitas vezes, os direitos pertencentes às condições mínimas concernentes à Dignidade da Pessoa Humana. Nesse contexto, há de se compreender a entidade familiar como um núcleo base da sociedade e deve ter como principal alicerce o amor e a afetividade que inclui indivíduos, especialmente os que são considerados historicamente como marginalizados.

Assim, reconhecer o poliamor como uma entidade de Direito de Família, pouparia inúmeros preconceitos e injustiças cometidas com aqueles que decidiram adequar sua vida e seus relacionamentos múltiplos, mas, que de certa forma vivem estigmatizados pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

CARDOSO, Daniel dos Santos. *Amando vári@s- Individualização, redes, ética e poliamor-* Dissertação (Mestrado em Ciências de Comunicação). Universidade Nova de Lisboa. Setembro, 2010. Disponível em: <<https://run.unl.pt/bitstream/10362/5704/1/Tese%20Mestrado%20Daniel%20Cardoso%2016422.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DOMITH, Laira Carone Rachid. *Lutemos: mas só pelo direito ao nosso estranho amor: da legitimidade da família poliafetiva*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=119>. Acesso em: 9 jun. 2021.

FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização* (Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, V. 21). Tradução de José Otávio Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

EASTON, D; HARDY, J.W. *The ethical slut: a practical guide to polyamori, open relationship and other adventures*. 2. ed. Celestial Arts: Berkeley, CA, 2009.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. *Poliamor, uma forma não exclusiva de amar: correlatos valorativos e afetivos*. Tese. Universidade Federal da Paraíba, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIROKANA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: a Família, seu Status e seu Enquadramento na Pós-modernidade. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim Araújo (Coord). *Direito de Família contemporâneo e os novos direitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LARAGNOIT, Camila Ferraz. *Famílias Paralelas e Concubinato*. Disponível em <<https://camilalaragnoit.jusbrasil.com.br/artigos/189643518/familias-paralelas-e-concubinato>>. Acesso em: 7 jun. 2021.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PILÃO, Antonio. Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista. *Cadernos Pagu*, Campinas, SP, n. 44, jun. 2015. ISSN 1809-4449. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8637379>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

RAMALHO NETO, Deodato Jose. A possibilidade do poliamorismo enquanto direito personalíssimo e a ausência de regulamentação no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 90 – 105, Jul/dez.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. As Novas Famílias: Relações Poliafetivas. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 137-156, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc). Acesso em: 19 de junho de 2021.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *O mito da monogamia à luz do Direito Civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor*. 2014. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2014.

TIZZO, L. G. L.; BERTOLINI, P. C. G. *Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à luz da publicização do privado e do acesso à justiça*. XXII CONPEDI - Relações Privadas e Democracia. ISBN: 978-85-7840-149-8, v. 1, p. 219-248, 2013.

ZANON, S. R. B. Poliamor: o não-todo e a inconsistência da lei. *Revista Científica Ciência em Curso* – Palhoça, SC, v. 3, n. 2, p.167-180, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://linguagem.unisul.br/p%C3%A1ginas/ensino/p%C3%B3s/linguagem/ci%C3%ancia-em-curso/0302/030209.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2021.

AS RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO-EXPLORAÇÃO DE GÊNERO NO ÂMBITO DA  
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA  
(COVID-19) E ISOLAMENTO SOCIAL

Ingrid Dias Carneiro Leal Bastos

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida.  
Advogada.

**Resumo** – Este artigo, pautado em uma perspectiva feminista, busca analisar e debater as situações de poder, gênero e dominação masculina em detrimento da feminina, no contexto familiar e na esfera privada, potencializado pelo atual contexto de isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19, que obrigou a convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor. Com os instrumentos oferecidos pelas principais e recentes pesquisas sobre o tema, seguida de uma reflexão teórica, através de levantamento bibliográfico e utilizando uma perspectiva de gênero aliada ao viés contemporâneo de dominação masculina e sua perpetuação ao longo dos tempos, demonstram como o controle social, a opressão e a objetificação de mulheres as subordina aos homens donos do direito e informam a urgente necessidade de lidar com a situação por meio de uma transformação estrutural e de valores, com base em uma releitura de direitos humanos.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Violência Doméstica. Exploração de gênero. Covid-19.

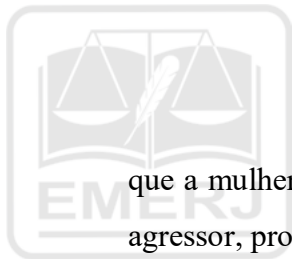
**Sumário** – Introdução. 1. A Lei nº 14.022/20 como medida de enfrentamento (in)eficaz à violência doméstica e familiar contra a mulher durante a emergência de saúde pública decorrente da Covid-19. 2. A pandemia dentro da pandemia: o problema da subnotificação e a verdade sobre o número de casos de violência doméstica contra a mulher durante o período de isolamento social. 3. A relação de dominação e desigualdade de gênero potencializada no contexto de violência doméstica em tempos de pandemia. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Para enfrentar a crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19 diversos países vêm adotando medidas de isolamento com o intuito de desacelerar a disseminação do vírus e preservar a vida de seus cidadãos, trazendo consequências não apenas de ordem epidemiológica e econômica, mas, também social.

No contexto de confinamento imposto pela atual situação sanitária observa-se um efeito adverso, qual seja, a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, afinal, muitas mulheres ficam sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, resultando em um aumento dos índices de violência.

Assim, mister analisar e debater as situações de poder, gênero e dominação masculina em detrimento da feminina, no contexto familiar e na esfera privada, potencializado pelo atual contexto de isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19, que obrigou a convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor, principalmente nas situações em



que a mulher está mais envolvida emocionalmente e/ou é financeiramente dependente do seu agressor, produzindo, assim, a inferiorização da condição feminina e desaguando em situações de violência extremada no contexto familiar, que, por vezes, ceifa a vida de muitas mulheres.

Por todo o exposto, pergunta-se: até que ponto a Lei nº 14.022/20, editada tendo em vista o momento atual de pandemia, é suficiente e verdadeira aliada no combate à violência doméstica? É possível sustentar como impacto do isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19 o aumento do número de casos de violência doméstica contra a mulher ou se trata de mera coincidência? Quais suas relações? Pode-se dizer que o isolamento social potencializou e tornou mais visível as relações de dominação e exploração de gênero entre homens e mulheres no contexto familiar e nos espaços privados de convívio?

O tema é deveras contemporâneo e grave, eis os números publicados pelo Fórum Nacional de Segurança Pública acerca de casos de violência doméstica contra a mulher no contexto de isolamento social.

Objetiva-se, portanto, discutir e relacionar o problema da subnotificação e a verdade sobre o número de casos de violência doméstica com o hodierno contexto de crise sanitária propiciado pela Covid-19. Além disso, verificar como a violência doméstica contra a mulher é encarada no contexto de dominação-exploração de gênero potencializada pelo isolamento social, tendo em vista a necessidade de convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor e a cultura de inferiorização feminina num geral, mas principalmente nos espaços privados.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando o contexto de violência doméstica contra a mulher durante a crise sanitária por Covid-19 sob a ótica da proteção jurídica dada pela Lei nº 14.022/20, editada com o fim específico de propor medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher nesse cenário.

Segue-se relacionando e verificando a tendência de subnotificação dos casos de violência doméstica contra a mulher e o verdadeiro impacto do atual contexto de crise sanitária propiciado pela Covid-19.

Já o terceiro capítulo debate como as relações de exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina podem estar atreladas e potencializadas nos espaços privados em que são observadas situações de violência contra a mulher, principalmente no contexto de isolamento social propiciado pela atual crise sanitária, que desembocou na necessidade de convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa e se desenvolve a partir do levantamento das principais pesquisas sobre o tema, especialmente as pesquisas realizadas



no Brasil, seguida de uma reflexão teórica, através de levantamento bibliográfico- analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa-, de modo a estabelecer as relações de poder, gênero e dominação masculina e ocorrências de violência doméstica contra a mulher na situação de isolamento social estabelecida com a intercorrência da Covid-19 no Brasil.

## 1. A LEI Nº 14.022/20 COMO MEDIDA (IN)EFICAZ DE ENFRENTAMTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DURANTE A EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19

No dia 7 de julho de 2020 foi sancionada a Lei nº 14.022, alterando a Lei nº 13.979/20, até então vigente. A nova Lei dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, crianças, adolescentes, pessoas idosas e com deficiência durante a emergência de saúde pública decorrente da Covid-19<sup>1</sup>.

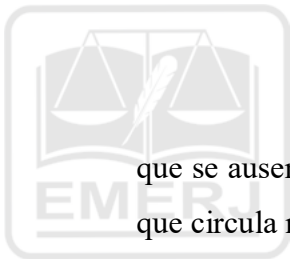
Nesse peculiar cenário global, a referida Lei trouxe alguns instrumentos para a defesa das mulheres, estabelecendo que os serviços de atendimento a essas pessoas devem ser considerados essenciais, cujo funcionamento deverá ser resguardado, ou seja, que os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas devam continuar normalmente, inclusive com a possibilidade de serem realizados registros de ocorrências por meio eletrônico ou telefônico.

Além disso, a nova Lei estabeleceu que o Poder Público deverá adotar medidas para garantir o atendimento presencial, podendo haver adaptações dos procedimentos estabelecidos pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) às circunstâncias emergenciais do período de pandemia, a realização prioritária do exame de corpo de delito, a concessão de medidas protetivas de urgência de forma eletrônica, a prorrogação automática dessas medidas durante o período do estado de emergência, campanhas informativas sobre prevenção à violência contra mulheres, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, mecanismos de denúncia durante a crise sanitária, dentre outros.

Ressalta-se que o registro de ocorrência policial realizado presencialmente e diretamente nas delegacias não é medida razoável no cenário atual de pandemia, vez que pune duplamente a mulher vítima de violência doméstica e familiar: além do medo do agressor, tendo

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 14.022*, de 7 de julho de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,coronav%C3%A1rus%20respon%C3%A1vel%20pelo%20surto%20de](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,coronav%C3%A1rus%20respon%C3%A1vel%20pelo%20surto%20de). Acesso em: 03 abr. 2021.



que se ausentar de seu domicílio para acionar a proteção estatal, ficará exposta ao novo vírus que circula no mundo<sup>2</sup>.

Sendo assim, parece que o problema foi resolvido pela Lei nº 14.022/20 quando prevê a possibilidade de as vítimas registrarem ocorrências relativas à violência doméstica e familiar por meio eletrônico ou telefônico, poupando a mulher de ter que comparecer à Delegacia de Polícia, ambiente hostil, sexista e composto por sua maioria de homens e, que, na maior parte vezes, por si só, implica em revitimização, evitando, outrossim, que a pessoa vulnerável fique exposta ao novo vírus e tenha a oportunidade de narrar o acontecido em primeira pessoa dando mais autenticidade ao relato.

Contudo, será que a Lei nº 14.022/20, editada tendo em vista o momento atual de pandemia, é suficiente e verdadeira aliada no combate à violência doméstica?

Os primeiros dias de surto pela pandemia de Covid-19 tiveram início em março de 2020 no Brasil, quando as autoridades decidiram adotar necessárias medidas, dentre elas, o isolamento social, com o intuito de desacelerar a disseminação do vírus e preservar a vida de seus cidadãos.

Todavia, a Lei nº 14.022/20 só foi sancionada em julho de 2020, mais de 100 dias após o início do surto decorrente da Covid-19 ter se estabelecido no Brasil<sup>3</sup>. Isto é, entre o período de março a julho de 2020, as pessoas vulneráveis as quais a lei visa proteger ficaram invisíveis diante do Poder Público, sem acesso efetivo a direitos e garantias constitucionais básicos, vez que houve um atraso em relação à adaptação dos órgãos oficiais de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar às peculiaridades propiciadas pela nova realidade de isolamento social, perpetuando mais violações a direitos.

Além disso, parece que o legislador ignorou as questões de classe, raça, etnicidade, sexualidade e territorialidade que abarcam um país desigual como o Brasil, afinal, são as mulheres mais carentes, que não possuem acesso à internet ou telefone, que residem em regiões mais afastadas e que convivem com um grande número de pessoas em pequenos cômodos que mais sofrem com o hodierno cenário de confinamento<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil- Bahia. *Coronavírus: aumento da violência doméstica contra a mulher preocupa CFOAB*. Bahia, 2020. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/noticia/coronavirus-aumento-da-violencia-domestica-contra-mulher-preocupa-cfoab>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>3</sup> ALBINO, Carina. *O enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres na pandemia de Covid-19: uma reflexão crítica sobre a necessidade de implementação da DEAM digital na Bahia*. Disponível em: <<https://www.abracrim.adv.br/artigos/o-enfrentamento-da-violencia-contra-as-mulheres-na-pandemia-da-covid-19-uma-reflexao-critica-sobre-a-necessidade-de-implementacao-da-deam-digital-na-bahia>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>4</sup> COSTA, Patrícia. *Violências contra a mulher em tempos de COVID-19*. Portal Universidade Federal de Sergipe, 2020. Disponível em: <<http://www.ufs.br/conteudo/65089-violencias-contra-mulheres-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

Uma das características mais típicas da violência doméstica e familiar é o isolamento social imposto pelo próprio agressor, que detém— quando detém— os meios de comunicação e impede a mulher de acessar sua rede de confiança composta por amigos e familiares, situação tal agravada pelo isolamento propiciado pela pandemia, como também a rede de apoio formal, vivendo um verdadeiro cárcere privado perpetrado através de uma violência silenciosa, que exige silêncio absoluto.

É nesse contexto que se pode observar de maneira amplificada casos de subnotificação de violência familiar e doméstica contra a mulher. Em função da falta de atenção às mulheres que vivem em regiões mais afastadas e/ou sem acesso à internet e telefone, muitas vítimas não conseguem acessar sua rede de proteção e não registram a ocorrência da agressão junto às autoridades competentes<sup>5</sup>.

Em virtude das subnotificações, os números oficiais acabam não refletindo a realidade dos fatos. Ou seja, episódios de violência não entram nas estatísticas oficiais, ainda mais na esfera privada dos casais, ensejando uma diminuição expressiva nos registros de ocorrência de crimes cometidos contra as mulheres.

Não obstante a Lei nº 14.022/20 tenha trazido medidas de enfrentamento ao combate da violência doméstica e familiar contra a mulher e outros vulneráveis durante o contexto atual de pandemia, ainda restam questionamentos pertinentes acerca de sua eficácia e aplicabilidade dadas as peculiaridades enfrentadas pela mulher brasileira, seja pela baixa escolaridade, seja pela ausência de acesso aos meios remotos de denúncia, seja pela violência silenciosa vivida dentro de seu próprio lar, isolada socialmente e tendo que conviver longas horas do dia com seu agressor.

É preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplista, que, além de não prevenir a ocorrência das condutas tipificadas como crimes contra a mulher pelo ordenamento jurídico, não soluciona conflitos, muito pelo contrário, o produz, junto com a injustiça decorrente da seletividade.

Faz-se necessário investir de maneira tenaz e ter um orçamento específico que, de fato, priorize a real mulher vítima de violência doméstica, eis que o legislador não reconhece que nem todos os indivíduos possuem a mesma origem e oportunidades, mas possuem a mesma dignidade.

A efetivação de direitos fundamentais, como o direito à igualdade, há de ser promovida através de intervenções estatais positivas por meio de políticas públicas que criem condições

---

<sup>5</sup> ALBINO, op. cit.



materiais – econômicas, sociais e políticas – para sua efetiva realização, tendo como parâmetro a realidade social no qual está inserido, sob pena de incorrer em uma lei sem efeitos reais, que não encosta nas origens, nas estruturas e nos problemas sociais.

## 2. A PANDEMIA DENTRO DA PANDEMIA: O PROBLEMA DA SUBNOTIFICAÇÃO E A VERDADE SOBRE O NÚMERO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER DURANTE O PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL

O isolamento social promovido pela pandemia de Covid-19 revelou ainda mais as vulnerabilidades sociais que existem pelo mundo, notadamente com relação às mulheres, sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, muitas vezes em habitações precárias, com os filhos e vendo sua renda diminuída, resultando em um aumento dos índices de violência.

Em 2020, como já era esperado, considerando a dificuldade de locomoção propiciada pela atual crise sanitária, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve uma queda nos registros de Boletins de Ocorrência em crimes como os de lesão corporal. Na comparação dos dados de março de 2020 e março de 2019, as denúncias oficiais caíram 49,1% no Pará, 29,1% no Ceará, 28,6% no Acre, 8,9% em São Paulo e 9,4% no Rio Grande do Sul<sup>6</sup>.

Além disso, a organização apurou uma redução nos registros de violência sexual na maioria dos estados. Ainda, entre o final de março de 2020 e os primeiros dias de abril do mesmo ano, caíram os números de Medidas Protetivas de Urgência concedidas. No Acre, por exemplo, a redução chegou a 67,7%<sup>7</sup>.

Todavia, constatou-se que houve crescimento nos casos de feminicídio. Percebeu-se também a mesma tendência de aumento nos registros do 190 – linha de denúncia da Polícia Militar que pode ser acionada por qualquer pessoa e em casos de necessidade imediata ou socorro rápido<sup>8</sup>.

O Fórum revelou, ademais, com base em um estudo digital para entender os impactos da quarentena na vida das mulheres em situação de violência, que os relatos de brigas de casal com indícios de agressão doméstica cresceram 431% na rede social Twitter<sup>9</sup>.

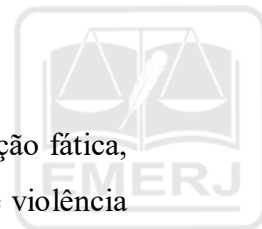
<sup>6</sup> BRASIL. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. Acesso em: 11 de agosto de 2021.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Ibidem.





Contudo, tais dados devem ser analisados conjuntamente com a atual situação fática, tendo em vista que apesar da aparente e animadora redução do número de casos de violência doméstica contra a mulher, os números não parecem refletir a realidade, mas uma verdadeira dificuldade em realizar o registro de ocorrência policial durante o período de isolamento social, isso sem contar as dificuldades socioeconômicas e raciais já existentes em um contexto comum (sem pandemia).

Saffioti<sup>10</sup> trata a violência doméstica como: “(...) uma ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral”.

Nessa perspectiva, revelam-se prováveis casos de subnotificação de violência doméstica contra a mulher, afinal, no primeiro semestre de 2020, sob o contexto de confinamento imposto pela atual situação sanitária, as vítimas ficaram sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, sendo a elevada presença do seu agressor no ambiente doméstico fator que diminui radicalmente as possibilidades de notificação dos casos de violência.

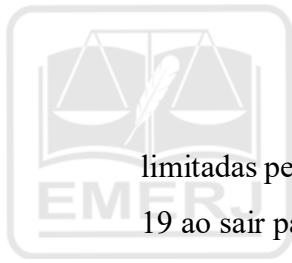
Isso, porque a maioria dos crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher dependem da presença da vítima na Delegacia de Polícia para a instauração do inquérito policial. Mas há uma exceção, qual seja, o crime de feminicídio, o único que o Fórum de Segurança Pública registrou aumento no Brasil, indicando que a violência doméstica e familiar está em ascensão. Em São Paulo o aumento dos feminicídios chegou a 46% na comparação de março de 2020 com março de 2019 e duplicou na primeira quinzena de abril. No Acre, o crescimento foi de 67% e no Rio Grande do Norte o número triplicou em março de 2020<sup>11</sup>.

Assim, o que se observa, na verdade, é a redução do registro dos crimes que necessitam a presença da vítima para a realização do registro de ocorrência, além do fato de que os aparelhos estatais apenas conseguem acessar mulheres em situação de vulnerabilidade quando a situação chega ao extremo. Isto é, os meios atuais de denúncia são insuficientes para protegê-las e prevenir abusos.

Conforme asseverado pela ONU mulheres, trata-se de uma consequência do fato de que as vítimas não podem sair de suas casas, local impregnado por violência de gênero e de matriz patriarcal para realizar ligações telefônicas ou utilizar computadores para registro online, uma vez que estão em contato constante com o agressor, e suas redes de apoio são mais

<sup>10</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, Patriarcado e Violência*. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 75-76.

<sup>11</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA op. cit.



limitadas pelas medidas da quarentena. Soma-se ao isolamento o medo de contágio pela Covid-19 ao sair para buscar ajuda fora do entorno familiar<sup>12</sup>.

Inclusive, ressalta-se o caso específico do crime de estupro, o qual ainda exige exame pericial, sendo o crime que mais registrou queda, eis a dificuldade e obstáculos de acesso que a legislação já impõe para o acesso efetivo das mulheres vulneráveis, bem como, a pandemia exacerbou. Além disso, a redução de Medidas Protetivas de Urgência concedidas às mulheres que sofrem com a violência de gênero também conta pontos para a provável alta subnotificação dos registros nos casos de violência doméstica.

Por sua vez, a ONU Mulheres criou estratégias e recomendações de enfrentamento à violência de gênero em 2020, de modo a prevenir e combater a violência contra mulheres e meninas diante do cenário de Covid-19<sup>13</sup>, contudo, o Brasil só seguiu uma delas, qual seja, a criação ou adaptação de aplicativos online para a realização de denúncias, ou seja, a expansão dos canais de denúncia eletrônica.

Assim, mais uma vez, percebe-se o descaso do Poder Público e a invisibilidade trazida pela violência, que se restringe, na maioria das vezes, a tratar os efeitos das violências vividas, sem considerar as peculiaridades enfrentadas pela mulher brasileira e que desembocam em silenciamento e banalização desse tipo de violência. E é justamente esse silenciamento e a invisibilização da violência contra a mulher que não têm passado despercebidos no atual contexto pandêmico.

Assim, para Márcio de Oliveira<sup>14</sup>:

Os dados relativos à violência contra as mulheres fazem pensar que são emergentes políticas públicas que defendam os Direitos Humanos em suas várias instâncias sociais: famílias, instituições públicas, espaços privados, entre outros. Esses números reveladores de uma flagelação feminina podem e devem mudar, porém isso poderá ser realizado apenas com uma força tarefa unindo poderes governamentais, sociedade civil organizada e todas as pessoas que fazem parte desse país.

Por fim, destaca-se a necessidade de quebrar a regra do silenciamento, baseada na cultura patriarcal, fornecendo, por meio de iniciativas públicas, privadas e comunitárias, formas protetivas mais eficazes e prevenção dos casos de violência doméstica, o rompimento do ciclo de violência e o fortalecimento da rede protetiva e de suporte.

---

<sup>12</sup> PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES DIANTE DA COVID-19 NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE. Brief, v.1.1. 23 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/05/BRIEF-PORTUGUES.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

<sup>13</sup> Ibidem, op. cit.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Márcio de; ROSE MAIO, Eliane. *Você tentou fechar as pernas? – A Cultura machista impregnada nas práticas sociais*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/25199/18018>>. Acesso em: 13 ago. 2021.



### 3. A RELAÇÃO DE DOMINAÇÃO E DESIGUALDADE DE GÊNERO POTENCIALIZADA NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Inegável que a opressão de gênero, enquanto fenômeno cultural, é produto da dominação masculina através das relações de poder patriarcais. Do mesmo modo, verifica-se que o próprio direito tem gênero e cor bem definidos – branco e masculino, apesar de se dizer neutro.

Do mesmo modo, Ana Lucia Sabadell<sup>15</sup> já observava no direito – como ele ainda é – a ausência de humanidade quando é condicionado em seu conteúdo, exclusivamente, por interesses masculinos e pelo modo de sentir masculino, além da sua interpretação e sua aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, utiliza o sexismo como poder de agir.

Portanto, é com base no poder patriarcal que, no núcleo familiar, sob a perspectiva do homem provedor das necessidades materiais da família e da ideologia de defesa e preservação da sagrada família, que é lhe dado um (suposto) direito de fazer o que bem entender e como bem entender com sua família, seja culturalmente ou fisicamente.

Saffioti<sup>16</sup> lembra que o poder tem duas faces: a da potência e da impotência, sendo que as mulheres estão familiarizadas com a última. Ao revés, os homens, ao perpetrar violência estão sob efeito da impotência.

Nessa perspectiva, Simone de Beauvoir<sup>17</sup> já aponta a existência de um círculo vicioso (de controle e medo) ao explicar que, se um grupo de indivíduos é inferiorizado – no presente caso, fala-se das mulheres - , eles de fato são inferiores – mas é no âmbito da palavra ser que se pode compreender a sua artimanha, na medida em que ser é tornar-se.

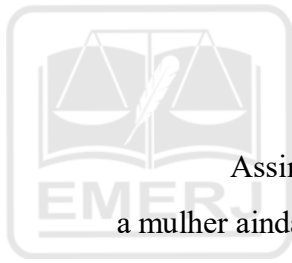
Entretanto, modernamente, apesar de a mulher estar inserida na vida pública, percebe-se como a dominação masculina perpetua ao longo dos tempos, através de relações de poder que nunca surpreendem, exercidas por mecanismos que permitem o controle social, a opressão e a objetificação de mulheres.

---

<sup>15</sup> SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 88-90.

<sup>16</sup> SAFFIOTI, op. cit., p. 106.

<sup>17</sup> BEAUVOIR, Simone. *Le deuxième sexe I*. Trebaseleghe, Itália: Gallimard, 2013, p. 27.



Assim, apesar dos avanços conquistados pela luta feminista, Beauvoir<sup>18</sup> pondera que a mulher ainda se encontra subordinada ao homem, na medida em que não existe por si mesma, mas é pelo homem que se define.

Contudo, Simone de Beauvoir<sup>19</sup> explica que “o triunfo do patriarcado não se deve ao acaso, mas trata-se de um andamento lógico da história da humanidade, já que os homens, por seu privilégio biológico, podiam afirmar-se enquanto sujeitos soberanos e reivindicam isto assim que as circunstâncias passam a permitir”.

Isto é, para ela<sup>20</sup>, a desigualdade de gênero não é dada, mas construída, seja pelo fato de que a mulher foi confinada e condenada à vida doméstica e de repetição, pelo casamento que lhe reduz à condição de acessório e propriedade do homem, a fidelidade eterna da mulher para com seu esposo, sob pena de ter ceifada sua vida, pela sua sexualidade vigiada ou pela vida limitada pela maternidade.

Por outro lado, para Sabadell<sup>21</sup> ainda há uma forte influência política do cristianismo na contemporaneidade, a opressão e a ideia de inferioridade feminina são reafirmadas por meio de argumentos religiosos, fazendo persistir um discurso tipicamente patriarcal e, portanto, que reproduz a discriminação da mulher.

Por sua vez, Heleieth Saffioti<sup>22</sup> percebe que poucas mulheres ainda questionam sua inferioridade social ao longo dos tempos, eis que são “amputadas” de qualquer desenvolvimento e uso da razão no exercício de poder. Afinal, as mulheres são socializadas para desenvolver comportamentos dóceis, cordiais e apaziguadores, enquanto os homens, por vezes, recebem até incentivo da sociedade para que exerçam sua “força-potência-dominação”.

Ademais, o objetivo do presente capítulo é debater a exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina e como elas podem estar atreladas e potencializadas nos espaços privados em que são observadas situações de violência contra a mulher, sobretudo no contexto de isolamento social propiciado pela atual crise sanitária. Portanto, cabe ressaltar o que Lenin<sup>23</sup> fala sobre trabalho doméstico. Para ele, trabalho doméstico seria o mais improdutivo e selvagem, degradante para a mulher porque a amarrava à casa, e que a verdadeira

<sup>18</sup> BEAUVOIR, Simone. *Le deuxième sexe II*. Trebaseleghe, Itália: Gallimard, 2013, p. 83-95.

<sup>19</sup> BEAUVOIR apud SANTOS, June Cirino dos. *Encarceradas: a mulher em face do poder punitivo do Estado*. Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37700/75.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 de set. 2021.

<sup>20</sup> BEAUVOIR apud SANTOS, op. cit.

<sup>21</sup> SABADELL apud SANTOS, op. cit.

<sup>22</sup> SAFFIOTI, op.cit., p. 114.

<sup>23</sup> LENIN apud SANTOS, op. cit., p. 19.

emancipação só seria possível com uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres e com a socialização do trabalho doméstico.

Porém, é preciso estar atento para o fato de que mesmo quando conquistam o mercado de trabalho, é no espaço doméstico que a mulher é mais surpreendida com a violência de seu parceiro, o que mostra, mais uma vez, sua vulnerabilidade e invisibilidade frente a sociedade.

Dessa forma, ressalta-se um dos efeitos adversos mais cruéis da pandemia, o que permitiu que muitas mulheres ficassem sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, eis o isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19, que obrigou a convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor.

Segundo Heleieth Saffioti<sup>24</sup>, uma das mais relevantes características da violência doméstica é a sua rotinização, uma ideologia de defesa da família que chega a impedir eventual denúncia e que contribui para a codependência, configurando uma verdadeira prisão.

Por sua vez, para Alexandra Kollontai<sup>25</sup>, a chave para a emancipação feminina dependia, em última instância, da abolição da família e não de mera redistribuição dos papéis de gênero.

Portanto, fruto dos questionamentos acerca da dominação masculina velada, estas garantidas pelo próprio direito, é que se verifica uma estrutura de poder, cuja distribuição é muito desigual, em detrimento das mulheres, ainda mais em um país tomado por uma visão liberal-conservadora que ainda formula estratégias autoritárias de controle social.

Como bem lembrado por Heleieth Saffioti<sup>26</sup>, a segurança das mulheres é considerada questão secundária e a forma mais adequada de lidar com a situação é por meio da implementação de políticas públicas e atitudes preventivas que reconheçam o ciclo da violência, sobretudo a doméstica, na forma de escalada.

Definitivamente, o que se propõe é de que essas relações de exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina sejam superadas por meio de uma transformação estrutural e de valores, bem como, como entende Saffioti<sup>27</sup>, com base em uma releitura de direitos humanos, de modo a contemplar as diferenças entre homens e mulheres, sem deixar de lado a aspiração à igualdade social e a luta para obtenção de sua completude.

---

<sup>24</sup> SAFFIOTI, op. cit., p. 78.

<sup>25</sup> KOLLONTAI apud SANTOS, op. cit., p. 19.

<sup>26</sup> SAFFIOTI, op. cit., p. 51.

<sup>27</sup> SAFFIOTI, op. cit., p. 136-148.



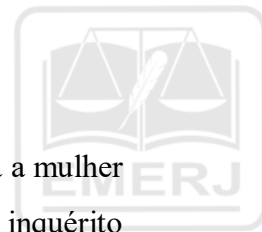
Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, as relações de dominação-exploração de gênero potencializadas no contexto de confinamento imposto pela atual crise sanitária de Covid-19, observando-se como efeito adverso a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em um primeiro momento, buscou-se relacionar a proteção jurídica dada pela Lei nº 14.022/20, editada com o fim específico de propor medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher no cenário de pandemia, com a real dificuldade enfrentada pelas mulheres em acessar os mecanismos de registro de ocorrência policial nesse contexto, mas tendo como parâmetro as mulheres que mais sofrem com o hodierno cenário de confinamento. Isto é, as mulheres mais carentes, que não possuem acesso à internet ou telefone, que residem em regiões mais afastadas e que convivem com um grande número de pessoas em pequenos cômodos.

Assim, verifica-se uma ausência de acesso efetivo à direitos e garantias constitucionais básicos, vez que há uma ineficiência do Poder Público em tratar o tema. Portanto, torna-se mister que o próprio Poder Público busque instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplista, que, além de não prevenir a ocorrência das condutas tipificadas como crimes contra a mulher pelo ordenamento jurídico, não soluciona conflitos, muito pelo contrário, o produz, junto com a injustiça decorrente da seletividade.

Além disso, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa foi possível chegar à conclusão, através da análise de dados proposta pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, conjuntamente com a atual situação fática, que, apesar da aparente e animadora redução do número de casos de violência doméstica contra a mulher, tais números não parecem refletir a realidade, mas uma verdadeira dificuldade em se realizar o registro de ocorrência policial durante o período de isolamento social, isso sem contar as dificuldades socioeconômicas e raciais já existentes em um contexto comum (sem pandemia).

Nessa perspectiva, revelam-se prováveis casos de subnotificação de violência doméstica contra a mulher, afinal, no primeiro semestre de 2020, sob o contexto de confinamento imposto pela atual situação sanitária, as vítimas ficaram sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, sendo a elevada presença do seu agressor no ambiente doméstico fator que diminui radicalmente as possibilidades de notificação dos casos de violência.



Isso porque, a maioria dos crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher dependem da presença da vítima na Delegacia de Polícia para a instauração do inquérito policial. Mas, há uma exceção, qual seja, o crime de feminicídio, o único que o Fórum de Segurança Pública registrou aumento no Brasil, indicando que a violência doméstica e familiar está em ascensão, mas que o aparelho estatal apenas consegue acessar mulheres em situação de vulnerabilidade quando a situação chega ao extremo. Isto é, os meios atuais de denúncia são insuficientes para protegê-las e prevenir abusos.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o próprio Direito é feito por e para homens brancos, apesar de se dizer neutro. Assim, faz perpetuar a opressão de gênero como produto da dominação masculina através das relações de poder patriarcais.

Dessa forma, o direito deixa de ser humano, eis que além da sua interpretação e sua aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, utiliza o sexismo como poder de agir, com base na perspectiva do homem provedor das necessidades materiais da família e da ideologia de defesa e preservação da sagrada família.

Portanto, modernamente, apesar de a mulher estar inserida na vida pública, percebe-se como a dominação masculina perpetua ao longo dos tempos em um andamento lógico da história da humanidade, através de relações de poder, exercidas por mecanismos que permitem o controle social, a opressão e a objetificação de mulheres, subordinando-a sempre ao homem.

Ademais, buscou-se trazer à tona no terceiro capítulo, a exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina e como ela pode estar atrelada e potencializada nos espaços privados em que são observadas situações de violência contra a mulher, sobretudo no contexto de isolamento social propiciado pela atual crise sanitária, eis que daí é possível verificar, com mais transparência ainda, como funciona a dominação masculina velada, estas garantidas pelo próprio direito.

Ficou evidente, por essas razões, que há uma estrutura de poder, cuja distribuição é muito desigual em detrimento das mulheres, ainda mais em um país tomado por uma visão liberal-conservadora que ainda formula estratégias autoritárias de controle social como o Brasil.

Definitivamente, o que se percebe é que a segurança das mulheres é considerada questão secundária e a forma mais adequada de lidar com a situação é por meio de uma transformação estrutural e de valores com base em uma releitura de direitos humanos, levando-se em consideração, sobretudo, as questões de classe, raça, etnicidade, sexualidade e territorialidade que abarcam nosso desigual país, além da implementação de políticas públicas e atitudes de fato preventivas.

## REFERÊNCIAS

ALBINO, Carina. *O enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres na pandemia de Covid-19: uma reflexão crítica sobre a necessidade de implementação da DEAM digital na Bahia*. Disponível em: <<https://www.abracrim.adv.br/artigos/o-enfrentamento-da-violencia-contra-as-mulheres-na-pandemia-da-covid-19-uma-reflexao-critica-sobre-a-necessidade-de-implementacao-da-deam-digital-na-bahia>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BEAUVOIR, Simone. *Le deuxième sexe I*. Trebaseleghe, Itália: Gallimard, 2013.

\_\_\_\_\_, Simone. *Le deuxième sexe II*. Trebaseleghe, Itália: Gallimard, 2013.

BRASIL. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. Acesso em: 11 de ago. 2021.

\_\_\_\_\_, *Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre%20coronav%20Drus%20respons%C3%A1vel%20pelo%20surto%20de](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre%20coronav%20Drus%20respons%C3%A1vel%20pelo%20surto%20de). Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_, Ordem dos Advogados do Brasil- Bahia. *Coronavírus: aumento da violência doméstica contra a mulher preocupa CFOAB*. Bahia, 2020. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/noticia/coronavirus-aumento-da-violencia-domestica-contra-mulher-preocupa-cfoab>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

COSTA, Patrícia. *Violências contra a mulher em tempos de COVID-19*. Portal Universidade Federal de Sergipe, 2020. Disponível em: <<http://www.ufs.br/conteudo/65089-violencias-contra-mulheres-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

OLIVEIRA, Márcio de; ROSE MAIO, Eliane. *Você tentou fechar as pernas? – A Cultura machista impregnada nas práticas sociais*. POLÊMICA, [S.l.], v. 16, n. 3. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/25199/18018>>. Acesso em: 13 ago. 2021.


PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES DIANTE DA COVID-19 NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE. Brief, v.1.1. 23 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/05/BRIEF-PORTUGUES.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. 2ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

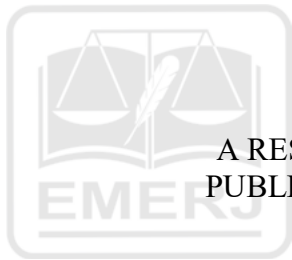
SANTOS, June Cirino dos. *Encarceradas: a mulher em face do poder punitivo do Estado*. Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em:



VOLTAR AO SUMÁRIO 



[<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37700/75.pdf?sequence=1&isAllowed=>](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37700/75.pdf?sequence=1&isAllowed=)  
Acesso em: 10 de set. 2021.



## A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR PUBLICIDADE ENGANOSA NO *INSTAGRAM* E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Ingrid Nascimento dos Santos Franco

Graduada pela Universidade do Grande Rio.  
Advogada.

**Resumo** - Com a evolução das mídias sociais, a publicidade foi impulsionada de forma mais rápida no *Instagram*. As grandes empresas, atualmente, divulgam seus produtos e serviços nos perfis dos influenciadores digitais, aumentando o número de registros de publicidade enganosa nas redes. Com o consumo intensificado pelo uso das redes sociais não é possível afastar a condição da parte mais frágil da relação consumerista, que é o consumidor, destinatário de todas as formas de gatilhos mentais usados no marketing de influência no *Instagram*. O trabalho científico busca analisar a divergência no mundo jurídico sobre a responsabilidade civil das celebridades que divulgam publicidade enganosa em seus perfis, observando também a liberdade artística e intelectual no trabalho de marketing. Diante do trabalho realizado, entende-se pela responsabilidade civil objetiva dos influenciadores, uma vez que sua atuação perante o consumidor se confunde com o próprio fornecedor dos produtos e serviços. Ademais, entender pela responsabilidade civil objetiva reforça a proteção principiológica do Código de Defesa do Consumidor, conforme artigo 5º, XXXII da CRFB/88, no qual o Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei.

**Palavras-chave** - Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Publicidade. Vulnerabilidade do Consumidor.

**Sumário** - Introdução. 1. A publicidade enganosa do influenciador na era digital à luz da Lei 8.078/1990. 2. A vulnerabilidade do consumidor perante o trabalho de marketing de influência no *Instagram*. 3. A publicidade e sua regulamentação no Brasil. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A evolução da internet desenvolveu novas formas de interação entre as pessoas que passaram a se comunicar de forma mais rápida e imediata. O mundo virtual é um grande aglomerado das redes sociais, como *Instagram*, *Facebook*, *YouTube* e outros, que no primeiro momento, eram espaços recreativos de publicação de fotos, vídeos e trocas de curtidas entre seus usuários, mas, ao longo dos anos, proporcionaram mudanças comportamentais focadas no imediatismo e ansiedade em divulgar informações e resolver questões.

Consequentemente, as redes sociais, principalmente o *Instagram*, começaram a servir de plataforma para ampla disseminação de marcas por meio dos chamados *publiposts* nos perfis de muitos influenciadores, gerando oportunidades de negócios.

Tais perfis se mostraram propícios para grandes empresas, pois aqueles exerciam uma influência muito grande no estilo de vida de seus seguidores.



Os influenciadores, rotulados como *digital influencers*, passaram a ser contratados para atrair o máximo de consumidores por meio de suas postagens. Dessa forma, o *Instagram* se transformou em uma das ferramentas mais importantes do mundo para impulsionar o marketing digital de grandes marcas, visando a capitalizar clientes e a maximizar lucros, devido à sua rápida propagação de conteúdo, sua repercussão instantânea e custo baixo de divulgação.

Assim, o acesso ao consumo vem se difundindo a instâncias cada vez mais amplas da vida coletiva, já não sendo um privilégio da elite participar do universo consumerista.

Todavia, as ostensivas divulgações no *Instagram* não esclarecem de forma honesta e verdadeira, na maioria dos casos, as informações sobre os produtos e serviços comercializados, fazendo aumentar as reclamações dos consumidores por publicidade enganosa. Sobre esse tema, surge a dúvida sobre uma possível responsabilização civil objetiva dos influenciadores do *Instagram* por publicidade enganosa.

O instituto é controvertido tanto na doutrina como na jurisprudência. Portanto, no primeiro capítulo será discutida a responsabilidade civil objetiva e subjetiva; os elementos que as diferenciam; bem como as divergências no mundo jurídico sobre a possibilidade de responsabilização civil objetiva dos influenciadores digitais, tendo como parâmetro o Código de Defesa do Consumidor.

O segundo capítulo segue analisando a proteção do consumidor na relação de consumo, levando em consideração seu comportamento vulnerável perante o Marketing de influência no *Instagram* e a boa-fé objetiva no vínculo consumerista.

Para o fechamento da pesquisa científica, no terceiro capítulo será abordada a regulamentação da publicidade no Brasil, destacando as diretrizes do CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação, e seu entendimento sobre a responsabilidade do influenciador digital ao divulgar uma publicidade enganosa em seu perfil no *Instagram*.

O objetivo da pesquisa é verificar se o comportamento dos influenciadores digitais, ao divulgar um produto ou serviço por meio de publicidade enganosa, viola as diretrizes estampadas no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, comprovar que é viável a possibilidade de responsabilização civil objetiva dos influenciadores digitais no *Instagram* por publicidade enganosa de produtos e serviços nas demandas judiciais, bem como a equiparação daquele ao fornecedor sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, gerando uma responsabilidade civil solidária.

Ademais, o artigo pretende defender que o comportamento do potencial consumidor no *Instagram* merece uma proteção jurídica, por ser considerado vulnerável nas relações de consumo diante das publicidades enganosas.



A pesquisa será desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que o pesquisador tem como objetivo procurar respostas para as hipóteses formuladas no início do texto, as quais acredita serem viáveis para analisar o objeto do artigo científico.

À vista disso, a pesquisa se valerá de uma abordagem qualitativa e bibliográfica, visando a resolver questões controvertidas que surgem da análise da discussão em foco e solucioná-las. Para tanto, o pesquisador recorrerá à doutrina, à lei e à jurisprudência como fontes de estudo para sanar a controvérsia levantada no texto para defender seu ponto de vista.

## 1. A PUBLICIDADE ENGANOSA DO INFLUENCIADOR NA ERA DIGITAL À LUZ DA LEI Nº 8.078/1990

A publicidade nasce de uma criação intelectual e sempre foi uma prática comercial usada para expandir ideias ao público, buscando influenciar o seu potencial consumidor a adquirir determinado produto ou serviço. Segundo Jacobina<sup>1</sup>, a publicidade é “a arte de criar, no público, a necessidade de consumir”.

A Constituição Federal de 1988<sup>2</sup> inseriu a atividade intelectual, artística e de comunicação no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º. Porém, essa atividade comercial deve sempre estar atrelada ao direito do consumidor, que é considerada a parte mais frágil nas relações econômicas e consumeristas.

Todavia, com o avanço tecnológico da internet ao longo dos anos, as mídias sociais foram introduzidas rapidamente ao cotidiano do brasileiro, trazendo um forte impacto na forma de fazer publicidade no mundo digital e de se comunicar.

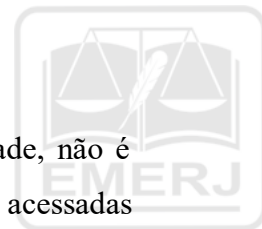
Com mais de 800 milhões de usuários ao redor do mundo, o *Instagram* se tornou uma rede de grandes possibilidades de negócios<sup>3</sup>. Assim, para que o cenário da publicidade fosse impulsionado, visando a abarcar mais consumidores, as empresas viram no influenciador digital do *Instagram* uma grande oportunidade de expansão em massa dos seus produtos e serviços, devido ao alto poder de convencimento do influenciador sobre o seu seguidor.

---

<sup>1</sup>JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.15.

<sup>2</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>3</sup>D'ANGELO, Pedro. *Pesquisa sobre o uso do Instagram no Brasil: hábito, frequência e relação com as empresas*. Disponível em: <<https://blog.opinionbox.com/pesquisa-uso-de-instagram-no-brasil/>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



Em uma sociedade de exposição em que se cultua a aparência e a vaidade, não é difícil entender a razão pelo qual o *Instagram* se tornou uma das redes sociais mais acessadas e de tanto sucesso, pois sua rede é praticamente baseada em imagens, fotos e vídeos, ou seja, a plataforma é um conjunto de exibições dos momentos mais agradáveis da vida do outro.

De acordo com Marcos Cobra<sup>4</sup>, “a publicidade se preocupa também com o comportamento dos indivíduos como consumidores e os motivos que os levam a comprar”.

Entretanto, as informações essenciais sobre determinado produto ou serviço não são repassados de forma clara e honesta ao consumidor, fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro se manifeste sobre a responsabilidade civil dos influenciadores digitais por essas novas tendências de publicidade, levando em consideração a vulnerabilidade do consumidor. Assim, vale ressaltar como é regulamentada a publicidade no Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 4º do CDC<sup>5</sup> trata da política nacional de relações de consumo, que tem como objetivo o atendimento ao consumidor, respeito à sua dignidade, boa-fé e reconhecimento de sua vulnerabilidade. Segundo Nunes<sup>6</sup>, o Código de Defesa do Consumidor é compreendido como uma norma principiológica, diante da proteção que se extrai do artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. O dispositivo constitucional ensina que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor<sup>7</sup>. Para o autor, o CDC concretizou numa norma infraconstitucional esses princípios e garantias constitucionais.

Como forma de ampliar a proteção ao consumidor, o CDC proíbe e conceitua expressamente a publicidade enganosa no artigo 37, § 1º<sup>8</sup>, como modalidade de informação falsa, mesmo que por omissão, capaz de induzir o consumidor a erro a respeito das características e natureza dos produtos e serviços.

A publicidade enganosa não se enquadra com a proteção principiológica, pela qual, o Código de Defesa do consumidor foi elaborado, pois aquele viola os direitos básicos nas relações de consumo, como informação adequada e clara.

Diante dessa análise, pode-se concluir que para o CDC o anúncio publicitário feito para atingir o público-alvo como forma de convencê-lo a adquirir determinado item ou serviço, configura relação de consumo.

---

<sup>4</sup>COBRA, Marcos. *O Impacto da Propaganda*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 48.

<sup>5</sup>BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>6</sup>NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

<sup>7</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.



Entende-se que, o seguidor é o consumidor, destinatário final da publicidade, previsto no artigo 2º do CDC e o influenciador digital é o fornecedor, pois atua diretamente com seu público, definido no artigo 3º do CDC.

A responsabilidade civil sob a ótica do Direito do consumidor se divide em: responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Em razão da sociedade capitalista em que Brasil está inserido, muito pela livre iniciativa para exploração da atividade econômica, fundamento resguardado pela CRFB/88 em seus artigos 1º, IV e 170<sup>9</sup>, uma de suas características é o risco do empreendimento, pois o empresário empreendedor está sujeito ao sucesso em seu negócio e ao fracasso também.

Dentro dessa lógica, o CDC estabeleceu a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços por eventuais danos e prejuízos causados aos consumidores, com base nos artigos 12, 13 e 14 todos do CDC<sup>10</sup>. Conforme ensinam Tartuce e Neves<sup>11</sup>, a responsabilidade civil objetiva é definida para facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol de reparação integral dos danos, em observância ao acesso à justiça.

A regra da responsabilidade objetiva trata de eximir o consumidor do ônus de provar a culpa ou dolo do fornecedor, isto é, nas relações consumeristas, em muitos casos, o juiz pode e deve atribuir ao fornecedor o ônus de provar que o dano não ocorreu, pois ele detém maior capacidade probatória perante o consumidor vulnerável e hipossuficiente. Entretanto, essa regra é quebrada quando se trata de responsabilidade civil dos profissionais liberais, cuja responsabilidade pessoal será apurada mediante verificação de culpa – responsabilidade subjetiva.

A doutrina de Tartuce<sup>12</sup> ensina que é imprescindível a verificação de dolo – intenção de causar dano, ou culpa, que é uma conduta negligente, imprudente e imperita dos profissionais liberais, uma vez que eles também se encontram numa posição de vulnerabilidade na relação consumerista. Ademais, os profissionais liberais prestam serviços *intuitu personae*, ou seja, de caráter personalíssimo, como os advogados e médicos.

Passando por esse estudo, é possível verificar que o CDC adotou a Teoria do Risco que faz nascer para o fornecedor de produtos e serviços o dever de indenizar o consumidor pelo dano, seja material ou moral, independentemente culpa.

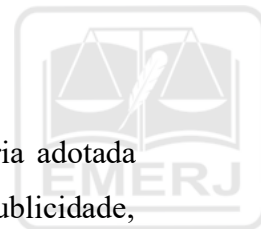
---

<sup>9</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>10</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>11</sup>TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev; atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 89.

<sup>12</sup>Ibid, p. 90.



De acordo com Tartuce e Neves<sup>13</sup>, a responsabilidade objetiva e solidária adotada pelo CDC deve ser ampliada para alcançar todos os participantes da cadeia da publicidade, incluindo a celebridade que faz a propaganda.

Analisando os argumentos dos autores, a responsabilidade civil objetiva do *digital influencer* se respalda na cadeia publicitária, da qual o influenciador participa tendo contato direto com o público, pois atrela o seu nome ao produto divulgado e sua imagem agrega confiabilidade ao que está sendo vendido.

Entender que o influenciador digital tem responsabilidade civil objetiva e solidária nas demandas consumeristas é reforçar o protecionismo criado pelo CDC por meio da teoria da aparência – hipótese em que o consumidor pode acionar aquele que parece ser o real fornecedor. Além disso, essa teoria se fortalece nos casos em que muitos influenciadores recebem porcentagem pelas vendas dos produtos, lucrando juntamente com a marca, confundindo-se com o verdadeiro anunciante.

Para Marques<sup>14</sup>, as celebridades e os influenciadores digitais são equiparados aos fornecedores – fornecedor por equiparação, ampliando os responsáveis pela oferta. O autor define fornecedor equiparado como “aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse”.

Apesar da contundência dos argumentos citados, a jurisprudência dos Tribunais não se coaduna com esse pensamento. De acordo com o Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, o fornecedor-anunciante é o único responsável pela publicidade enganosa, porque os direitos básicos do consumidor elencados no artigo 6º do CDC não vinculam o veículo de publicação, ou seja, por qualquer violação as normas do CDC, o consumidor deve somente demandar o fornecedor-anunciante<sup>15</sup>.

Por outro lado, há divergências dentro do próprio Tribunal. Segundo o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>16</sup>, o disposto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor disciplina tão somente o sujeito e o objeto da prova, não afastando, em momento

---

<sup>13</sup>Ibid, p. 220.

<sup>14</sup>MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83.

<sup>15</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 604172*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932345/recurso-especial-resp-604172-sp-2003-0198665-8-stj/relatorio-e-voto-14100158>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

<sup>16</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1391084*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864461952/recurso-especial-resp-1391084-rj-2011-0295914-5/inteiro-teor-864461962?ref=serp>>. Acesso em: 31 mar. 2021.



algum, a responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo (art. 7 do CDC), especialmente quando não é possível indicar o paradeiro do patrocinador do anúncio publicitário.

Como observado, as novas técnicas de publicidade nas redes sociais pelo influenciador digital levantam controvérsia sobre se seu trabalho na rede se enquadra na cadeia publicitária na figura do fornecedor-anunciante ou mero profissional liberal que empresta sua imagem para fazer os *publiposts* na plataforma. Há uma grande tendência dos Tribunais a imputarem a responsabilidade civil objetiva pela publicidade enganosa no *Instagram* somente aos anunciantes, limitando a responsabilidade dos influenciadores digitais a uma mera sanção administrativa, aplicada pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação), que será analisada no capítulo 3.

## 2. DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR PERANTE O TRABALHO DE MARKETING DE INFLUÊNCIA NO *INSTAGRAM*

O Marketing de influência é a união de grandes empresas e influenciadores digitais para criar um relacionamento mais próximo entre o consumidor e a marca, fazendo o atual milênio ser caracterizado pela intensa utilização das tecnologias de informação, como a Internet. Conseqüentemente, a população vem buscando mais instantaneidade e imediatismo nas formas de obter algo, seja por meio de uma compra *online*, seja pela busca de qualquer outro serviço.

De acordo com essa realidade vivenciada na sociedade de consumo, intensificado pelo uso das redes sociais, não é possível afastar a condição de parte mais frágil da relação consumerista, que é o usuário da rede que se torna um potencial consumidor ao se deparar com as centenas de publicidades que enchem sua *timeline*.

Portanto, importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é tido como uma norma principiológica para o ordenamento jurídico brasileiro, diante da proteção constitucional do artigo 5º, XXXII, da CRFB/88<sup>17</sup>, como estudado no capítulo anterior.

Segundo o entendimento de Rizzato Nunes<sup>18</sup>:

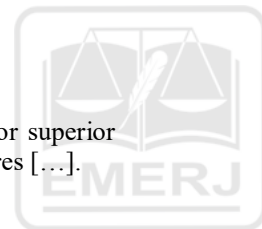
[...] a lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos

---

<sup>17</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>18</sup>NUNES, op. cit., p. 91.





motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores [...].

A propósito dessa questão, o CDC é uma norma que está intimamente ligada à terceira geração de direitos, que são aqueles relacionados com o princípio da Fraternidade, pois a lei do consumidor tem por objetivo a pacificação social e o equilíbrio na relação de consumo entre fornecedores e consumidores.

A Organização das Nações Unidas - ONU, em 1985, estabeleceu a ideia de que o direito do consumidor se trata de um direito humano de nova geração, um direito social e de igualdade material do mais fraco diante das empresas e fornecedores de produtos e serviços, que se encontram em posição de poder, ou seja, considerados os mais fortes da relação de consumo.

É relevante ser mencionado que a vulnerabilidade é um estado da pessoa, ideia de pessoa mais frágil na ordem técnica e econômica. A ordem técnica está atrelada aos meios de produção, cujo conhecimento está em poder do fornecedor, e a segunda é a capacidade econômica, que via de regra, o fornecedor é o sujeito da relação que a detém. Isso leva à condição de vulnerabilidade na relação de consumo, expressa na leitura do artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, elencada no rol dos princípios da Política Nacional de relações de consumo<sup>19</sup>. Assim, é possível concluir que o CDC é uma norma protetiva dos vulneráveis negociais, elevando o direito do consumidor ao patamar dos direitos fundamentais, como um direito e garantia individual do ser humano.

Com o advento da tecnologia, as redes sociais, especificamente, o *Instagram*, se tornaram um grande campo econômico e de comunicação entre seus usuários ao redor do mundo. Essa grande habilidade do *Instagram* refletiu no trabalho de marketing que as grandes empresas se valem para influenciar os potenciais consumidores a adquirirem seus produtos e serviços, ou seja, houve uma grande expansão do marketing de influência.

O *Instagram* se utiliza dos dados pessoais fornecidos pelo usuário ao criar sua conta, como nome, idade, localização e outros para armazenamento de informações sobre ele. Ademais, o próprio perfil do usuário está repleto de dados complementares, nos quais são alimentados diariamente por meio de fotos, vídeos, curtidas, comentários e buscas de pesquisas feitas pelo dono da conta. Essas informações ficam armazenadas nos algoritmos<sup>20</sup>,

---

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>20</sup>NÁPOLES, Katarina. *Entenda como funciona o novo algoritmo do Instagram: o que é algoritmo?* Disponível em: <<https://postgrain.com/blog/algoritmo-instagram/>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



que é a mecânica que gere o funcionamento do *Instagram* e determina como cada publicação será entregue entre os usuários.

Por meio das informações, o algoritmo entende os hábitos, gostos, preferências e interações de seus usuários, podendo ser comparado a uma espécie de “raio x” do mundo virtual. Assim, depois desse estudo minucioso feito por essa inteligência artificial sobre seus usuários, o *Instagram* vai impulsionar as publicidades de produtos e serviços que se adequam perfeitamente ao perfil da pessoa, às suas vontades e prazeres.

Segundo ensina Neves<sup>21</sup>:

[...] com a crescente popularização das redes sociais, diversos estudos sobre o impacto da conectividade no comportamento de indivíduos e de grupos têm surgido. Novos hábitos, preferências e formas de relacionamento surgem a cada dia, principalmente a partir do boom no uso dos smartphones. Como não poderia ser diferente, as empresas têm enfrentado o desafio de se adequar às novas formas de se relacionar com os clientes, e para isso muitos pesquisadores estão investindo na compreensão sobre as formas de lidar com a inovação dos meios de comunicação [...].

Como analisado, o *Instagram* usa de várias técnicas para cativar o seu usuário a se tornar um consumidor por meio de suas publicidades veiculadas entre suas interações na rede.

Outra técnica utilizada são os gatilhos mentais, ferramentas usadas para convencer um potencial consumidor a adquirir um item por meio do método de escassez<sup>22</sup>, isto é, o influenciador digital, quem faz a publicidade, anuncia que só resta uma quantidade limitada em estoque daquele produto. Segue o seguinte exemplo: “Camisetas por apenas R\$ 39,90. Restam apenas 5 unidades no estoque.” O exemplo descrito trata da escassez.

Esse método faz com que o consumidor tenha a sensação de falta daquele item e que precisa comprar.

Outro gatilho usado é da urgência, relacionado ao fator tempo, no qual o influenciador divulga que a oferta terminará em determinado dia e horário. Exemplo: “Camiseta por R\$ 39,90. Só mais uma chance! Acaba hoje!”.

Essa estratégia cria um sentimento de ansiedade no consumidor para que ele obtenha o produto o mais rápido possível.

---

<sup>21</sup>NEVES, Andressa. *Relação com o consumidor: impactos das redes sociais no comportamento de consumo*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/redes-sociais-os-novos-comportamentos-de-compra-e-consumo-70329/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

<sup>22</sup>EQUIPE, get.commerce. *3 gatilhos mentais que podem aumentar sua venda*: Disponível em: <[https://getcommerce.com.br/2017/09/25/gatilhos-mentais-para-suasvendas/?gclid=Cj0KCQjwpreJBhDvARIsAF1\\_BU1es3zhBEEQrmlkpYVWTAZX\\_lz5Wfdvu2dZ2Yj25u7QH83jmAKetAaAIDrEALw\\_wcB](https://getcommerce.com.br/2017/09/25/gatilhos-mentais-para-suasvendas/?gclid=Cj0KCQjwpreJBhDvARIsAF1_BU1es3zhBEEQrmlkpYVWTAZX_lz5Wfdvu2dZ2Yj25u7QH83jmAKetAaAIDrEALw_wcB)>. Acesso em: 05 jun. 2021.



Com isso, foi desencadeado um uso excessivo da plataforma, nos quais seus usuários gastam horas do dia explorando a rede e fazendo compras. Conseqüentemente, tal prática gerou uma dependência psicológica em seus participantes, um tipo de vulnerabilidade fática que coloca o consumidor em pé de desigualdade frente ao fornecedor do produto e serviço.

A posição de poder das grandes empresas, como parte do marketing de influência, se fortalece no potencial que o *Instagram* tem de viciar seus usuários. Sim, o *Instagram* vicia.

De acordo com o Hospital das Clínicas pertencente à USP<sup>23</sup>, a procura por tratamento do vício das redes sociais aumentou consideravelmente nos últimos anos. Segundo o doutor Cristiano Nabuco, coordenador do grupo de dependências tecnológicas do hospital, “indivíduos ficam sim dependentes de redes sociais, o ser humano é sensível às avaliações pessoais. Nesse ambiente, a repercussão das coisas negativas e positivas tem um efeito muito maior”. Para o médico, as empresas têm grande responsabilidade nesse panorama de vício.

Diante desse cenário, é pacífico na doutrina e jurisprudência o reconhecimento de vários tipos de vulnerabilidades do consumidor em respeito à dignidade da pessoa humana perante o marketing realizado pelas empresas e agências de publicidades, principalmente no *Instagram*, que é uma das redes sociais mais frequentada no Brasil hoje, devido ao seu alto poder de comunicação.

O legislador quando reconheceu a vulnerabilidade do consumidor como um princípio a ser observado por todos na cadeia de consumo, entendeu que o consumidor é sujeito de direitos fundamentais frente às armadilhas em massa que grandes empresas usam em seu marketing no *Instagram* para convencê-los a adquirir seus produtos.

É certo dizer que o usuário da rede social, sendo um potencial consumidor, carece de proteção do ordenamento jurídico, não privilegiada, mas sim equilibrada, em razão de suas vulnerabilidades como pessoa humana frágil.

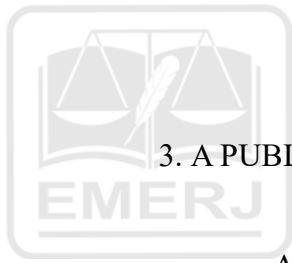
Segundo o ensinamento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin, “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos”.<sup>24</sup>

O reconhecimento de vulnerabilidade do consumidor deve ser considerado um corolário do direito a isonomia, tratando os iguais de forma igualitária e desigualmente os desiguais.

---

<sup>23</sup>ORRICO, Alexandre. *Instagram e saúde mental: como a rede pode ser tóxica para os usuários*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/instagram-saude-mental-depressao-ansiedade/>>. Acesso em: 20 ago.2021.

<sup>24</sup>BENJAMIN, op. cit., p. 272.



### 3. A PUBLICIDADE E SUA REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

A publicidade está intimamente ligada à cultura de um povo, capaz de influenciar o seu modo de viver, ampliar informações e transformar aspirações em consumo.

Desde a invenção da escrita, na antiguidade, observa-se a crescente necessidade de se comunicar na sociedade. A comunicação passou a ser usada como meio de convencer o público sobre determinada ideia, que ao longo do tempo, essa ideia se transformou em produto e serviço. Com o advento da era industrial, a produção em massa trouxe o aumento do consumo e, conseqüentemente, a necessidade de aperfeiçoamento das técnicas de publicidade.

No Brasil, a publicidade surgiu na metade do século XIX em jornais impressos e foi se desenvolvendo depois da chegada do rádio e da televisão no país. Principalmente com o sucesso das novelas televisionadas, os empresários perceberam a forte influência das celebridades no comportamento da população. Tudo o que o famoso ou a famosa usa torna-se tendência na sociedade.

Essa influência ficou ainda mais forte e impactante com uso do *Instagram*, pois a plataforma proporciona um contato mais íntimo e próximo entre o seguidor e seu influenciador. Agora, o consumidor tem acesso a todos os produtos e serviços compartilhados pelo *influencer* desde o café da manhã até o jantar. Conseqüentemente, os paradigmas de publicidade foram sendo renovados ao longo dos anos. O ato de comprar se concretiza ao clicar no mundo virtual.

Anteriormente, a publicidade era feita por meio do “boca-a-boca”, isto é, o indivíduo que tivera adquirido um determinado produto ou serviço repassava essa informação aos demais, fazendo uma espécie de publicidade sobre sua experiência boa ou ruim com a compra.

É válido trazer a diferença entre publicidade e propaganda, termos utilizados como sinônimos no Brasil, mas têm significados distintos.

De acordo com Vidal Nunes<sup>25</sup>, “publicidade é o ato de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmago de uma atividade econômica, com finalidade de promover o consumo de produtos e serviços”.

---

<sup>25</sup>NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 23.



Logo, a publicidade acontece nos meios de comunicação em massa, seja em rádio, televisão, outdoors ou internet e sempre está atrelada à venda de um produto ou serviço de uma marca que visa o lucro.

Já a propaganda, Vidal Nunes ensina que se trata de propagação de ideias relacionadas à filosofia, à política, religião e outros assuntos<sup>26</sup>. Conclui-se que a propaganda é a propagação de uma ideologia de qualquer ordem social e moral.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, IX, determina que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”<sup>27</sup>. Ademais, o capítulo V da Constituição dispõe sobre a comunicação social, que se correlaciona com o tema em análise.

Contudo, a liberdade artística de fazer a publicidade não pode ser tratada com um direito absoluto, violando os princípios protecionistas do consumidor. Devem ser observadas as regulamentações e diretrizes apontadas no Código do CONAR, bem como o CDC, porque do outro lado da publicidade está o receptor, que é toda a massa consumidora protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base no estudo do capítulo anterior. Diante desse cenário, a ponderação dos direitos deve ser utilizada no caso concreto, para que não haja a violação de nenhum direito constitucionalmente estabelecido.

Ressalta-se que são várias as leis que regulamentam a publicidade no país. Duas mais importantes para presente estudo são a seção III do Código de Defesa do Consumidor, dos artigos 36 ao 38, discutido no capítulo 1; e o CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação, o qual será analisado no presente capítulo.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação foi criado no Brasil<sup>28</sup> em 1980 como uma forma de resposta à ameaça que se instaurava no país na década de 70 pelo governo, a qual visava a censurar a publicidade. A autorregulamentação, resumida num Código, tem a função de preservar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses dos envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor.

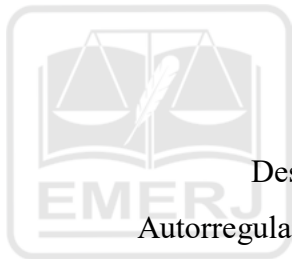
Vale a pena relatar que, assim como o CDC, o CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação, possui um carácter protecionista nas relações envolvendo o consumidor e a publicidade.

---

<sup>26</sup>Ibid.

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>28</sup>CONAR. *Conselho Nacional de Autorregulamentação*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 21 ago. 2021.



Desde então, a missão do CONAR era fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, cujo objetivo era proteger a liberdade de expressão comercial e resguardar o direito do consumidor diante da publicidade. Buscando enfatizar suas diretrizes na publicidade, o CONAR tem como preceitos básicos<sup>29</sup>: todo o anúncio deve ser honesto e verdadeiro; deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor; e responsabilidade social.

No Guia de publicidade por influenciadores digitais<sup>30</sup> do CONAR, considera-se publicidade digital “a mensagem de terceiro destinada a estimular o consumo de bens e/ou serviços, realizada pelos chamados influenciadores digitais, a partir de contratação pelo Anunciante e/ou Agência”.

Para que as divulgações nos perfis sejam identificados como publicidade e não mera demonstração espontânea por parte do *influencer*, a diretriz do CONAR é que o conteúdo seja acompanhado de expressões como, “publicidade”, “propaganda paga”, “parceria paga” ou outros semelhantes para que o seguidor tenha o conhecimento de que, aquela postagem sobre determinado produto, trata de um comercial pago por alguma marca.

Os artigos 15 e 45 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CNAP)<sup>31</sup> definem que os padrões éticos de conduta devem ser respeitados por todos os envolvidos na atividade publicitária, sejam anunciantes, agências de publicidade, veículos de divulgação, sejam publicitários e outros profissionais. Ademais cabe ao anunciante, a agência e o veículo, a responsabilidade pela observância de suas regras.

Uma vez não cumprida, o infrator estará sujeito a punições, previstas no artigo 50 do Código do CONAR<sup>32</sup>. São elas: advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio; recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo. Tais sanções se limitam ao âmbito administrativo, ou seja, as decisões da entidade não têm caráter cogente no caso de descumprimento.

O artigo 40 do CNAP<sup>33</sup> possibilita a responsabilização de toda a cadeia publicitária, ou seja, de todas as pessoas que participam, direta ou indiretamente, no planejamento, criação,

---

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup>Ibid.

<sup>31</sup>Ibid.

<sup>32</sup>Ibid.

<sup>33</sup>Ibid.

execução e veiculação de um anúncio, quando do descumprimento da norma no desenvolvimento, criação e veiculação de um anúncio, quando a norma é violada.

No ano de 2020 foram instaurados 276 processos, 252 julgados, 189 reprovações e 63 arquivados<sup>34</sup>.

Segue uma decisão de Abril de 2021, instaurado contra a marca PeG, por publicidade enganosa. A Kimberly-Clark ofereceu representação contra a concorrente P&G em razão de campanha de apresentação das fraldas Pampers, com o claim “Confia, que não vaza”, veiculada em ponto de venda e mídias eletrônicas. Testes trazidos à representação pela denunciante desmentem a alegação do claim. A denúncia cita também depoimentos de consumidores no mesmo sentido. Reunião de conciliação promovida pelo Conar restou infrutífera. Decisão de sustação do anúncio.

Outra decisão do CONAR a ser analisada está relacionada à veracidade da publicidade do produto Desinchá<sup>35</sup> realizada por meio da influenciadora Gabriela Pugliesi no *Instagram*, na qual tem o potencial de levar o consumidor ao risco ao usar o produto. O conselho de ética decidiu pela advertência da influenciadora e da marca.

Após a observação das decisões acima, entende-se que a responsabilidade civil dos influenciadores por anúncios postados em suas redes, no âmbito do CONAR, é objetiva, uma vez que não é considerada a intenção da pessoa ao publicar o produto ou serviço, ou seja, culpa e dolo, bastando omissão ou emissão de informação que ensejou a ilicitude, para que o influenciador sofra a aplicação da penalidade.

Considerando o raciocínio acima, é preciso ter em mente que o ser humano tem a liberdade de falar e anunciar perante o grande público, bem como o discernimento de seus atos. A liberdade e a consciência trazem a responsabilidade por omissão e ações no âmbito do Direito, ou seja, a responsabilidade está intimamente ligada à liberdade do indivíduo na sociedade.

Diante dessa análise, podemos concluir que tanto para o CDC quanto para o CONAR, o anúncio publicitário feito por qualquer pessoa para atingir seu público-alvo como forma de convencê-lo a adquirir determinado item ou serviço, configura relação de consumo. Para ambos os códigos, podemos entender que, o seguidor é o consumidor, destinatário final

---

<sup>34</sup>Ibid.

<sup>35</sup>Ibid.



da publicidade, previsto no artigo 2º do CDC e o influenciador digital é o fornecedor, pois atua diretamente com seu público, definido no artigo 3º do CDC<sup>36</sup>.

## CONCLUSÃO

A publicidade é uma grande arma de persuasão que nasce de uma criação intelectual para influenciar o público a adquirir algum produto e serviço. A publicidade está em todos os lugares, como panfletos, outdoors, televisão e nas redes sociais, principalmente no *Instagram*, que é centro da análise do artigo científico.

Com mais de 800 milhões de usuários ao redor do mundo, o *Instagram* se tornou bastante promissor para as grandes marcas anunciarem seus produtos e serviços com um custo muito baixo, utilizando os perfis dos influenciadores digitais como meio de anúncio. A partir desse estudo, foi analisada a controvérsia no mundo jurídico sobre a responsabilidade civil dos chamados *influencers* ao postarem uma publicidade enganosa em suas redes.

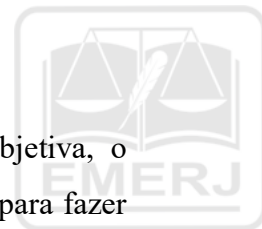
Foi observado que há um grande debate na doutrina, no qual se divide em responsabilidade objetiva e subjetiva. O entendimento doutrinário para aplicação da responsabilidade objetiva se respalda no fundamento de que o influenciador participa de toda a cadeia publicitária, tendo contato direto com o público, pois atrela o seu nome e imagem ao produto divulgado. Ademais, entender que o influenciador digital tem responsabilidade civil objetiva e solidária nas demandas consumeristas é reforçar o protecionismo criado pelo CDC por meio da teoria da aparência e também no caso em que muitos influenciadores recebem porcentagem pelas vendas dos produtos, lucrando juntamente com a marca, confundindo-se com o verdadeiro anunciante.

Por outro lado, os que se filiam à corrente doutrinária que entende que a responsabilidade civil é subjetiva, se baseia na ideia que o fornecedor-anunciante é o único responsável pela publicidade enganosa, ou seja, qualquer violação as normas do CDC, o consumidor deve somente demandar o fornecedor-anunciante e não a celebridade que está anunciando. Além disso, a jurisprudência tem aplicado o entendimento pela responsabilidade civil subjetiva, uma vez que o trabalho do influenciador digital é *intuitu personae*, isto é, caráter personalíssimo, como os advogados, médicos e outros profissionais.

---

<sup>36</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.





Apesar da contundência dos argumentos pela responsabilidade civil subjetiva, o presente artigo defende que o influenciador digital que usa seu perfil no *Instagram* para fazer publicidade enganosa, se valendo da confiança que seu público deposita em seu nome e sua imagem, deve responder de forma objetiva, equiparada ao fornecedor, em razão de sua atuação frente ao público, sendo confundido, muitas vezes, com o real anunciante.

Ademais, o CDC dá uma proteção principiológica ao consumidor, considerado a parte mais frágil e vulnerável da relação consumerista. Foram estudados os tipos de mecanismos usados pelas grandes empresas e pelo próprio *Instagram* como forma de persuasão. Tais mecanismos, como o algoritmo e os gatilhos mentais, atingem o vulnerável psicologicamente para persuadi-lo a gastar horas na rede fazendo compras online.

Os *publiposts* são uma nova técnica de publicidade, que geram resultados no seu objetivo de alcançar consumidores, contudo não podem ser usados sem a observância dos princípios constitucionais que protegem a vulnerabilidade do consumidor, como a boa-fé objetiva. Assim, com o surgimento de qualquer ilegalidade no anúncio, todos da cadeia publicitária devem ser responsabilizados.

Em razão da vulnerabilidade que o consumidor tem, o CDC e o CONAR são responsáveis pelos casos de infração às normas da publicidade. Entretanto, as decisões do CONAR, diferentemente da atuação do Poder Judiciário, não são revestidas de cumprimento obrigatório, se limitando ao âmbito administrativo.

Assim, é de caráter cogente que todos aqueles que participam de alguma forma da cadeia publicitária devem se atentar aos princípios que norteiam a relação consumerista.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 604172*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932345/recurso-especial-resp-604172-sp-2003-0198665-8-stj/relatorio-e-voto-14100158>. Acesso em: 01 abr. 2021.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1391084*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864461952/recurso-especial-resp-1391084-rj-2011-0295914-5/inteiro-teor-864461962?ref=serp>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

COBRA, Marcos. *O Impacto da Propaganda*. São Paulo: Atlas, 1991.

CONAR. *Conselho Nacional de Autorregulamentação*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

D'ANGELO, Pedro. *Pesquisa sobre o uso do Instagram no Brasil: hábito, frequência e relação com as empresas*. Disponível em: <<https://blog.opinionbox.com/pesquisa-uso-de-instagram-no-brasil/>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

EQUIPE, get.commerce. *3 gatilhos mentais que podem aumentar sua venda*: Disponível em: <[https://getcommerce.com.br/2017/09/25/gatilhos-mentais-para-suasvendas/gclid=Cj0KCQjwpreJBhDvARIsAF1\\_BU1es3zhBEEQrmlkpYVWTAZX\\_lz5Wfdvu2dZ2Yj25u7QH83jmAKetAaAlDrEALw\\_wcB](https://getcommerce.com.br/2017/09/25/gatilhos-mentais-para-suasvendas/gclid=Cj0KCQjwpreJBhDvARIsAF1_BU1es3zhBEEQrmlkpYVWTAZX_lz5Wfdvu2dZ2Yj25u7QH83jmAKetAaAlDrEALw_wcB)>. Acesso em: 05 jun. 2021.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NÁPOLES, Katarina. *Entenda como funciona o novo algoritmo do Instagram: o que é algoritmo?* Disponível em: <<https://postgrain.com/blog/algoritmo-instagram/>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

NEVES, Andressa. *Relação com o consumidor: impactos das redes sociais no comportamento de consumo*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/redes-sociais/redes-sociais-os-novos-comportamentos-de-compra-e-consumo-70329/>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORRICO, Alexandre. *Instagram e saúde mental: como a rede pode ser tóxica para os usuários*. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/instagram-saude-mental-depressao-ansiedade/>>. Acesso em: 20 ago.2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev; atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.



## O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA (IN)APLICABILIDADE AO CRIME DE RACISMO

Isabella Braga

Graduada em Direito pela Universidade  
Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** – o acordo de não persecução penal, originalmente trazido pela Resolução nº 181 do CNMP e posteriormente introduzido no ordenamento jurídico pátrio no artigo 28-A do CPP pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), trouxe uma nova possibilidade no campo de ação do Ministério Público. Diante disso, surgiram inúmeros questionamentos quanto à aplicação do acordo e suas características. Dentre eles, a substituição do princípio da obrigatoriedade pelo princípio da oportunidade, a natureza jurídica do instituto e sua aplicabilidade a determinados crimes. O objetivo do trabalho é abordar tais questões controvertidas e determinar se a aplicação do ANPP ao crime de racismo está de acordo com as normas constitucionais.

**Palavras-chave** – Direito processual penal. Acordo de não persecução penal. Constitucionalidade. Princípio da obrigatoriedade. Racismo.

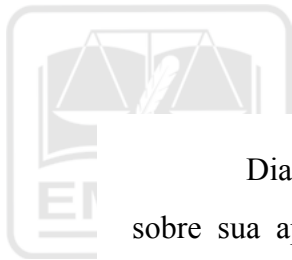
**Sumário** – Introdução. 1. Mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública. 2. Direito subjetivo do acusado diante do preenchimento dos requisitos objetivos para aplicação do ANPP. 3. Da inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca fazer um breve estudo sobre o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), novo movimento do processo penal brasileiro como método de resolução de questões criminais baseado na justiça criminal negociada, tendo como foco a temática da aplicação ou não do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, tendo em vista a proteção que o constitucionalista originário lhe conferiu.

O objetivo desse novo instituto é a realização de um acordo para evitar a deflagração de uma ação penal. Se constitui em mais uma ferramenta disponibilizada ao titular da ação penal para realização da Justiça criminal negocial, sendo uma forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação pública.

Assim, o ANPP é mais uma alternativa visando impedir a deflagração de um processo, em razão de sua inadequação a certos crimes, resguardando a atuação estatal para crimes de maior relevância, com penas mais graves para casos de reincidência, criminosos habituais que necessitam de maior reprimenda do Estado.



Diante das inúmeras mudanças trazidas com ele, surgem novos questionamentos sobre sua aplicação que ainda não possuem uma resposta definitiva, pois a lei não trata diretamente sobre o assunto. É o caso da aplicação do instituto ao crime de racismo, que ainda que em tese preencha os requisitos objetivos necessários, terá um tratamento diferenciado tendo em vista a importância no ordenamento jurídico e na sociedade.

No primeiro capítulo é analisado se há violação ao princípio da obrigatoriedade, que informa o dever de agir do Ministério Público, não lhe conferindo discricionariedade para se valer de quaisquer critérios de oportunidade e conveniência na propositura da ação penal.

Já no segundo capítulo, debate-se se esse novo instituto é um direito subjetivo do acusado ou uma faculdade do promotor de justiça diante do caso e se diante do preenchimento dos requisitos objetivos para aplicação do acordo de não persecução penal, ele poderá ser aplicado ao crime de racismo, levando-se em consideração os princípios norteadores do Direito e a orientação do MP/SP e de outros Ministérios Públicos Estaduais.

Por fim, no terceiro capítulo é defendido que, tendo em vista o *status* e a proteção constitucional dada ao crime de racismo, é inconstitucional a aplicação do acordo de não persecução penal a esse crime.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, mediante a coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fim de elencar especulações a serem comprovadas com base em estudos, análises sociais e fáticas.

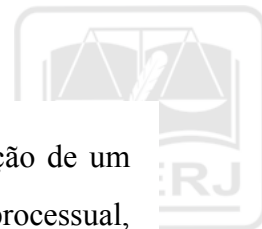
A pesquisa bibliográfica concentra-se na análise de livros e artigos a respeito do acordo de não persecução penal. A abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, observando-se toda jurisprudência e bibliografia pertinente ao tema.

## 1. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

O acordo de não persecução penal se enquadra na chamada justiça consensuada, que teve início no Brasil em 1995 com a implementação da Lei dos Juizados Especiais (9.099/1995)<sup>1</sup>, e incentiva o acordo de vontades entre as partes, que participam da solução da lide atuando como verdadeiras protagonistas do processo. Assim, trata-se de negócio jurídico processual, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei dos Juizados Especiais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021.



Tem como finalidade ser uma medida alternativa, objetivando a realização de um acordo para evitar a deflagração de uma ação penal. É algo que ocorre na fase pré-processual, ou seja, quando ainda não há processo. Se constitui em mais uma ferramenta disponibilizada ao titular da ação penal para realização da justiça criminal, que deverá analisar a incidência do art. 28-A do CPP<sup>2</sup> e a possibilidade de realização do ANPP.

Ademais, possui impactos diretos no estado de liberdade e inocência do imputado, uma vez que quando celebrado evita-se que seja formalizado um processo e, com isso, evita-se um julgamento e uma eventual condenação. Logo, é um instituto processual material, uma vez que cumprido o acordo haverá a extinção da punibilidade, conforme artigo 28-A, §13, do Código de Processo Penal<sup>3</sup>.

Assim, o acordo busca viabilizar soluções rápidas para crimes de menor ofensividade e otimizar os recursos humanos e financeiros, do Ministério Público e do Poder Judiciário, resguardando a atuação estatal para crimes de maior relevância, com penas mais graves para casos de reincidência, criminosos habituais que necessitam de maior reprimenda do Estado, sendo a justiça penal consensual uma tendência mundial.

Neste contexto, o Ministério Público, que é instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>4</sup>, será o responsável pelo oferecimento do ANPP, conforme preconiza o artigo 28-A do CPP<sup>5</sup>.

Ocorre que a carta constitucional também atribui ao MP, como uma de suas funções institucionais, promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei. A ação penal será pública quando o titular do direito da ação for o próprio Estado, visando a tutela dos interesses sociais e a manutenção da ordem pública.

No Brasil essa ação é regida, dentre outros, pelo princípio da obrigatoriedade. Assim, verificando o MP que as condições da ação estão presentes, deve oferecer a denúncia. Segundo grande parte da doutrina esse princípio pode ser extraído do art. 24 do CPP<sup>6</sup>, que dispõe que a ação será promovida por denúncia pelo Ministério Público, mas dependerá,

---

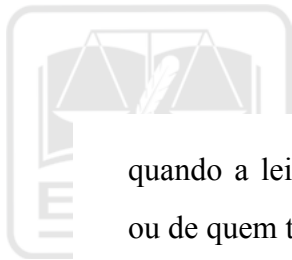
<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>6</sup> Ibid.



quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Pode ser assim conceituado o princípio da obrigatoriedade, segundo os ensinamentos de Renato Brasileiro<sup>7</sup>:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

Diante dessa visão, em um primeiro momento parece evidente que há afronta a esse princípio com o oferecimento do acordo de não persecução penal, uma vez que o Ministério Público deixa de deflagrar a ação penal em face do imputado, embora possua justa causa para tanto, em prol da celebração do acordo.

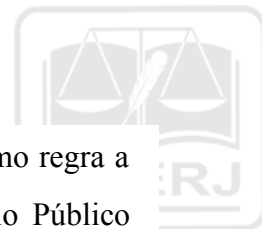
Ocorre que o princípio da obrigatoriedade vem passando por uma releitura, uma revisão moderna pelo processo penal. Isso se dá pois o sistema tradicional da obrigatoriedade não se mostra suficiente para atender todos os reclames sociais, já que o Estado não possui estrutura ou mecanismos suficientes para perseguir todos os crimes praticados. Sendo assim, mostra-se necessário dar maior ênfase aos crimes que causam maior prejuízo social e aos causadores de menor prejuízo precisa se dar uma solução mais rápida e simples, enquadrando-se o ANPP a essa hipótese.

Neste cenário, não obstante a aparente contrariedade ao princípio da obrigatoriedade, não há afronta à legalidade da ação penal pública, sendo esse o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover<sup>8</sup>. Segundo essa visão não se tem uma ação penal pública obrigatória, mas sim uma ação regida pelo princípio da legalidade, uma vez que está sendo exercida pelo Ministério Público na forma da lei.

Assim, não há uma ruptura com esse princípio pois os pressupostos de admissibilidade e requisitos do acordo estão todos delineados em Lei, no artigo 28-A, caput e

<sup>7</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020 p. 323.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.95



no parágrafo segundo do CPP<sup>9</sup>. Isto significa que a mesma lei que estabelece como regra a peremptoriedade da ação penal pública, estabelece a possibilidade do Ministério Público deixar de ofertar a denúncia em prol do acordo de não persecução penal. Em hipótese nenhuma o MP deixaria de agir à margem da lei, pelo contrário, continua agindo em conformidade com a Lei.

Logo, o que ocorre na realidade é uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, uma vez que o Ministério Pública opta por uma medida alternativa à proposição da denúncia, de acordo com as opções legislativas que possui, buscando a solução mais promissora ao caso, a depender da política criminal adotada. Essa mitigação é também chamada de princípio da discricionariedade regrada por Renato Brasileiro<sup>10</sup>.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior<sup>11</sup> já havia se posicionado, no que diz respeito a transação e suspensão do processo, que também são institutos que mitigam o princípio da obrigatoriedade:

Quanto à rigidez do princípio, concordamos com RANGEL no sentido de que a Lei n. 9.099 a amenizou (mas não muito) em relação aos delitos de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não supere 2 anos). Isso porque, nesses delitos, poderá o Ministério Público deixar de propor a ação penal e, em seu lugar, ofertar a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099). Trata-se de relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada. Mas, é importante destacar, está muito longe de qualquer consagração de oportunidade e conveniência. Trata-se apenas de situações muito restritas e devidamente disciplinadas em que o Ministério Público tem uma pequena (e bem circunscrita) esfera de negociação com o imputado (dentro de rígidos critérios legais).

Cumpramos ressaltar que parcela minoritária da doutrina defende que há nitidamente uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em prol do princípio da oportunidade e da criação de espaços de consenso no processo penal, afastando-se da consagrada justiça conflitiva<sup>12</sup>.

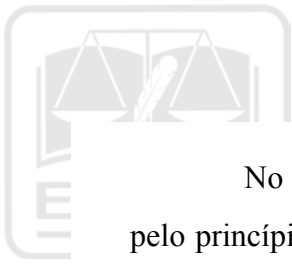
De acordo com isso, com a implementação de diversos institutos no modelo de justiça penal negociada, como o ANPP e a transação penal, o que se tem na ação penal pública hoje é na realidade a aplicação do princípio da oportunidade, o qual já rege as ações penais privadas e é aplicado em diversos outros países, como no sistema norte americano.

<sup>9</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>10</sup> LIMA, op. cit., p. 324.

<sup>11</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.199.

<sup>12</sup> SOARES, Rafael Junior Soares; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Ano 20, v. 5, p. 213-231, 22 maio 2020.



No ordenamento jurídico pátrio, na ação penal privada, a vítima querelante é regida pelo princípio da oportunidade ou conveniência, isso significa que tem discricionariedade no exercício da ação penal privada. Assim, ela irá oferecer queixa se assim desejar, presentes as condições da ação, não sendo necessária uma justificativa para o não oferecimento.

Segundo Renato Brasileiro<sup>13</sup>:

Por conta deste princípio, cabe ao ofendido ou a seu representante legal o juízo de oportunidade ou conveniência acerca do oferecimento (ou não) da queixa-crime. Consiste, pois, na faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições, de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado.

Nos demais ordenamentos jurídicos em que o princípio da oportunidade é aplicado também às ações penais públicas, isso se dá por uma opção de política criminal. Nesses casos, o órgão de acusação não está obrigado a exercer a ação penal, tendo a possibilidade de aplicar a justiça penal consensual mesmo em infrações de médio ou maior potencial ofensivo, por meio de institutos como o *plea bargain*.

Nesses casos o órgão acusador possui uma ampla e ilimitada possibilidade de negociação, podendo se utilizar de diferentes estratégias para a conclusão do acordo, e há negociação sobre a própria pena do acusado. Conforme aduz Buch<sup>14</sup>:

Neste modelo, o acusado pode optar por exercer seus direitos e garantias processuais e constitucionais ou deixá-los em troca de algum benefício, podendo também declarar-se culpado das acusações do Ministério Público, recebendo como contraprestação a atenuação no número de acusações e/ou na gravidade das penas a serem aplicadas. Trata-se em última análise de um contrato firmado entre a parte acusatória e a parte ré, sem a participação de um juiz e portanto sem imparcialidade. Ao Judiciário cabe unicamente o papel de executor do pactuado.

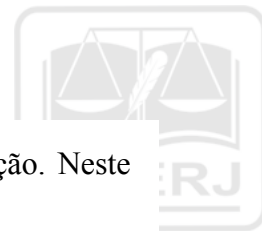
Isso não ocorre no acordo de não persecução penal brasileiro, não tendo sido aqui admitido esse modelo. Como anteriormente mencionado, o acordo ocorre na fase pré-processual, em crimes de médio potencial ofensivo, não sendo discutida aplicação de pena, uma vez que ainda não há um processo, e diante do preenchimento de determinados requisitos previstos no artigo 28-A do CPP<sup>15</sup>. Não há uma ampla e ilimitada

<sup>13</sup> LIMA, op. cit., p. 326.

<sup>14</sup> BUCH, João marcos. *Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro*. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/294189/plea-bargain-e-sua-inaplicabilidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.





discricionariedade por parte do Ministério Público em se tratando de sua aplicação. Neste sentido, Buch corroborando esse entendimento<sup>16</sup>:

A adaptação ao Brasil deste modelo estadunidense, já pouco utilizado na Europa e alvo de fortes críticas nos próprios Estados Unidos (vide superencarceramento, supressão de direitos como a não autoincriminação e o julgamento por corpo de jurados imparciais), é inviável. E isso porque há completa ausência de alinhamento cultural e descompasso entre os sistemas jurídicos de civil law e common law. É de clareza solar em todos os meios acadêmicos que no Brasil, diferentemente do modelo estadunidense, impera o sistema romano-germânico, mais conhecido como civil law, que se define pelo fenômeno da codificação do direito. Por isso a impossibilidade de implementação em nosso país o plea bargain estadunidense

Ademais, parte da doutrina aponta que o *plea bargain* não se coaduna com os princípios constitucionais pátrios, violando o princípio da presunção da inocência e o devido processo legal, uma vez que o acusado aceita se submeter a uma pena sem a total execução de um processo criminal, podendo se revelar ainda como um instrumento de pressão para fazer o investigado confessar falsamente, ou entregar informações inverídicas apenas para se ver livre do aparato estatal acusador e das agruras de um processo penal.

Segue esse entendimento Aury Lopes Junior<sup>17</sup>:

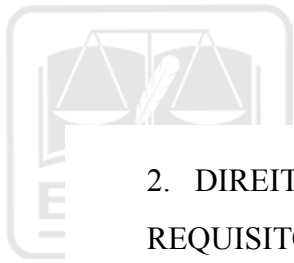
O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor.

Portanto, não há uma substituição do princípio da obrigatoriedade pelo princípio da oportunidade, mas apenas sua mitigação. Desse modo, o dever de agir do Ministério Público diante dessa visão da nova política criminal não será exercido apenas com a opção do oferecimento da denúncia, mas de acordo com as opções legislativas que possui, devendo escolher a melhor estratégia legal para o caso apresentado. Neste aspecto, o acordo é uma escolha do Estado para diminuir a instauração de processos, que em certos casos não está surtindo o efeito esperado com o cumprimento de pena.

---

<sup>16</sup> BUCH, op. cit.

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



## 2. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO DIANTE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DO ANPP

Diante do apresentado no capítulo anterior, surge um questionamento: verificando-se que estão previstos os requisitos legais para sua aplicação, será ele um direito subjetivo do acusado ou uma faculdade do promotor de justiça?

Os requisitos objetivos para aplicação do acordo de não persecução penal encontram-se no artigo 28-A do Código de Processo Penal<sup>18</sup>, trazido pela Lei Anti Crime (Lei nº 13924/2019), com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Se entender-se que trata-se de um direito subjetivo do acusado, diante do preenchimento dos requisitos objetivos, verifica-se que em um primeiro momento que o ANPP poderia ser aplicado ao crime de racismo, aqui especificamente analisado, pois as penas mínimas não excedem a 4 anos, bem como não há violência ou grave ameaça contra a vítima, em regra. É isso o que se extrai do artigo 20 da Lei nº 7.716/89<sup>19</sup>, que assim dispõe:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.  
Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Esse é o entendimento de Aury Lopes Jr<sup>20</sup>. Essa posição baseia-se na interpretação do artigo 28-A, §14, do CPP<sup>21</sup>, o qual prevê que no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 do CPP.

A principal interpretação dada a tal artigo é que será feito um pedido de revisão pelo acusado, em um prazo de 30 dias, que será enviado ao órgão superior, Procurador Geral, e esse poderá manter a decisão ou designar outro membro do MP para oferecer o acordo.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2021.

<sup>20</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 315.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

Porém, Aury Lopes Junior<sup>22</sup> traz outra possível interpretação ao artigo, como se pode observar:

Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.

Contudo, a posição a posição que prevalece na doutrina, conforme demonstrado por Renato Brasileiro<sup>23</sup>, entende que não há direito subjetivo do acusado para propositura do acordo de persecução penal, sendo uma discricionariedade do Ministério Público. Primeiramente, cabe observar que na justiça consensuada não há direito subjetivo de nenhuma das partes. O que há é uma horizontalidade, ou seja, as partes estão no mesmo patamar, possuindo os mesmos direitos.

Assim, o Ministério Público não pode fazer a sua vontade sucumbir à vontade do acusado e nem o acusado fazer a sua sucumbir a do MP. Como o próprio nome do instituto já evidencia, deve haver um acordo, chegando as partes a um consenso.

Neste sentido, entende Renato Brasileiro<sup>24</sup>:

Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não nos parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso.

A orientação do Ministério Público segue no mesmo sentido, conforme enunciado 21 PGJ-CGMP, do Ministério Público de São Paulo<sup>25</sup>:

A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 321.

<sup>23</sup> LIMA, op. cit., p. 276.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Enunciado 21 PGJ-CGMP*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal\\_Juri\\_Jecrim/Enunciados\\_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2021.



Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado”

O próprio texto do artigo 28-A, *caput*, do CPP, traz o elemento discricionário do ANPP. Primeiramente, o artigo diz que o Ministério Público poderá propor o acordo e não que deverá. Segundamente, estabelece que isso poderá ser feito desde que o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, sendo esse o elemento que estabelece uma discricionariedade.

Isso porque, muitas vezes pode acontecer do acusado preencher todos os requisitos estabelecidos em lei e não esteja enquadrado em nenhuma das vedações previstas, mas por conta desse trecho o Ministério Público pode deixar de oferecer o acordo.

Logo, fica evidente que existe uma discricionariedade do Ministério Público. Contudo, optando por não oferecer o acordo de não persecução penal, deverá justificar sua escolha, tratando-se então de uma discricionariedade regrada.

Neste sentido, é o entendimento de Higyna Josita<sup>26</sup>:

Como já decidiu o STJ (AgRg no RHC 74.464/PR), a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para o instituto do ANPP, já que ambos têm o mesmo caráter de instrumento da Justiça penal consensual. O MP não é obrigado a ofertar o acordo, mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo.

Corroborando o entendimento de que não se trata de um direito subjetivo do acusado, ainda que a doutrina apresente divergências, o Supremo Tribunal Federal julgou recentemente o Habeas Corpus nº 194.677/SP<sup>27</sup>, nessa perspectiva:

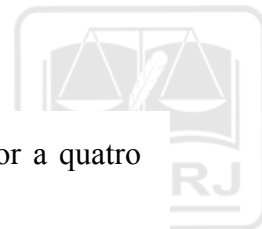
O Poder Judiciário não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal (ANPP). Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao MP a celebração de acordos.

No que tange à possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal ao crime de racismo, ao analisar a Lei nº 7.716/89<sup>28</sup> percebe-se que a maioria dos crimes

<sup>26</sup> JOSITA, Higyna. *Curso prático de audiências criminais para o advogado que tem pressa*. Salvador: Juspodivm, 2020 p. 87.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 194.677/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1262960177/habeas-corpus-hc-194677-sp-0109515-802020100000/inteiro-teor-1262960272>>. Acesso em: 08 ago. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 19.



previstos é cometido sem violência ou grave ameaça e tem pena mínima inferior a quatro anos. Logo, em tese, esses crimes admitiriam o ANPP.

Entretanto, o Ministério Público de São Paulo fixou posição no sentido de não ser possível celebração do acordo, tendo em vista o tratamento diferenciado dado pela Constituição a esses crimes. Conforme boletim 95 de 2020 do MP/SP<sup>29</sup>:

Neste cenário, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público, entenderam por bem expedir a presente orientação conjunta de atuação aos Membros da Instituição, frisando que todos os órgãos de execução devem evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais, sendo tais modalidades de Justiça Consensual insuficientes para a prevenção e reprovação pela prática de tais delitos.

Essa orientação foi seguida pelo Ministério Público de diversos outros Estados, como MP/GO e MP/RN. Assim, como visto, em tese seria possível oferecer acordo, uma vez que o crime de racismo preenche os requisitos objetivos previstos em lei. Porém, por não se tratar de um direito subjetivo do acusado e não se mostrar suficiente para reprovação e prevenção do crime, o ANPP não deverá ser aplicado.

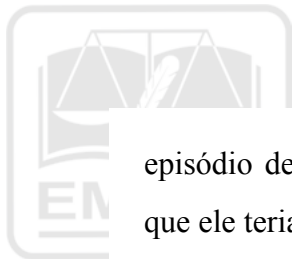
### 3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE RACISMO

Em uma breve contextualização histórica acerca da criminalização do racismo no Brasil, tem-se que a primeira lei que tipificou o racismo classificou-o apenas como contravenção penal, ou seja, uma infração de menor potencial ofensivo. Essa foi a Lei nº 1.390/51<sup>30</sup>, chamada Lei Afonso Arinos que, segundo algumas fontes<sup>31</sup>, foi inspirada em um

<sup>29</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Boletim criminal comentado nº95*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim\\_Semanal/boletim%20CAOCrim%20JUNHO%202%20-.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20JUNHO%202%20-.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2021.

<sup>30</sup> JUSBASIL. *Lei Afonso Arinos*. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128801/lei-afonso-arinos-lei-1390-51>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

<sup>31</sup> OAB SÃO PAULO. *Katherine Dunham e a Lei Afonso Arinos*. Disponível em: <<https://oabrp.org.br/katherine-dunham-e-a-lei-afonso-arinos/>> Acesso em: 11 ago. 2021.



episódio de racismo individual sofrido pelo motorista do parlamentar que propôs tal lei, em que ele teria tido sua entrada negada em uma confeitaria do Estado do Rio de Janeiro.

Essa lei foi importante pois, simbolicamente, foi o primeiro ato a dizer que a discriminação seria um ilícito penal. Porém, sua aplicabilidade foi muito aquém do desejado, pois limitava o racismo a apenas alguns espaços físicos, sendo uma lei de aplicabilidade restrita. Dessa forma, passava uma mensagem de que o racismo fora dos espaços físicos previstos em lei era tolerado.

Ocorre que antes da Lei Afonso Arinos havia um processo de criminalização dos negros, como o 2º Ato Complementar à Constituição de 1824, que proibia negros e leprosos de frequentar a escola. A própria Lei Áurea, por exemplo, declarou extinta a escravidão no Brasil, mas não estipulou o destino desses indivíduos recém libertos. Essa parcela da sociedade foi jogada das senzalas para os cortiços, favelas e hoje constituem a maioria da população carcerária do país.

Posteriormente, tem-se ainda diversas leis que dificultaram a inserção dos negros ex-escravos na sociedade como povo liberto e outras que impedem a vinda de negros para o país, como o Decreto nº 528/88, que proibia a entrada de africanos e asiáticos no Brasil, salvo com autorização do Congresso Nacional.

Portando, o que se observa é que o Brasil, a partir da Lei nº 1.390/51, não começou a criminalizar o racismo, mas começou na verdade uma descriminalização do negro, pois não era simplesmente um Estado omissivo, mas criminalizava o negro e o resultado é que a sociedade ainda hoje colhe os frutos venenosos desse passado escravocrata.

Com a Constituição de 1988 houve uma mudança de paradigma, passando o racismo a ter um tratamento mais rigoroso na Constituição, estando previsto no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal<sup>32</sup>, como objetivo fundamental, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, o artigo 5º, inciso XLII passou a prever que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. No ano seguinte à promulgação da Carta Constitucional foi editada a Lei nº 7.716/89, também conhecida como Lei Caó, prevendo o crime de racismo no artigo 20 e parágrafos.

---

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.



Dessa forma, nas palavras de Thimotie Aragon Heemann<sup>33</sup>:

O Poder Constituinte Genuíno foi claro como a luz solar: todos aqueles regidos pela Constituição Federal de 1988 possuem o direito de viver em um país sem preconceitos, independente de etnia, raça e cor, onde todos recebem o mesmo respeito e a mesma consideração por parte do Estado e da sociedade na qual estão inseridos.

Como se não fosse suficiente, o constituinte originário, no artigo 4º, inciso VIII, da Constituição<sup>34</sup> elenca, como um dos princípios que rege o Brasil em suas relações internacionais, o repúdio a apenas dois crimes: o terrorismo e o racismo. Portanto, percebe-se que o Constituinte originário buscou ser claro e não deixar margem para dúvidas: o Brasil não compactuará com práticas racistas, tanto na ordem interna quanto na ordem internacional<sup>35</sup>.

No que tange à imprescritibilidade do crime, essa especial característica estipulada pelo constituinte, por si só, já se mostra totalmente incompatível com o oferecimento do acordo de não persecução penal, entende neste sentido Heemann<sup>36</sup>:

O manto da imprescritibilidade é a exceção da exceção no direito brasileiro, sendo conferido apenas às condutas mais abjetas e perniciosas da sociedade e possuindo como única *raison d'être* a punição do autor independentemente do período de tempo transcorrido. Portanto, inserir o crime de racismo no catálogo de infrações penais que comportam a celebração do acordo de não persecução penal significa contrariar a *mens constitutionis*, que, ao conferir o manto da imprescritibilidade ao delito em análise por conta de sua gravidade, objetivou a punição do autor independentemente do decurso de tempo.

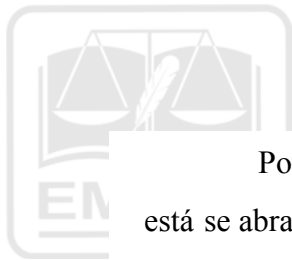
Ademais, o crime de racismo atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, que é a pedra angular fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Um dos pré-requisitos para o ANPP é a indenização da vítima, mas como aferir quanto vale a dignidade de alguém ou o quanto vale a dor da discriminação sofrida? Não se pode mensurar. Até mesmo porque a definição de dignidade humana é extremamente subjetiva, podendo significar uma coisa diferente para cada pessoa, sendo um conceito amplo.

<sup>33</sup> JOTA. *A inconstitucionalidade de acordos de não persecução penal em casos de racismo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-de-acordos-de-nao-persecucao-penal-e-m-casos-de-racismo-09012021>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

<sup>34</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>35</sup> JOTA, op. cit., nota 32.

<sup>36</sup> Ibid.



Por último, mas não menos importante, cabe lembrar que quando se fala em racismo está se abrangendo também a transfobia e a homofobia, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26. Conforme tese fixada<sup>37</sup>:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

A realidade é que o racismo se recria a todo tempo. Observa-se que apesar de constituírem a maioria da população, negros ainda não ocupam lugares de poder na mesma proporção e o Brasil segue sendo o país que mais mata transgêneros no mundo.

Um exemplo do primeiro caso é o próprio Ministério Público, que segundo a pesquisa “Ministério Público: Guardião da democracia?”, realizada com base em entrevistas e informações dos membros do MP, que revela que 70% deles são homens e 77% deles são brancos. 20% se consideram pardos, apenas 2% pretos e 1% amarelos<sup>38</sup>.

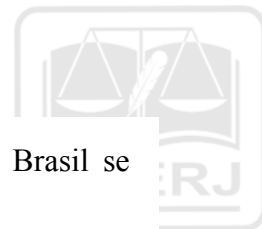
Dessa forma, resta evidente que não basta a mera previsão de tutela penal estabelecida pela Constituição Federal ou pelos demais diplomas legais, por se tratar de um problema social e estrutural. Sendo assim, o papel do judiciário deve ser buscar a maior efetividade possível das normas e uma das formas de se conseguir isso é com a não aplicação do ANPP ao crime de racismo.

Se o próprio constituinte originário repudiou o racismo, demonstraria-se contraditório admitir a não persecução criminal do autor do delito de racismo quando confrontada com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e com o tratamento dado pelo Estado brasileiro ao tema na ordem internacional, uma vez que o Brasil

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

<sup>38</sup> CENTRO DE ESTUDO DE SEGURANÇA E CIDADANIA. *77% do MP é branco e 70% homem; só 2% é preto*. Disponível em: <<https://cesecseguranca.com.br/reportagens/77-do-mp-e-branco-e-70-homem-so-2-e-preto/>>. Acesso em: 11 ago. 2021.





é signatário de diversos documentos internacionais de direitos humanos que o Brasil se obrigou a reprimir de forma eficiente e suficiente.

Portanto, não se demonstra proporcional o Ministério Público oferecer qualquer tipo de acordo a quem comete tal crime, por não ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime, considerando a realidade brasileira e o racismo estrutural praticado na sociedade, o que acarretaria em uma proteção deficiente do Estado levando-se em conta a gravidade abstrata do crime, além de ser claramente inconstitucional.

## CONCLUSÃO

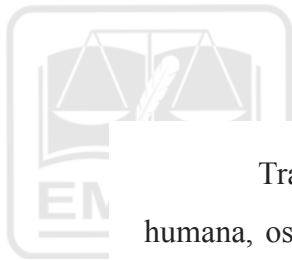
A pesquisa buscou trazer um breve estudo sobre o acordo de não persecução penal, especialmente quando aplicado ao crime de racismo, uma vez que ainda que em tese preencha os requisitos objetivos necessários, terá um tratamento diferenciado tendo em vista a importância no ordenamento jurídico e na sociedade.

O Ministério Público, responsável pelo oferecimento do ANPP, possui como uma de suas funções institucionais, promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei. Essa ação será regida pelo princípio da obrigatoriedade, devendo ser oferecida a denúncia pelo MP quando presentes as condições da ação.

Contudo, constatou-se que não haverá afronta a esse princípio com o oferecimento do acordo de não persecução penal, tendo em vista que pela releitura que o princípio vem passando, o que ocorre, na realidade, é uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, tendo o MP o dever de agir de acordo com as opções legislativas que possui.

Sendo assim, não há que se questionar se há controvérsia quanto a ser o acordo de não persecução penal um direito subjetivo do investigado ou uma faculdade do promotor, exercida de forma totalmente discricionária. Conforme defendido na pesquisa, se está diante de uma discricionariedade regrada do Ministério Público, podendo ser oferecido o acordo se preenchidos os requisitos previstos em lei e devendo ser observados ainda os princípios norteadores do Direito.

Diante disso, resta evidente a inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, tendo em vista a Constituição elencar o combate ao racismo como um objetivo fundamental da República e ainda como um dos princípios reitores do Brasil em suas relações internacionais.



Tratando o racismo de um crime que viola diretamente a dignidade da pessoa humana, os valores constitucionais e se tratando de um problema social e estrutural de tanta importância, o papel do Ministério Público e do Judiciário deve ser buscar tutelar as vítimas da melhor maneira possível e garantir efetivamente sua repressão. Logo, para esses objetivos serem alcançados, concluiu-se que não se pode aplicar o acordo de não persecução penal ao crime de racismo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Boletim criminal comentado nº 95*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim\\_Semanal/boletim%20CAOCrim%20JUNHO%202020-.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20JUNHO%202020-.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Enunciado 21 PGJ-CGMP*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal\\_Juri\\_Jecrim/Enunciados\\_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 194.677/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1262960177/habeas-corpus-hc-194677-sp-0109515-8020201000000/inteiro-teor-1262960272>>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BUCH, João Marcos. *Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro*. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/294189/plea-bargain-e-sua-inaplicabilidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

CABRAL, Rogério Leite Ferreira. *Manual do Acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.



\_\_\_\_\_. *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

HEMMANN, Thimotie Aragon. *A inconstitucionalidade de acordos de não persecução penal em casos de racismo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-de-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-casos-de-racismo-09012021>>. Acesso em: 12 ago. 2021

JOSITA, Higyna. *Curso prático de audiências criminais para o advogado que tem pressa*. Salvador: Juspodivm, 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020

\_\_\_\_\_. *Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticri-meremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

SOARES, Rafael Junior Soares; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Ano 20, v. 5, p. 213-231, 22 maio 2020.



## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INTELECTUAIS VIA PESSOA JURÍDICA: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS TRIBUTÁRIAS, SOB A ÓTICA DA DECISÃO DO STF, NA ADC 66

Isabella Garcia Duarte Iunes

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Advogada.

**Resumo** – o recente julgado da Ação Direta de Constitucionalidade nº 66 perante o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/05. Em sua decorrência, surgiram diversas consequências práticas, principalmente no tocante ao direito tributário. Isso, porque a administração tributária entendia como conduta ilícita a tributação de prestação personalíssima de serviços intelectuais por meio de uma pessoa jurídica. No presente trabalho, portanto, visa-se à análise de três dos principais impactos que o referido julgado estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, debruça-se sobre o estudo com o objetivo de sustentar a harmonia da decisão do Poder Judiciário perante a esfera administrativa tributária.

**Palavras-chave** – Direito tributário. Prestação de serviços intelectuais. Pessoa jurídica. Benefícios fiscais.

**Sumário** – Introdução. 1. Eventual possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo. 2. Tributação de ganhos decorrentes de direito de imagem por meio de pessoas jurídicas: uma reflexão sobre a viabilidade a fim de obter benefícios fiscais. 3. Da necessidade da observância das decisões do Supremo Tribunal Federal, perante a Receita Federal do Brasil. Conclusão.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as consequências práticas, em âmbito tributário, da declaração de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 129 da Lei nº 11.196/05, de 21 de novembro de 2005, que trata da possibilidade de prestação de serviços intelectuais personalíssimos por meio de pessoa jurídica, a fim de obter uma tributação menos onerosa, principalmente no tocante ao Imposto de Renda. Nesses termos, delimita-se a pesquisa à análise do julgamento da ADC 66, contextualizando com os conceitos doutrinários, bem como comparando com os precedentes jurisprudenciais e as decisões proferidas em sede administrativa, pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

O Imposto de Renda é um dos tributos de maior abrangência e arrecadação nacional, uma vez que suas características principais são a universalidade e a generalidade, alcançando quase todas as pessoas e rendas auferidas.

É sabido, todavia, que a carga tributária que recai sobre a pessoa física no ordenamento jurídica é excessivamente alta. Dessa forma, é cada vez mais comum observar a prestação de



serviços intelectuais por meio de uma pessoa jurídica, em decorrência do direito de planejamento tributário trazido pela legislação.

O tema sob comento se tornou controverso a partir das autuações fiscais milionárias executadas pela Receita Federal do Brasil, pois a Administração Tributária Federal possuía o entendimento de que a conduta adotada pelo contribuinte ensejava fraude fiscal.

As atuações da Receita Federal do Brasil, confirmadas posteriormente por decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, entendiam que a criação de uma sociedade para tributar prestação de serviços personalíssimos se enquadraria no conceito de evasão fiscal, ou seja, uma forma de suprimir, retardar ou reduzir o cumprimento de uma obrigação tributária.

O contribuinte, por sua vez, sustentava que a sua conduta tinha amparo nas regras da Lei nº 11.196/05, em particular no art. 129.

Por essa razão, coube ao Supremo Tribunal Federal, na ADC 66, debater amplamente o tema, para, ao final, pacificá-lo, cujos desdobramentos serão analisados, a fim de entender os fundamentos utilizados para permitir a concessão dos referidos benefícios fiscais.

A partir dessa decisão, portanto, tem-se que a chamada “pejotização” da prestação personalíssima de serviços intelectuais não é mais vista como um ilícito tributário. A norma estabelece que é possível a criação de uma sociedade a fim de prestar serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, de modo personalíssimo, e receba, para fins fiscais e previdenciários, o tratamento dado pela legislação aplicável às pessoas jurídicas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a possibilidade da ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo federal, quando das autuações fiscais da pessoa jurídica.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca da criação de uma pessoa jurídica, a título de planejamento tributário, para que se possa tributar os ganhos decorrentes de direito de imagem, tendo em vista a natureza personalíssima do referido direito.

Por fim, tendo em vista os efeitos presentes na declaração de constitucionalidade de benefícios fiscais e o princípio da segurança jurídica, analisa-se a necessidade de observância dos limites traçados pelo julgamento da ADC 66, no tocante às autuações fiscais por parte da Receita Federal do Brasil,

A pesquisa é desenvolvida pela metodologia indutiva, assim como expositiva. Em síntese, a partir da pesquisa teórico-bibliográfica, bem como da exposição de precedentes jurisprudenciais e de análise de decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, extrair-se-á o conflito de entendimento entre as decisões de âmbito judicial e de âmbito



administrativo, além de concluir acerca da constitucionalidade e aplicação da prestação de serviços por meio de uma pessoa jurídica a fim de obter benefícios fiscais.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. EVENTUAL POSSIBILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO

A desconsideração da personalidade jurídica é teoria originada pelo direito anglo-saxão, tendo como base precedentes da Inglaterra e Estados Unidos, cujo objetivo é levantar o véu da pessoa jurídica e atingir o patrimônio dos sócios, em casos de confusão patrimonial, abuso da pessoa jurídica ou fraude. Nesses termos excepcionais, não obstante a clara distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios, a desconsideração será autorizada<sup>1</sup>.

No direito brasileiro, muito embora a referida teoria tenha origem jurisprudencial, foi posteriormente prestigiada no art. 50 do Código Civil de 2002<sup>2</sup>. Ressalta-se que o legislador, principalmente após a entrada em vigor da Lei nº 13.874/19, de 20 de setembro de 2019, se preocupou em assegurar o caráter extraordinário do instituto, definindo os requisitos necessários para a sua caracterização.

Sob a ótica do direito tributário, o art. 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN)<sup>3</sup> traz, especificamente, a possibilidade de se responsabilizar pessoalmente o diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>1</sup> OLIVA, Milena Donato. *Teoria Geral do Direito Civil*. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 131.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 05.abr.2021. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

<sup>3</sup>BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 05 abr 2021.



Todavia, da mesma forma que o legislador civilista, a norma tributária estabelece que a regra é a personificação jurídica da sociedade, devendo ser ela a responsável pelo pagamento dos tributos<sup>4</sup>, salvo nas hipóteses excetuadas.

Em razão da excepcionalidade do incidente descrito, o Fisco passou a interpretar a norma do CTN como mera imputação direta da lei, e não como desconsideração da personalidade jurídica, porquanto a imputação direta exige menos requisitos e possui menos consequências. Os efeitos na seara prática foram diversos.

No tocante ao caso ora estudado, cria-se uma pessoa jurídica, na qual se tributa, com carga menos onerosa, a prestação de serviços intelectuais. Diante desse cenário, a autoridade fiscal entendia estar diante de uma evasão fiscal, ou seja, o contribuinte criava a pessoa jurídica com a finalidade, única e exclusivamente, de evadir o tributo a ser pago. Evasão fiscal é conjunto de ações ou omissões tendentes a suprimir, reduzir ou retardar o cumprimento de uma obrigação tributária<sup>5</sup>, nos casos em que o contribuinte age de má-fé.

Sob esse entendimento, a Receita Federal do Brasil (RFB) deslocava os rendimentos auferidos e tributados pela pessoa jurídica para a pessoa física, sócia da pessoa jurídica em questão, de forma que a autuação era feita em nome da pessoa física.

A descrição da conduta adotada pela autoridade fiscal nada mais é do que a caracterização do incidente da desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, o fisco pecava no momento de apresentar os fundamentos jurídicos e qualificações do referido instituto.

É sabido que as citadas autuações fiscais usavam como fundamento legal o art. 116, parágrafo único, do CTN<sup>6</sup>. O dispositivo prevê que a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo. O artigo está sendo objeto de análise na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.446<sup>7</sup>. Não obstante o julgamento ainda estar em andamento, a Ministra

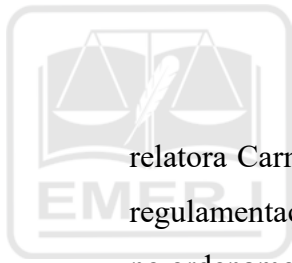
<sup>4</sup> SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 924.

<sup>5</sup> FRANCA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 34. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 253.

<sup>6</sup>BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)> Acesso em: 05.abr.2021. Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2442*. Relator: Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1930159>>. Acesso em: 05 abr 2021.



relatora Carmen Lúcia proferiu o seu voto no sentido de que o artigo em análise depende de regulamentação por lei ordinária para que o seu disposto possa ocorrer, o que ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, o fundamento utilizado pelo contribuinte, a fim de evitar o deslocamento de rendimentos para a pessoa física, era o da adoção do planejamento tributário. Este tem por finalidade a boa gestão de negócios, isto é, invocar uma auto-organização administrativo-financeira para obtenção dos resultados perquiridos, tornando-se necessário, por vezes, a adoção de medidas que resultem em redução de custos administrativos, financeiros e tributários.<sup>8</sup>

Para estabelecer melhor a distinção entre elisão fiscal e evasão fiscal, Hermes Marcelo Huck<sup>9</sup> traz uma distinção cronológica:

[...] a elisão, de um lado, tem sua preocupação concentrada no uso de meios legais, ao menos formalmente lícitos, ao passo que na evasão atuam os meios ilícitos e fraudulentos. Na fraude fiscal, opera-se a distorção no momento da incidência tributária, ou após, enquanto na elisão, o indivíduo atua sobre a mesma realidade, mas, de alguma forma, impede que ela se realize, transformando o fato imponível ou gerador do tributo [...].

Dessa forma, a elisão, forma de planejamento tributário, antecede à ocorrência do fato gerador. Por outro lado, a evasão, também conhecida como fraude fiscal, se dá após o fato gerador.

Ao interpretar de forma literal o art. 113, § 1º, do CTN<sup>10</sup>, observa-se que essa distinção foi trazida pela lei. O dispositivo afirma que se não há ocorrência do fato gerador, não houve nascimento da obrigação tributária. Portanto, planejar-se antes da ocorrência do fato gerador não é uma forma de suprimir, retardar ou reduzir o tributo.

Antes do julgamento da ADC nº 66<sup>11</sup>, portanto, o embate formado era: de um lado, autuações fiscais sobre a pessoa física, após uma desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo, sob o fundamento da evasão fiscal; de outro lado, defesa do contribuinte,

<sup>8</sup> QUEIROZ, Mary Elbe. *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*. São Paulo: Quatier, 2005, p. 85

<sup>9</sup> HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 346.

<sup>10</sup> BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)> Acesso em: 05.abr.2021. Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 66*. Relator: Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5794122>>. Acesso em: 05 abr 2021





com base no art. 129 da Lei nº 11.196/05, de 21 de novembro de 2005<sup>12</sup>, e nos termos do planejamento tributário.

Tal divergência foi decidida no julgamento da decisão objeto do presente estudo. A Ministra Carmen Lúcia, relatora da analisada ADC, em seu voto, entendeu que, em razão da mínima interferência na liberdade econômica das empresas, eventual conduta de maquiagem pode ser objeto de questionamento em âmbito judicial. Isso significa dizer que a ministra relatora prestigiou o instituto do planejamento tributário, sem que fosse dado ao contribuinte uma espécie de carta branca:

[...] eventual conduta de maquiagem de contrato – como ocorre em qualquer caso – não possa ser objeto de questionamento judicial. Entretanto, a regra jurídica válida do modelo de estabelecimento de vínculo jurídico estabelecido entre prestador e tomador de serviços deve pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica constitucionalmente assegurada e revestir-se de grau de certeza para assegurar o equilíbrio nas relações econômicas e empresariais [...].

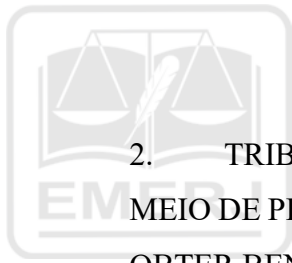
Nesse tocante, destaca-se que o planejamento tributário é uma forma usual de agir, uma vez que permite que o contribuinte se socorra à métodos específicos, entre alternativas lícitas, e isso significa dizer que podem estar autorizadas em lei ou apenas não proibidas, com a finalidade de obter uma economia no pagamento de tributos<sup>13</sup>.

Sob essa análise, resta claro que a decisão proferida pela Ministra relatora deve ser analisada em conjunto com o seu voto na ADI nº 2.446. Isso significa que, em decorrência da inexistência de lei que regule o art. 116, parágrafo único, do CTN, a desconsideração da personalidade jurídica só poderá ocorrer nos ditames do art. 50 do Código Civil, qual seja, após uma decisão judicial.

Em outras palavras, a inteligência do STF não deixou resquício de dúvida: não cabem à Receita Federal do Brasil e ao CARF decidir pela desconsideração da personalidade jurídica, incidente exclusivo do Poder Judiciário.

<sup>12</sup>BRASIL. *Lei nº 11.196*, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm)>. Acesso em: 05 abr 2021.

<sup>13</sup> SERAIDARIAN, Henrique Buldrini Filogônio. *Tributação dos desportistas*: Uma análise da licitude do planejamento tributário por meio da criação de pessoa jurídica para administração do direito de imagem dos desportistas. VirtuaJus: Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 74-94.



## 2. TRIBUTAÇÃO DE GANHOS DECORRENTES DE DIREITO DE IMAGEM POR MEIO DE PESSOAS JURÍDICAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A VIABILIDADE A FIM DE OBTER BENEFÍCIOS FISCAIS

O direito de imagem engloba os chamados direitos da personalidade. Conforme leciona Anderson Schreiber<sup>14</sup>, os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana. A eles, são garantidas características que tornam a proteção ao bem mais eficaz, uma vez que se trata dos bens mais importantes do ser humano.

Os direitos da personalidade, em uma das suas principais características, são intransmissíveis e irrenunciáveis. Explica Adriano de Cupis<sup>15</sup>:

[...] De facto, nos direitos da personalidade a intransmissibilidade reside na natureza do objecto, o qual, como já dissemos, se identifica com os bens mais elevados da pessoa, situados, quanto a ela, em um nexos que pode dizerse de natureza orgânica. Por força deste nexos orgânico o objecto é inseparável do originário sujeito: a vida a integridade física, a liberdade, a honra, etc. de Tício, não podem vir a ser bens de Caio por virtude de uma impossibilidade que se radica na natureza das coisas. Nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo se despoje daqueles direitos que, por corresponderem aos bens mais elevados, têm o carácter de essencialidade [...]

Em que pese o entendimento doutrinário acerca dos direitos da personalidade, não se pode ignorar que o direito de imagem se desdobra em duas vertentes: aspecto pessoal e aspecto patrimonial. Pelo aspecto patrimonial, há a exploração de forma econômica, gerando acréscimos patrimoniais e, conseqüentemente, a incidência de tributos – principalmente de Imposto de Renda. É como entende o e. Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup>:

DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA E VIDEOGRAFICA. FUTEBOL. GARRINCHA E PELÉ. PARTICIPAÇÃO DO ATLETA. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA CRIAÇÃO ARTÍSTICA, SEM AUTORIZAÇÃO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. FATOS ANTERIORES ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES. PREJUDICIALIDADE. RE NÃO CONHECIDO. DOCTRINA. DIREITO DOS SUCESSORES À INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II – a utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização.

<sup>14</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 13.

<sup>15</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 48

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 267.529*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=66401&num\\_registro=200000718092&data=20001218&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=66401&num_registro=200000718092&data=20001218&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso: 10 ago 2021



III - Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais.

Nesse mesmo sentido, afirmam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>17</sup> que a utilização da imagem é possível, quando há autorização do titular, devendo, esse consentimento ser interpretado restritivamente.

Portanto, sob as lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>18</sup>, o direito de imagem, em essência, é um direito intransmissível, haja vista que ninguém pode transferir juridicamente a sua forma a terceiro. Todavia, a natureza desse direito admite a sua cessão, pois não transfere o direito em si, mas sim a sua faculdade de uso. Essa cessão, portanto, pode ser realizada por meio de contrato e deve respeitar a vontade do titular, sendo interpretada restritivamente.

Nesse sentido, a exploração do uso da imagem, principalmente de atletas profissionais, é uma realidade em todo o mundo. No ordenamento jurídico pátrio, é possível que isso seja feito de duas formas: (i) diretamente pelo atleta; (ii) por meio de sublicenciamento, em que uma pessoa jurídica irá deter os direitos de exploração da imagem e o atleta figurará como sócio, acionista ou titular<sup>19</sup>.

Na toada da segunda modalidade, os rendimentos decorrentes da exploração de direito de imagem deveriam ser tributados por meio do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), variando de acordo com o regime escolhido para a tributação da renda da pessoa jurídica: lucro presumido ou lucro real. Destaca-se que, em qualquer um dos regimes adotados, a renda está sujeita, além da tributação pelo IRPJ, às contribuições sociais incidentes sobre a receita (CSLL, PIS e COFINS).

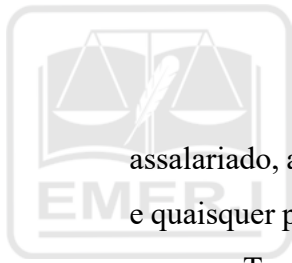
A legislação brasileira prevê um regime de tributação mais favorável às pessoas jurídicas do que às pessoas físicas. Isso ocorre, pois a base de cálculo do IRPJ é o rendimento durante o período ano-base. De acordo com o art. 36 do Regulamento do Imposto de Renda<sup>20</sup> (RIR), os rendimentos tributáveis são constituídos pelos rendimentos provenientes do trabalho

<sup>17</sup> TEPEDINO, G.; BARBOZA, H.; DE MORAES, M. *Código Civil interpretado de acordo com a Constituição da República*. Vol. I. São Paulo: Renovar. 3 ed. 2014. p. 52.

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo, SaraivaJur, 2013. p. 191.

<sup>19</sup> BITTENCOURT JÚNIOR, Rogério Abdala. *A tributação do rendimento da licença do uso da imagem do atleta profissional no plano internacional*. 2015. 36 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito Tributário) – IBET, Belo Horizonte, 2015.

<sup>20</sup>BRASIL. *Decreto nº 9.580*, de 22 de novembro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm)> Acesso em 10.ago.2021.



assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos. A alíquota, portanto, varia entre 7,5% e 27,5%.

Tendo em vista o valor de grande monta recebido a título de direito de imagem – normalmente, contratos milionários –, a base de cálculo do imposto de renda se submeterá à alíquota mais alta de IRPF<sup>21</sup>.

Por outro lado, a base de cálculo para a pessoa jurídica é o lucro, isto é, o resultado das receitas menos as despesas, dentro de um mesmo exercício financeiro. Será a forma de demonstrar a capacidade contributiva da empresa. As alíquotas do IRPJ, por sua vez, são de 15% sobre o lucro apurado<sup>22</sup>, demonstração clara de uma alíquota menor do que aquela do IRPF.

Por essa razão, baseando-se no instituto do planejamento tributário, os detentores da imagem licenciam o seu uso às pessoas jurídicas. Tal exploração, todavia, gerou, por muitos anos, controvérsia.

A jurisprudência do CARF era constituída com base no art. 116, parágrafo único, do CTN<sup>23</sup> e no instituto do negócio jurídico simulado<sup>24</sup>. Nesse tocante, a esfera administrativa federal brasileira entendia que as empresas cujo objeto social consiste em explorar a vertente patrimonial do direito de imagem não estariam prestando serviço de natureza intelectual, não estando, portanto, dentro do parâmetro do art. 129 da Lei nº 11.196/05<sup>25</sup>. Essa conclusão do Fisco Federal leva ao caminho de que esses licenciamentos seriam uma forma de fraudar o sistema tributário nacional.

Os contribuintes, por outro lado, defendiam a plena licitude na constituição das referidas empresas bem como na tributação dos rendimentos do direito de imagem por meio da pessoa jurídica. Isso, porque baseiam-se nos dizeres doutrinários e na interpretação da lei, entendendo pela possibilidade de ceder o uso do direito de imagem – e não a cessão do direito em si.

---

<sup>21</sup>BRASIL. *Lei nº 11.482*, de 31 de maio de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11482.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11482.htm)> Acesso em: 10.ago.2021. Art. 1º. O imposto de renda incidente sobre os rendimentos de pessoas físicas será calculado de acordo com as seguintes tabelas progressivas mensais, em reais:

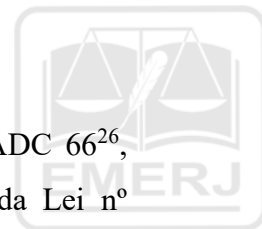
IX - a partir do mês de abril do ano-calendário de 2015: (Incluído pela Lei nº 13.149, de 2015)

<sup>22</sup>BRASIL. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19430compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430compilada.htm)> Acesso em: 10.ago.2021.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 6

<sup>24</sup> OLIVA, op. cit., p. 349. “O negócio simulado não passa de mera aparência: as partes não querem o negócio celebrado, seja porque não desejam negócio algum (simulação absoluta) seja porque pretendem negócio diverso (simulação relativa). Na simulação, dessa forma, há divergência intencional entre o declarado e o efetivamente realizado”.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.



Estabelecido esse cenário, o Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADC 66<sup>26</sup>, reforça o argumento trazido pelos contribuintes, no sentido de que o art. 129 da Lei nº 11.196/05<sup>27</sup> nada mais é do que uma limitação ao poder de tributar do Estado. Imperioso destacar que as limitações ao poder de tributar são de extrema relevância, tendo em vista que preconizam o princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, com base no planejamento tributário e restando claro o caráter patrimonial e transmissível do direito de imagem, é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a cessão do uso do referido direito a uma pessoa jurídica e a consequente tributação pelo IRPJ, a fim de uma tributação menos onerosa e eventuais benefícios fiscais.

### 3. DA NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PERANTE A RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sedimentou-se o entendimento acerca da sua aplicação perante os processos administrativos – inclusive aqueles que versam sobre matéria tributária<sup>28</sup>. Nesse sentido, havendo ausência de norma específica que regule aos processos administrativos, as disposições do Codex processual devem ser aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Isso se dá em virtude da função normativo-substitutiva e normativo-integrativa que a legislação processual exerce sobre o processo administrativo, de forma que deve ser aplicado nas hipóteses de processo administrativo fiscal não somente em lacuna normativa, como também para servir de complemento a uma norma já existente<sup>29</sup>.

Nesse contexto, observa-se o art. 927<sup>30</sup> da legislação processual citada. O diploma legal impõe aos juízes e tribunais o dever de observar: (i) as decisões do Supremo Tribunal

---

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.

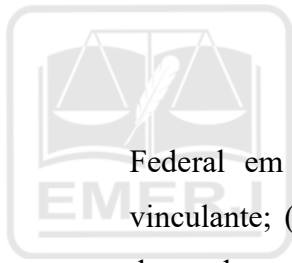
<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>28</sup>BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 29.ago.2021. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

<sup>29</sup> CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa. *Aplicação do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário in 'O novo CPC e seu impacto no direito tributário'*. São Paulo: Fiscosoft, 2015. p. 249/255.

<sup>30</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 29.ago.2021. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;



Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Não se pode dizer, todavia, que todo o rol elencado no art. 927 possuirá eficácia vinculante. Para que isso aconteça, o professor Alexandre Freitas Câmara<sup>31</sup> explica que é necessário um outro dispositivo legal que expressamente atribua a eficácia vinculante. Nesse sentido, têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares previstos nos incisos I a III do art. 927, enquanto os incisos IV e V são meramente argumentativas.

Como sabido, a ação em análise no presente trabalho é a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Nos termos trazidos por Pedro Lenza<sup>32</sup>, o objetivo da ADC é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta – “*jure et de jure*”, não mais se admitindo prova em contrário. Em exígua síntese, a ADC visa afastar o quadro de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem jurídica constitucional.

Conforme leciona o professor desembargador Alexandre Freitas Câmara<sup>33</sup>, as decisões de mérito, proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, previstas pelo art. 927, I, do CPC possuem eficácia vinculante, bem como efeito *erga omnes* por força do que dispõe o art. 102, § 2º, da CRFB/88<sup>34</sup>. Dessa forma, as decisões proferidas em seu âmbito deverão ser aplicadas a todos, vinculando os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>31</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.440.

<sup>32</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, [e-book].

<sup>33</sup> Ibid., p. 441.

<sup>34</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 set 2021.

produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse mesmo sentido, é a disposição direta do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99<sup>35</sup>.

Trata-se, portanto, de questão incontestável: os tribunais administrativos – como o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) – devem respeitar o sistema de precedentes judiciais vinculantes, a fim de priorizar o princípio da segurança jurídica e a isonomia em relação a situações semelhantes.

Todavia, não se trata de postura comumente adotada pelos tribunais administrativos. É possível verificar em decisões recentes, nas quais o CARF deixou de aplicar teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal – como, por exemplo, nos julgamentos referentes à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na base de cálculo do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social)<sup>36</sup>. Nessa oportunidade, o fundamento do tribunal administrativo federal foi no sentido de que a decisão não havia transitado em julgado e, portanto, ainda não seria definitiva.

A decisão de procedência proferida nos autos da ADC 66<sup>37</sup> é datada de 21/12/2020. Os últimos acórdãos proferidos pelo CARF acerca da matéria<sup>38</sup>, julgados no início de 2020, ainda eram no sentido de entender pela incompatibilidade entre as rendas decorrentes da prestação de serviços intelectuais e a tributação pelo IRPJ.

Porquanto o trânsito em julgado da constitucionalidade do art. 129, em 27/03/2021, e o posterior arquivamento dos autos transitados no Supremo Tribunal Federal, a expectativa é que o CARF mude o seu entendimento e passe a reconsiderar os recursos voluntários interpostos, entendendo que é perfeitamente possível e compatível com o ordenamento jurídico

---

<sup>35</sup>BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 13 set 2021. Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 574706. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>>. Acesso: 10 ago 2021

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>38</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão 2301-007.138. Relator: João Maurício Vital. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso: 10 ago 2021.



brasileiro a prestação de serviços intelectuais e a tributação de suas rendas pelos trâmites do IRPJ.

Com efeito, qualquer entendimento do CARF que for contrário à decisão *erga omnes* e vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal fará com que o contribuinte se veja obrigado a buscar o seu amparo no Poder Judiciário. Destaca-se que o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830<sup>39</sup> dispõe que, o questionamento judicial de determinado ato administrativo implica a “renúncia” do cidadão à instância administrativa. Todavia, a recíproca não é verdade. Isso significa dizer que o princípio do acesso à justiça permite que, não obstante o julgamento de processo administrativo fiscal, é possível rediscutir a mesma matéria em âmbito judicial<sup>40</sup>.

Dessa forma, espera-se que a Administração Pública Federal reveja e reconsidere seu entendimento consolidado, a fim de evitar não só que o contribuinte sobrecarregue a máquina do Judiciário com tema exaurido por decisões vinculantes, mas ainda que a Fazenda Pública tenha que suportar condenações em honorários sucumbenciais, em causas evitáveis e – não raro – milionárias, onerando desnecessariamente os combalidos cofres públicos.

## CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o presente trabalho visou esclarecer as consequências práticas que o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 66 gerou no âmbito tributário ao entender pela constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/05. Por se tratar de julgamento absolutamente contemporâneo, datado de dezembro de 2020, buscou-se analisar tendo por base grandes doutrinadores e julgados na esfera administrativa federal.

A chamada “pejotização” da prestação personalíssima de serviços intelectuais sempre foi vista como um ilícito tributário. Para a Administração tributária, principalmente na esfera federal, tal prática consistia em uma forma de evasão fiscal, uma vez que se entendia que a prestação personalíssima só poderia ser tributada por meio de uma pessoa física. Dessa maneira, de acordo com o Fisco, a tributação por meio de uma pessoa jurídica e sua consequente carga

---

<sup>39</sup>BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm)> Acesso em: 29.ago.2021. Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

<sup>40</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020, [e-book].





menos onerosa significava uma maneira de suprimir, retardar ou reduzir o cumprimento de uma obrigação tributária.

Com o julgamento da ADC nº 66, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/05, esclareceu que é concedida ao contribuinte a possibilidade de criar sociedade empresária para a prestação de serviços intelectuais, inclusive aqueles serviços de natureza científica, artística ou cultural, recebendo, nesses termos, o tratamento fiscal e previdenciário oferecido pela legislação para as pessoas jurídicas.

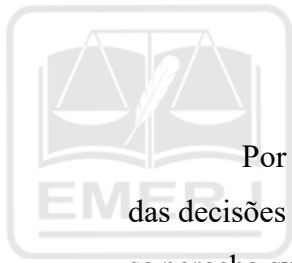
Coube, portanto, ao presente trabalho esmiuçar as principais e mais relevantes consequências dessa grandiosa decisão. A primeira relevância relaciona-se com a possibilidade de aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo.

Nesse tocante, o voto proferido pela relatora Ministra Carmen Lúcia lembrou a mínima interferência na liberdade econômica das empresas, de forma que as condutas cujo objetivo seja maquiagem um ilícito pode ser objeto de questionamento em âmbito judicial. Isso, porque não há lei específica que regulamente o art. 116, parágrafo único, do CTN, devendo se valer dos ditames previstos no art. 50 do Código Civil, que enfatiza a necessidade de decisão judicial. Sob esse enfoque, restou demonstrado não há essa alternativa em esfera administrativa, ou seja, não cabe à Receita Federal do Brasil ou ao CARF a adoção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

O segundo viés abordado é acerca da tributação do direito de imagem recebido pela pessoa física e a possibilidade de ceder esse direito a uma pessoa jurídica para fins de tributação. O cerne dessa questão residiu na existência ou não de caráter patrimonial do direito de imagem. Em razão da sua natureza de direito da personalidade, o Fisco defendia que o direito de imagem é um direito personalíssimo com vertente exclusivamente moral.

Por outro lado, tanto a doutrina civilista quanto o Superior Tribunal de Justiça consolidaram o entendimento de que o direito de imagem possui duas vertentes: a vertente moral e a vertente patrimonial. Sob esse segundo enfoque, destaca-se a possibilidade de poder ceder o uso do caráter patrimonial para um terceiro.

Nesse sentido, não obstante a sua natureza personalíssima, observou-se que, com a declaração de constitucionalidade do art. 129, o STF sedimentou o entendimento da segunda corrente. Portanto, com força do instituto do planejamento tributário, é possível que o uso do direito de imagem seja cedido para uma pessoa jurídica e que os valores decorrentes da sua exploração sejam tributados por meio do IRPJ, acarretando uma tributação menos onerosa para o contribuinte.



Por fim, o último seguimento do estudo se deu acerca da necessidade de observância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na esfera administrativa. Muito embora se perceba que a Administração tributária não tende a observar as decisões proferidas em âmbito judicial, apontou-se que as decisões em sede de controle de constitucionalidade possuem efeito *erga omnes* e eficácia vinculante em relação à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Trata-se de norma prevista no art. 102, § 2º, da CRFB/88.

Nesses termos, além da força constitucional que é imposta, a resposta ao questionamento indicou tese de extrema relevância. Ainda que as decisões em esfera administrativa sejam negativas ao contribuinte, elas poderão ser revisitadas pelo Poder Judiciário, que também possui o dever de seguir os precedentes do STF. Dessa forma, abraçando o precedente e havendo uma sequência de decisões favoráveis ao contribuinte, cristalina será a condenação de honorários e o conseqüente ônus financeiro que se gera para os cofres da Fazenda Pública.

Conclui-se, assim, que o reconhecimento da constitucionalidade do art. 129 da Lei nº 11.196/05 possibilita ao contribuinte uma tributação mais favorável, podendo a ele tributar sob os moldes de uma pessoa jurídica a prestação personalíssima de serviços intelectuais.

Imperiosa foi a tarefa de compreender os diversos desdobramentos do julgado recente no Supremo Tribunal Federal e quais são os seus efeitos na esfera administrativa tributária – principalmente em âmbito federal. É certo que o estudo do tema não se esgota no presente trabalho e que sua compreensão está em evolução dada a sua complexidade, bem como aos próximos passos que serão dados.

## REFERÊNCIAS

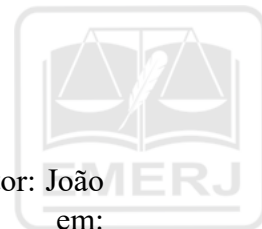
BITTENCOURT JÚNIOR, Rogério Abdala. *A tributação do rendimento da licença do uso da imagem do atleta profissional no plano internacional*. 2015. 36 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito Tributário) – IBET, Belo Horizonte, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 05.abr.2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 29.ago.2021.

\_\_\_\_\_. *Código Tribunal Nacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 05 abr 2021.



\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Acórdão 2301-007.138*. Relator: João Maurício Vital. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 10 ago 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 set 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.580* de 22 de novembro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm)> Acesso em 10.ago.2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm)> Acesso em: 29.ago.2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.430*, de 27 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19430compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430compilada.htm)> Acesso em: 10.ago.2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 13 set 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.196*, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm)>. Acesso em: 05 abr 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.482*, de 31 de maio de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111482.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111482.htm)> Acesso em: 10.ago.2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 267.529*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=66401&num\\_registro=200000718092&data=20001218&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=66401&num_registro=200000718092&data=20001218&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso: 10 ago 2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADC 66*. Relator: Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5794122>>. Acesso em: 05 abr 2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2442*. Relator: Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1930159>>. Acesso em: 05 abr 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 574706*, Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>>. Acesso em: 10 ago 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2019.



CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa. *Aplicação do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário in 'O novo CPC e seu impacto no direito tributário'*. São Paulo: Fiscosoft, 2015.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

FRANCA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 34. São Paulo: Saraiva, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo, SaraivaJur, 2013.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, [e-book].

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2020, [e-book].

OLIVA, Milena Donato. *Teoria Geral do Direito Civil*. Organização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUEIROZ, Mary Elbe. *Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária*. São Paulo: Quatier, 2005.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 ed. São Paulo, Atlas, 2014.

SERAIDARIAN, Henrique Buldrini Filogônio. *Tributação dos desportistas: Uma análise da licitude do planejamento tributário por meio da criação de pessoa jurídica para administração do direito de imagem dos desportistas*. VirtuaJus: Belo Horizonte, v. 13, n. 1.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H.; DE MORAES, M. *Código Civil interpretado de acordo com a Constituição da República*. Vol. I. São Paulo: Renovar. 3 ed. 2014.

## A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO HÍBRIDA NO *DESIGN* DE MODA, SOB A ÓTICA DO DIREITO AUTORAL E DO DESENHO INDUSTRIAL

Isabella Maria Araujo Monteiro Silva

Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie Rio.

**Resumo** – O avanço desenfreado da indústria da moda demanda uma série de inovações na aplicação das legislações no âmbito da proteção do *design*. Neste cenário, é essencial que a Propriedade Intelectual se torne um instituto de preponderância e efetivo protagonismo em relação à guarda da criação de *designers* e até mesmo empresas deste segmento. A arte é cada vez mais violada, passando por comercializações não autorizadas e ilícitas, bem como ocorre a indevida fruição por muitos que não possuem direito, ao passo que a deficiência jurídica nesta seara impede a garantia do próprio titular de gozar da sua criação. Assim, é fundamental a existência de um alargamento nas interpretações dos fundamentos, seja direito autoral, desenho industrial, proteção híbrida, ou até mesmo a tutela antecipada, para que assim seja possível proporcionar a garantia do Autor em função da sua criação, e, por óbvio, o *design* em si.

**Palavras-chave** - Moda. Propriedade Intelectual. Arte. Tutela. Proteção ao *Design*.

**Sumário** – Introdução. 1. Positivar e legitimar a tutela do *design* de moda pelo direito de autor, o que não exclui outras vias de defesa compreendidas em lei. 2. Possibilidade de proteção híbrida – Direito Autoral e Desenho Industrial – formando proteção integral do *design*. 3. Maior efetividade na proteção quando há a presença de concessão de tutela antecipada como instrumento processual a ser utilizado na eventual demora do registro da obra. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de aplicação da propriedade intelectual às criações de moda a partir de uma proteção substancial, sustentada pelo direito autoral e desenho industrial.

O propósito é a demonstração da necessidade de tutela mais eficaz ao *design*, e, para tanto, se faz imperioso verificar a atuação do Poder Judiciário e os mecanismos jurídicos disponíveis para tal demanda.

Para isso, são abordados entendimentos jurisprudenciais e posições doutrinárias acerca da matéria, de maneira que os conflitos visíveis de obras decorrente do intelecto bem como do apuro artístico possam ser dirimidos de forma mais contundente, observada a devida amplitude que o tema merece, proporcionando maior proteção ao trabalho criativo.

A indústria da moda é uma das mais lucrativas do mundo, o modelo de negócio alcança uma escala global expressiva, repercutindo no âmbito cultural, social e, claro, econômico. O Brasil não possui uma lei específica que discipline o direito da moda, e a consequência de um



ramo exponencial como este não se resume apenas ao aspecto mercadológico - o impacto maior é a ilicitude que acompanha esse crescimento de forma equivalente.

É preponderante conferir proteção às criações dos *designers*, bem como sobrepujar os plágios e as contrafações, observando que, o indivíduo que cria, deve ter sobre sua obra o devido reconhecimento bem como auferir os proveitos econômicos que dali decorrem.

Essas circunstâncias não ponderadas pelo ordenamento jurídico brasileiro demandam algumas reflexões, como o tipo de proteção proporcionado ao *design* e as legislações que podem se amoldar ao tema.

A temática ainda é controvertida no âmbito jurisdicional. Muitos artistas não conseguem a tutela integral das suas criações e, quando obtêm êxito, é por meio de uma mora não só do Poder Judiciário, mas também do próprio procedimento administrativo, que peca ao não conceder o registro de maneira ágil e efetiva.

Assim, para melhor compreensão do tema, busca-se discutir o tipo de guarida dispensada aos trabalhos artísticos e a efetividade destes diplomas legais, já que a ausência de amparo jurídico é facilmente constatada em razão das ilegalidades existentes nesse marco criativo e inventivo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a possibilidade cabal da tutela do *design* de moda pelo direito de autor, sem que essa repercussão possa afastar ou excluir por completo outras vias de defesa.

Já no segundo capítulo analisa-se a proteção híbrida dos organismos legais acima citados como uma possibilidade concreta, refutando a abstração própria do conceito, para fundamentar uma guarida jurídica mais segura dos trabalhos artísticos.

O terceiro capítulo pesquisa a viabilidade da concessão de tutela antecipada como instrumento processual que deve garantir o amparo das obras, sempre que houver mora da entidade administrativa em registrar o material criativo.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Desta maneira, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, descritiva, exploratória e de cunho bibliográfico sobre a Propriedade Intelectual na esfera da Moda. Os fundamentos utilizados terão base na interpretação legal, na leitura doutrinária e nas decisões jurisprudenciais.



## 1. POSITIVAR E LEGITIMAR A TUTELA DO *DESIGN* DE MODA PELO DIREITO DE AUTOR, O QUE NÃO EXCLUI OUTRAS VIAS DE DEFESA COMPREENDIDAS EM LEI

O Direito Autoral é um ramo da ciência jurídica que disciplina os temas que envolvem as obras artísticas, literárias e científicas, assim como os direitos conexos, direitos dos artistas intérpretes ou executantes e afins.

É regulamentado pela Lei nº 9.610/98<sup>1</sup> e assegura aos autores duas extensões do direito: os direitos morais – de caráter pessoal – e os direitos patrimoniais. Importante ressaltar que essa categoria jurisdicional também recebe guarida constitucional, no artigo 5º, XXVII da Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988<sup>2</sup>.

Neste sentido, assim que a obra é criada, surge com ela o direito de autor. Significa isso dizer que a própria existência da peça artística já confere a devida proteção e garante os direitos do seu criador, sem a obrigatoriedade do registro, ato tão custoso bem como moroso, que apenas possui natureza declaratória do direito.

Nos termos da definição do ECAD<sup>3</sup>, escritório central de arrecadação e distribuição, o direito autoral tutela as criações de espírito, garantindo os direitos morais e patrimoniais advindos da obra.

Direito autoral é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações – tais como textos, livros, pinturas, esculturas, músicas, fotografias etc. Os direitos autorais são divididos, para efeitos legais, em direitos morais e patrimoniais.

Ao se tratar da tutela jurídica correlacionada ao *design* de moda, já é possível constatar na jurisprudência nacional casos em que a referida proteção foi fundamentada pelo direito autoral, contudo, ainda não existe na legislação pátria critérios suficientes para tratar destes *designs* de maneira específica, não havendo consubstancial posição doutrinária ou padrão jurisprudencial sobre a temática.

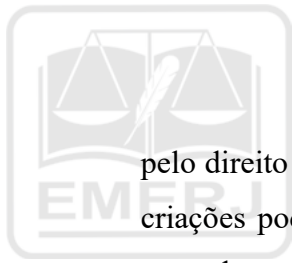
O doutrinador Newton Silveira<sup>4</sup> ensina que a arte e seu valor devem ser estimados sem a submissão à eventual utilidade do objeto. Nesta linha, ainda que a proteção do *design* de moda

<sup>1</sup>BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>3</sup>ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO. *O que é direito autoral?* Disponível em: <<https://www3.ecad.org.br/faq/Paginas/default.aspx> <<https://www3.ecad.org.br/faq/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>4</sup> SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual*. São Paulo: Manole, 2011, p. 182.



pelo direito de autor não se dê de forma automática pelos Tribunais, há de se inferir que estas criações podem ser consideradas genuínas obras de arte, pois assumem a feição do que foi pensado em essência e executado com engenhosidade e inventividade, demonstrando o caráter artístico e único da obra.

As criações utilitárias não são protegidas pelo direito de autor, e sim pela Propriedade Industrial, diretamente pelo desenho industrial. Todavia, seria desarrazoado defender que as peças de um estilista tenham caráter meramente utilitarista, já que tais peças surgem por meio de um grande esforço intelectual criativo, possuindo fins estéticos e singulares, devendo ser introduzida na esfera do direito autoral.

Deste modo, positivar e legitimar a tutela de *design* de moda pelo direito de autor não só tutela os autores da obra como também ampara a aversão à pirataria e favorece o fator inovação, devendo essa via ser amplamente utilizada para disciplinar a matéria, em razão de tamanha autoridade na questão.

Trata-se de uma criação de espírito, e por isso se amolda à Lei nº 9.610/98<sup>5</sup>, conforme declara o mestre Silveira<sup>6</sup>: “esta forma que utiliza como suporte material um produto industrial e que é dotada de caráter expressivo deverá encontrar guarida também na lei de Direitos Autorais”.

Ademais, o *design* de moda requer uma preponderante aceção estética, em virtude de a comercialização deste bem ser atrelada às características intrínsecas do objeto e, por isto, as criações possuem um grande caráter artístico, criativo, único e original, tornando-se indispensável a proteção pelo instituto aqui analisado.

Resta nítido que não há qualquer empecilho para que ocorra a reivindicação da proteção da criação por meio da lei autoral, ao considerar que a arte é genuína e extraída da criatividade do estilista, que deve ter sua obra protegida e amparada pelo devido suporte jurídico.

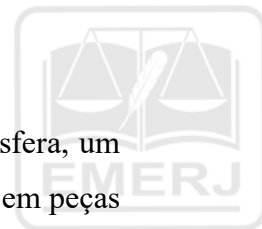
Neste diapasão, tal direito recompensa a criatividade e originalidade nos aspectos morais e patrimoniais, e apesar de ser um conceito recente, deve atuar neste sentido e assegurar a completa proteção nestas circunstâncias. O autor detém direitos sobre a obra que criou, e carece desta legitimidade em seu trabalho criativo.

---

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> NEWTON, Silveira. *Direito de Autor no Desenho industrial*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1982, p. 133.





Repisa-se, é inegável a constatação do caráter estético das criações nesta esfera, um requisito que o *designer* deve preencher em todo o processo de criação, e não apenas em peças *high culture*, as quais já são consideradas obras de arte e possuem maior facilidade protetiva.

Destarte, quando há na criação o traço único, apenas elementos identitários do autor, o êxito na obtenção de um artigo original e com característica própria, é possível vislumbrar que a destreza e o primor estão expostos, e por sua multiplicidade e preeminência, deve receber uma proteção plena e adequada às suas particularidades. O direito autoral pode proporcionar essa defesa.

Há controvérsias e dúvidas sobre a legitimação deste direito como mecanismo de tutela ao *design* de moda, porém, existem entendimentos que consideram esta linha como um instrumento eficaz. A jurisprudência pátria já afirma que a partir da análise do caso concreto, o direito autoral é a via jurídica que assegura a proteção das obras e de seus criadores.

A grande problematização da via autoral pode ser aplicada na esfera da criminalização da arte, como cópias e plágios, que violam frontalmente o direito moral do autor, privando-o de receber os rendimentos econômicos e a notoriedade de sua obra.

Essa conduta dá azo ao desestímulo da criatividade, o que prejudica as expressões artísticas dos indivíduos e influencia o âmbito da moda, afetando assim a gestão do próprio procedimento criativo.

A concretude da matéria pode ser mais bem compreendida em um acórdão estabelecido no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o direito autoral foi aplicado para dirimir a lide.

Neste caso, a empresa Village 284 produziu uma bolsa idêntica ao *design* da grife Hermès - a bolsa Birkin – e, conforme decisão exarada pelo Juízo<sup>7</sup> da 9ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo, as bolsas da *maison* francesa são criações artísticas originais, sendo disciplinadas pelo direito de autor.

Nesta esteira, é essencial que o estilista seja amplamente reconhecido como um verdadeiro instrumento da arte, há de se apreciar a obra a partir da perspectiva do artista, com a compreensão de que a essência do criador da peça ultrapassa a mera comercialização de um bem, e alcança a simbologia do belo, do caos e dos sentidos, o que o torna mais autêntico e excepcional.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Decisão n.º 0187707-59.2010.8.26.0100*. Relator: Costa Netto. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9706355&cdForo=0>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



A garantia das criações de moda por este instituto ainda não é considerada como a primeira via de proteção, e, por isto, é primordial intensificar a importância da tutela das obras por este âmbito autoral, sem que anule a possibilidade dos outros meios de defesa previstos em lei.

O processo criativo e seu inventor precisam ser beneficiados por toda a amplitude do ordenamento jurídico, para que assim lhes sejam conferidos os artifícios protetivos adequados e úteis para sua demanda.

## 2. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO HÍBRIDA – DIREITO AUTRAL E DESENHO INDUSTRIAL – FORMANDO PROTEÇÃO INTEGRAL DO *DESIGN*

No primeiro capítulo deste artigo foi abordada de forma objetiva e clara a possibilidade da proteção do *design* de moda pelo direito autoral, assim como a real necessidade de uma guarida mais eficiente da arte como um todo.

Todavia, esse amparo pela Lei nº 9.610/98<sup>8</sup> não deve excluir outras vias de defesa previstas nas legislações pátrias. Afinal, o intuito desse auxílio jurídico é justamente a tutela completa e integral das criações de qualquer *designer* que utiliza da inovação e originalidade em seu trabalho.

Assim, busca-se integrar a proteção calcada no direito de autor com a custódia jurisdicional pelo desenho industrial, de modo que seja plausível esclarecer a urgência da matéria em termos de efetividade da preservação do direito do artista e de sua obra. Significa isso dizer que se torna essencial uma proteção híbrida do instituto: tanto direito autoral, quanto desenho industrial.

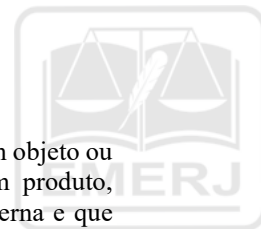
É cediço que o objeto que possui características ornamentais - as quais apresentam diferentes formas geométricas e dimensionais, traços e tonalidades – e traz consigo um elemento contemporâneo e autêntico, deve ser protegido pelo desenho industrial.

Aquela peça que possa ser fabricada de maneira replicável, sendo assim uma invenção de forma ou modelo de utilidade e que tem o condão de produzir nítidos efeitos visuais, é disciplinada pela Lei nº 9.279/96<sup>9</sup>, a legislação do desenho industrial, a qual carrega o melhor significado do instituto.

---

<sup>8</sup>BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>9</sup>BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 15/08/2021.



Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial

Para tal lei, trata-se de um elemento que não possui uma conotação artística, se restringindo à esfera do empreendimento industrial. Por isso, é direcionada à exclusiva fabricação e posterior comercialização do produto.

O mestre Newton Silveira<sup>10</sup> ensina de maneira didática a concepção de originalidade aplicado ao desenho industrial, já que o requisito fator artístico não é fundamental, apenas sendo necessária a sua novidade.

A originalidade é considerada também em sentido objetivo, ou seja, com significado valorativo. Dessa forma, teríamos três classes de desenho novos: aqueles que, embora novos, são vulgares (não são distintivos), aqueles que são distintivos (não vulgares ou originais) mas não possuem caráter expressivo e aqueles que, embora aplicados a produtos industriais, possuem caráter expressivo (valor artístico). Os primeiros não seriam protegidos; os segundos somente poderiam ser tutelados como desenhos industriais registrados; os últimos poderiam, cumulativamente, ser protegidos por meio da lei de direitos autorais.

Por meio deste instrumento jurídico, e diferentemente do direito de autor, o qual oferece uma guarida mais segura e longa, a proteção ao objeto se perfaz por 10 anos, prorrogável por três períodos sucessivos de cinco anos, o que totaliza um prazo de 25 anos de validade.

O direito de registro sobre a peça é do criador do desenho industrial. É mister ressaltar que existe uma presunção de autoria do requerente. Contudo, para usufruir dessa defesa legal, é primordial que o artista obtenha um registro perante o INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial<sup>11</sup> – extremamente moroso e custoso, assim como devem ser preenchidos todos os requisitos previstos em lei.

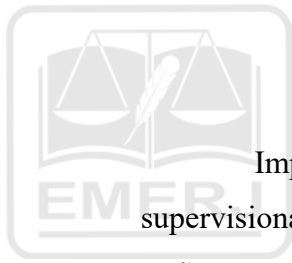
Para tanto, sob o aspecto mais usual, o desenho industrial é indicado como o meio mais eficaz e direto da proteção do *design* das criações dos artistas. Por meio de um registro muito específico, totalmente regrado pela Lei nº 9.279/96<sup>12</sup>, a obra é garantida e surge o direito do titular do objeto de obstar que o *design* seja reproduzido pelos demais.

No momento em que tais requisitos são preenchidos – a novidade e a originalidade – a proteção das criações no âmbito da moda pela esfera industrial se torna patente e legítima, sendo uma medida cada vez mais utilizada nos Tribunais do país.

<sup>10</sup> NEWTON, Silveira. *Direito de Autor no Design*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265

<sup>11</sup> BRASIL. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: < <https://www.gov.br/inpi/pt-br>>. Acesso em 29/08/2021.

<sup>12</sup> BRASIL. op. cit., nota 9.



Importante ressaltar que, dentro dessa dinâmica entre as legislações, o direito autoral supervisiona a parte artística, à medida que o desenho industrial satisfaz a tutela de criações que serão comercializadas com intuito industrial. Neste sentido, Silveira<sup>13</sup> leciona que “não há como negar valor artístico a certas criações no campo da indústria, as quais, reconhecidamente, são dotadas de valor estético”.

Nesta senda, trata-se de uma proteção híbrida, a qual fornece uma força jurisdicional adequada para uma matéria tão relevante e vasta como o *design* de moda, que movimenta grande parte do coletivo (social, financeiro, judicial) e que mesmo assim ainda sofre pela ausência de um alicerce legislativo mais direcionado e, ao mesmo tempo, amplo e completo.

A garantia de proteção integral reivindica um espaço razoável nos casos concretos e essa dupla proteção demonstra a coexistência entre direito de autor e desenho industrial de maneira harmônica e pacífica.

O único objetivo dessa tutela mista é implementar, na prática, de maneira genuína e incontestável os ditames constitucionais, bem como proporcionar autenticidade dos meios infralegais para que o *design* de moda seja, enfim, salvaguardado. Há a demonstração plena de complementariedade dos institutos aqui verificados, assumindo uma solução conveniente e oportuna para a demanda artística.

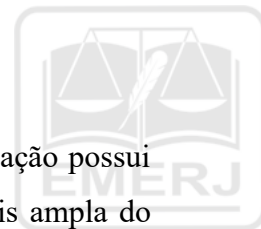
Tal entendimento acerca da matéria deve prevalecer no âmbito jurisdicional, ao considerar que a aplicação de ambas as leis proporciona legitimidade e segurança aos casos que estão sob a ótica da moda e urgem por suporte jurídico, ideia esta que vai ao encontro das lições do doutrinador Cerqueira<sup>14</sup>.

Adotando a dualidade de proteção, a legislação não exclui a possibilidade de cumulação das leis sobre as obras artísticas, e só elas, continuam protegidas pelo Código Civil e lei especial; os desenhos e modelos industriais regem-se pela sua lei especial. Nada impede, porém, que, tratando-se de obra artística aplicada a um objeto industrial ou posta no comércio como modelo industrial, seu autor invoque a produção do Código Civil para a obra considerada sob a sua natureza intrínseca de obra de arte, e a de lei especial para o modelo. A reprodução de uma obra de arte por processos industriais ou a sua aplicação à indústria não a desnaturam, não lhe tiram o caráter artístico. Não se pode, pois, negar ao autor o reconhecimento do seu direito, nos moldes da lei civil, nem a proteção do desenho ou modelo, como tal, no campo da concorrência.

Resta nítido que a arte transposta em objetos arquitetados por estilistas pode ser protegida tanto pela via autoral, como pelo desenho industrial, proporcionando assim uma

<sup>13</sup> NEWTON, op. cit., 1982, p. 133.

<sup>14</sup> CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de Propriedade Industrial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 656.



maior efetividade do direito e uma preservação expressiva do *design*. Cada legislação possui sua característica e meios que tutelam o objeto, proporcionando uma análise mais ampla do bem jurídico tutelado.

### 3. MAIOR EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO QUANDO HÁ A PRESENÇA DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL A SER UTILIZADO NA EVENTUAL DEMORA DO REGISTRO DA OBRA

A propriedade intelectual e todos os seus ramos já definidos em lei são os meios eficazes para a proteção regular das criações e manifestações intelectuais do espírito humano, adentrando frontalmente na esfera do *design* de moda e suas peças inovadoras e originais.

Entretanto, o ambiente da moda e a matéria afeta à propriedade intelectual, por vezes, demonstram controvérsias e divergências, as quais precisam de regulação para atender ao fim perseguido - o amparo integral da obra e os direitos que dela advêm - principalmente em relação aos seus criadores.

Para tanto, alguns artifícios em sede processual devem ser utilizados e assim viabilizar a compreensão, orientação e salvaguarda que o material artístico tanto necessita, o que concretiza na essência os ditames constitucionais e os princípios que asseguram a pretensão de qualquer indivíduo e sua possibilidade de se socorrer do Poder Judiciário quando da presença de lesão ou ameaça à lesão aos direitos.

As criações de moda estão cada vez mais fluidas e ágeis, sobretudo, pela tecnologia e facilidade da sociedade contemporânea. Resta ao campo jurídico acompanhar tamanha evolução com o fito de proporcionar a segurança que tal ramo demanda.

É cediço que a morosidade do andamento nos procedimentos atinentes à propriedade industrial dificulta a satisfação da finalidade jurídica e social de qualquer artista, a de ver sua arte contemplada por meio do exercício do seu direito sobre ela.

Conforme destacado nos capítulos anteriores, o *design* de moda pode ser protegido tanto pelo direito autoral quanto pelo desenho industrial. Apesar da peça, seja ela *high culture* ou artesanal, ultrapassar este instituto em virtude de seus requisitos já tanto referidos, o desenho industrial ainda é um dos meios jurídicos que oferece maior guarida.

Por meio da Lei nº 9.279/96<sup>15</sup>, ele é tutelado por meio de um registro, o qual é concedido pelo Estado à pessoa cujos direitos derivem deste título de propriedade. Na vigência

---

<sup>15</sup> BRASIL. op. cit., nota 9.



do registro, o autor da obra tem a prerrogativa de afastar terceiros que não possuam autorização para utilizar a criação através de quaisquer meios.

Ocorre que há grave demora no procedimento de registros e até mesmo patentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI – ferindo diretamente a razoável duração do processo ao burlar o fator temporal no andamento do feito, deixando neste lapso a arte e seu criador desprotegidos. É desarrazoado que um registro demore mais de cinco anos para ser emitido por um órgão do governo federal responsável pela garantia de direitos da propriedade industrial.

Observadas essas circunstâncias, faz-se mister a presença de concessão de tutela antecipada como instrumento processual a ser utilizado na eventual demora do registro da obra. Significa isso dizer que a partir do momento em que o *designer* fica à deriva no âmbito administrativo, se torna essencial possibilitar o apoio no domínio jurídico, pelo Poder Judiciário.

O processo administrativo possui o objetivo de fornecer o registro devido à obra que reúne todos os requisitos obrigatórios na legislação, em tempo hábil, justamente para proteger a peça artística. Quando há a falha neste procedimento, quando a decisão do registro deixa de ser proferida, é fundamental o manuseio do instrumento processual da tutela<sup>16</sup> para a satisfação da pretensão.

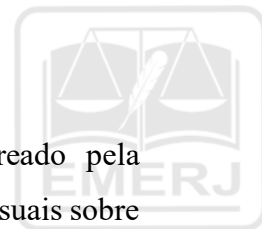
Conforme os ensinamentos do mestre Alexandre Câmara<sup>17</sup>, a tutela antecipada de urgência se destina a satisfazer a vontade do demandante de maneira provisória, sempre que existirem o perigo de morosidade bem como a probabilidade do direito.

Permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade). Para casos assim, impõe-se a existência de mecanismos capazes de viabilizar a concessão, em caráter provisório, da própria providência final postulada, a qual é concedida em caráter antecipado, permitindo-se uma satisfação provisória da pretensão deduzida pelo demandante.

O erro da seara administrativa causa demora na obtenção do registro e conseqüentemente um dano ao requerente, em razão do lapso temporal em que não haverá a proteção da obra tampouco do *designer*.

<sup>16</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 29 ago. 2021.

<sup>17</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed São Paulo: Revista e Atualizada, 2019, p. 160.



O tempo de duração do procedimento administrativo deve ser lastreado pela proporcionalidade e razoabilidade, considerando as normas constitucionais e processuais sobre a matéria, além de critérios que tutelem as peculiaridades do caso concreto, de maneira que seja possível observar aqueles que estão aptos para julgamento e necessitam de uma resposta mais célere.

No entanto, não é o que ocorre na esfera interna da autarquia, sendo assim preponderante o ingresso da máquina judiciária por meio da tutela contida na lei processualista para carrear uma solução diligente e ativa e satisfazer o direito subjetivo existente.

Neste sentido, se desdobra a orientação jurisprudencial<sup>18</sup>, em que chama a atenção para a demasiada demora no procedimento administrativo e os prejuízos efetivos que advêm dessa prática.

O princípio constitucional da razoável duração dos processos vincula também a Administração Pública, devendo o INPI conciliar o imperativo da impessoalidade com o da eficiência, para reduzir a estocagem de pedidos em exame, segundo a natureza e o grau de complexidade dos registros em espécie. O fenômeno designado de backlog, para justificar o atraso de exame dos registros e respectivos recursos, depende da explicitação dos motivos específicos determinantes, não valendo a mera indicação de dados estatísticos ou o temor do incremento de demandas judiciais em busca de antecipar decisões administrativas.

Destarte, resta nítida a viabilidade da antecipação do procedimento administrativo perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial para que o registro seja conferido e a criação, protegida. Ademais, demonstra-se plausível que a tutela antecipada seja a solução mais eficaz em relação à ameaça ao registro do desenho industrial, sempre que os requisitos estejam presentes<sup>19</sup>.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática fundamental, a precariedade ou até mesmo ausência de regulamentação efetiva sobre o *design* e seu autor. O embate restou demonstrado na necessidade de uma garantia mais eficaz em relação à criação como um todo,

---

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Decisão n.º 0803242-13.2010.4.02.5101*. Relatora Nizete Lobato Carmo. Disponível em: <[https://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=Como+o+INPI%2C+neste+caso%2C+outra+vez%2C+acena+apenas+com+o+backlog&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&filter=0&getfields=\\* &lr=lang\\_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entsp=a&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc\\_mc=0&ud=1](https://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=Como+o+INPI%2C+neste+caso%2C+outra+vez%2C+acena+apenas+com+o+backlog&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=* &lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entsp=a&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1)>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL. op. cit., nota 9.



sempre que os requisitos da originalidade, unicidade, criatividade e novidade forem preenchidos pelo criador da obra.

O fenômeno da moda é de tamanha magnitude que impacta fatores econômicos, sociais e culturais, influenciando uma grande variedade de segmentos. Assim, o dever estatal de orientar e dirimir conflitos dessas interações se torna, em sua essência, um valor axial, e, por isto, preponderante sua análise sob a ótica teórica dos operadores do direito bem como pela vivência da realidade prática.

Remanesceu a ideia, no primeiro capítulo, da urgência da aplicação do instituto da propriedade intelectual às peças advindas do esforço intelectual humano, o que proporciona uma proteção substancial no ordenamento jurídico, possibilitando assim o verdadeiro implemento do princípio constitucional da eficiência das decisões e da tutela eficaz da matéria debatida ao longo da pesquisa.

Ficou nítido que o direito autoral deve ser manejado sempre que houver violação de um instrumento da moda criado pelo *designer* a partir de seu trabalho inventivo e inspirador. O indivíduo que cria e prospecta sua arte foi considerado nessa dinâmica em sua própria circunstância, isto é, a de ter sobre sua obra o devido reconhecimento.

No capítulo dois, foi ressaltado que a tutela do *design* de moda deve ser sustentada não só pelo direito autoral e desenho industrial de forma autônoma e completamente independente, como também por uma proteção híbrida, em que há uma complementariedade das referidas matérias, para que assim ocorra a integralidade do auxílio jurisdicional e que o *designer* possa se socorrer a qualquer tempo na esfera do Poder Judiciário.

As reflexões fundamentadas que tiveram sua origem no desenvolvimento da pesquisa, aprofundaram o conceito de guarida jurídica ao processo criativo tanto no âmbito material quanto na seara processual, sempre com o intuito de agregar mais fontes de garantia. Assim, foi rechaçado por completo o afastamento de vias legais que, apesar de não terem sido formuladas diretamente para a tutela da criação de moda, possuem a grande qualidade de atendê-la na forma jurisdicional.

Neste sentido, foi estabelecida a possibilidade de utilização expressiva de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais adequadas intimamente a cada caso concreto, principalmente na existência de mora administrativa e a sua relação com a tutela antecipada enraizada no Processo Civil, como verificado no capítulo três desta pesquisa.

O entendimento que foi evidenciado pela pesquisadora materializa-se na concepção de que a adequada e efetiva aplicação da Propriedade Intelectual no âmbito da moda é capaz de





propiciar o alcance do potencial das normas, proporcionando assim a proteção de todo e qualquer *designer* bem como de suas criações.

Restou nítido, por tais razões, que a proposta da pesquisa é a utilização de todos os meios legais cabíveis na sua forma mais plena e eficiente – direito de autor, desenho industrial a interface de ambos formando uma salvaguarda integral e o instrumento processual civil da tutela – para que a arte e os autores das obras sejam resguardados de forma medular pelo ordenamento pátrio.

## REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1981.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do Direito de Autor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 29 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 05 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm)> Acesso em: 05 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)> Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Decisão nº 0803242-13.2010.4.02.5101*. Disponível em: <[https://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=Como+o+INPI%2C+neste+caso%2C+outra+vez%2C+acena+apenas+com+o+backlog&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystyle=sheet=v2\\_index&filter=0&getfields=\\*&lr=lang\\_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entsp=a&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc\\_mc=0&ud=1](https://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=Como+o+INPI%2C+neste+caso%2C+outra+vez%2C+acena+apenas+com+o+backlog&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystyle=sheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entsp=a&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1)>. Acesso em: 29 agosto 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Decisão nº 0187707-59.2010.8.26.0100*. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: 2019.

CERQUEIRA, João da Cama. *Tratado da propriedade Industrial*. 2. ed. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais 1982.



ECAD. *O que é direito autoral?* Disponível em: < <https://www3.ecad.org.br/>>. Acesso em 05 abr. 2021.

INPI. *O que é registro de desenho industrial?* Disponível em < <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/perguntas-frequentes/desenhos-industriais#desenho>>. Acesso em 29 ago. 2021

SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual*. São Paulo: Manole, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito de Autor no Design*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Fashion Law*. São Paulo: Almedina, 2019.

PACOTE ANTICRIME E A IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA  
PRISÃO PREVENTIVA: INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO AO MICROSSISTEMA  
DA LEI MARIA DA PENHA

Isis de Almeida Ranauro

Graduada em Direito Pela UNESA. Técnica de  
Atividade Judiciária no Tribunal de Justiça do  
Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – O advento do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) culminou em mudanças significativas na Lei Processual Penal, em especial no que diz respeito às medidas cautelares que, segundo a nova redação, dependerão de manifestação expressa. Dentro do tema, o tópico com maior discussão — justamente pela gravidade da medida — tem sido a prisão preventiva que, segundo a maior parte da doutrina (e recente precedente isolado do STF), exige provocação das partes em todo e qualquer delito. O Pacote, contudo, manteve inalterada a Lei Maria da Penha, na qual remanesce a permissão para decretação da prisão preventiva de ofício. O presente trabalho busca, por meio da análise da letra da lei e das peculiaridades das espécies de delito abarcadas pelo microssistema, demonstrar que tal permissão se sobrepõe à norma geral (CPP) e deve ser observada no microssistema da violência doméstica.

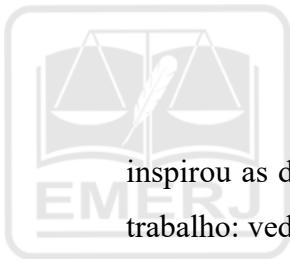
**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Lei Maria da Penha.

**Sumário** – Introdução. 1. Prisão preventiva e Pacote Anticrime: a alteração legal e a recente jurisprudência, em confronto com a Lei nº 11.340/2006. 2. Peculiaridades dos delitos do âmbito da violência doméstica: ratificação da possibilidade de segregação de ofício. 3. Jurisprudência Estadual e os fundamentos teóricos utilizados para manutenção da segregação cautelar. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica traz como tema o instituto da prisão preventiva dentro do microssistema jurídico da violência doméstica, tendo como finalidade precípua a análise da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz nos procedimentos regulados pela Lei Maria da Penha. Busca-se demonstrar que a alteração realizada pelo Pacote Anticrime à legislação processual penal, no que tange à medida cautelar de prisão preventiva, não se aplica aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, que apresentam especificidades únicas.

A CRFB/88, em seu art. 129, I, atribui ao Ministério Público, de forma privativa, a titularidade da ação penal pública. É com base neste dispositivo que se extrai a aplicação do sistema acusatório ao processo penal pátrio, cuja característica maior é a separação entre a figura do acusador daquela referente ao órgão julgador. Essa ideia de um magistrado mais inerte



inspirou as diversas alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, uma delas abordada neste trabalho: vedação à decretação da prisão preventiva de ofício.

A nova diretriz legislativa levou parte da doutrina — e da jurisprudência, como se verá — a uma conclusão peremptória: a certeza da supressão de toda e qualquer possibilidade de decretação dessa medida cautelar de forma autônoma pelo magistrado. Contudo, uma indagação (ainda não realizada) se impõe: essa vedação é aplicável aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica? Por que, dentre as tantas inovações normativas realizadas, o legislador não optou pela alteração do art. 20 da Lei nº 11.340/2006?

O tema é controvertido, principalmente na seara doutrinária, por se tratar de inovação legal recente.

Para melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar como o estado de perigo vivenciado pela vítima repercute durante toda a instrução processual e como a liberdade do autor dos fatos, diferentemente do que ocorre nos crimes comuns, revela uma necessidade de acautelamento premente.

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise da mudança normativa realizada no instituto da prisão preventiva e a tese doutrinária de adequação das medidas cautelares com o sistema acusatório disposto na Constituição Federal, permitindo uma proteção ao réu, em homenagem ao princípio do devido processo legal. Segue-se demonstrando a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ante as novas determinações legais.

No segundo capítulo, demonstra-se como os pressupostos fáticos da prisão cautelar no âmbito da violência doméstica (em especial, o tipo de violência sofrida pela vítima) possuem contornos únicos se comparados com as medidas garantidoras da lei processual penal geral, como, por exemplo, a garantia da incolumidade da vítima e garantia da efetividade das medidas protetivas de urgência.

No terceiro capítulo, procura-se demonstrar que, diferentemente do que tem sido afirmado pela doutrina, a permissão para aplicação da prisão preventiva de ofício nos crimes praticados no sistema jurídico da Lei nº 11.340/2006 é medida de direito, em contrapartida às diretrizes do Pacote Anticrime. Busca-se, ainda, verificar o caminhar diferenciado da jurisprudência local quando da análise de casos subordinados ao microsistema jurídico da Lei Maria da Penha, demonstrando uma tolerância dos tribunais a um agir autônomo do juiz quando confrontado com crimes desta natureza.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que, além de se tratar de tema recente e pouco discutido, o alicerce teórico se dará por meio de um conjunto



de premissas que, analisadas pelo viés teleológico da lei, esclarecerão a problemática que é objeto da pesquisa.

## 1. PRISÃO PREVENTIVA E PACOTE ANTICRIME: A ALTERAÇÃO LEGAL E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA EM CONFRONTO COM A LEI Nº 11.340/2006

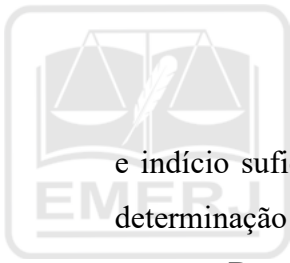
A estrutura acusatória do processo penal pátrio é regra extraída da CRFB/88. Isto porque, ainda que não mencionada de forma expressa, a delimitação do regramento é feita por meio dos dispositivos constitucionais que regem o processo penal, dos quais se depreende uma separação rígida entre as figuras do acusado, acusador e julgador. Essa projeção do sistema acusatório foi reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, que exarou que “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional”.

A titularidade da ação penal pública ao órgão do Ministério Público, contudo, não é a única regra que preleciona o sistema acusatório. Aliados a esta premissa estão, a título de exemplo, os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório que, juntamente a outros princípios esparsos na Carta Maior, formam a base de diretrizes processuais penais. Dentre todos estes princípios, o ponto que merece maior destaque — ao menos no que diz respeito à prisão preventiva — é o da inércia da jurisdição, pelo qual se condiciona a atuação do magistrado a um requerimento externo; um pedido oriundo de quem é legitimado para fazê-lo.

A reboque deste princípio, a Lei nº 13.964/2019 — Pacote Anticrime — trouxe sensíveis alterações ao Código de Processo Penal, a começar pela imposição do sistema acusatório de forma expressa no corpo da lei, conforme descrito no art. 3º-A. O ponto crucial quanto ao acautelamento preventivo, todavia, encontra-se no art. 311, que extirpou o termo “de ofício” para a prisão decretada pelo juiz. Assim, verificados os pressupostos legais do art. 312<sup>2</sup>, quais sejam, “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.104/MC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273608549&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2021.



e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, a determinação do acautelamento dependerá de requerimento de uma das partes.

Dessa forma, segundo a doutrina, incluindo Aury Lopes Jr<sup>3</sup>, a modificação legal proporcionou a correção de um erro histórico, de tal forma que a atual redação da lei impossibilita de vez a atuação autônoma do juiz na decretação da prisão preventiva, rompendo, assim, os laços com o sistema inquisitorial presente na redação original do CPP.

Ainda sobre a modificação textual do art. 311, o Ministro Celso de Mello<sup>4</sup>, ao julgar Habeas Corpus da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que discutia a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício, firmou:

a Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.

O caso concreto versado no mencionado HC diz respeito ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e, apesar de não ser vinculante, auxilia na delimitação do caminhar de parte da jurisprudência quanto à peremptoriedade da vedação trazida pelo art. 311, em especial no E. STF. O texto é taxativo quanto à impossibilidade de acautelamento de qualquer pessoa sem anterior provocação, não importando o delito.

A problemática jurídica trazida a este artigo científico se inicia, portanto, com o confronto dos textos legais. De um lado, o já mencionado art. 311 do Código de Processo Penal e sua recente alteração e, de outro, a legislação específica aplicável aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, ou seja, Lei nº 11.340/2006. Para melhor análise, imperiosa a transcrição do dispositivo legal<sup>5</sup> em foco:

<sup>3</sup> LOPES JR. apud CANÁRIO, Pedro. “Pacote anticrime” acaba com decretação de preventiva de ofício. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretacao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 188888/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>>. Acesso em: 26 mar 2021.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2021.



art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Em contrapartida ao disposto na legislação processual geral, o art. 20 não só autoriza a decretação da prisão preventiva inicial de ofício, como permite que, uma vez revogada, o magistrado volte a decretá-la caso os pressupostos fáticos sejam novamente verificados, sendo prescindível qualquer requerimento formal, diferentemente do que se afirmou no precedente jurisprudencial da Egrégia Corte. A ausência de modificação do art. 20, como se verá, não foi injustificada.

Antes da análise da natureza diferenciada deste tipo de prisão nos crimes de violência doméstica, imperiosa a análise topográfica do permissivo legal no texto da Lei Maria da Penha. O art. 20 está localizado no capítulo referente às disposições gerais das medidas protetivas de urgência. Trata-se de verdadeiro rol de diretrizes a serem observadas pelo magistrado ante a peculiaridade que este tipo de fato delitivo envolve, mormente ante a vulnerabilidade da vítima.

No que tange a estas disposições gerais, merece atenção especial o disposto no art. 19, em seu §2º, que preconiza que as medidas protetivas poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos garantidos pela lei especial forem violados. Verifica-se, assim, que o juiz resta livre para, observado o escalonamento de preferência, substituir as medidas protetivas já impostas — como o afastamento do lar, por exemplo — pela prisão preventiva, caso o acautelamento do agressor se mostre como última medida de eficácia e garantia da incolumidade da vítima.

Dessa forma, realizando uma análise inicial sob o prisma teleológico da lei, o que se pode depreender é que o legislador guardou a prisão preventiva como *ultima ratio* garantidora da vítima, possibilitando o balizamento de sua aplicabilidade não só às partes, mas igualmente ao juiz. O reforço do argumento pode ser feito com a inovação trazida pela Lei nº 13.827/2019, igualmente recente, que incluiu o art. 12-C e parágrafos à Lei Maria da Penha. O dispositivo, além de garantir o afastamento do autor do fato do lar, veda a concessão de liberdade provisória ao agressor caso remanesça risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência.

De forma derradeira, tem-se, ainda, a diretriz imposta pelo art. 4º da Lei nº 11.340/2006, que sujeita a interpretação de cada norma processual aos fins sociais a que a lei



se destina e, de forma especial, às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Mais uma vez, a lei é clara em sua indicação: não obstante a regulamentação da prisão preventiva pela lei processual geral, o acautelamento do réu, caso limitado ao microsistema da violência doméstica, ganha análise diferenciada e própria, afastando-se dos regramentos aplicados aos demais crimes, tudo com base na vulnerabilidade da vítima deste tipo delitivo.

Todo o corpo da Lei nº 11.340/2006, portanto, caminha em consonância com as peculiaridades deste tipo de crime que, como se verá na análise a seguir, detém pressupostos fáticos singulares se comparados com os demais delitos, os quais devem observar a limitação do art. 311 do CPP.

## 2. PECULIARIDADES DOS DELITOS DO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: RATIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE SEGREGAÇÃO DE OFÍCIO

A violência (no seu conceito geral) é um problema sabidamente presente na sociedade brasileira (e, por que não, na sociedade mundial). Diversos autores (e, por todos, menciona-se Marilena Chauí em seu escrito “Sobre a Violência”) dedicaram estudos complexos à análise desse tipo de problemática que perpassa fronteiras geográficas. O presente trabalho, decerto, não poderia ousar abarcar a explicação histórica e antropológica específica da violência de gênero. O momento de sua gênese, a sua ascensão, bem como o seu *status* como se conhece atualmente e, ainda, a batalha travada pela sociedade contemporânea na mitigação de seus efeitos, exige uma dedicação e um estudo direcionado que extrapola o objetivo do presente artigo, como já mencionado.

Imperioso, contudo, que se contextualize a conceituação de violência de gênero, a fim de que a análise dos dispositivos legais ganhe contornos mais inteligíveis. Colaciona-se, assim, o seguinte conceito, tratado no livro “o que é violência contra a mulher<sup>6</sup>”:

o conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam

<sup>6</sup> TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: editora e livraria brasiliense, 2017, [e-book].



de criar e preservar estereótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres.

Dito isso, necessária a análise conjunta dos conceitos elencados pela própria Lei Maria da Penha, que traz, já em seu início, mais precisamente no art. 5º, a definição de violência doméstica:

art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.<sup>7</sup>

Da análise acurada do dispositivo legal, verifica-se que o legislador caminhou bem ao delimitar, como ponto crucial para a verificação da relação doméstica, o vínculo afetivo existente entre agressor e vítima. Significa, assim, que, muito mais do que a simples verificação do espaço físico ocupado pelos envolvidos, caberá ao magistrado um raciocínio sob o ponto de vista da ligação natural, legal ou emocional existente entre agressor e agredida. Daí porque, como bem colocado pelo inciso terceiro, sequer é exigida a coabitação. E é justamente tal dispensa legal que guarda íntima relação com a possibilidade de decretação da prisão preventiva (em especial de ofício, como ora se defende).

Os delitos praticados no microsistema da violência doméstica, diferentemente da maioria dos crimes que possuem a violência como exigência do tipo penal (cite-se, a exemplo, o próprio caput do art. 129 do Código Penal) podem se caracterizar através de agressões não tangíveis. A Lei nº 11.340/06, de maneira acertada, elenca as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher em seu artigo 7º e, corretamente, destaca hipóteses outras para além daquela resultante do dano físico que, apesar de ser grave, não é o único praticado no âmbito da violência de gênero.

No que tange a esse tipo específico de violência que, apesar de danosa, carece de significativos elementos materiais comprobatórios, merece destaque — mormente diante da tese ora defendida — a violência psicológica. Isso porque esse tipo específico de agressão se

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2021.



desenvolve de uma forma quase que imperceptível à agredida. Advém, na maioria das vezes, de uma crença intrínseca na inferioridade da figura feminina, e essa crença é sabidamente arraigada na sociedade brasileira. Tanto é verdade que o Superior Tribunal de Justiça entende pela presunção, na Lei n. 11.340/2006, da hipossuficiência e da vulnerabilidade da mulher no contexto de violência doméstica. Veja-se, quanto ao tema, didático precedente de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE ENTRE RÉU (GENRO) E VÍTIMA (SOGRA). APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para os efeitos de incidência da Lei Maria da Penha, o âmbito da unidade doméstica engloba todo espaço de convívio de pessoas, com ou sem vínculo familiar, ainda que esporadicamente agregadas. Ademais, a família é considerada a união desses indivíduos, que são ou se consideram aparentados, por laços naturais, afinidade ou vontade expressa e que o âmbito doméstico e familiar é caracterizado por qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. 2. Esta Corte Superior entende ser presumida, pela Lei n. 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha. Isso porque a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir[...]<sup>8</sup>

Tem-se, assim, que a figura da mulher na relação ganha posição de inferioridade. Há uma visão no sentido de que as suas capacidades, sejam cognitivas ou físicas, não são suficientes para o seu próprio desenvolvimento pessoal e familiar. E é em razão deste tipo de crença equivocada que a violência psicológica se desenvolve e ganha contornos mais severos. Neste ponto, necessária a elucidação que a lei traz:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)<sup>9</sup>

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Recurso Especial Nº 1643237-GO (2020/0003216-8)*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=136140141&registro\\_numero=202000032168&peticao\\_numero=202100809612&publicacao\\_data=20210929&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=136140141&registro_numero=202000032168&peticao_numero=202100809612&publicacao_data=20210929&formato=PDF)>. Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>9</sup> *Ibidem*.



O *modus operandi* adotado pelo agressor, neste caso, é muito específico. O seu objetivo se cumpre na medida em que a vítima se torna refém de suas vontades e se submete, de forma pacífica, às suas determinações. A ideia de “dominante” e “dominado” é impingida à vítima, que, apesar de sofrer, pode vir a legitimar, ainda que sem querer, a sua sujeição. E é nesse ponto que se exige a atenção do leitor: justamente por essas características específicas (que, ressalte-se, não foram esquecidas pelo legislador), este tipo de violência perpassa qualquer barreira física.

Significa, assim, que, ainda que as partes não coabitem ou, melhor, ainda que tenham sido deferidas outras medidas protetivas — como o afastamento do agressor do lar —, este tipo de violência pode remanescer. O controle imposto pelo autor dos fatos pode ser remoto, mesmo que haja a proibição de contato. O afastamento físico, previsto como uma das medidas de urgência da Lei nº 11.340/2006, portanto, não se mostra como remédio apto a cessar a agressão da qual a mulher é vitimada.

É nesse momento que cabe ao magistrado ter a sensibilidade apurada para perceber que precisamente por conta desta relação de dependência, a violência psicológica ainda atua sob aquela determinada mulher (outrora vitimada fisicamente ou não), a exigir, portanto, a análise autônoma da acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva para fazer cessar a agressão, sob pena de, em não o fazendo, estar negligenciando o princípio da proibição à proteção deficiente.

Deve ser ressaltado que não se olvida acerca das outras tantas hipóteses para decretação da segregação cautelar do agressor, como a própria violência física, situação que urge um atuar rápido do juízo, a fim de proteger a incolumidade corporal da mulher.

O que se pretende ressaltar neste ponto específico da tese, todavia, é que, muito além dos casos de violência perceptível aos olhos, pode e deve o juiz basilar a necessidade da decretação da prisão cautelar em todas as outras hipóteses de violência. E esta “liberdade” do magistrado advém da própria lei que rege esse microssistema, a qual não pode ser esquecida ou afastada pelo regramento geral disposto no Código de Processo Penal.

Assim, tem-se que os pressupostos trazidos pelo artigo 7º, como elucidativos das peculiaridades presentes em delitos desta natureza, somam-se à ideia delimitada pelo já mencionado artigo 20, qual seja, a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, a afastar, portanto, a norma geral presente no art. 311 do Código de Processo Penal.

### 3. JURISPRUDÊNCIA ESTADUAL E OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS UTILIZADOS PARA MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DE OFÍCIO

Efetivada a análise das particularidades relativas ao tipo de violência que é objeto da Lei Maria da Penha, imperiosa se mostra a análise — em especial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro — do caminhar jurisprudencial recente, ou seja, pós promulgação do Pacote Anticrime, no que tange à tese que ora se sustenta, qual seja, a de manutenção da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício dentro do microssistema da Lei Maria da Penha.

Como já salientado nesse artigo, o tema é deveras recente. O estudo processualista, ao menos por ora, permanece silente quanto à ausência de alteração, pelo Pacote Anticrime, do texto legal que regula os crimes cometidos no âmbito da violência doméstica. Assim, imprescindível que a análise do conteúdo jurisprudencial que ora se propõe, se atenha aos fundamentos que serviram como base para a tomada de decisão dos magistrados, o que se elencará a seguir, com arrimo na melhor doutrina, a fim de ratificar a tese aqui defendida.

Destaca-se, entre todos, três fundamentos principais.

De início, verifica-se que grande parte das decisões são alicerçadas no princípio da vedação à proteção insuficiente. Quanto ao tema, ligado invariavelmente ao princípio da proporcionalidade, explica a doutrina:

convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal [...].<sup>10</sup>

A vedação à proteção insuficiente pode ser utilizada tanto quando da prisão-pena, como no caso ora estudado. A finalidade precípua é que a vítima seja efetivamente protegida quanto do pedido de socorro ao Judiciário, ou seja, a medida definida pelo magistrado deve ser adequada a ponto de se mostrar como impeditivo suficiente à cessação, de pronto, da violência. Ressalte-se que, caso a prisão preventiva se mostre, de plano, como única hipótese passível de cumprir com a proteção que se exige, deve ser de imediato decretada, a fim de se evitar a postergação do risco ao qual a vítima está sendo submetida.

---

<sup>10</sup> QUEIROZ apud MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: Parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. [e-book].



A orientação emanada do princípio é confirmada no Enunciado nº 29 do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID), ao exarar que “é possível a prisão cautelar do agressor independentemente de concessão ou descumprimento de medida protetiva, a fim de assegurar a integridade física e/ou psicológica da ofendida”.

Sobre o princípio, manifestou-se com propriedade o Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus de relatoria do Ministro Teori Zavascki que, na oportunidade, asseverou:

o princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa (...) Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais.<sup>11</sup>

O segundo importante fundamento utilizado pela jurisprudência é a ausência de instrumentalidade da prisão preventiva quando analisada sob o viés do sistema da Lei Maria da Penha. Explica-se.

A prisão preventiva, quando confrontada com os pressupostos legais elencados pelo Código de Processo Penal, ganha verdadeira finalidade de proteção da própria instrução processual, na medida em que as hipóteses autorizativas dizem respeito, em sua maior parte, à tutela do próprio caminhar processual harmônico, a fim de que, ao final, seja proferida uma sentença que melhor se coadune com o princípio da verdade real.

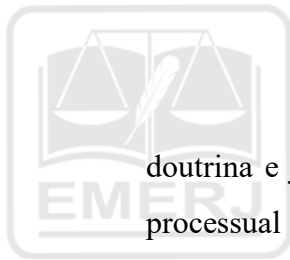
Noutro giro, quando analisada dentro do sistema próprio dos crimes de violência doméstica, a prisão preventiva, como bem ressaltou acórdão de relatoria da Desembargadora Elizabete Alves de Aguiar, do E. TJRJ,

ostenta como escopo a cautelaridade específica, que decorre da verificação de uma situação objetiva de risco, atual ou iminente, tendo, portanto, natureza assecuratória, ou seja, se destina a garantir a integridade física da ofendida, ou a exequibilidade das medidas protetivas de urgência<sup>12</sup>.

Dessa forma, ainda que determinado caso concreto apresente a prisão preventiva como *ultima ratio* no escalonamento das medidas protetivas de urgência, depreende-se da

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 20 set. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0005563-38.2021.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Elizabete Alves de Aguiar. Disponível em: < <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0005563-38.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021



doutrina e jurisprudência o sentido de que as balizas não podem estar atreladas à instrução processual (que, frise-se, sequer precisa ter iniciado quando da representação da ofendida em sede policial), mas sim no risco objetivo que circunda a vítima do autor dos fatos.

O terceiro e último fundamento que merece destaque é aquele pertinente à desnecessidade de observância restrita ao princípio da homogeneidade.

Quanto ao princípio, esclarece Luiz Flávio Gomes:

como desdobramento do princípio da proporcionalidade cabe mencionar o princípio da homogeneidade das medidas cautelares. Quando se vislumbra que, no final, não será imposta a prisão, não se justifica a medida cautelar da prisão (CPP, art.283,§2º). Que sentido tem prender uma pessoa no curso da instrução criminal se, no final, não será imposta a pena de prisão. (...) é desproporcional e nada homogêneo decretar a prisão preventiva quando já se sabe que será imposta uma pena alternativa.<sup>13</sup>

Significa dizer, assim, que, sempre que possível, deve o magistrado zelar para que a medida cautelar imposta no decorrer da instrução criminal não se revele mais gravosa do que aquela que seria aplicada ao fim do processo, considerando a pena em abstrato prevista para o delito que se analisa no feito.

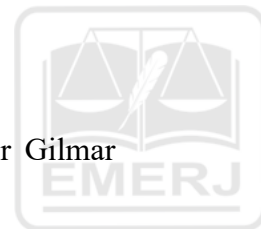
Contudo, no que tange à violência doméstica, o princípio, da mesma que forma que os outros institutos, ganha contornos próprios. Tal conclusão teórica decorre justamente da ausência de instrumentalidade da prisão preventiva quando inserida no microsistema em foco, na medida em que a justificativa da prisão não encontra respaldo na instrução do feito, mas sim na eliminação (tanto quanto possível) do risco à integridade física e psicológica da vítima.

Daí se depreende, portanto, que, ainda que se considere a pena final em abstrato, a determinação da prisão preventiva poderá ocorrer em qualquer fase da instrução criminal e durará o tempo necessário à efetiva proteção da ofendida.

Não obstante, deve ser ressaltado que tal constatação não significa a duração *ad eternum* da cautelar. Longe disso. É dever de todos os sujeitos processuais cuidar para que o processo criminal caminhe de forma mais célere possível, e tal atenção deve ser maximizada no caso de procedimento em que o réu esteja acautelado provisoriamente, a fim de se evitar qualquer constrangimento ilegal.

O que se busca ratificar com tal argumento é a conclusão de que a alegação defensiva no sentido de observância da homogeneidade como limitativo da segregação de ofício não deve prosperar, porquanto a medida cautelar (qualquer uma delas, ressalte-se) deve perdurar o tempo necessário à salvaguarda da incolumidade da vítima.

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio et al. *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



Veja-se, neste sentido, o seguinte julgado, de relatoria do Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (LEI 11.340/2006). ART. 129, § 9º, DO CP. DECISÃO DE CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. IMPETRAÇÃO QUE ALEGA: 1) AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A MEDIDA EXTREMA, NOTADAMENTE O PERICULUM LIBERTATIS; 2) VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, HOMOGENEIDADE, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE (...) Incabível o argumento relativo à violação dos princípios da homogeneidade, razoabilidade e proporcionalidade. Ao editar a Lei Maria da Penha, pretendeu o legislador ignorar os parâmetros da homogeneidade inseridos na possibilidade de aplicação da prisão cautelar, admitindo-se, assim, a decretação da prisão preventiva independentemente da pena in abstracto cominada ao delito, visando dar efetividade à lei. Ademais, a prova sequer foi judicializada e, certamente, em caso de eventual condenação, será também sopesado o disposto no art. 33, § 3º, do CP, não estando o regime atrelado unicamente ao quantum da pena [...]¹⁴

Diante de todo o exposto, tem-se que, ao lançar mão desses três fundamentos doutrinários, caminha bem a atual jurisprudência local, no sentido de que, não obstante a novidade do tema e a ausência de manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal, a alteração promovida pelo Pacote Anticrime, de fato, não atinge o sistema de acautelamento aplicado no âmbito da Lei Maria da Penha, não havendo, assim, qualquer ilegalidade ou dissonância do entendimento (possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício) para com os princípios constitucionais.

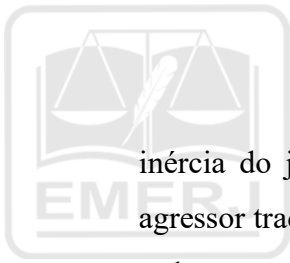
## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o instituto da prisão preventiva no microsistema jurídico da violência doméstica, sob o enfoque da permissão concedida (de forma excepcional) ao magistrado para determiná-la quando da ausência de requerimento dos legitimados elencados pelo Código de Processo Penal e o porquê que tal permissivo em nada se mostra contrário ao sistema acusatório determinado constitucionalmente.

Verificou-se que, de acordo com a análise teleológica da Lei Maria da Penha, o capítulo referente às disposições gerais detém natureza vinculante, trazendo ao magistrado um dever funcional de aferição dos riscos impostos à vítima de violência doméstica. Assim, a

---

¹⁴ BRASIL. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus nº 0064521-17.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0064521-17.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021.



inércia do juiz quando da necessidade de determinação da cautelar física em desfavor do agressor traduz-se em verdadeira violação legal, não podendo, portanto, ser tolerada dentro do ordenamento jurídico.

Verificou-se, outrossim, que a violência que é elementar dos delitos da Lei Maria da Penha, por guardar contornos próprios e encontrar respaldo na relação de submissão imposta à vítima mulher por um longo período e por pessoa tão próxima e íntima, pode não ser obstaculizada com as demais medidas protetivas dispostas em lei. Assim, caminhou bem o legislador quando manteve, como exceção ao processo penal relativo aos crimes comuns, a possibilidade de segregação cautelar de ofício, não significando ofensa à inércia da jurisdição, mas sim observância às peculiaridades dos crimes abarcados por esse microsistema.

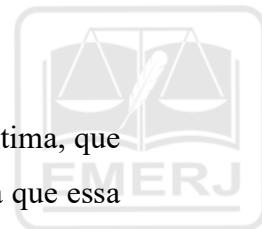
Ainda quanto à questão aprofundada no segundo capítulo, essas peculiaridades dizem respeito à ideia de subjugação que é particular à vítima de violência doméstica. Concluiu-se, por meio da análise do conceito de violência de gênero, que o papel social da mulher, reforçado historicamente por estereótipos que impõem a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar as liberdades individuais femininas, torna o combate a este tipo de delito mais dificultoso ante a inércia da vítima, que teme a ocorrência de represálias ainda mais violentas ou até mesmo legitima a posição de seu ofensor, dada a relação de poder existente no ambiente doméstico.

Mostrou-se imperioso, assim, que as ferramentas legais à disposição do magistrado devem ser alargadas se comparadas aos delitos comuns, na medida em que mais dificultoso o combate à violência de gênero.

Frise-se que não se trata de trazer uma condição de superposição do juiz, imputando-lhe poderes inquisitoriais e ilimitados. O microsistema da Lei Maria da Penha deve observar os ditames constitucionais, em especial os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal. Contudo, o que se buscou demonstrar é que a lei precisa ser suficiente e adequada para os fins a que se propõe, motivo pelo qual, por se tratar de delito de combate mais dificultoso e cuja cessação dos efeitos exige urgência, permitiu-se ao juiz a decretação autônoma da segregação cautelar, caso verificados os requisitos. O que se tem, na realidade, é verdadeira observação, pelo legislador, da igualdade material.

Esta pesquisa demonstrou, ainda, ao longo do terceiro capítulo, que o caminhar da jurisprudência local está em consonância com o argumento que ora se defende. E a análise das três principais fundamentações utilizadas ratifica a possibilidade de segregação cautelar de ofício. A prisão preventiva, quando limitada à Lei Maria da Penha, personifica o princípio da





vedação à proteção deficiente, que se mostra como verdadeiro direito subjetivo da vítima, que deve receber do Poder Judiciário medida que seja eficaz à sua pronta proteção, ainda que essa medida já se mostre, num primeiro momento, como a decretação do acautelamento do ofensor.

Ficou evidente, outrossim, que a ausência de instrumentalidade dessa segregação física traduz a sua finalidade unicamente acautelatória. Sendo assim, não poderia o ordenamento jurídico limitar a sua determinação ao requerimento de outros interessados, situação que poderia esvaziar a sua finalidade protetiva, na medida em que a vítima estaria sujeita ao agir de outros atores processuais.

A desnecessidade de observação à homogeneidade, também tratada no terceiro capítulo, arremata todos os outros fundamentos elencados por esta pesquisa, porquanto demonstrado que a prisão cautelar pode perdurar por mais tempo do que a pena definida abstratamente para o delito, já que a sua função primordial é salvaguardar a incolumidade da vítima. Verificou-se, assim, que a sua extensão é medida de acordo com a cessação da violência imputada à ofendida.

Ficou evidente, portanto, que, diferentemente do que a doutrina sustentou após a promulgação do Pacote Anticrime, o argumento de impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz não deve ganhar ares de peremptoriedade. Tal afirmação não é absoluta e o presente trabalho logrou comprovar isso. O microsistema da Lei Maria da Penha guarda natureza distinta e, em observância à necessidade de eficácia da própria Lei nº 11.340/2006, a nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal nela encontra obstáculo e é fundamentadamente afastada, permitindo ao Judiciário, assim, a decretação da medida, independentemente de manifestação dos demais atores processuais nesse sentido.

## REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. *Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 188888/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.104/MC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273608549&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 20 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 590.039 – GO (2020/0146013-9)*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113818491/habeas-corpus-hc-590039-go-2020-0146013-9/inteiro-teor-1113818544>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Agravo de Recurso Especial N° 1643237-GO (2020/0003216-8)*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=136140141&registro\\_numero=202000032168&peticao\\_numero=202100809612&publicacao\\_data=20210929&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=136140141&registro_numero=202000032168&peticao_numero=202100809612&publicacao_data=20210929&formato=PDF)>. Acesso em: 25 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus n° 0005563-38.2021.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Elizabete Alves de Aguiar. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0005563-38.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Habeas Corpus n° 0064521-17.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0064521-17.2021.8.19.0000>>. Acesso em: 18 set. 2021.

CANÁRIO, Pedro. *"Pacote anticrime" acaba com decretação de preventiva de ofício*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretacao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

CONJUR. *STJ declara ilegal converter, de ofício, flagrante em prisão preventiva*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-22/stj-declara-ilegal-conversao-preventiva-oficio-prisao-flagrante>>. Acesso em: 09 mar. 2021.



GOMES, Luiz Flávio et al. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury; PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ROSA, Alexandre de Moraes da. *Pacote Anticrime: um ano depois – análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

QUEIROZ apud MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: Parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. [e-book].

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: editora e livraria brasiliense, 2017, [e-book].



## A (IM)POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Júlia Valadão Sousa Corgozinho

**Resumo** – o presente estudo pretende analisar a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal (PAF), que se faz necessária ante a mora administrativa em julgar os PAFs, bem como o silêncio legal acerca do tema. Busca-se examinar a compatibilidade jurídica da Súmula CARF nº 11 com o ordenamento jurídico, além de encontrar uma solução para a problemática em análise, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, dando destaque aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência. Ao final, será demonstrado que o silêncio legal acerca da prescrição intercorrente no PAF e a consequente mora administrativa em julgar os processos possuem incompatibilidade com a Constituição e, portanto, com o sistema jurídico brasileiro como um todo.

**Palavras-chave** – Prescrição Intercorrente. Processo Administrativo Fiscal. Princípio da duração razoável do processo.

**Sumário** – Introdução. 1. A aplicação do instituto da Prescrição Intercorrente no Processo Administrativo Fiscal: uma discussão pautada pelo Princípio da Duração Razoável do Processo. 2. Súmula CARF nº 11: controvérsias acerca de sua aplicabilidade. 3. Análise de possíveis soluções ante o silêncio legal - Analogia como meio mais eficaz. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como intuito versar sobre o instituto da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal (PAF), sobretudo sobre a possibilidade de sua aplicação ante a inexistência de norma legal expressa que o institua.

O estudo será realizado sob uma ótica constitucional, a partir da análise doutrinária, legal e jurisprudencial acerca deste tópico tão fundamental no direito tributário. Para tanto, será feita uma análise do ordenamento principiológico constitucional, tendo como foco os princípios da duração razoável do processo, da eficiência e do devido processo legal. Adicionalmente, será feita uma análise da Súmula CARF n.º 11, a qual trata da impossibilidade da aplicação da prescrição intercorrente no PAF, buscando verificar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Por fim, pretende-se, através da análise doutrinária e legal, apresentar possíveis soluções, haja vista o silêncio legal acerca da aplicação do instituto da prescrição intercorrente no PAF.

Ressalta-se que a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal tem lugar ante a inércia da Administração Pública em julgar os processos, pois, através da aplicação desse



instituto, a Administração passaria a observar, de forma fática, um prazo razoável para julgar os processos administrativos fiscais.

Salienta-se que o presente estudo é justificado pela ausência de previsão legal expressa sobre o tema. A ausência de prazo prescricional intercorrente possui ligação direta com a duração do PAF, atingindo, portanto, os princípios constitucionais supramencionados, além de gerar consequências reais, tanto para o administrado, quanto para o Fisco.

Adicionalmente, é cediço que o processo administrativo fiscal tem papel fundamental no contexto da cobrança dos créditos das fazendas públicas, haja vista que o crédito se torna exigível somente após o seu lançamento, sendo certo que esse não ocorre antes da conclusão do PAF. É neste cenário que a prescrição intercorrente se apresenta de suma importância, pois, por um lado ocorrerá a delimitação de um parâmetro temporal para extinção da pretensão executiva, por outro, impulsionará a Administração Pública na observância dos princípios constitucionais elencados, tendo como consequência a mais breve resolução dos casos.

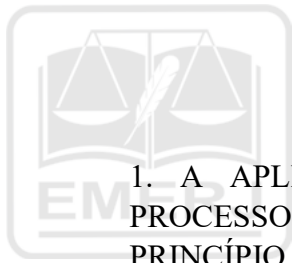
Nesse sentido, percebe-se que o estudo da prescrição intercorrente no âmbito do processo administrativo fiscal está envolto em vários questionamentos, que devem ser analisados sob a perspectiva legal, doutrinária e jurisprudencial.

Após esta seção introdutória, no primeiro capítulo, será examinada a possibilidade de aplicação da prescrição intercorrente do processo administrativo fiscal à luz dos princípios da duração razoável do processo, da eficiência e do devido processo legal.

Após, no segundo capítulo, será feita uma análise da Súmula CARF n.º 11, de forma a compreender se essa súmula observa os ditames constitucionais, bem como se a vinculação de sua aplicação tem lugar ante o disposto na Constituição.

Por fim, no terceiro capítulo, serão expostas algumas construções doutrinárias que visam preencher o silêncio legal quanto à aplicação do instituto da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, de modo a visualizar se, de fato, é possível aplicar o instituto.

Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo na presente pesquisa, que servirá como base para esmiuçar a possibilidade da aplicação da prescrição intercorrente no PAF, no qual se pretende utilizar uma abordagem qualitativa das fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais que tratam deste instituto.



## 1. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Como já foi esclarecido, o presente trabalho pretende tecer algumas considerações acerca da possibilidade ou não da ocorrência da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal (PAF). Tal estudo se mostra necessário ante a ausência de previsão legal expressa sobre o tema, no Decreto nº 70.235/1972<sup>1</sup>. Conforme será demonstrado adiante, essa ausência de prazo prescricional intercorrente gera consequências diretas na duração do processo, atingindo princípios constitucionais como o da duração razoável do processo, da segurança jurídica, do devido processo legal e da eficiência.

De início é necessário considerar que um dos argumentos comumente usados contra a prescrição intercorrente administrativa fiscal tem fundamento nos arts. 151, III, e 174 do Código Tributário Nacional (CTN)<sup>2</sup>, haja vista que, em tese, a existência de um processo administrativo fiscal impediria o início do prazo prescricional, pois o crédito não estaria constituído (portanto, inexigível) e inexistente a pretensão do Fisco<sup>3</sup>.

Nessa toada, antes de partir para a discussão principal aqui proposta, é necessário diferenciar a prescrição comum da prescrição intercorrente. Nos dois casos há mora do titular e decurso de prazo certo. Todavia, o momento em que é aferida a inércia do credor é diferente para cada prescrição: na intercorrente o momento de inércia é aferido durante o processo administrativo ou judicial; já na comum, ocorre antes do processo judicial, mas enquanto a exigibilidade está ativa. Feitos esses esclarecimentos iniciais, tem-se claro que o núcleo da prescrição intercorrente está na desídia da Fazenda Pública em praticar os atos necessários para a satisfação dos seus créditos no curso de um processo<sup>4</sup>.

Com base no exposto, é notório que a atividade administrativa fiscal tem relação direta com o andamento do PAF, o que requer a aplicação direta dos princípios administrativos e processuais, elencados no rol do art. 5º e no art. 37 da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB).

<sup>1</sup> BRASIL. *Decreto nº 70.235*, de 6 de março de 1972. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm). Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>2</sup> “art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...) III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo (...) Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.” BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>3</sup> COELHO; SANTI apud LESSA, Vinícius Rocha Braga. A prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal municipal, estadual e federal. Belo Horizonte: *Revista Brasileira de Direito Municipal*, 2014, p. 02.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 03.



O princípio da duração razoável do processo foi inserido de modo expreso no rol do art. 5º da Carta Magna, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Esse princípio é corolário do direito ao devido processo legal e assegura que um processo, seja administrativo ou judicial, não se estenda por um período irrazoável, sendo assegurado a todos a duração razoável do processo<sup>5</sup>. O princípio em análise não possui ligação direta apenas com o devido processo legal, mas também com a segurança jurídica, com a eficiência e, de modo mais extensivo, com a dignidade da pessoa humana (pois ausente qualquer resquício de dignidade ou respeito ao cidadão na demora injustificada do Estado em cumprir seu papel jurisdicional, quando judicial; ou de julgar administrativamente, quando se tratar da esfera administrativa).

O princípio ora em análise pode ser definido como aquele que busca a justa ponderação entre o tempo necessário para o desenvolvimento de um procedimento contraditório, no qual as partes possam exercer as posições ativas necessárias para garantir seu direito (ampla defesa), e o tempo dentro do qual foi apresentada a decisão pelo julgador.<sup>6</sup>

A Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu alguns critérios para averiguação de quando ocorre a inobservância ao princípio da duração razoável do processo. São eles: a “complexidade do caso, contexto em que se desenvolveu o processo, comportamento das partes, relevância do litígio para os demandantes e, por fim, atuação das autoridades julgadoras”.<sup>7</sup> Esses critérios possuem o mesmo nível de relevância entre si. Todavia, é necessária a constatação da mora do órgão julgador para que haja a ofensa ao princípio da duração razoável do processo, ou seja, a inércia não deve ser oriunda do particular, mas sim do público, o que se observa com frequência no âmbito do PAF<sup>8</sup>.

Frisa-se que a inobservância da duração razoável do processo acarreta consequências diversas.<sup>9</sup> Dentre elas, é inegável que a mora no julgamento do PAF possui dois pontos principais: por um lado o administrado fica à mercê de um longo processo para ver decidida sua questão fiscal; por outro, há prejuízo ao erário, haja vista que a Administração Pública (o

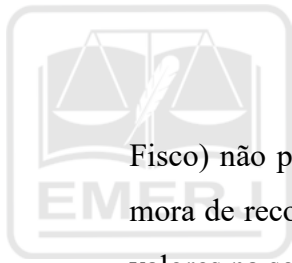
<sup>5</sup> “saliente-se que a duração razoável no processo administrativo é ainda mais restrita do que no processo judicial, tendo em vista os princípios de eficiência, oficialidade e moralidade, que incidem inescusavelmente sobre o órgão administrativo julgador”. *Ibid.*, p. 06.

<sup>6</sup> ROCHA, Sérgio André. *Processo Administrativo Fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. São Paulo: Almedina, 2010, p. 120.

<sup>7</sup> SLIWKA apud HIROSE, Tadaaqui; GEBRAN, João Pedro Neto (org.). *Curso Modular de Direito Constitucional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 573.

<sup>8</sup> “noutro caminho, não se diga que o contribuinte é cúmplice da lentidão por manejar os recursos previstos em lei. Se o ordenamento faculta ao administrado a interposição de um meio de irrisignação, o exercício desse direito não pode se voltar contra ele”. LESSA, *op. cit.*, p. 06.

<sup>9</sup> “a) aumento de despesas com a representação jurídica; b) riscos atrelados a eventuais erros da Administração Fazendária, principalmente para os contribuintes que necessitam comprovar sua regularidade fiscal; c) impossibilidade de se adotar medidas gerenciais necessárias para a compatibilização entre os procedimentos da empresa e o entendimento das autoridades fiscais sobre a questão objeto do processo”. ROCHA, *op. cit.*, p. 124.



Fisco) não pode arrecadar o tributo até que haja o lançamento tributário – permanecendo na mora de recolher os valores que possui direito e, por consequência, deixando de aplicar esses valores na sociedade.

Salienta-se, ainda, que o princípio da duração razoável do processo é garantia do indivíduo e não da Administração Pública. Portanto, ele não deve ser invocado em detrimento do contribuinte, mas sempre a seu favor, já que “o rol do art. 5º da CRFB contempla normas e princípios de proteção do cidadão em face do próprio Estado”.<sup>10</sup>

Noutro giro, além de ofender o princípio da duração razoável do processo, a mora administrativa no julgamento do PAF contraria o princípio da eficiência consagrado no art. 37 da CRFB (incorporada pela EC nº 19/1998). Por esse princípio, a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional<sup>11</sup>, ou seja, em função da busca pelos melhores meios para atingir um resultado, afastando-se do modelo burocrático para se aproximar do modelo gerencial. Nesse sentido, é imprescindível que a Administração Pública empregue os meios necessário para que o resultado (no caso de um PA, a decisão administrativa) seja alcançado com a maior perfeição possível e num prazo razoável.

Nesse diapasão, Lessa ensina que há, no PAF, dois aspectos de descumprimento ao princípio da eficiência: (i) a falta de prazo para a conclusão do processo administrativo, a qual impossibilita a verificação de resultados – que seriam aferidos com base no cumprimento, ou não, de determinada regra; e (ii) a lentidão no trâmite dos processos administrativos fiscais, que ocorre na inobservância do princípio da duração razoável do processo e em consequência da ausência de rendimento funcional na atividade administrativa.<sup>12</sup>

Dado o exposto, entende-se que a inexistência de uma norma legal que estabeleça, de modo expresso, o prazo prescricional intercorrente do PAF, tem sido justificativa para viabilizar a mora administrativa. Todavia, a inexistência da referida norma não pode ser capaz de impossibilitar a adoção do prazo prescricional, pois o ordenamento jurídico é uno, devendo haver simetria entre suas normas. Logo, ante os princípios constitucionais da duração razoável do processo, do devido processo legal, da segurança jurídica e da eficiência, a mora administrativa em julgar os processos administrativos fiscais se mostra inconstitucional, devendo, portanto, ser sanada a omissão quanto ao prazo prescricional intercorrente no PAF.

<sup>10</sup> MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro Administrativo e Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 200.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 105

<sup>12</sup> LESSA, op. cit., p.7.



## 2. SÚMULA CARF Nº 11: CONTROVÉRSIAS ACERCA DE SUA APLICABILIDADE

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) foi criado pela Lei n.º 11.941, de maio de 2009<sup>13</sup>, por meio da unificação dos três Conselhos de Contribuintes então existentes. Hoje, o CARF é um órgão colegiado, formado por representantes do Estado e da sociedade e possui a atribuição de julgar em segunda instância administrativa os litígios em matéria tributária e aduaneira. Adicionalmente, em linhas gerais, também compete ao Conselho a uniformização da jurisprudência do órgão, mediante recurso especial das partes, quando ocorrer divergência de entendimento entre os colegiados de julgamento.

No que tange ao tema ora em análise, é necessário esclarecer que o art. 72 do Regimento Interno do CARF dispõe que as decisões reiteradas e uniformes do Conselho serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos seus membros. Nos termos do art. 75 do Regimento em comento, as súmulas poderão ter efeito vinculante não só em relação aos membros dos colegiados do CARF, como também à toda a administração tributária federal.

Com base no artigo em epígrafe foi editada a Súmula n.º 11 do CARF, a qual dispõe que: “Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal”. Salienta-se que o Ministério da Fazenda atribuiu efeito vinculante à Súmula CARF n.º 11, por meio da Portaria MF nº 277/2018.<sup>14</sup> Portanto, ela está vinculada à toda administração tributária federal.

Assim sendo, partindo-se de uma análise superficial do que foi exposto no presente tópico, poder-se-ia afirmar que a hipótese de aplicação da prescrição intercorrente no PAF é inviável. Todavia, o tema requer um olhar mais profundo do ordenamento jurídico.

Por um lado, é necessário observar que a CRFB atribuiu somente ao Supremo Tribunal Federal (STF) a competência para editar súmulas vinculantes, nos termos do art. 103-A CRFB. Ou seja, o permissivo constitucional para a edição, revisão e cancelamento de súmulas se restringe apenas ao STF, não podendo ser estendido a outros órgãos por falta de amparo constitucional.

Adicionalmente, MARINS esclarece que não há no Decreto nº 70.235/1972<sup>15</sup> qualquer dispositivo que autorize o CARF a expedir súmula com efeito vinculante:

Assim, além de ferir a Constituição, os arts. 72, caput e 75, do Regimento Interno aprovados pela Portaria 256/2009 do Ministro da Fazenda, com as alterações

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei n.º 11.941*, de 27 de maio de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm). Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. *Portaria MF nº 277*, de 07 de junho de 2018. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=92601>. Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.



promovidas pelas Portarias MFs 446/2009, 586/10, e 226/11 e substituídos pela Portaria MF 343/15 restaram carentes de fundamento de validade, tornando-se inteiramente ineficazes. Nessa condição, as súmulas administrativas do CARF ou dos extintos Conselhos de Contribuintes, ou as resoluções do Pleno, operam tão somente efeito ordinário, orientativo da jurisprudência dominante, e não podem ser aplicadas como de observância obrigatória, seja para seus conselheiros ou para terceiros.<sup>16</sup>

Neste contexto, considerando o princípio da Legalidade e da Supremacia da Constituição, bem como de que o Direito Público deve observar estritamente os permissivos legais, no sentido de que aquilo que não é legalmente permitido é proibido, não restam dúvidas que outros órgãos judiciais e administrativos não podem atribuir efeito vinculante às suas súmulas. Portanto, a atribuição de efeito vinculante à Súmula n.º 11 do CARF é inconstitucional, não merecendo prosperar.

Por outro lado, além da inconstitucionalidade em razão da ausência de permissivo Constitucional, a Súmula em comento é incompatível com os princípios constitucionais já mencionados, quais sejam: a duração razoável do processo, o devido processo legal e a eficiência. Ao impedir a prescrição intercorrente, ela impõe barreira capaz de atingir a boa funcionalidade da Administração Pública quando de sua função atípica de julgar.

Nessa toada, resta claro que a súmula CARF n.º 11 deve ser aplicada tão somente como orientação do entendimento majoritário da jurisprudência, não podendo ser aplicada de forma obrigatória ou vinculante, já que tais efeitos não encontram respaldo na Constituição Federal, tampouco na legislação infraconstitucional.<sup>17</sup>

É válido notar que o principal argumento usado pelas autoridades julgadoras para afastar a incidência da prescrição intercorrente é que, nos termos do art. 151, inciso III do CTN, não poderá ocorrer a prescrição enquanto estiver suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Esse argumento tem base no entendimento de que, enquanto discutido na seara administrativa, o crédito tributário não estaria constituído definitivamente, o que impediria o início da contagem do prazo prescricional, nos termos do art. 174 do CTN. Ou seja, o CARF adota o entendimento de que o termo inicial da prescrição só poderia ocorrer após a constituição definitiva do crédito tributário.

Todavia, alguns autores, como Harada, ensinam que não há no Código Tributário Nacional nenhum dispositivo que ampare a existência de um crédito tributário provisório, o que é de extrema relevância.<sup>18</sup> Na hipótese de um crédito tributário provisório, o lançamento seria

<sup>16</sup> MARINS, op. cit., p. 331.

<sup>17</sup> PEREIRA, Maíhira Rei. *A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário*. Niterói: Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Direito da Universidade Candido Mendes Niterói, 2018, p. 22.

<sup>18</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 599



ato privativo do servidor público integrante da carreira de auditor fiscal ou de agente fiscal de rendas,<sup>19</sup> não cabendo, portanto, à autoridade julgadora constituí-lo ou aperfeiçoá-lo.

Além disso, já há jurisprudência no sentido de que, quando é notória a desídia da Administração em impulsionar o processo, se torna necessária a aplicação da prescrição intercorrente, ainda que a exigibilidade do crédito tributário esteja suspensa.<sup>20</sup> Veja-se:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ANULATÓRIA FISCAL – DEMORA INJUSTIFICADA NA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – POSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO – HONORÁRIOS RECURSAIS. 1 – Embora a existência de processo administrativo pendente de julgamento seja causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, III), nas hipóteses em que houver demora excessiva por desídia injustificável da Administração Pública, deve ser reconhecida a ocorrência de prescrição intercorrente. 2 – Levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, os honorários anteriormente fixados no patamar de 10% (dez por cento) devem ser majorados para 12% (doze por cento) sob o valor da causa. 3 - Recurso desprovido<sup>21</sup>.

Dado o exposto, não restam dúvidas que a Súmula CARF n.º 11 não possui o condão de vincular a Administração Pública,<sup>22</sup> pois inexistente respaldo constitucional que permita a atribuição de efeito vinculante às súmulas de qualquer outro órgão que não o STF. Além disso, a mencionada Súmula foge dos ditames constitucionais que, como já dito, orientam pela razoável duração do processo, pelo devido processo legal e pela eficiência administrativa. Logo, ela poderia apenas servir de orientação da jurisprudência majoritária, jamais possuindo caráter obrigatório.

### 3. ANÁLISE DE POSSÍVEIS SOLUÇÕES ANTE O SILENCIO LEGAL - ANALOGIA COMO MEIO MAIS EFICAZ

Após apresentar a problemática da inexistência da prescrição intercorrente no PAF, faz-se necessário apontar possíveis soluções que viabilizem a adoção de um prazo prescricional intercorrente.

<sup>19</sup> Conforme teor do art. 142, do CTN, c/c o inciso XXII, do art. 37, da CRFB. BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2021 e BRASIL, op. cit., nota 02.

<sup>20</sup> PEREIRA, op. cit., p. 24.

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Apelação n.º 0002068-27.2015.8.08.0024*. Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501591494/apelacao-apl-20682720158080024>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>22</sup> Como também não pode vincular o Judiciário, haja vista o princípio basilar da Separação de Poderes, consagrado no art. 2º, da CRFB.



Como já demonstrado, tem-se claro que a Súmula CARF n.º 11 não deve possuir efeito vinculante, o que afasta parte da barreira à aplicação do prazo prescricional. O outro lado dessa barreira seria a inexistência de previsão legal específica para prescrição intercorrente do PAF.<sup>23</sup> Todavia, apenas o legislador tem competência para editar essa norma. Nesse ponto, é necessário fazer uso de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, buscando a integração entre as normas por meio da analogia, conforme orientação do art. 4 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 e do art. 108, inciso I, do CTN. Nessa toada, ante o cenário de inexistência de norma específica, pretende-se buscar na legislação vigente uma solução adequada para o problema apresentado.<sup>24</sup>

Alguns autores como Marco Aurélio Greco e Hugo de Brito Machado entendem que o art. 173, parágrafo único, do CTN, poderia ser aplicado como uma solução. De forma geral, Greco esclarece que o Fisco teria o prazo peremptório de cinco anos, que se inicia na notificação do contribuinte e termina na constituição definitiva do crédito tributário, contra si.<sup>25</sup> De modo assemelhado, Machado considera esse mesmo lapso temporal como um segundo prazo decadencial para a Fazenda Pública.<sup>26</sup>

Todavia, os mencionados autores não estão na linha do entendimento majoritário da doutrina, a qual entende que o prazo do parágrafo único, do art. 173 do CTN tem aplicação nos casos em que a ação fiscal começa no mesmo exercício em que ocorreu o fato gerador. Portanto, o dispositivo teria apenas o efeito de antecipar o início do prazo decadencial, inaugurando-o antes do primeiro dia do ano subsequente àquele em que aconteceu o fato.<sup>27</sup>

A Lei Federal n.º 11.457/2007, entre outras providências, regula o processo administrativo fiscal e as atividades da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). O art. 24, da norma em comento, dispõe que “é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo

---

<sup>23</sup> “a doutrina e a jurisprudência recorrentemente lançam mão do seguinte argumento para negar a possibilidade de prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal: ausência de previsão normativa. Parte-se da premissa de que o Código Tributário Nacional não estabelece nenhum prazo para que a administração conclua o lançamento, constituindo definitivamente o crédito tributário. Como não há um período definido em lei, o instituto da prescrição intercorrente no processo administrativo não seria aplicável pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo a lógica utilizada por alguns doutrinadores e pela jurisprudência quase unânime”. LESSA, op. cit., p. 08.

<sup>24</sup> “reconhecida a lacuna, é consequência imediata a integração do ordenamento por meio da analogia, indiscutivelmente cabível no Direito Tributário, tendo em vista o art. 4º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro e art. 108, I, do CTN. O uso da analogia, mais do que recomendado, é necessário diante da omissão legislativa em face de um caso concreto não normatizado hipoteticamente”. Ibid., p. 09.

<sup>25</sup> GRECO apud COSTA, Alcides Jorge et al. *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado: estudos jurídicos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 502-517.

<sup>26</sup> MACHADO apud LESSA, op. cit., p.8.

<sup>27</sup> MELO apud ibid.



de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”. Ou seja, há aqui um prazo prescricional para que a Administração Pública profira decisão.

A norma em epígrafe é voltada à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Desse modo, abrange cenário diverso do problema em análise, pois a PGFN é órgão de representação jurídica da União que não tem atribuição para decidir impugnação ou recurso do contribuinte em sede de processo administrativo de determinação e exigência de crédito tributário. De todo modo, por mais que a previsão do art. 24 da Lei Federal nº 11.457/20017 não seja capaz de solucionar o problema, ela contribui para reafirmar a necessidade e a importância de um prazo prescricional intercorrente no processo administrativo fiscal, já que prevê um prazo para a conclusão do procedimento.

Marcos Rogério Lyrio Pimenta busca, através dos princípios da analogia, meios para suprir o silêncio legislativo quanto à prescrição intercorrente no PAF. O autor em comentário apresenta o raciocínio de que, se a negligência do contribuinte não é capaz de impedir o perecimento do seu direito de demandar a Fazenda Pública (*vide* art. 5º do Decreto Federal nº 20.910/32<sup>28</sup>), “a desídia do Fisco em decidir o processo administrativo tributário, também, não deve sustar o seu prazo de cobrança.<sup>29</sup>”

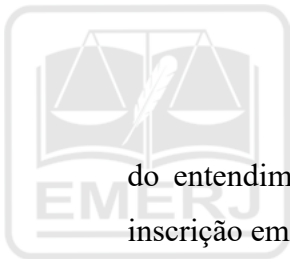
Pimenta encontra, no art. 174 do CTN, a norma que poderá ser aplicada analogicamente aos casos que requerem a aplicação da prescrição intercorrente. Assim sendo, a autoridade administrativa julgadora teria o prazo de cinco anos para decidir o processo, a partir da impugnação ou recurso, sob pena de prescrição do direito de cobrança judicial. Porém, conforme elucidada Lessa, a conclusão de Marcos Pimenta só poderia ser validada caso fosse aceita a premissa de que o lançamento tributário recorrível constitui definitivamente o crédito. A regra do art. 5º do Decreto nº 20.910/1932 afastaria a aplicação do art. 151, III, do CTN, permitindo a fluência do prazo prescricional desde o lançamento – nos termos do art. 174 do CTN – sem que fosse suspensa.<sup>30</sup>

O afastamento do art. 151, III, do CTN, seria necessário porque, conforme ensina a doutrina majoritária, o art. 174 do CTN dispõe que a ação de cobrança do crédito prescreve em cinco anos contados da constituição definitiva, ou seja, faz ligação direta da prescrição comum com o direito à ação executiva. É exatamente nesse ponto que está o empecilho para a aplicação

<sup>28</sup>BRASIL. *Decreto nº 20.910*, de 6 de janeiro de 1932. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d20910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm). Acesso em: 04 out. 2021.

<sup>29</sup>PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. São Paulo: *Revista Dialética de Direito Tributário*, 2001, p. 122.

<sup>30</sup>LESSA, op. cit., p. 10.



do entendimento de Pimenta, haja vista que a ação executiva somente será viável após a inscrição em dívida ativa, que ocorre após o encerramento do trâmite administrativo.

Até aqui foram apresentadas algumas hipóteses que poderiam ser aplicadas para preencher a lacuna legal quanto à inexistência de prescrição intercorrente no PAF. Todavia, todas essas hipóteses possuem falhas. Uma última solução estaria na esteira do art. 40, §4º, da Lei de Execução Fiscal.<sup>31</sup> Com base nesse artigo já há entendimento consolidado no sentido de se reconhecer a prescrição intercorrente durante o processo executivo fiscal; isto é, a Fazenda Pública, como credora, não teria margem para atuar com mora apenas por ter proposto a ação executiva fiscal e não ter concretizado o prazo da prescrição comum do art. 174 do CTN.

Todavia, é necessário adaptar o disposto no art. 40, §4º, da Lei de Execução Fiscal, haja vista que no âmbito da ação executiva o dispositivo tem aplicação a partir do ato processual de arquivamento dos autos um ano após a suspensão da execução, momento no qual começaria a contar o prazo prescricional. No cenário administrativo não há o ato de arquivamento semelhante ao do processo judicial. Portanto, é imprescindível que se encontre um momento para iniciar a contagem do prazo.

Em observância ao § 4º, do art. 40, da Lei de Execução Fiscal em comparação com o art. 1º, §1º, da Lei Federal nº 9.873/1999, poderia ser estabelecido um prazo para a Administração Pública praticar os atos, por exemplo: apresentada a impugnação, a autoridade teria um prazo razoável para expedir os atos, ao qual está obrigada, contado em seu desfavor todo o tempo que excedê-lo.<sup>32</sup> Respeitada a autonomia de cada ente federativo, os prazos para cada ato provavelmente seriam diferentes entre a União, Estados e Municípios. Todavia, não haveria discrepância, haja vista que os entes devem observar o princípio da razoabilidade.<sup>33</sup>

Nessa toada, transcorridos cinco anos, ininterruptos ou intermitentes, nos quais não tenha sido praticado o ato que cabia à Administração, deverá ser reconhecida a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal e o crédito deverá ser extinto, em analogia ao art. 40, §4º, da Lei nº 6.830/1980.

Dado o exposto, é notório que não há uma solução que se adeque perfeitamente ao caso. Por outro lado, não se pode negar que há no ordenamento jurídico normas que podem servir

---

<sup>31</sup> BECKER; BERNARDES; MIRANDA apud *ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>33</sup> Frisa-se que, no âmbito Federal, há um empecilho, pois o parágrafo único do art. 27 do Decreto nº 70.235/72 delega ao Secretário da Receita Federal do Brasil definir em ato os prazos para julgamento em primeira instância, ato esse até hoje não expedido (...) no que diz respeito ao processo administrativo fiscal federal, portanto, enquanto o ato normativo de que trata o art. 27, parágrafo único, do Decreto nº 70.235/72 não for expedido, a contagem do prazo prescricional intercorrente terá início com o protocolo da impugnação do contribuinte, correndo incólume até a decisão final nos autos do processo administrativo. *Ibid.*



como norte para a aplicação da prescrição intercorrente no PAF. Nesse sentido, não há dúvidas que a integração do sistema jurídico, através da aplicação analógica de algumas normas ao caso concreto, se mostra como um caminho que, após algumas adaptações, levará à tão necessária aplicação da prescrição intercorrente nos processos administrativos fiscais.

## CONCLUSÃO

Dado o exposto, não restam dúvidas acerca da incompatibilidade existente entre o silêncio legal sobre a prescrição intercorrente no PAF e os ditames constitucionais. É notório que o prolongamento ilimitado dos processos administrativos fiscais coloca em xeque os princípios do devido processo legal, da duração razoável do processo e da eficiência, gerando malefícios tanto para o sujeito passivo quanto para o sujeito ativo da relação jurídico tributária.

Os princípios supramencionados devem ser observados não só no âmbito do processo judicial, mas também nos processos administrativos, sobretudo os que envolvem matéria fiscal que, já que possuem o potencial de resultar no arrecadamento de tributos por parte do Fisco.

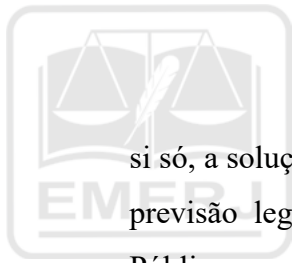
Adicionalmente, conforme amplamente demonstrado, a Súmula CARF n.º 11 resta improvida de fundamento jurídico, pois eivada de uma atribuição para vincular que não é pautada no texto constitucional. Como já dito, a mencionada Súmula ataca os princípios constitucionais do devido processo legal, da duração razoável do processo e da eficiência, o que fere de morte o bom funcionamento do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, forçoso reconhecer a necessidade iminente de buscar na legislação vigente uma solução para o problema em análise. A interpretação sistemática do sistema jurídico, através da analogia, se mostrou de grande valia, possibilitando vislumbrar um possível prazo prescricional intercorrente para os processos administrativos fiscais.

Após a análise de alguns dispositivos legais, como o art. 174 do CTN, o art. 173, parágrafo único, do CTN e o art. 24 da Lei Federal n.º 11.457/20017, percebeu-se que a busca, por um dispositivo que sirva para solucionar o problema proposto, é complexa, não tendo sido suficiente para o caso nenhum dos supramencionados dispositivos.

Ao final, foi feita uma breve análise do art. 40, §4º, da Lei n.º 6.830/1980, o qual se apresentou como um norte para a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, merecendo destaque na análise da problemática referente à mora Administrativa em julgar os processos administrativos fiscais.

A norma em epígrafe, como dito, é um norte para solucionar o problema da mora administrativa em julgar os processos administrativos fiscais, todavia, ela não representa, por



si só, a solução. É imprescindível que o legislador se debruce sobre o tema para construir uma previsão legal suficiente para estabelecer um prazo razoável tanto para a Administração Pública, quanto para o Administrado, viabilizando a observância dos ditames constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto n° 20.910*, de 6 de janeiro de 1932. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d20910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto n° 70.235*, de 6 de março de 1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 11.941*, de 27 de maio de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Portaria MF n° 277*, de 07 de junho de 2018. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=92601>>. Acesso em: 04 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Apelação n° 0002068-27.2015.8.08.0024*. Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501591494/apelacao-apl-20682720158080024>. Acesso em: 29 ago. 2021.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Decadência e prescrição contra a Fazenda Pública: termos iniciais e finais – regras de contagem. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 3, n. 9-10, p. 295-303, jul./dez. 1979.

GRECO, Marco Aurélio. Perempção no lançamento tributário. In: COSTA, Alcides Jorge et al. *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado: estudos jurídicos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Forense, Rio de Janeiro, v. 8, p. 502-517, 1988.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LESSA, Vinícius Rocha Braga. A prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal municipal, estadual e federal. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, p. 59-72, jul./set. 2014.





MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro Administrativo e Judicial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

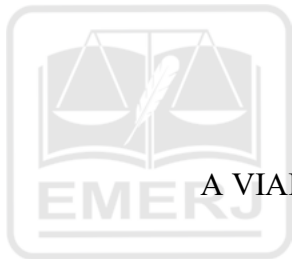
PEREIRA, Maíhira Rei. *A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário*. 2018, 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Candido Mendes, Niterói, 2018.

PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 71, p. 119-126, ago. 2001.

ROCHA, Sérgio André. *Processo Administrativo Fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. São Paulo: Almedina, 2010.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito à razoável duração do processo administrativo tributário e prescrição intercorrente. In: HIROSE, Tadaaqui, GEBRAN, João Pedro Neto (org.). *Curso Modular de Direito Constitucional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.



## A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Juliana Ferreira da Silva Vila Nova Lima

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Técnico Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Chefe de Serventia do Juizado Especial Cível. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com convênio com a Universidade Estácio de Sá.

**Resumo** – Com o surgimento da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, defendida pelo jurista Marcos Dessaune, foram geradas controvérsias sobre o desperdício do tempo. Com base nessa ideia, o presente trabalho pretende analisar se o tempo é um bem jurídico a ser tutelado e se ele é capaz de gerar um novo tipo de dano. Objetiva-se, ainda, analisar a superação da Teoria do Mero Aborrecimento na jurisprudência, diante da possibilidade de tutela do desperdício do tempo. Diante dessa nova concepção adotada pelos Tribunais Superiores, serão verificados quais os critérios para a sua configuração e arbitramento face às teses apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência.

**Palavras-chave** - Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Desvio produtivo. Perda de tempo. Dano.

**Sumário** - Introdução. 1. O desperdício do tempo útil do consumidor como caracterizador de um novo tipo de dano. 2. O não enquadramento da tese do mero aborrecimento nas frustrações causadas ao consumidor por perda do tempo útil. 3. Arbitramento dos Tribunais Superiores na configuração do dano por desperdício de tempo do consumidor. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a viabilidade da aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor nos Tribunais Superiores. Procura-se demonstrar que desperdício de tempo é um bem que deve ser tutelado e pode ser mensurado, devendo os fornecedores de serviço responderem por esse tipo de dano causado ao consumidor.

Nos dias atuais, dentro do contexto capitalista, a valorização do uso do tempo pelo ser humano está cada vez maior, conforme se verifica com a cobrança do serviço pela contagem da hora trabalhada. Vide, por exemplo, a importância dada pelos empresários ao jargão *Time is Money*. Tendo isso como ponto de partida, é relevante considerar que, nos dias atuais, pessoas gastam horas a fio buscando solucionar problemas relacionados à prestação de serviço por fornecedores, junto ao Serviço de Atendimento ao



Consumidor, S.A.C., seja por meio de recursos tecnológicos de comunicação, como o telefone, por exemplo, seja presencialmente, no estabelecimento comercial, o que ocasiona inúmeros aborrecimentos, geralmente, sem êxito.

Ressalta-se, ainda, que, muitas vezes, o consumidor desiste de solucionar o problema, em razão do desperdício de tempo. Além disso, os fornecedores não são responsabilizados pelo desgaste do consumidor. Tais transtornos, que não foram ocasionados pelo consumidor, trazem frustração e desânimo muito grande.

Desse modo, o desperdício de tempo deve ser contabilizado para imputar ao fornecedor o dano causado ao consumidor. Assim sendo, mostra-se viável a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo nas relações consumeristas, pois o valor do tempo deve ser encarado como um bem a ser tutelado e reparado.

Para tanto, busca-se analisar quais os fundamentos possíveis para a aplicação dessa teoria nos Tribunais Superiores, examinando qual o bem deve ser tutelado por ela e quais parâmetros devem ser utilizados no plano indenizatório, já que não há um consenso na doutrina e na jurisprudência.

No primeiro capítulo, o objetivo é examinar qual o bem deve ser tutelado na Teoria do Desvio Produtivo, na tentativa de esclarecer se o tempo útil seria um novo tipo de dano ou se as frustrações criadas pelo seu desperdício seriam formas de atingir a dignidade da pessoa humana, enquadrando-o como um dano moral.

Já no segundo capítulo, são analisados os fundamentos cabíveis para aplicação dessa teoria pelos Tribunais Superiores. Isso porque, ainda, há Ministros defensores da tese da qual a perda de tempo seria apenas um mero aborrecimento causado ao consumidor. Por meio da análise dos julgados mais recentes, vai ser demonstrado que a perda de tempo útil é um novo tipo de dano e que deve ser tutelado, sendo possível a sua aplicação em alguns casos concretos.

Em seguida, no último capítulo, são examinados os parâmetros indenizatórios para aplicação dessa teoria a partir dos paradigmas retirados dos Tribunais Superiores, a fim de comprovar como deve ser mensurado o prejuízo causado pelo desperdício do tempo útil do consumidor.

Por fim, cabe mencionar que o desenvolvimento da pesquisa se dará pelo método qualitativo, no qual a forma de análise contribui para observar o avanço dos estudos para a viabilidade da aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor nos Tribunais Superiores.

Para tanto, a abordagem da pesquisa jurídica necessariamente será desenvolvida por meio da revisão de literatura, utilizando legislação, doutrina e jurisprudência, a fim de averiguar os fundamentos e parâmetros que podem ser utilizados para a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor pelos Tribunais Superiores.

## 1. O DESPERDÍCIO DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR COMO CARACTERIZADOR DE UM NOVO TIPO DE DANO

Ao analisar o Código do Consumidor<sup>1</sup>, verifica-se que a lei dispõe sobre a responsabilidade advinda desse microsistema e prevê a possibilidade de ressarcimento, desde que comprovado o nexos causal entre a conduta praticada pelo fornecedor ou prestador de serviço e o dano causado ao consumidor. Ressalta-se que, por se tratar de uma responsabilidade objetiva, não há necessidade de comprovar a culpa do fornecedor para configurar o dano.

No que tange ao dano, pode-se dizer que ele é gerado a partir do momento em que o fornecedor ou o prestador do serviço não coloca no mercado de consumo produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho. Consequentemente, para a solução de um problema eventual há desencadeamento do desperdício de tempo útil na vida do consumidor ou desvio produtivo, como classifica Marcus Dessaune<sup>2</sup>.

Ainda no tocante à configuração do dano ao consumidor, verifica-se que ele pode ser de ordem material e moral, como previsto também constitucionalmente<sup>3</sup>. No entanto, primeiramente, deve ser questionado se o tempo é um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico e se o desperdício do tempo útil é um gerador de um novo tipo de dano capaz de responsabilizar o seu causador.

Para essa análise, faz-se necessário compreender o conceito da expressão “tempo útil” no âmbito jurídico. Nesse Viés, conforme preleciona Allegro<sup>4</sup>, bem é tudo o que é

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2021.

<sup>2</sup> DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.46-47.

<sup>3</sup> Art. 5º(...) X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;(...

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2021.

<sup>4</sup> ALLEGRO, Romana Affonso de Almeida. *Bens jurídicos: o interesse estatal de tutelar bens jurídicos através de sua normatização*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2089/Bens-juridicos>>. Acesso em: 07 mai. 2021.

valioso e procurado pelo ser humano. Nessa visão surge a necessidade de tutela do tempo útil por meio da norma jurídica. E, assim, ao criar a proteção legal este bem é elevado à categoria de bem jurídico tutelado<sup>5</sup>.

Diante dessa perspectiva valorativa da norma, também há uma grande questão a ser enfrentada, como: o tempo pode ser incluído na classificação de bem jurídico?

Segundo Marcus Dessaune<sup>6</sup>, o tempo é um bem valioso e ao mesmo tempo escasso, do qual o consumidor dispõe. O autor segue exemplificando que a relevância do tempo pode ser encontrada na capacidade dele produzir efeitos juridicamente, como na aquisição ou na perda de direitos pelas pessoas, constatado no caso da aposentadoria, da usucapião, da prescrição e da decadência.

Ainda segundo o autor, acima mencionado, a dificuldade de leitura do tempo útil é que ele não se encontra de forma expressa na proteção normativa expressa, não podendo, assim, ser elevado à categoria de bem jurídico. Pois, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, apenas, faz algumas citações diretas e indiretas do tempo, sempre como modo de aquisição, e não como objeto do direito, conforme se verifica quando se fala sobre a educação, o direito do trabalho e, até mesmo, as garantias processuais.

Desse modo, de acordo com esse autor, para configurar bem jurídico e produzir seus efeitos no ordenamento pátrio, ele deveria constar na norma constitucional, recebendo, também menção expressa às violações fáticas ensejadoras de dano ao bem jurídico tempo, tal como existe em relação à imagem e à honra. Nesse sentido, afirma Dessaune<sup>7</sup>:

Todavia entendo que, muito embora as ‘situações de desvio produtivo do consumidor’ possam de fato ser consideradas um dano injusto, o ‘tempo’ – por ser o suporte implícito da vida, recurso produtivo basilar e bem primordial da pessoa humana – merece tratamento jurídico especial que o destaque, fora da mencionada clausula geral de tutela da personalidade – a qual provavelmente aprisionaria o desvio produtivo a um mero ‘novo fato gerador de dano moral.

No entanto, em que pese não haja previsão legal para proteção do tempo como objeto de direito, tal circunstância não é suficiente para afastar a tutela do tempo como bem jurídico. Isso porque, segundo Anderson Schreiber<sup>8</sup>, o ordenamento pátrio é considerado atípico ou aberto. Ou seja, não há uma determinação legal prevendo taxativamente

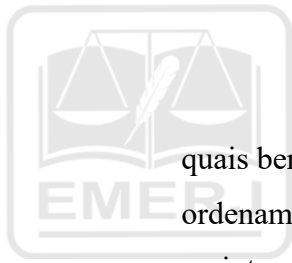
---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> DESSAUNE, op. cit., p. 132-133.

<sup>7</sup> Ibid, p. 133-134

<sup>8</sup> SCHREIBER apud TEIXEIRA, T.; AUGUSTO, L. S. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 110, p. 177-209, 2016. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490> >. Acesso em: 08 mai. 2021.



quais bens violados ocasionam o ressarcimento por um certo tipo de dano. Na verdade, o ordenamento jurídico possui uma cláusula aberta que permite aos magistrados analisarem os interesses que serão objeto de tutela, estando inserto ou nos danos patrimoniais ou morais.

Então, para ele, não é necessário que haja uma norma expressa tutelando o tempo como bem jurídico. Basta apenas “(...) verificar se o interesse dito lesado corresponde a um interesse merecedor de tutela em abstrato, ou seja, se vem protegido por alguma norma do ordenamento jurídico”.<sup>9</sup>

Assim, diante da interpretação desse autor, pode-se verificar que o tempo é um bem jurídico tutelado desde que haja uma norma geral que o abarque, como por exemplo a cláusula geral de tutela da personalidade.

Já para Pablo Stolze<sup>10</sup>, o tempo pode ser observado por dois pontos de vista: um dinâmico e outro estático. Para o dinâmico é um fato natural que pode repercutir no mundo jurídico causando alguns efeitos. Ou seja, um fato jurídico em sentido estrito, como a morte. Já para o estático ele é um bem de relevante valor que não pode ser desperdiçado em razão do interesse econômico alheio.

Diante das perspectivas apresentadas e se levando em conta que o tempo é bem jurídico que merece a tutela do ordenamento pátrio, deve ser analisado, nesse momento, se o desperdício do tempo útil é capaz de gerar um novo tipo de dano.

Ao verificar os tipos de dano previstos no ordenamento jurídico, esbarra-se no primeiro questionamento sobre qual categoria o desperdício do tempo útil se enquadraria: dano patrimonial ou moral? O dano patrimonial não caberia, pois o tempo não é suscetível de avaliação pecuniária. E o dano moral? Nessa questão, que se encontra o grande conflito entre os doutrinadores.

Para Marcus Dessaune<sup>11</sup> o tempo é um recurso produtivo basilar que é escasso, inacumulável e irrecuperável, de modo que, ao violá-lo, deve haver uma reparação pelo dano injusto causado. Assim, diante da sua relevância, ele deveria possuir um tratamento especial, elevando-o a uma nova categoria de dano, conforme conclui o autor: "que se está diante de uma nova e importante modalidade de dano até agora desconsiderada no

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Direito UNIFACS*, ISSN 1808-4435, n. 168, jun. 2014. p. 2-3. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3137>>. Acesso em: 07 mai. 2021.

<sup>11</sup> DESSAUNE, op. cit., p. 134-135.

Direito Brasileiro: o desvio dos recursos produtivos do consumidor ou, resumidamente, o desvio produtivo do consumidor."

Seguindo com o mesmo autor, para configuração do dano seria necessário observar alguns requisitos. Primeiro, nas hipóteses de responsabilidade por vício ou fato do produto ou do serviço, seriam: o vício ou o defeito no produto ou no serviço; o desvio produtivo sofrido pelo consumidor; e, a relação de causalidade ente o vício/defeito e o desvio. Segundo, nas hipóteses de responsabilidade por prática abusiva, seriam: a prática abusiva cometida no mercado de consumo; o desvio produtivo sofrido pelo consumidor; e, a relação de causalidade entre a prática e o desvio.

Ressalta-se, ainda, que o autor sustenta a inclusão do dano de desvio aos recursos produtivos do indivíduo no rol dos direitos fundamentais, a fim de permitir uma proteção jurídica a ele, já que terá tratamento constitucional expresso, respeitando, assim, o princípio da legalidade.

Por outro lado, o entendimento mais recente defende que o dano decorrente de desvio aos recursos produtivos é um tipo de dano moral decorrente da cláusula geral de tutela da personalidade, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, em que pese a existência da previsão constitucional expressa ser a melhor forma de proteção, a sua ausência não significa que não exista lesão ao dano decorrente do desperdício do tempo útil. Assim como foi com o instituto do dano por perda de uma chance, faz-se necessário que os doutrinadores e juristas possam interpretar o ordenamento jurídico e dele extrair a sua proteção, como defende Anderson Schreiber, já citado anteriormente.

Logo, na dinâmica atual da sociedade, não há como negar a existência de lesão por parte dos fornecedores e prestadores dos serviços em relação aos consumidores, gerando um dano passível de ressarcimento, como será visto nos próximos capítulos.

## 2. O NÃO ENQUADRAMENTO DA TESE DO MERO ABORRECIMENTO NAS FRUSTAÇÕES CAUSADOS AO CONSUMIDOR POR PERDA DE TEMPO ÚTIL

A tese do mero aborrecimento, segundo registros apontados por Barreto<sup>12</sup>, foi difundida após a reforma do Judiciário, implementada a partir da Emenda Constitucional

---

<sup>12</sup> BARRETO apud DESSAUNE. *Dano moral não é só sofrimento: a crescente superação do "mero aborrecimento"*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-15/marcos-dessaune-crescente-superao-mero-aborrecimento#author>>. Acesso em: 28 ago. 2021



de 2004, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, em 2009, a fim de que fossem reduzidos os acervos dos Tribunais, estabelecendo metas a serem cumpridas por eles.

Assim, tal tese veio como meio defensivo, a partir de uma construção doutrinária, tendo como um de seus defensores o desembargador Sergio Cavalieri Filho<sup>13</sup>, a fim de evitar a indústria do dano moral. Segundo esse doutrinador, a tese surgiu como meio de evitar a banalização na concessão do dano moral como meio de condenação de dissabores ocorridos no cotidiano, tal como a má prestação do serviço por parte do fornecedor. Nota-se como ele aborda com propriedade o tema:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Em seguida, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a fim de evitar a proliferação de demandas requerendo os danos morais, bem como a redução dos valores indenizatórios já concedidos, encampou a tese de que aborrecimento e irritações do dia a dia não são capazes de gerar o dano moral, conforme se observa no voto relator do Ministro Luís Felipe Salomão no Recurso Especial 844.736/DF<sup>14</sup>:

INTERNET-ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1 - segundo a doutrina pátria "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.[...]

No entanto, a partir de 2012, o jurista Dessaune<sup>15</sup> passou a defender, na tentativa de desconstrução da tese então implementada, que o desvio produtivo do consumidor

<sup>13</sup> CAVALIERI FILHO apud GOULART JUNIOR, Gilson. *Indenizações indiscriminadas prejudicam relações de consumo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-07/gilson-goulart-jr-problema-indenizacoes-indiscriminadas#author>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 844.736/DF*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827894/recurso-especial-resp-844736-df-2006-0094695- e sim-teor-16827895>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>15</sup> DESSAUNE, op. cit.





deve ser indenizável. O referido jurista observou que as bases utilizadas pela tese do mero aborrecimento eram equivocadas. Para ele, o desvio produtivo do consumidor deveria ser considerado um novo tipo de dano ao lado do dano material e não enquadrado como dano moral. Além disso, também deveria conter tutela constitucional ao lado das garantias fundamentais, sendo considerado um dano autônomo extrapatrimonial<sup>16</sup>.

Em seu campo argumentativo, o jurista Dessaune<sup>17</sup> critica a tentativa de utilizar o tempo vital do consumidor como cláusula geral da dignidade humana. Isso porque, aproximar-se-ia esse novo tipo de dano ao fato gerador do dano moral. Defende também que para existir a tutela do bem jurídico “tempo”, ele deveria vir expressamente descrito como garantia fundamental ao lado do direito à vida e à liberdade, a fim de resguardar a sua tutela no ordenamento jurídico.

No entanto, por entender que a constituição brasileira é rígida e sua modificação exige a observância de um procedimento formal, ele pondera o seu entendimento, e afirma que o tempo vital pode ser enquadrado em rol aberto da dignidade humana, a fim de não ficar sem a devida proteção, como também permitiria a indenização pelo dano moral *lato sensu*, admitindo assim a sua cumulação com outros danos<sup>18</sup>.

Diante da nova tese apresentada pelo jurista Dessaune<sup>19</sup>, verifica-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça passou a adotar esse posicionamento. Tal fato culminou com o pedido pela OAB/RJ de cancelamento da Súmula 75<sup>20</sup>, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que defendia que não haveria dano moral indenizável por simples descumprimento contratual pelo mero aborrecimento.

Da análise da jurisprudência a seguir, nota-se que a tese do desvio produtivo foi adotada em parcimônia, pois foi encampada a ideia de ser passível de indenização o desvio produtivo do consumidor, mas como dano moral em sentido *lato sensu*, como se depreende do acórdão proferido pelo Relator Desembargador Alcides da Fonseca Neto<sup>21</sup>:

---

<sup>16</sup>Ibid., p. 134-136.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup>Ibid.

<sup>20</sup> Inteiro teor da súmula: "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.". BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: < [http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos\\_main.asp?codigo=150537&desc=ti&](http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&)>. Acesso em: 21 abr. 2022.

<sup>21</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação n.º 0006451-73.2018.8.19.0206*. Relator Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047F62FBC1A57157E35DB8147361326785C50F462C275F&USER=>>>. Acesso em: 28 ago. 2021

Merece destaque, nesse ponto, que o desperdício de seu tempo vital, suporte implícito da existência humana, bem jurídico-constitucional, demonstra de modo inequívoco não só a lesão ao seu direito da personalidade, como também a obrigação de as demandadas reparar o dano temporal, espécie de dano moral, especialmente quando se constata que o autor-apelante deixou de desempenhar suas atividades existenciais, como trabalhar, descansar ou cuidar de si mesmo (direitos fundamentais), em razão do ato lesivo cometido pelo apelante.

Do mesmo modo, na jurisprudência do STJ, o voto da relatora Ministra Nancy Andriighi mostra sua posição sobre a possível responsabilidade civil pela perda do tempo, condenando o banco réu a indenizar o consumidor no REsp nº 1.737.412/SE<sup>22</sup>:

No entanto, o tempo útil e seu máximo aproveitamento são, como visto, interesses coletivos, subjacentes aos deveres da qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que são atribuídos aos fornecedores de produtos e serviços e à função social da atividade produtiva. A proteção à perda do tempo útil do consumidor deve ser, portanto, realizada sob a vertente coletiva, a qual, por possuir finalidades precípuas de sanção, inibição e reparação indireta, permite seja aplicada a teoria do desvio produtivo do consumidor e a responsabilidade civil pela perda do tempo.(...) Essa proteção à intolerável e injusta perda do tempo útil do consumidor ocorre, portanto, pelo “desrespeito voluntário das garantias legais [...], com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço”, revelando “ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé” (REsp 1645744/SP, Documento: 1787616 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 08/02/2019 Página 15 de 5 Superior Tribunal de Justiça Terceira Turma, DJe 13/06/2017).

Logo, a doutrina e a jurisprudência, aqui expostas, passam a sustentar a possibilidade de responsabilizar o fornecedor desidioso pelo desperdício de tempo útil do consumidor, mostrando ser possível a superação da tese do mero aborrecimento e adotando a tese do desvio produtivo defendida por Dessaune<sup>23</sup>. Tal mudança, segundo Kugui-miya<sup>24</sup>, veio como meio de coibir os abusos perpetrados pelo fornecedor pela má prestação do serviço. Isso porque, com a tese de mero aborrecimento, os fornecedores não eram punidos por sua conduta.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.737.412/SE*. Relatora Ministra Nancy Andriighi. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700670718&dt\\_publicacao=08/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700670718&dt_publicacao=08/02/2019)>. Acesso em: 28 ago. 2021

<sup>23</sup>DESSAUNE, op. cit, nota 12.

<sup>24</sup> KUGUIMIYA, Luciana Lie. Responsabilidade civil pela usurpação indevida do tempo útil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3805, 1 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25939>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

### 3. ARBITRAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA CONFIGURAÇÃO DO DANO POR DESPERDÍCIO DE TEMPO DO CONSUMIDOR

Ao analisar os fundamentos utilizados para a configuração da indenização decorrente da responsabilidade do fornecedor pelo desperdício do tempo do consumidor, segundo os doutrinadores, como Dessaune<sup>25</sup> e Bergstain<sup>26</sup>, verifica-se que ela se caracteriza de forma objetiva. Para eles, os elementos presentes para essa configuração são: o comportamento abusivo do fornecedor, a perda de seu tempo e o nexo de causalidade.

Para Dessaune<sup>27</sup>, essa responsabilidade estaria configurada quando o consumidor gasta seu tempo vital para solução de um problema causado pelo fornecedor. Na defesa de sua tese, ele ressalta: “que tal dano decorre da lesão a qualquer atividade planejada ou desejada do consumidor”<sup>28</sup>. Ou seja, em sua concepção o fornecedor utiliza-se de uma prática abusiva a fim de usurpar o tempo vital do consumidor que é a parte mais vulnerável da relação de consumo, causando-lhe prejuízo de ordem extrapatrimonial não abarcada pelo dano moral. Por isso, ele defende o termo “desvio produtivo” como sendo o mais adequado, pois estaria enquadrando qualquer tempo desperdiçado.

Esse jurista prossegue argumentando que se trata de um novo tipo de dano “que acarreta lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora, que sofre necessariamente um dano extrapatrimonial de natureza existencial, que é indenizável *in re ipsa*”<sup>29</sup>. E, o dano é extrapatrimonial quando “atinge a dignidade do indivíduo”, segundo expõe Pereira<sup>30</sup>. Para esta autora abarcaria o dano moral, estético e existencial. Quanto ao dano existencial, na concepção de Dione dos Santos<sup>31</sup>, seria “a conduta praticada por alguém que cause à vítima prejuízo à vida pessoal, familiar ou social (...)”.

Desse modo, os critérios a serem observados para responsabilizar o fornecedor pelo dano existencial por desvio produtivo, independente de culpa, no olhar de Dessaune<sup>32</sup> seriam:

---

<sup>25</sup> DESSAUNE, op. cit, p. 135.

<sup>26</sup> BERGSTEIN, Laís. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.194-198.

<sup>27</sup>DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo: um panorama. direito em movimento*, Rio de Janeiro, v.17, N 1, 1º semestre 2019, p. 22-30.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>30</sup>PEREIRA, Héllen Matos. *Teoria do Desvio Produtivo: breve análise conteúdo jurídico*, Brasília-DF: 19 set 2021. Disponível em:< <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54641/teoria-do-desvio-produtivo-breve-anlise>>. Acesso em: 19 set 2021.

<sup>31</sup> DOS SANTOS apud PEREIRA, op. cit, nota 30.

<sup>32</sup> Ibid., p.29.

(1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor, (4) o nexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante, (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo) e (7) o dano coletivo (requisito facultativo).

Já a jurista Bergstein<sup>33</sup> acrescenta dois critérios a serem analisados também para configuração dessa responsabilidade. O primeiro seria o menosprezo planejado que significa verificar se houve desrespeito ao consumidor quanto ao problema ocasionado pelo fornecedor, ou seja, suas reclamações foram ignoradas, não houve transparência nas informações prestadas. O segundo critério seria o planejamento, ou seja, o fornecedor não dispôs de mecanismos ágeis para resolução do problema do consumidor. Nesse sentido, esclarece a Bergstein e Marques<sup>34</sup>:

Se o consumidor foi menosprezado, desrespeitado, se teve a sua legítima expectativa de bom atendimento frustrada, e o fornecedor poderia ter evitado o dano com a implementação de mecanismos para aumentar a segurança ou a agilidade no atendimento, mas incorreu no "desrespeito voluntário das garantias legais", é imputável a responsabilidade pelo prejuízo resultante do tempo indevidamente perdido.

Na jurisprudência, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar a Tese do Desvio Produtivo, destacando se tratar de dano moral a ser indenizado, uma vez que está incluído na cláusula geral aberta como ofensa ao direito da personalidade, a exemplo da decisão do AREsp nº 1.260.458/SP do Ministro Marco Aurélio Bellizze<sup>35</sup>, em 2018:

Decurso de mais de três anos' sem solução da pendência pela instituição financeira. Necessidade de ajuizamento de duas ações judiciais pela autora. Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em comento, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário. Danos morais indenizáveis configurados.

<sup>33</sup>BERGSTEIN, op. cit., p.194-198.

<sup>34</sup>BERGSTEIN, Laís; MARQUES, Claudia Lima. *O dano pelo tempo perdido pelo consumidor: caracterização, critérios de reparação e as posições do STJ*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/298044/o-dano-pelo-tempo-perdido-pelo-consumidor--caracterizacao--criterios-de-reparacao-e-as-posicoes-do-stj>>. Acesso em: 12 set. 2021.

<sup>35</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 1.260.458/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-min-bellizze-teoria-desvio.pdf> >. Acesso em: 12 set. 2021.



Do mesmo modo, destaca a Ministra Nancy Andrighi<sup>36</sup>, em julgado recente:

À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.

Já quanto ao valor a ser arbitrado, o doutrinador Dessaune<sup>37</sup> ressalta que devem ser observados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do evento danoso, como se constata a seguir:

Assim, ao arbitrar a indenização do dano extrapatrimonial de cunho existencial decorrente de desvio produtivo do consumidor, o juiz, verificando que o caso envolve um grande fornecedor que notoriamente lesa consumidores de modo intencional e reiterado, deve considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização casuisticamente para que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo.

No entanto, a jurisprudência por enquadrar o dano decorrente do desvio produtivo como dano moral, como se observa nos julgados aqui mencionados, ela se utiliza do sistema bifásico, no qual se propõe a observação de parâmetros objetivos, a ser aplicado também a esse tipo de dano, conforme se observa na descrição do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>38</sup>:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.(...)5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.[...]

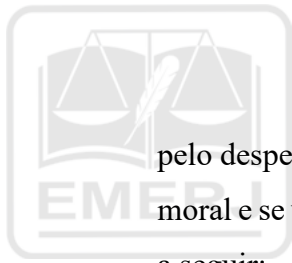
Nota-se que o Desembargador Alcides da Fonseca Neto<sup>39</sup>, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, além de adotar a teoria do desvio produtivo para permitir a indenização

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.634.851 - RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf> >. Acesso em: 12 set. 2021.

<sup>37</sup> DESSAUNE, op. cit., p.29

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1152541 - RS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872> >. Acesso em: 19 set. 2021.

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0006451-73.2018.8.19.0206*. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <



pelo desperdício de tempo do consumidor, o configura o tempo desperdiçado como dano moral e se utiliza do sistema bifásico como parâmetro para indenização, conforme julgado a seguir:

Por tais razões, verifica-se, iniludivelmente, que na hipótese em questão o tempo vital do autor-apelado foi desperdiçado de forma completamente desproporcional e ilegal, como decorrência da falha na prestação do serviço pelos seguradores de modo que o direito da personalidade do apelado, decorrente da sua absurda e irrecuperável perda de tempo, manifestação de sua própria existência humana, gerou indiscutível dano moral a ser indenizado.(...)Assim, o Sistema Bifásico foi escolhido por representar um avanço teórico e prático no que tange ao arbitramento do dano existencial, uma vez que através dele é possível chegar-se a um quantitativo que espelhe a recomposição da dignidade da vítima através da reparação integral do dano.

Logo, pode ser observado que a Teoria do Desvio Produtivo tem sido utilizada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Mas, como pontua o magistrado José Guilherme Vasi Werner<sup>40</sup>, o reconhecimento dessa teoria deve observar critérios, para que não se torne mais uma indústria de dano indenizável. Ele ressalta que não basta apenas o consumidor relatar o desperdício de seu tempo, ele deve descrever e demonstrar todo o transtorno causado pelo fornecedor para que se possa analisar a incidência do evento danoso e o valor a ser arbitrado.

## CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar como se configura a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, criada pelo jurista Marcos Des- saune. Segundo o que o autor desenvolveu, a teoria serviu como parâmetro para diversas decisões nos Tribunais de Justiça. Para tanto, foram realizadas pesquisas na doutrina e na jurisprudência, a fim de evidenciar que o tema não é unânime, e que acarreta discussões primordiais.

Verificou-se, inicialmente, que há uma controvérsia em relação à tutela do tempo. Nesse contexto, os juristas discutem se o tempo seria um bem jurídico diante do ordenamento pátrio. Ao enfrentar tal questionamento, em que pese os apontamentos do jurista

---

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=00047F62FBC1A57157E35DB8147361326785C50F462C275F&USER=>>. Acesso em: 28 ago. 2021

<sup>40</sup> VASI WERNER, Jose Guilherme. *Para cuidar do tempo produtivo do consumidor*. Disponível em:< [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume16\\_numero2/volume16\\_numero2\\_255.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume16_numero2/volume16_numero2_255.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2021.



Marcos Dessaune defendendo a necessidade de uma previsão expressa na legislação a respeito de suas violações fáticas sobre o tempo, verifica-se que se trata de um bem jurídico passível de tutela, por estar incluso na cláusula geral de tutela da personalidade. Isso porque, no ordenamento jurídico pátrio, permite-se a análise dos interesses a serem tutelados, desde que estejam abarcados por uma norma geral, como se observa com a tutela do bem jurídico “tempo”.

Outro ponto controvertido analisado nesta pesquisa refere-se ao tipo de dano que a violação ao desperdício de tempo ocasiona. Da análise dos estudos feitos, foi possível perceber que, não obstante os juristas o defenderem como um novo tipo de dano extrapatrimonial, diverso do dano moral, a jurisprudência pátria sustenta como dano moral decorrente da cláusula geral de tutela da personalidade, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe aqui salientar, também, o debate verificado no presente trabalho entre a doutrina e a jurisprudência a respeito da superação da teoria do mero aborrecimento nas hipóteses do desperdício do tempo útil do consumidor, que ficou evidenciado por meio do cancelamento da Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nesse ponto, restou demonstrado que a Teoria do Desvio Produtivo surgiu como uma forma de desconstruir a ideia até então vigente de que o tempo gasto pelo consumidor para resolver problemas de má prestação de serviço eram meros dissabores do cotidiano. Essa nova teoria comprovou que os consumidores têm uma perda de tempo para resolver problemas causados por fornecedores ou por prestadores de serviço, merecendo, portanto, o devido reparo. Em relação ao tempo, notou-se que o entendimento é o de que ele poderia ser empregado em outras atividades.

Foram analisados, ainda, os fundamentos para configuração da indenização e seu arbitramento a partir da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Nessa perspectiva, foi constatado em decisões recentes que o desperdício de tempo foi enquadrado como dano moral, sendo observados alguns critérios para sua configuração.

O primeiro critério observado foi o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, no sentido de que sejam demonstrados, na descrição dos fatos, os percalços ocasionados em sua vida. Já o segundo critério seria a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, o que por alguns juristas foi chamado de menosprezo planejado, quando se observa que as reclamações apontadas pelo consumidor são ignoradas. O último critério, para alguns juristas,



seria o planejamento, na medida em que o prestador ou o fornecedor do serviço não dispõe de mecanismos ágeis para solução do problema.

Além disso, nota-se que por ser categoria de dano moral, a jurisprudência também passou a adotar o método bifásico para arbitramento do dano. Tal método utiliza-se de duas fases: na primeira etapa se estabelece um valor básico de indenização baseado no interesse jurídico lesado; e, na segunda etapa, consideram-se as circunstâncias do caso concreto. Essa é a utilização feita pelos Tribunais, na busca da reparação integral do dano.

Com efeito, os critérios objetivamente apresentados são meios de não banalizar a indenização por desperdício de tempo e, também, não permitir o discurso de alguns juristas e jurisprudências de “indústria do dano moral” novamente.

Assim, a relevância da pesquisa foi mostrar que o desperdício do tempo é um bem jurídico tutelado no ordenamento pátrio, e merece, portanto, ser reparado quando não respeitado pelos fornecedores e prestadores do serviço. Não obstante, a jurisprudência ainda não vislumbrar que as violações fáticas ao tempo do consumidor seja um novo tipo de dano, independente do dano moral. Ademais, verifica-se que na doutrina há argumentos suficientes para a sustentação dessa tese, na medida em que se pode ter uma negatização do nome do consumidor e o desperdício de tempo para sua solução na mesma situação, o que implicaria reparações extrapatrimoniais diversas.

Mas, de todo modo, conclui-se que a jurisprudência já está superando a teoria do mero aborrecimento, o que já demonstra um grande passo para a reparação desse tipo de dano.

Assim, essencial foi o trabalho de aprender sobre as controvérsias que envolvem a reparação pelo desvio de tempo do consumidor. É certo que a análise do tema vai além do que foi apresentado nesta pesquisa e que seu estudo está em crescimento diante da sua complexidade.

## REFERÊNCIAS

ALLEGRO, Romana Affonso de Almeida. *Bens jurídicos: o interesse estatal de tutelar bens jurídicos através de sua normatização*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2089/Bens-juridicos>>. Acesso em: 07 mai. 2021.

BERGSTEIN, Laís; Marques, Claudia Lima. *O dano pelo tempo perdido pelo consumidor: caracterização, critérios de reparação e as posições do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/298044/o-dano-pelo-tempo-perdido-pelo-consumidor--caracterizacao--critérios-de-reparacao-e-as-posicoes-do-stj>>. Acesso em: 12 set 2021.





BERGSTEIN, Laís. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 844.736/DF*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827894/recurso-especial-resp-844736-df-2006-0094695- e sim-teor-16827895>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.737.412/SE*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num\\_registro=201700670718&dt\\_publicacao=08/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num_registro=201700670718&dt_publicacao=08/02/2019)>. Acesso em: 28 ago. 2021

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.634.851/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrichi-stj-teoria.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1152541/RS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872>>. Acesso em: 19 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1.260.458/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-min-bellizze-teoria-desvio.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0006451-73.2018.8.19.0206*. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=00047F62FBC1A57157E35DB8147361326785C50F462C275F&USER=>>>. Acesso em: 28 ago. 2021

DESSAUNE, Marcos. *Dano moral não é só sofrimento: a crescente superação do “mero aborrecimento”*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-15/marcos-dessaune-crescente-superacao-mero-aborrecimento#author>>. Acesso em: 28 ago. 2021

\_\_\_\_\_. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo: um panorama*. Direito em Movimento. Rio de Janeiro, v.17, n 1, 1º semestre 2019, p. 22-30.



GAGLIANO, Pablo Stolze. *Responsabilidade civil pela perda do tempo*. Revista Direito UNIFACS, ISSN 1808-4435, n. 168, jun. 2014. p. 2-3. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3137>>. Acesso em: 07 mai. 2021.

GOULART JR., Gilson. *Indenizações indiscriminadas prejudicam relações de consumo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-07/gilson-goulart-jr-problema-indenizacoes-indiscriminadas#author>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

KUGUIMIYA, Luciana Lie. *Responsabilidade civil pela usurpação indevida do tempo útil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3805, 1 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25939>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

PEREIRA, Héllen Matos. *Teoria do Desvio Produtivo: Breve Análise Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 19 set 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54641/teoria-do-desvio-produtivo-breve-anlise>>. Acesso em: 19 set 2021.

TEIXEIRA, T.; AUGUSTO, L. S. *O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 110, p. 177-209, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490>>. Acesso em: 08 mai. 2021.

VASI WERNER, Jose Guilherme. *Para cuidar do tempo produtivo do consumidor*. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume16\\_numero2/volume16\\_numero2\\_255.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume16_numero2/volume16_numero2_255.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2021.

## CONDUTAS DO PODER PÚBLICO QUE REPRESENTAM OBSTÁCULOS À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Juliana Victória Fernandes da Fonte

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro.  
Advogada.

**Resumo** – os direitos fundamentais são amplamente assegurados e protegidos pela Constituição Federal, razão pela qual possuem, no ordenamento jurídico brasileiro, eficácia irradiante e aplicabilidade imediata. Nesse sentido, é dever do Poder Público exercer suas atribuições tendo como norte a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à moradia, objeto de estudo deste artigo. A realidade fática mostra, contudo, que o Estado atua de forma negligente, omissa, e muitas vezes até diretamente violadora de direitos fundamentais. No presente trabalho, serão abordadas algumas das diversas formas de violação aos direitos dos cidadãos praticadas pelo Poder Público e serão apontadas alternativas a esse contexto de violações estatais.

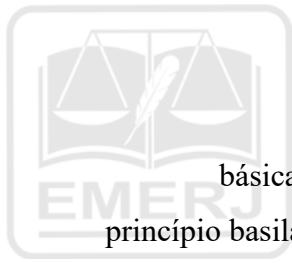
**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Ocupação de espaços públicos. Direito Constitucional. Direito à moradia. Eficácia dos direitos fundamentais.

**Sumário** – Introdução. 1. A fundamentalidade do direito à moradia e seu papel como norteador das condutas dos Poderes da República. 2. A atuação do Poder Público: condutas que levam à ineficácia do direito à moradia, ao invés de concretizá-lo. 3. Alternativas para de fato enfrentar a problemática habitacional e promover o acesso à moradia. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

De acordo com estudo elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que considerou o período compreendido entre setembro de 2012 e março de 2020, a quantidade de pessoas que não possuem moradia e vivem nas ruas cresce a cada ano. No referido estudo, estimou-se que em março de 2020 existiam 221.859 pessoas em situação de rua no Brasil. Com as dificuldades impostas pela pandemia, esse número atualmente pode ser ainda maior. Por outro lado, constantemente o Poder Público põe em prática medidas que agravam a vulnerabilidade da população em situação de rua, como tentativas de internação compulsória, projetos que envolvem o conceito de arquitetura hostil e combate às ocupações.

Tendo em vista que o direito à moradia é considerado direito fundamental, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm o dever de efetivá-lo, ampliando sua eficácia. Isso porque os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante e aplicabilidade imediata, características que serão melhor analisadas no decorrer do texto. A moradia é uma necessidade básica do ser humano, principalmente porque abrange e satisfaz outras diversas necessidades



básicas, de forma que é essencial para a construção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, este trabalho tem como foco o debate sobre a ineficiência da Administração Pública em tornar efetivo o acesso à moradia pela população brasileira. Visa, também, mostrar em que medida a característica da eficácia irradiante, típica dos direitos fundamentais, torna o direito à moradia um princípio norteador das condutas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O estudo tem como objetivo, ainda, explicitar as condições de vulnerabilidade em que vivem as pessoas em situação de rua, analisar as políticas públicas de assistencialismo voltadas para essa população e comprovar que boa parte das suas condutas levam à ineficácia do direito à moradia, ao invés de concretizá-lo.

Por fim, serão apresentadas propostas de iniciativas que promovem a ressocialização e o acesso à moradia, para que se possa analisar sua viabilidade e seu potencial para consolidar e materializar o direito à moradia, tendo em vista a realidade política, econômica e social do Brasil.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa e pretende-se aplicar o método de pesquisa explicativa. Serão adotados procedimentos variados, para que se possa ter maior amplitude sobre o tema. Assim, objetiva-se fazer uso da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental, de forma que seja possível traçar um panorama que abranja as diversas vertentes que fazem parte da temática que envolve o direito à moradia e a população em situação de rua.

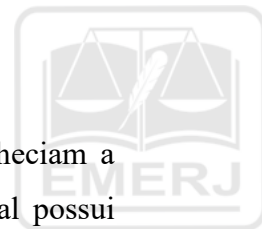
O estudo será composto ainda por elementos de pesquisa comparada, pois, dentre as propostas de medidas para a ampliação do acesso à moradia, serão apresentadas iniciativas já implementadas em outros ordenamentos jurídicos.

## 1. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MORADIA E SEU PAPEL COMO NORTEADOR DAS CONDUTAS DOS PODERES DA REPÚBLICA

O direito à moradia é um dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal<sup>1</sup>. Foi incluído pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, seguindo a tendência de tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que já reconheciam a importância de efetivar tal direito. Trata-se de direito fundamental, razão pela qual possui aplicabilidade direta e imediata e eficácia irradiante, de forma que não são necessárias previsões legislativas ou decisões judiciais para que incidam sobre as relações jurídicas e as regulem.

Dessa forma, os direitos fundamentais funcionam como parâmetros para a atuação dos Poderes da República. Assim, além de orientar a atuação do Poder Legislativo na elaboração das normas infraconstitucionais, condicionam sua interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário, e também a atuação do Poder Executivo no exercício de suas atribuições. Não são apenas limitações ou normas programáticas, há na verdade uma vinculação.

Essa vinculação permite, por exemplo, que o Poder Judiciário concretize os direitos fundamentais por meio da interpretação, independentemente de norma específica que o regule, ou até mesmo decida em sentido contrário à lei, quando esta violar algum direito fundamental. Quanto ao Poder Executivo, impõe-se que interprete e aplique as leis respeitando os direitos fundamentais e objetivando maximizar sua aplicabilidade. Mesmo no âmbito da discricionariedade, as autoridades administrativas devem observar os limites impostos pelos direitos fundamentais.

Contudo, algumas das normas constitucionais que preveem direitos fundamentais não são autoaplicáveis, razão pela qual parte desses direitos não se tornam automaticamente direitos concretos e definitivos. Nesse ponto, é interessante destacar a teoria dos quatro *status*, desenvolvida por Jellinek<sup>2</sup>, que trata das posições que o indivíduo pode ocupar em sua relação com o Estado. Existe o *status* passivo, nas situações em que o indivíduo está subordinado ao Estado, e lhe são impostos deveres e proibições.

Por outro lado, o indivíduo desfruta, em muitos aspectos, de liberdade e desvinculação com relação ao Estado, de forma que pode agir conforme a sua vontade, sem a imposição de regras e deveres estatais. Nesse caso, o Estado deve respeitar a liberdade individual e se abster de praticar condutas que possam afetá-la. Trata-se do *status* negativo do indivíduo.

O *status* positivo do indivíduo permite que ele cobre do Estado a realização de prestações em seu favor, a prática de condutas que tenham como objetivo efetivar a proteção e a satisfação de direitos. Há, ainda, o *status* ativo do indivíduo, que consiste na possibilidade de participar e influenciar nas ações e decisões estatais.

---

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p 157.



Com base nessa teoria, os direitos fundamentais, ao longo do tempo, foram classificados em espécies, que podem variar entre estudiosos e doutrinadores<sup>3</sup>. A divisão que se mostra mais adequada para este estudo estabelece como espécies de direitos fundamentais os direitos de defesa, os direitos a prestações e os direitos de participação.

Importante salientar que a fragmentação dos direitos fundamentais em espécies não é absoluta, pois eles estão interligados, integrados, de modo que um único direito pode conter tanto aspectos de direito de defesa quanto aspectos de direito de prestação. O próprio direito à moradia abrange tanto um aspecto negativo, no sentido de que é vedado ao Poder Público privar arbitrariamente os indivíduos da possibilidade de possuir moradia digna, quanto um aspecto positivo, que consiste na implementação de medidas e instrumentos que protejam e concretizem progressivamente tal direito, garantindo moradia digna ao maior número de pessoas possível.

Não se pode, portanto, fazer uma separação taxativa. A diferenciação feita tem como finalidade facilitar o entendimento sobre as diferenças entre direitos fundamentais e tornar mais claras as características do direito objeto de análise no presente estudo, qual seja, o direito à moradia.

Os direitos de defesa vedam a interferência estatal no âmbito da autodeterminação dos indivíduos, proibem que o Estado pratique condutas que violem suas liberdades e afetem outros bens jurídicos, como a privacidade, a vida, a propriedade. Os direitos de participação, como indica a nomenclatura, permitem que os indivíduos efetivamente participem e tenham influência na formação da vontade estatal. Pode-se apontar como exemplos o direito ao voto e o direito a participar de audiências públicas e de plebiscitos.

Os direitos à prestação, dentre os quais se insere o direito à moradia, ensejam principalmente uma atuação positiva do Estado, impõem o dever de adoção das providências necessárias para sua concretização. Além disso, buscam propiciar aos seus titulares as condições fundamentais para que possam de fato desfrutar das liberdades individuais. Visam a alterar o status quo, satisfazendo necessidades dos indivíduos e modificando suas realidades.

Nesse sentido, muitos dos direitos prestacionais exigem a atuação concreta dos Poderes, principalmente do Legislativo e do Executivo, para que tenham efetividade, pois

---

<sup>3</sup> De acordo com o autor Marcelo Novelino, entre a doutrina existem três propostas para a classificação dos direitos fundamentais: a concepção unitária, que não faz qualquer diferenciação entre os direitos fundamentais, sob o fundamento de que são extremamente semelhantes; a concepção dualista, que os divide em direitos de defesa e direitos a prestações; e a concepção tripartida, que abrange, além dos direitos de defesa e dos direitos prestacionais, os direitos de participação. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 268.

demandam investimentos e gastos que precisam ser compatibilizados com os recursos disponíveis pelo Poder Público.

A adoção de políticas públicas que deem eficácia ao direito à moradia consiste em importante ferramenta para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Permite, ainda, que se amplie a incidência do princípio da igualdade material na sociedade brasileira, tendo em vista que boa parte da população do país não tem acesso a uma moradia digna. Por isso, é também uma forma de amenizar as profundas desigualdades sociais e regionais, o que é considerado pela Constituição Federal como um dos objetivos fundamentais da República.

Ademais, o artigo 23, IX da Constituição Federal<sup>4</sup> dispõe que a formulação e a condução de políticas públicas que objetivem a construção de moradias e a melhoria das condições de habitação são de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Há, ainda, na Constituição, diversos dispositivos que tratam da urbanização, que visam tornar mais inclusivos os espaços públicos.

A moradia é uma das necessidades básicas do ser humano, razão pela qual deve ser considerada um elemento extremamente essencial para a construção da dignidade humana. Pode-se concluir, portanto, que tal direito deve integrar o mínimo existencial, ou seja, o núcleo de direitos cuja garantia é indispensável para possibilitar uma existência digna.

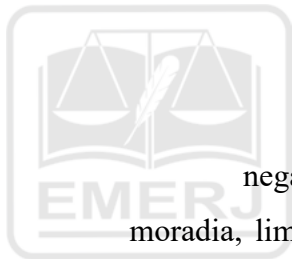
Contudo, o Poder Público, sob fundamentos como a escassez de recursos, a reserva do possível e a discricionariedade administrativa, reiteradamente negligencia a questão do acesso à moradia, mantendo uma atuação que se mostra bastante insuficiente para concretizar tal direito. Na verdade, não apenas assume posição de descaso perante a enorme quantidade de brasileiros que vivem em situação de rua ou de precariedade de moradia, mas também adota medidas e condutas que tornam ainda mais vulnerável a questão habitacional no país e que serão analisadas com maior profundidade no próximo capítulo deste estudo.

## 2. A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO: CONDUTAS QUE LEVAM À INEFICÁCIA DO DIREITO À MORADIA, AO INVÉS DE CONCRETIZÁ-LO

No primeiro capítulo foi abordada a classificação dos direitos fundamentais que os divide em direitos de defesa e direitos de prestação. Restou esclarecido, ainda, que grande parte dos direitos fundamentais, como o direito à moradia, possuem tanto aspectos de defesa quanto aspectos prestacionais. Ou seja, esse direito engloba um caráter

---

<sup>4</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.



negativo, no sentido de que o Poder Público não pode atuar impedindo o acesso à moradia, limitando arbitrariamente as possibilidades de obtenção de uma moradia digna, e engloba um caráter positivo, no sentido de que sua atuação deve ser pautada na criação de condições que facilitem e permitam o exercício do direito à moradia pelos indivíduos.

Com relação a esse primeiro aspecto da atuação do Poder Público, o da omissão, é importante destacar que as medidas e políticas habitacionais são pensadas e executadas pelos governos de uma maneira que não trazem qualquer autonomia para aqueles a quem elas são direcionadas. Isso pode ser observado não apenas com relação à população em situação de rua, mas à população economicamente hipossuficiente como um todo.

Como exemplo de condutas que violam flagrantemente os preceitos constitucionais, principalmente a garantia do direito à moradia, podem ser apontadas as remoções e desapropriações promovidas pelo Poder Público para favorecer a especulação imobiliária ou para a realização de grandes obras, empreendimentos e eventos, com a transferência dos moradores dessas áreas para localidades mais distantes e isoladas dos serviços públicos essenciais. É comum também a ação extremamente repressiva contra as ocupações para fins de moradia realizadas em imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, embora tais entes não deem qualquer destinação para os referidos bens, o que consiste em descumprimento da função social da propriedade, prevista na Constituição Federal<sup>5</sup>.

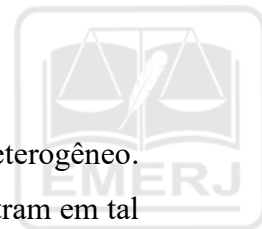
Ao analisar a atuação do Poder Público perante a população em situação de rua, as violações são ainda mais graves. Nesse contexto, verifica-se que a Administração Pública, além de se omitir com relação à elaboração e à implementação de políticas públicas que de fato permitam que as pessoas em situação de rua tenham acesso a algum tipo de moradia razoável, adota também condutas que ativamente dificultam o exercício do direito à moradia por parte dessa parcela da população ou que tornam os espaços públicos menos convidativos, e até mesmo menos acessíveis, em uma tentativa de expulsar as pessoas em situação de rua desses espaços, em um processo de contínua exclusão social.

No planejamento das políticas públicas, o Poder Público não busca entender as características e necessidades das diferentes pessoas que estão em situação de rua, não apura a quantidade de pessoas nessa situação em cada localidade, e, assim, não consegue identificar suas verdadeiras demandas e pôr em prática medidas mais adequadas, realmente capazes de proporcionar condições de vida mais dignas à população.

---

<sup>5</sup> Ibid.





Destaca-se que o grupo de pessoas em situação de rua é extremamente heterogêneo. São pessoas com histórias de vida diferentes e que por diferentes motivos se encontram em tal situação de vulnerabilidade. Assim, para a concretização dos direitos dessas pessoas, é essencial compreender suas diferenças, além do contexto social em que estão inseridas, bem como as suas demandas propriamente ditas.

Ademais, é de fundamental importância compreender que boa parte das pessoas em situação de rua estão inseridas em uma realidade diversa da população que tem acesso a moradia, a educação e a outras estruturas que contribuem para a formação do cidadão. Dessa forma, não é adequado aplicar automaticamente as regras e as políticas públicas que satisfazem a população em geral às pessoas em situação de rua.

É essencial analisar as demandas desse grupo em vulnerabilidade sob a sua ótica, de forma a efetivamente compreender qual a forma mais adequada para atender as suas demandas, para concretizar seus direitos fundamentais, para formular políticas que permitam com que tenham de fato dignidade e autonomia, e, gradativamente, deixem de se tornar dependentes das medidas assistencialistas que não são suficientes para proporcionar sequer o mínimo existencial, o básico para que uma pessoa possa sobreviver de forma saudável.

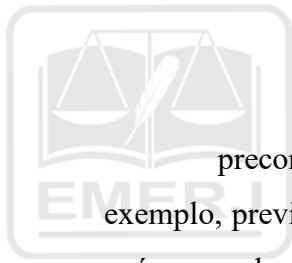
Pode-se perceber essa característica governamental brasileira em uma perspectiva histórica. Em 1850 foi editada a Lei nº 601<sup>6</sup>, popularmente conhecida como Lei de Terras, que, em síntese, determinou que as terras públicas deveriam ser adquiridas pela compra, e não mais por doação. O objetivo era dificultar o acesso dos mais pobres às terras, de forma que pudessem servir como mão-de-obra para as grandes fazendas<sup>7</sup>. Constata-se, portanto, que, já na época imperial, o Brasil era marcado pela ideia de concentração de terras e de institucionalização de instrumentos que aprofundam a desigualdade social.

Soma-se a isso a abolição da escravidão, em 1888, sem a elaboração de políticas públicas de inclusão da população negra na sociedade<sup>8</sup>. Tais fatores contribuíram para que se iniciasse no Brasil um processo de agravamento do déficit habitacional e da desigualdade no acesso à moradia. Nesse contexto, é importante destacar a tendência de estigmatização e

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 601*, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>7</sup> FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. Colaboração de Sérgio Fausto. 14. ed. atual. e ampl., 3. reimpr., São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019, p. 169.

<sup>8</sup> Para que se tenha uma pequena noção acerca dos duradouros impactos dessa ausência de políticas, é relevante destacar um dado referente à cidade de São Paulo: em pesquisa censitária realizada pela Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social da Prefeitura de São Paulo e pela Qualitest Inteligência e Pesquisa no ano de 2019, o percentual de pessoas em situação de rua na cidade de São Paulo que se consideram pretas ou pardas é de 68,6%. SÃO PAULO. *Relatório final da referida pesquisa amostral*. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Produtos/Produto%209\\_SMADS\\_SP.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Produtos/Produto%209_SMADS_SP.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2021.



preconceito que já predominava entre os brasileiros. O Código Criminal de 1830<sup>9</sup>, por exemplo, previa os crimes de mendicância e de vadiagem. Tais delitos continuaram existindo após a proclamação da República, no Código Penal de 1890<sup>10</sup>, e, em 1941, com a edição do Decreto-Lei nº 3.688<sup>11</sup>, a Lei de Contravenções Penais, o delito de mendicância passou a ser considerado uma contravenção penal, o que somente foi expressamente revogado em 2009<sup>12</sup>.

Essa perspectiva histórica mostra o descaso e até mesmo a repulsa com que eram tratadas as pessoas em situação de rua. Com o passar dos anos, essa realidade foi se alterando de maneira gradativa, e a legislação que se tem hoje busca romper com a estigmatização e a criminalização desta parcela da sociedade. Contudo, essas previsões legislativas raramente são postas em prática.

Muitas das políticas públicas que envolvem as pessoas em situação de rua são voltadas, na verdade, para atender aos interesses de outra parte da população, das pessoas que veem tal grupo como uma ameaça à sua segurança, ao seu bem-estar, à estética da cidade. São políticas que tem como objetivo tornar cada vez mais invisível essa parcela da população, aprofundar a exclusão a qual esse grupo já é submetido pela própria condição de vulnerabilidade social e de total falta de garantia de seus direitos fundamentais.

A construção e estruturação dos espaços públicos reflete essa tendência segregacionista e excludente. Comumente é possível encontrar nas cidades bancos públicos com divisórias, espaços cercados por grades pontiagudas, pedras espalhadas no solo embaixo de viadutos ou outros locais habitualmente ocupados por pessoas em situação de rua, escassez de banheiros e bebedouros públicos etc. Esses elementos, que compõem a chamada arquitetura hostil, ou arquitetura de exclusão<sup>13</sup>, são instrumentos que impedem a permanência dos indivíduos em espaços públicos que, em tese, seriam aptos para proporcionar algum tipo de acolhimento, ainda que precário. A inserção de tais elementos em espaços destinados a toda a coletividade vai, aos poucos, afastando as pessoas em situação de rua da noção de pertencimento à comunidade e até mesmo à própria cidade.

<sup>9</sup> BRASIL. *Código Criminal*. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. *Decreto nº 847*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2021.

<sup>11</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 11.983*, de 16 de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11983.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11983.htm#art1)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>13</sup> SCHINDLER, Sarah. *Architectural Exclusion: Discrimination and Segregation Through Physical Design of the Built Environment*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/architectural-exclusion>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

Tendo em vista que muitas pessoas não têm acesso sequer a uma habitação segura e minimamente digna, a moradia em espaço público se torna a única possibilidade. Contudo, a arquitetura hostil tem sido adotada por muitos governantes com o objetivo de limitar o uso dos espaços públicos, que deveriam ser áreas de integração e acolhimento. Nesse sentido, os elementos característicos da arquitetura hostil, além de representarem uma violação ao direito à cidade, à fruição do espaço público, violam, no caso das pessoas em situação de rua, o próprio direito à moradia.

Pode-se concluir, portanto, que a introdução desses elementos físicos constrói não apenas barreiras físicas, mas também barreiras sociais, que aprofundam o abismo que o governo e a sociedade buscam estabelecer com relação à população em situação de rua, vista como indesejável. Assim, alimenta-se a ideia de que essa parcela da população não merece desfrutar dos espaços coletivos e, conseqüentemente, das políticas públicas, dos serviços públicos etc. Esse processo contínuo faz com que os próprios indivíduos em situação de rua sintam que, para eles, o exercício da cidadania e de outros direitos fundamentais é inviável.

Historicamente, a população em situação de rua sofre com o descaso, a estigmatização e o preconceito da sociedade e do Estado. Por muitos anos, essa parcela da população foi criminalizada e perseguida de maneira institucional. Em regra, as pessoas em situação de rua ainda não são vistas como sujeitos de direitos, de forma que as políticas assistencialistas a elas destinadas, quando existentes, são vistas como uma forma de caridade, como um favor, quando na verdade consistem em um dever do Estado, inclusive previsto constitucionalmente.

A população em situação de rua faz parte da população brasileira, razão pela qual deve ser reconhecido e promovido o seu acesso aos direitos individuais garantidos pela Constituição Federal a todos os cidadãos brasileiros. Dessa forma, ainda que se tente excluir e isolar ao máximo as pessoas em situação de rua, essa realidade existe e precisa ser enfrentada pelo governo e pela sociedade, para que se crie um cenário em que seja viável pôr em prática medidas que assegurem a independência, a autonomia e o exercício dos direitos, principalmente daqueles considerados fundamentais, de forma livre e consciente.

No capítulo seguinte, serão abordadas alternativas que podem tornar os espaços públicos mais inclusivos e democráticos, e ainda políticas e medidas que podem facilitar ou proporcionar à população a garantia efetiva do direito à moradia.

### 3. ALTERNATIVAS PARA DE FATO ENFRENTAR A PROBLEMÁTICA HABITACIONAL E PROMOVER O ACESSO À MORADIA



À medida em que as cidades assumem uma estrutura mais complexa, se torna mais evidente a necessidade de debater os meios pelos quais é possível garantir moradia de qualidade a todos os indivíduos, tornando possível, assim, a efetiva garantia de todos os outros direitos fundamentais. Contudo, como visto, a atuação tanto do Poder Público quanto da sociedade civil é no sentido de dificultar o acesso igualitário à moradia. No presente capítulo serão apresentadas algumas medidas e políticas públicas que tem como objetivo promover o acesso a uma moradia digna e afastar a visão estigmatizante em relação às pessoas em situação de rua.

Nesse sentido, é fundamental que se abandone a ideia da arquitetura hostil – ou arquitetura de exclusão – como uma forma aceitável de resolução dos problemas sociais expostos nas cidades. No capítulo anterior restou demonstrado que tal medida não traz para a população qualquer resultado benéfico, apenas agrava as consequências advindas da desigualdade social.

É importante destacar o Projeto de Lei nº 488/2021<sup>14</sup>, aprovado pelo Senado Federal em trinta e um de março de dois mil e vinte e um, que proíbe o uso, nos espaços de uso público, da arquitetura hostil ao livre trânsito das pessoas em situação de rua. Caso tal projeto seja aprovado nas Casas Legislativas e se torne lei, finalmente será possível cobrar de uma forma mais efetiva que o Poder Executivo dos Municípios e dos Estados não introduzam nos espaços públicos elementos físicos que aprofundam a exclusão das pessoas em situação de rua.

Quanto ao acesso de fato à moradia, pode-se apontar a concessão de uso especial para fins de moradia, instituto adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro desde 2001, que tem como objetivo tornar mais efetivo o direito à moradia e está previsto na Medida Provisória nº 2.220/2001<sup>15</sup>. Tal instituto foi criado como uma forma de traçar um paralelo com o instituto da usucapião, que confere ao indivíduo a propriedade do imóvel. Isso porque os imóveis públicos não estão sujeitos à usucapião. Dessa forma, foi instituída a concessão de uso especial para fins de moradia, que permite a concessão do uso de imóveis de propriedade pública, desde que preenchidos certos requisitos.

Com a edição da referida medida provisória, passou a ser possível que a pessoa que tivesse, até a data de 30 de junho de 2001, a posse, por cinco anos, ininterrupta e sem oposição, de imóvel urbano público de até 250m<sup>2</sup>, que utilizasse tal imóvel para sua moradia ou de sua

---

<sup>14</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 488*, de 2021. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146615>>. Acesso em: 2 set. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 2.220*, de 4 de setembro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm)>. Acesso em: 1 set. 2021.



família, e que não tivesse a propriedade de qualquer outro imóvel urbano ou rural, obtivesse a concessão de uso especial<sup>16</sup>. Assim, com a concessão, cujo título deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, o indivíduo passa a ter um direito real<sup>17</sup> sobre aquele bem. Tal direito se extinguirá apenas se aquele que fez jus à concessão der ao imóvel destinação diversa de moradia, caracterizando um desvio de finalidade do instituto, ou se ele adquirir a propriedade de algum imóvel urbano ou rural.

A Lei nº 13.465/2017 alterou a redação da Medida Provisória nº 2.220/2001, de forma que a concessão de uso especial passou a ser possível para aqueles que preenchessem os requisitos até a data de 22 de dezembro de 2016, permitindo que mais pessoas pudessem se beneficiar de tal instituto e ver concretizado seu direito à moradia. Contudo, essa limitação temporal impede que a concessão de uso especial para fins de moradia tenha maior eficácia a longo prazo, beneficiando um número maior de cidadãos brasileiros.

Ademais, como esclarecido no capítulo anterior, há enorme opressão às ocupações populares nos imóveis públicos, mesmo naqueles que estão abandonados, sem qualquer uso por parte da Administração Pública há anos. Assim, na prática, se torna extremamente difícil preencher os requisitos necessários para fazer jus à concessão de uso especial para fins de moradia, o que de certa forma inviabiliza o objetivo do instituto.

Uma das políticas públicas de maior destaque atualmente deriva do chamado “*Housing first*”, desenvolvido em Nova York na década de 1990, posteriormente adotado por diversos países da Europa e que desde 2013 tem sido objeto de estudo do governo brasileiro<sup>18</sup>. O maior diferencial desse modelo de política pública é que a disponibilização de moradia é o ponto de partida.

Assim, enquanto a maior parte das políticas públicas visa inicialmente suprir outras necessidades, aparentemente mais emergenciais e urgentes, este modelo de atuação entende a moradia como a primeira necessidade do indivíduo. Ao ter acesso a um espaço que possa entender como lar, sem a necessidade de se preocupar em se proteger de questões como violência e outros perigos a que estão expostas as pessoas em situação de rua, o indivíduo tem sua dignidade restabelecida e adquire o sentimento de ter poder de escolha, podendo assim

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1224.

<sup>17</sup> O artigo 1.225 do Código Civil, em seu inciso XI, estabelece que a concessão de uso especial para fins de moradia é um direito real.

<sup>18</sup> KOHARA, Luiz Tokuzi, DUARTE, Maria Teresa, MORETO, Marina. *É possível Housing First no Brasil?: experiências de moradia para população em situação de rua na Europa e no Brasil*. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Disponível em: < [https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/DHUM0117\\_21x26cm\\_WEB4Pg.Separadas.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/DHUM0117_21x26cm_WEB4Pg.Separadas.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2021.



começar a trilhar um caminho de maior autonomia e independência em sua reinserção na comunidade.

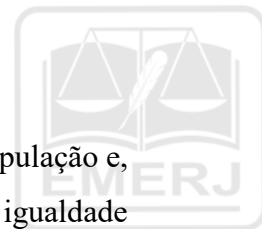
Para que se possa ter uma breve noção sobre como funcionam os programas derivados do “*Housing first*”, serão abordados alguns aspectos das experiências ocorridas na Espanha e em Portugal, o Programa *Hábitat* e o Programa Casas Primeiro, respectivamente. Na Espanha, há atualmente trezentos apartamentos para receber pessoas com longo histórico de situação de rua ou com graves problemas de saúde. A Fundação *Hogar Sí*, instituição social sem fins lucrativos, celebra os contratos de locação de tais imóveis, e celebra também contratos com as pessoas em situação de rua, de maneira que aqueles que auferem algum tipo de renda se comprometem a contribuir com 30% do seu rendimento mensal para o valor do aluguel. Os participantes se comprometem ainda a respeitar as regras básicas de boa vizinhança.

Há um apoio individualizado aos beneficiários do programa, e semanalmente são realizadas visitas domiciliares para acompanhamento de seu processo de ressocialização. Como resultado, verificou-se que, dois anos após ingressarem no programa, 96% dos participantes se mantiveram nessas residências e obtiveram melhorias em questões como segurança, saúde física e mental etc.

Em Portugal, o projeto Casas Primeiro dispõe atualmente de cento e oitenta moradias. Tem como diretrizes o acesso imediato a uma residência individual, o respeito à autonomia dessas pessoas em situação de rua para fazer escolhas, a integração com políticas de saúde, educação e outros direitos básicos, a política de redução de danos, a construção de uma parceria com os beneficiários, o acompanhamento continuado e de longo prazo. São realizadas pelo menos seis visitas por mês às residências, e promove-se ao máximo o acesso dos participantes aos diversos recursos da comunidade.

Nesse caso, o resultado também é bem positivo, pois cerca de 90% dos inquilinos mantém uma situação habitacional estável. Ademais, é possível perceber melhorias em diversos aspectos da vida dessas pessoas, pois, ao ter acesso a uma moradia digna, conseguem se alimentar melhor, cuidar melhor de sua higiene pessoal, ter acesso adequado aos serviços de saúde e a regular acompanhamento médico. Ocorre, portanto, a melhora de suas condições de vida como um todo.

A elaboração e a execução de políticas públicas devem levar em conta diversos fatores, principalmente as especificidades da localidade, da cultura e da população que habita o local. Dessa forma, não é simples planejar políticas públicas para o Brasil, principalmente por conta da pluralidade característica da população brasileira. Não é possível simplesmente exportar um modelo bem-sucedido aplicado em outro país, mas é dever dos membros de todos os Poderes



analisar as alternativas, ponderar o histórico e as características do Brasil e de sua população e, assim, formular políticas que de fato concretizem o direito à moradia, promovendo a igualdade no acesso a este direito tão fundamental.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais e sua eficácia irradiante devem funcionar como diretrizes, como norteadores das condutas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Na prática, entretanto, o que se percebe é que diversos direitos fundamentais são desrespeitados pela atuação do Poder Público, principalmente o direito à moradia, foco do presente estudo.

Ocorre, portanto, uma dupla violação à Constituição Federal. O Poder Público se mantém inerte em situações em que deveria atuar para concretizar o direito à moradia e, por outro lado, pratica ativamente condutas que violam o direito à moradia dos cidadãos, causando-lhes graves danos. Essa dupla violação de direitos fundamentais fere tanto o *status* positivo quanto o *status* negativo do indivíduo. É importante ressaltar, ainda, que ocorre também a violação a outras previsões constitucionais, como a função social da propriedade.

O direito à moradia está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a casa é um elemento fundamental para garantir que um indivíduo exerça seus direitos fundamentais de forma plena, promovendo, assim, sua dignidade. Boa parte da população brasileira é submetida a políticas públicas que não resgatam sua autonomia, nem levam em consideração seu ponto de vista, suas vivências e características.

São exemplos de práticas comuns no âmbito das competências dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e que representam grave violação ao direito à moradia a repressão a ocupações, as desapropriações e remoções que tem como objetivo fomentar a especulação imobiliária, ou realizar obras e evento de grandes proporções. Destaca-se, ainda, o uso de elementos característicos da arquitetura hostil, também chamada de arquitetura de exclusão. A arquitetura hostil introduz nos espaços públicos das cidades elementos físicos que têm a função de afastar as pessoas, de tornar a permanência dos cidadãos em geral nesses espaços desconfortável, de expulsá-los dos ambientes de convivência entre a coletividade.

Salienta-se que as pessoas em situação de rua, justamente por não lhes ser garantido o direito à moradia, muitas vezes entendem os espaços coletivos como a sua moradia. Ou seja, tentam de alguma forma exercer, ainda que de maneira extremamente precária, o direito à moradia. A inserção dos elementos da arquitetura hostil, nesse caso, representa uma violação



ao direito à moradia. Ademais, impõe barreiras sociais, que afastam ainda mais essa parcela da população e a sociedade como um todo, aprofundando suas divergências e seus conflitos.

Há diversas alternativas que podem ser discutidas, aprimoradas, contextualizadas e, posteriormente, aplicadas no Brasil, com o objetivo de consolidar e concretizar de forma significativa o direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro. O instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, que tem natureza de direito real e incide sobre um imóvel público, se sofrer alterações para que se torne mais abrangente, mais acessível, pode beneficiar um número considerável de pessoas e contribuir para a efetivação do direito à moradia, principalmente se for considerada a quantidade de imóveis do Poder Público que não atendem a qualquer finalidade ou interesse público, que há anos não cumprem sua função social.

Foi ressaltada ainda a necessidade de que o uso da arquitetura hostil seja combatido, que os governantes sejam cobrados para fomentar a construção de uma cidade inclusiva, integrada e democrática. Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 488/2021, que proíbe o uso da arquitetura hostil nos espaços de uso público, é um ótimo exemplo de que a garantia dos direitos fundamentais deve ser o objetivo e uma das principais funções de todos os Poderes, não apenas do Poder Executivo.

As alternativas apontadas no presente estudo são apenas uma pequena parte do enorme rol de possibilidades para a concretização do direito à moradia. Contudo, para que qualquer iniciativa dê certo, é fundamental que as pessoas em situação de rua sejam vistas como sujeitos de direitos, em favor dos quais o Estado tem o dever de garantir os direitos constitucionalmente previstos.

## REFERÊNCIAS

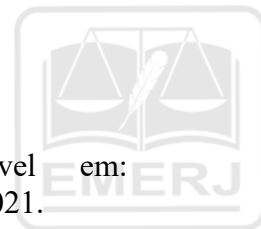
BRASIL. *Código Criminal*. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 3.688*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 847*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2021.





\_\_\_\_\_. *Lei n° 601*, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 11.983*, de 16 de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11983.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11983.htm#art1)>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória n° 2.220*, de 4 de setembro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm)>. Acesso em: 1 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n° 488*, de 2021. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146615>>. Acesso em: 2 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Tiago Fernando Guedes de. Acesso à justiça em questões de direitos sociais relativos à população de rua: moradia, alimentação e saúde – o modelo brasileiro e o modelo português. 2021. 142 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2021.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil* / Boris Fausto; colaboração de Sérgio Fausto. 14. ed. atual. e ampl., 3. reimpr. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019.

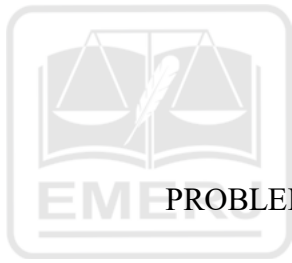
KOHARA, Luiz Tokuzi, DUARTE, Maria Teresa, MORETO, Marina. *É possível Housing First no Brasil?: experiências de moradia para população em situação de rua na Europa e no Brasil*. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/DHUM0117\\_21x26cm\\_WEB4Pg.Separadas.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/DHUM0117_21x26cm_WEB4Pg.Separadas.pdf)>. Acesso em: 1 set. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NATALINO, Marco. *Nota técnica n° 73: Estimativa da população em situação de rua no Brasil*. Ipea, jun. 2020. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10074/1/NT\\_73\\_Disoc\\_Estimativa%20da%20populacao%20em%20situacao%20de%20rua%20no%20Brasil.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10074/1/NT_73_Disoc_Estimativa%20da%20populacao%20em%20situacao%20de%20rua%20no%20Brasil.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2021.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHINDLER, Sarah. *Architectural Exclusion: Discrimination and Segregation Through Physical Design of the Built Environment*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/architectural-exclusion>>. Acesso em: 30 ago. 2021.



## PROBLEMAS HEURÍSTICOS E DECISÕES A CONTA-GOTAS: A POSTURA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO EM PROCESSOS ESTRUTURANTES

Julianna Nunes da Silva Marques

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – há conflitos permeados por uma constante fluidez de interesses e por significativo grau de complexidade e que reclamam um modelo diferente dos esquemas tradicionais de resolução de litígios para solucioná-los. Embora seja alvo de resistência, observada especialmente na forma como têm sido decididos, os processos estruturantes se revelam como instrumentos adequados para a solução desses litígios. O artigo busca apresentar como essa resistência se manifesta, transportando constatações sobre a forma como o ser humano se comporta e toma decisões, para o processo civil. Defende-se, para a maximização da qualidade decisória nesses litígios, a necessidade de desinviesamento da tomada de decisões.

**Palavras-chave** – Processo Civil. Processos Estruturantes. Vieses. Heurísticas. Análise Econômica do Processo.

**Sumário** – Introdução. 1. Litígios estruturantes: a condução (in)adequada e suas problemáticas. 2. Problemas heurísticos no contexto da decisão judicial de litígios estruturantes. 3. Estratégias de maximização da qualidade decisória em demandas de natureza estruturante. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento das sociedades contemporâneas e seu pluralismo, bem como com a velocidade de transformações das relações jurídicas e situações da vida reguladas pelo Direito, observa-se que um grau significativo de complexidade permeia as questões apresentadas dentro desse contexto, reclamando por vezes, uma adequação dos esquemas de solução de conflitos, já que aqueles tradicionalmente dispostos se mostram insuficientes.

É neste cenário que estão inseridos instrumentos voltados a melhor resolução daquilo que se convencionou chamar de litigância de massa. Entretanto, é preciso dar atenção para o surgimento de um outro tipo de litígio, também inserido nesse panorama que são os litígios estruturantes/estruturais ou multifocais.

Esses litígios são demandas caracteristicamente marcadas pela necessidade da tomada de medidas paulatinas, que num primeiro momento tem o objetivo de reconhecer a existência de um



problema, e a partir disso, implementar alterações substanciais, para o futuro, de práticas ou de instituições. Nesse tipo de demanda estão envolvidos diversos subgrupos, cujos interesses se sobrepõe e se opõem em diferentes momentos do processo, de modo que não se pode submetê-los à tradicional concepção relativa aos litígios bipolares, em que se tem comumente demarcadas as figuras de autor e réu. Há, portanto, nos processos estruturantes, uma zona de interesses apresentada pelos envolvidos, e que precisa ser observada pelos operadores do processo de modo bastante criterioso. A partir disso, já é possível perceber que os processos estruturantes se diferenciam do modelo tradicional de processo (individual ou coletivo).

Os aspectos que envolvem essa diferenciação influem na identificação, condução e resolução dessas demandas, e acabam suscitando nos operadores jurídicos certa resistência quanto ao uso deste instituto para a solução de litígios materialmente estruturais. Essa postura resistente ao reconhecimento adequado das demandas estruturantes conforme sua essência, acaba desaguando no ajuizamento a varejo e na concessão de decisões a conta-gotas, que ao invés de proporcionar as alterações gradativas pretendidas, aumentam o problema de fundo de modo exponencial.

Dentre tantos fatores que contribuem para isso, merece destaque a contaminação dos processos heurísticos do juiz pelos vieses cognitivos, que consiste em desvios capazes de resultar em decisões que se afastam da solução mais adequada para cada caso. Essa contaminação se revela altamente influente desde o recebimento da demanda até a decisão final, que como dito acaba por originar respostas atomizadas à problemas cujo o grau de complexidade reclama maior atenção ao uso de técnicas adequadas e que propiciem a mais ampla dialogicidade entre os envolvidos.

Desse modo, o trabalho se debruça sobre o aspecto qualitativo das decisões tomadas pelos julgadores em processos materialmente estruturantes, chamando atenção para a contaminação dos processos heurísticos dos juízes, que têm resultado num agravamento dos problemas de fundo, afetando não somente o núcleo dos atores processuais diretamente envolvidos na demanda, mas toda a coletividade.

Portanto, o primeiro capítulo visa apresentar o conceito de processos estruturantes estabelecendo a visão geral acerca da relação do Poder Judiciário com esse tipo de litígio, na forma como se revela na prática.



O segundo capítulo se dispõe a analisar a influência dos vieses relacionados às heurísticas da disponibilidade, representatividade e ancoragem, sobre a formação de respostas atomizadas dadas pelo Judiciário às demandas estruturantes.

Por fim, o terceiro capítulo pretende correlacionar os conceitos expostos de modo a apontar como proposta para a solução de parte dos problemas que envolvem essas decisões judiciais, a necessidade da tomada de consciência pelos julgadores acerca dos problemas heurísticos, e seu afastamento por meio do uso de métodos adequados capazes de contribuir para solucionar apropriadamente essas demandas.

A pesquisa, será, portanto, estruturada pelo método hipotético-dedutivo, pois após contextualização do cenário atual acerca dos processos estruturantes no âmbito do Poder Judiciário e a colocação dos problemas referentes às decisões “a conta-gotas”, se buscará a proposição de um novo panorama para tomada de decisões, a partir do distanciamento dos problemas heurísticos as envolvem.

Além disso, o objeto da pesquisa jurídica será abordado pelo meio qualitativo, já que o pesquisador pretende se valer da bibliografia referente à temática, para sustentar sua tese.

## 1. LITÍGIOS ESTRUTURANTES: A CONDUÇÃO (IN)ADEQUADA E SUAS PROBLEMÁTICAS

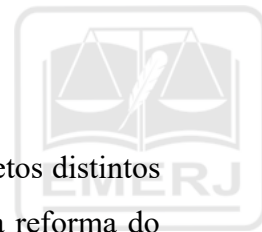
Os processos e as medidas estruturantes, tem origem atribuída à implementação de decisões pela Suprema Corte norte-americana, em meados do ano de 1955, no julgamento do caso “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, também conhecido como “Brown II”. Neste processo discutia-se a necessidade de pôr fim à segregação racial que atingia o sistema escolar e refletia a aplicação da consagrada doutrina do “*separate but equal*”.<sup>1</sup> As decisões do caso “Brown II” ficaram conhecidas como “*structural injunctions*”, e foram responsáveis por dar início à adoção de práticas com a finalidade de alcançar o remodelamento da situação apresentada a fim de conformá-la com a Constituição.

Conforme destaca Jordão Violin<sup>2</sup>, “Brown II” pode ser mencionado como o caso mais emblemático no estudo do tema das medidas estruturantes, mas, não se pode esquecer, que a

---

<sup>1</sup>PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 111.

<sup>2</sup>VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: *Ibid.*, p. 505.



solução atribuída para esse também foi útil para a condução de outras ações com objetos distintos e forte carga estruturante. O autor cita como exemplo disso, os processos acerca da reforma do sistema prisional do Estado do Arkansas.

Com isso, convencionou-se tradicionalmente nos Estados Unidos, a ideia de que medidas estruturantes são voltadas apenas a resolver litígios relacionados ao controle judicial de políticas públicas, isto é, litígios cujo interesse público é predominante (“*public law litigation*”), mesmo que não seja essa a única via cabível para tanto.<sup>3</sup> Contudo, a partir do conceito e das características atribuídas - ainda que de forma não unânime pela doutrina - é possível perceber que os processos estruturantes não estão limitados a litígios envolvendo interesses públicos e o (r)estabelecimento de políticas públicas.<sup>4</sup> Aliás, Gustavo Osna<sup>5</sup> alerta para o fato de ser necessário atualmente, atribuir conceitos menos rígidos à dicotomia tradicionalmente usada para diferenciar a esfera pública da privada. Adequadamente, autor aponta que há uma “fluidez entre essas duas áreas”, e que “é exatamente pela dispersão de valores comunitários que os provimentos estruturantes se mostram essenciais”.

É importante dizer, que o processo estrutural também não está limitado ao âmbito dos litígios coletivos, já que é possível que demandas individuais pautadas em problemas estruturais sejam tratadas por meio de processos estruturantes, quando essa seja a via mais apropriada para tanto.<sup>6</sup>

Em pese a divergência doutrinária acerca dos conceitos de problema, processo e medidas estruturantes, parece ser mais acertada para compreensão do tema, a concepção atual de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria<sup>7</sup> sobre o assunto. Para os autores, esse tipo de problema se identifica a partir de “um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas

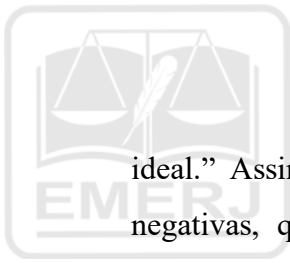
<sup>3</sup>TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: *Ibid.*, p. 184-185.

<sup>4</sup>Um exemplo dado pela doutrina para tanto é o procedimento de falência que possui forte carga estrutural, apontado em: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre decisões estruturantes. In: *Ibid.*, p. 344.

<sup>5</sup>OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: *Ibid.*, p. 367.

<sup>6</sup>TOSTA; MARÇAL, *op.cit.*, p. 189.

<sup>7</sup>DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 75, p. 101-136, mar. 2020.



ideal.” Assim, medidas estruturantes se estabelecem como prestações paulatinas, positivas ou negativas, que numa perspectiva futura, visam realizar alterações ou reformas em práticas, condutas, organizações ou instituições que se encontram nesse estado de desconformidade com o ideal. Vale dizer, que é possível que por meio dessas medidas, mudanças fáticas sejam implementadas, não necessariamente criando ou modificando estruturas.<sup>8</sup>

Dentro desse contexto, é razoável reconhecer que os litígios estruturantes assumem características, que não necessariamente estarão presentes em sua totalidade, mas que tornam sua identificação e resolução um pouco mais desafiadoras que as dos litígios pensados tradicionalmente.<sup>9</sup> Primeiro porque, esse tipo de demanda conta com a necessidade de detecção do problema estrutural, em toda sua complexidade e conflituosidade; segundo, pois a transição entre o estado de desconformidade para o ideal, requer a elaboração de um plano de alteração; terceiro, a implementação desse plano precisa ser acompanhada ao longo do tempo; quarto, já que sua implementação é gradativa, e é possível que as circunstâncias fáticas se alterem enquanto o processo se desenvolve, assim como existe certa maleabilidade permeando o interesse dos envolvidos, que por vezes se opõem e outras se sobrepõem<sup>10</sup>, é preciso que o plano seja reelaborado e adaptado até que o litígio seja solucionado; e, quinto, é necessário que os sujeitos envolvidos direta e indiretamente no litígio sejam constantemente ouvidos, isto é, trata-se de um processo cuja dialogicidade precisa ser promovida.

Assim, nota-se que o processo estruturante requer para seu desenvolvimento mais tempo, e por vezes, implica um maior impacto financeiro para os envolvidos que uma demanda submetida à condução processual tradicional. Não obstante, o que se tem atualmente é uma redução do uso desse instrumento em razão de múltiplos fatores, como por exemplo a discussão sobre ativismo judicial, a falta de recursos financeiros para o acompanhamento da implementação do plano elaborado e o aumento do tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e a solução do problema.

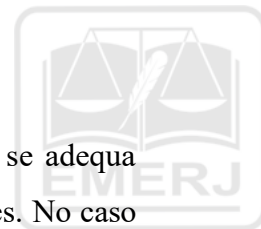
Vários são os exemplos que mostram claramente isso na prática. Em uma entrevista realizada com defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro, veiculada no *podcast* “Acesso à

---

<sup>8</sup>MARÇAL, Felipe Barreto. *Processo Estruturante*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 64.

<sup>9</sup>DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 45-81.

<sup>10</sup>O que existe são “zonas de interesses” dos atores processuais que não se enquadram nas posições clássicas de autor e réu. A expressão é usada por CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v.16, n° 26, p. 19-55, dez. 2009.



Justiça”<sup>11</sup>, foi narrada uma situação concreta ocorrida na Zona Oeste carioca, e que se adequa tanto ao conceito de problema estrutural como às características de litígios estruturantes. No caso descrito, a instalação de uma companhia siderúrgica em determinado bairro, provocou danos à saúde dos moradores, à estrutura de imóveis construídos na localidade, ao saneamento básico do local, além de as aparelhagens da empresa terem interferido no curso do Rio Guandu afetando a atividade pesqueira desenvolvida na região. A Defensoria, atendendo os atingidos, optou por ajuizar várias ações individuais tradicionais, que foram solucionadas também da forma tradicional. Os defensores mencionam, que optou-se pelo ajuizamento nestes moldes, sobretudo porque havia grupos com interesses diferentes envolvidos na questão.

Certo é, que a existência de diferentes grupos com distintos interesses, não constitui óbice para o tratamento do problema na forma como ele demanda, isto é, considerando sua essência estruturante. Com a devida vênia, se reconhecida e tratada tal problemática como litígio estruturante, conduzido e processado pela via estrutural, esse tipo de litigância contribuiria de forma mais qualitativa para a solução das problemáticas apresentadas, mitigando realmente os impactos negativos que as violações sistemáticas praticadas pela companhia siderúrgica geraram tanto para aqueles envolvidos diretamente nas demandas processuais promovidas, como para os vários terceiros, que também são parte do seu espectro de abrangência.

Em 2020, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº1.854.842/CE<sup>12</sup>, determinou que um processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, fosse anulado desde a citação, para que apenas com a sua regular instrução fosse a causa rejuogada. O caso analisado tratava do excesso de prazo de permanência do acolhimento institucional de crianças e adolescentes, e os pedidos do processo haviam sido julgados liminarmente improcedentes sob o fundamento de que para a correção da disfunção seria necessária atuação conjunta dos demais entes que compõe a cadeia de Política de Atendimento prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, algo que não estava expresso nos pedidos. Acertadamente o STJ, enfatizou que houve completa inadequação na tratativa dada à questão pelo órgão julgador, tendo em vista que se tratava de um litígio estrutural no qual a decisão de

<sup>11</sup>SPOTIFY. *Acesso à justiça 14: Caso TKCSA: um desastre ambiental e humano em Santa Cruz*. Disponível em: [https://open.spotify.com/episode/1LRNIGNIrz6HgBZAK4MdHh?si=Vdhi175gR0i2Sa8qtfQkIQ&utm\\_source=native-share-menu](https://open.spotify.com/episode/1LRNIGNIrz6HgBZAK4MdHh?si=Vdhi175gR0i2Sa8qtfQkIQ&utm_source=native-share-menu) Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>12</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1854842/CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Terceira Turma, julgado em 2/6/2020, DJe 4/6/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901607463&dt\\_publicacao=04/06/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901607463&dt_publicacao=04/06/2020) Acesso em: 30 mar. 2021.



mérito para ser construída corretamente, precisava contar com um ambiente colaborativo a fim de permitir “que esses processos judiciais dessa natureza (...), sejam utilizados para construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo.” Para o STJ, não poderia uma questão como a do caso concreto ser julgada liminarmente improcedente, já que a natureza do litígio, por si só, demandava uma mais adequada e apurada instrução processual.

Em que pese os desafios nesse tipo de litígio sejam grandes, não se pode deixar de enfrentá-los apropriadamente, em razão de supostas limitações processuais e materiais. No entanto, nota-se que há um apego à estrutura tradicional do processo civil, por todos os envolvidos no sistema de justiça, o que revela uma praxe da atividade jurídica atual, em que se produz ações a varejo e por conseguinte, obtém-se decisões a conta-gotas<sup>13</sup> que introduzem a falsa ideia de pôr fim nas problemáticas reais sem, contudo, solucioná-las, afastando-se assim da qualidade esperada para um processo.

## 2. PROBLEMAS HEURÍSTICOS NO CONTEXTO DA DECISÃO JUDICIAL DE LITÍGIOS ESTRUTURANTES

Notadamente, a atividade jurídica envolve constantemente a tomada de decisões por todos os sujeitos que desempenham alguma participação no seu desenvolvimento. É importante destacar, que o ato de decidir está intimamente relacionado ao comportamento humano.

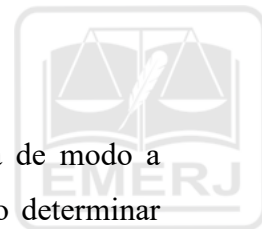
Neste cenário, as tarefas decisórias desenvolvidas especificamente pelo juiz, vão muito além da simples análise de juridicidade de uma questão. Por isso, é importante fazer uma incursão em conceitos extraídos da união entre a economia comportamental, a psicologia e a neurociência, para que haja o esclarecimento acerca dos impactos do comportamento sobre o processo decisório, principalmente no âmbito dos litígios estruturantes.

Antes de adentrar nesses conceitos, é possível observar um paralelo entre a concepção construída sobre a figura do juiz e o que a teoria econômica tradicional convencionou acerca da forma pela qual as pessoas tomam decisões. Para essa teoria, indivíduos fazem escolhas livres de falhas, sempre ponderando cada aspecto relativo às opções dispostas. De modo similar, há muito

---

<sup>13</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p. 301.





idealiza-se o juiz como sendo um terceiro, sempre imparcial e racional, que atua de modo a analisar o passado ponderando cada circunstância apresentada, para com base nisso determinar qual teria sido a conduta devida caso a lei fosse observada e obedecida.<sup>14</sup> Essa concepção ignora que os juízes são humanos, não “sujeitos-deuses”<sup>15</sup>, capazes de avaliar a todo instante todas as variáveis, para, por fim, tomar decisões consistentes e afastadas da falibilidade humana. Como destaca Richard Thaler<sup>16</sup>, é preciso parar de acreditar que a prescrição e descrição de padrões de comportamentos feitas por modelos abstratos, são descrições acuradas que servem para embasar decisões não passíveis de falhas. Além disso, é necessário reconhecer que a racionalidade humana é limitada<sup>17</sup>, por questões de tempo e de finitude da capacidade cognitiva.

Nos processos estruturais, as tarefas desempenhadas pelo juiz, o distanciam ainda mais desse arquétipo pré-concebido há tanto tempo. Já que, ao verificar o comportamento que está em desconformidade com o sistema jurídico, o magistrado estabelece essa constatação como ponto de partida para atividades futuras com objetivo de alcançar o resultado mais adequado, diferentemente dos litígios tradicionais. Edilson Vitorelli<sup>18</sup>, assinala que “neste tipo de cenário, o juiz está mais exposto à contaminação de seus processos heurísticos, por vieses cognitivos”. A união entre as ciências citadas anteriormente, responsável por estudar o comportamento humano, permite compreender esses conceitos e como eles estão relacionados aos processos decisórios.

Entende-se como heurísticas, os atalhos mentais que os seres humanos fazem para conhecer determinadas situações e tomar decisões. Segundo Ivo T. Gico Jr.<sup>19</sup>, por trás desse conceito há a ideia de simplificação da complexidade do mundo para tomada de decisões. Embora úteis, as heurísticas podem levar a erros sistemáticos – vieses cognitivos –, que resultam em decisões afastadas do que seriam as soluções mais adequadas para a cada situação sob análise.

Daniel Khaneman e Amos Tversky<sup>20</sup>, identificaram três heurísticas principais – disponibilidade, representatividade e ancoragem –, e os vieses associados a elas. Além disso,

<sup>14</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 372.

<sup>15</sup>JOLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. Stanford Law Review, v. 50, 1997-1998. p. 1476-1480. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles). Acesso em: 4 ago. 2021.

<sup>16</sup>THALER, Richard. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p.23.

<sup>17</sup>KHANEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 514.

<sup>18</sup>LIMA, op. cit., p. 372.

<sup>19</sup>GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Foco, 2020, p. 195.

<sup>20</sup>KHANEMAN, op. cit., p. 538.



observaram que esses erros são previsíveis, razão pela qual conseguir antecipar-se a eles pode contribuir para obtenção de decisões qualitativamente melhores.

A heurística da disponibilidade se refere à tendência que o indivíduo tem de avaliar a probabilidade de ocorrência de um evento, ou de uma categoria, pela facilidade com que a ocorrência de situações idênticas ou similares, são trazidas à sua mente. A acessibilidade e a visibilidade estão relacionadas à essa heurística, de modo que tornam possível que o indivíduo avalie determinada situação a partir da imaginação de circunstâncias vividamente retratadas.

No processo, essa heurística se revela na propensão do julgador em acolher pretensões construídas a partir de histórias individuais dramáticas, mesmo existindo elementos científicos, dentro do contexto da reforma que se pretende, que indiquem o contrário. Vitorelli<sup>21</sup> aponta, que os vieses associados a essa heurística, colaboram para que partes e juízes considerem que aquilo que foi debatido ao longo da instrução processual é mais relevante que as perspectivas paralelas surgidas posteriormente, o que é comum nos litígios estruturantes. Um exemplo disso, é a negativa ao pedido de intervenção feito por pais de alunos hispânicos no caso “Brown II”, que buscavam demonstrar que a distribuição de alunos latinos nas escolas colocaria em risco a manutenção da identidade cultural.

A ancoragem reflete a tendência humana de tomar decisões e fazer estimativas, começando por uma referência inicial (âncora), que é ajustada para produzir uma resposta final. Essa heurística se relaciona com o viés confirmatório que é a propensão dos indivíduos de buscarem informações que confirmem suas crenças ou hipóteses pré-estabelecidas, ignorando aquelas que lhe são contrárias.

O problema é que contaminado pelo viés confirmatório o juiz pode formar uma convicção inicial próxima a sua zona de conforto ou de dados conhecidos e, com isso, resistir por completo a todo e qualquer elemento que se oponha ou dificulte a manutenção dessa convicção no momento de decidir. O artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI do Código de Processo Civil<sup>22</sup>, é uma regra que tende a evitar que o julgador seja vítima desse viés. Ao determinar que o julgador enfrente todos os argumentos deduzidos no processo, o comando legal estabelece um elo entre a

---

<sup>21</sup>LIMA, op. cit., p. 381.

<sup>22</sup>BRASIL, *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 4 ago. 2021.



necessidade de fundamentação de decisões e o princípio do contraditório, responsável por afastar o juiz dos efeitos da ancoragem. Neste sentido, Alexandre Câmara<sup>23</sup> afirma:

como deve ser sempre lembrado, o princípio do contraditório assegura aos sujeitos interessados no resultado do processo de participar com influência na formação do seu resultado (...). Em outros termos, significa isto que as partes do processo têm direito à consideração de seus argumentos (...). Pois só será possível fiscalizar a atuação do juiz – a quem cabe, nos termos do art. 7º, “zelar pelo efetivo contraditório” –, verificando-se se houve efetiva participação das partes, em contraditório, na formação do resultado do processo se todos os argumentos pela parte deduzidos no processo, e que sejam (ao menos em tese) capazes de levar a resultado que à parte favoreça, tiverem sido examinados.

A ancoragem é favorecida pela sobrecarga de trabalho dos juízes e pela imposição de metas de produtividade, que os incentiva ignorar o comando legal e sacrificar a acurácia em prol dessa produtividade.<sup>24</sup> Nos litígios estruturantes, o mais comum é que diante das peculiaridades que os diferenciam do modelo clássico de litígio, essencialmente adversarial, partes e juízes resistam ajuizar e implementar a solução dessas demandas da forma mais adequada. Edilson Vitorelli<sup>25</sup> menciona que “a ancoragem favorece o privilégio de soluções “a conta-gotas”, em vez de soluções estruturais.”. Isso porque, é mais fácil decidir de modo a beneficiar poucas pessoas, dentro da estrutura tradicional do processo, que desenvolver decisões em processos estruturais, já que esses exigem do juiz uma atividade complexa, muitas vezes desempenhada ao longo de anos.

A heurística da representatividade expressa a tendência do indivíduo de categorizar, eventos e objetos, e decidir a partir de uma estimativa da probabilidade da ocorrência de um evento, pelo grau de similitude do objeto estimado com as características essenciais do conjunto de elementos que entende ser típicos de uma determinada categoria. Essa heurística pode causar distorções nas percepções de padrões no cotidiano.<sup>26</sup> Nos litígios estruturais, os vieses dentro da representatividade são capazes de fazer com que os sujeitos envolvidos “identifiquem falsas relações de causalidade para o problema que querem resolver e projetem soluções que lhes parece ideais para a readequação do cenário sobre o qual o processo se debruça”.<sup>27</sup> Logo, deixam de considerar que os efeitos colaterais decorrentes dessas soluções supostamente ideais, contribuem para o agravamento do problema de fundo. Nos processos relativos à prestação de serviços de

<sup>23</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 285.

<sup>24</sup>GICO, op. cit., p. 203.

<sup>25</sup>LIMA, op. cit., p. 385.

<sup>26</sup>THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 38.

<sup>27</sup>LIMA, op. cit., p. 384.



saúde pública, por exemplo, a concessão pulverizada de decisões individuais, geralmente vista como positiva, atribuí ao Poder Judiciário brasileiro um dos piores resultados no que se refere aos impactos de suas decisões.<sup>28</sup>

Assim, mesmo que o conhecimento dos problemas heurísticos não signifique respostas prontas para combater desvios no âmbito de decisões judiciais, principalmente no contexto dos litígios estruturantes, é a partir disso que se torna possível traçar estratégias para diminuir tais erros e emitir decisões qualitativamente melhores.

### 3. ESTRATÉGIAS DE MAXIMIZAÇÃO DA QUALIDADE DECISÓRIA EM DEMANDAS DE NATUREZA ESTRUTURANTE

O primeiro passo para maximizar a qualidade decisória e reduzir os efeitos nocivos das decisões “a conta-gotas” em demandas estruturantes, é reconhecê-las de acordo com a sua natureza. Significa dizer, que não apenas os juízes, mas os outros sujeitos envolvidos na atividade processual, precisam identificar a essência estruturante desses litígios e tratá-los, desde o princípio, de modo estrutural.

O artigo 21 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro<sup>29</sup>, robustece a indispensabilidade de se resolver demandas materialmente estruturantes por meio de medidas estruturantes. Isso porque, as consequências jurídicas e administrativas, em litígios multifocais, dependem de informações a respeito dos múltiplos interesses envolvidos, para serem verificadas. As medidas estruturantes, conforme apontam André Ribeiro e Felipe Barreto<sup>30</sup> “são necessárias para incorporar adequadamente as consequências sistêmicas em casos multifocais”. Sendo assim, demonstrar as consequências das decisões judiciais de modo expresso é corolário da prestação jurisdicional adequada e não se trata de uma imposição restrita à processos que tratem de políticas públicas ou atos administrativos.

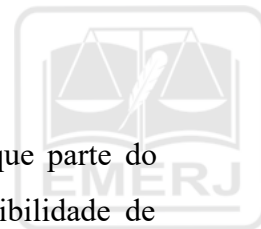
Para a aprimoramento da formação de decisões nos litígios materialmente estruturantes, é indispensável que os magistrados tomem consciência do papel que os vieses cognitivos

---

<sup>28</sup> Edilson Vitorelli (Ibid., p. 65) menciona que em um estudo comparativo de dados de processos relativos à saúde pública, envolvendo cinco países, dentre eles o Brasil, Brinks e Gauri concluíram que o Poder Judiciário brasileiro, está apenas atrás da Nigéria, tendo os piores resultados quanto aos impactos sociais de suas decisões.

<sup>29</sup> BRASIL. *Decreto-lei n° 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 4 ago. 2021.

<sup>30</sup> TOSTA; MARÇAL, op. cit., p. 192.



desempenham no processo decisório. Como destaca Edilson Vitorelli<sup>31</sup>: “O juiz que parte do pressuposto de que sua análise dos autos é totalmente racional, terá grande possibilidade de decidir apenas de acordo com seus vieses cognitivos.” Neste sentido, é preciso que os juízes assumam a limitação de seus conhecimentos acerca das mais variadas matérias; admitam que suas premissas quanto à determinadas questões, são equivocadas e influenciam no resultado do processo de forma bastante afastada da realidade em que está inserido o conflito; e, reconheçam que sua capacidade de acesso e armazenamento de informação também é limitada.<sup>32</sup>

O magistrado que se afasta das informações necessárias para o desenvolvimento e para a resolução de demandas estruturantes, tende produzir julgamentos baseados apenas em suas intuições e crenças. Uma vez que, a escassez de informação propicia um cenário favorável à contaminação de processos decisórios pelos vieses da disponibilidade e da ancoragem. Com isso, o juiz que ignora o fato de a informação sistêmica ser um elemento essencial para a resolução desses litígios, “se encastela em uma autoridade e se contenta em proferir ordens”<sup>33</sup>. O problema é que essas ordens não são sequer suficientes para chegar próximo das soluções adequadas às demandas materialmente estruturantes, já que são produzidas sem sequer admitir a existência de múltiplos interesses envolvidos no conflito sob análise, tampouco das perspectivas paralelas acerca da questão de fundo que surgem ao longo do desenvolvimento do processo e que precisam ser observadas na construção da decisão.

No entanto, os efeitos da escassez de informações podem ser minimizados se forem feitos investimentos em um método dialógico<sup>34</sup> de condução do processo e formação da decisão. O fomento do diálogo no ambiente dos litígios multifocais pode ser viabilizado por meio da promoção de audiências públicas com a participação dos grupos afetados, direta e indiretamente, pelo conflito; pela participação de “amicus curiae” no processo; pela consulta à população, realizada por meio de recursos disponíveis na internet; e, pela promoção de reuniões com técnicos de diferentes áreas de conhecimento relacionadas ao contexto do conflito. Esse método amplia o debate trazendo a efeito o “zelo pelo efetivo contraditório”, previsto no artigo 7º do

---

<sup>31</sup>LIMA, op. cit., p. 386.

<sup>32</sup>MARÇAL, op. cit., p. 196.

<sup>33</sup>LIMA, op. cit., p. 397.

<sup>34</sup>Também conhecido pela denominação “*town meeting*”, cunhada por Stephen Yeazell, esse método consiste na possibilidade de o juiz conhecer os impactos concretos que suas ordens podem alcançar, tomando a frente do processo fomentando ocasiões de diálogo com a sociedade impactada. Edilson Vitorelli (Ibid., p.393-394) menciona a expressão apontando exemplos de processos estruturantes em que a condução dialógica possibilitou decisões, que em considerável medida proporcionaram impactos sociais mais positivos.



Código de Processo Civil<sup>35</sup>, e conseqüentemente o desviesamento das decisões judiciais. Frisa-se, zelar pelo contraditório é tarefa atribuída ao juiz atrelada a participação efetiva das partes, e aqui, também dos demais impactados. Trata-se de uma forma de observar diferentes perspectivas sobre determinado problema. Além disso, a adoção dessas estratégias dialógicas contribui para que os múltiplos interesses envolvidos não sejam mutilados antes mesmo de se tornarem conhecidos. Como acertadamente pontua Ivo T. Gico Jr.<sup>36</sup>, “os investimentos em processos e os procedimentos de instrução podem ser considerados um mecanismo de descobrimento da realidade para que o juiz, reduzindo a assimetria de informação possa adequadamente resolver o conflito de acordo com o direito”.

O estabelecimento de uma conexão sistemática entre Poder Judiciário, órgãos do Executivo, Defensorias Públicas e Ministérios Públicos, para a identificação conjunta de litígios potencialmente estruturantes a fim de conduzi-los na direção da solução mais adequada, se revela como uma importante estratégia na redução dos efeitos deletérios que as decisões pulverizadas proferidas em múltiplas ações individuais produzem para o problema global. A partir dessa atuação conjunta de identificação de litígios, passa a ser possível, por exemplo, que os legitimados coletivos ingressem com demandas estruturantes ao serem comunicados de processos individuais com potencialidade de causar mudanças estruturantes.<sup>37</sup>

Outra medida válida para o adequado julgamento de litígios individuais que de modo global acarretam modificações de caráter estrutural é viabilizada a partir da previsão expressa no artigo 69, inciso II do Código de Processo Civil<sup>38</sup>. A reunião de processos como forma de cooperação judicial, tem condão de propiciar a prestação jurisdicional equânime, otimizada e conseqüentemente afastada de problemas heurísticos. Basta pensar em um exemplo no qual ações individuais com pedido de concessão de vagas em creches são ajuizadas em determinadas regiões de uma mesma cidade. Decidir favoravelmente a esses pleitos, parece, em princípio, algo positivo que vai ao encontro da efetivação do direito fundamental à educação. Entretanto, o cumprimento não racionalizado dessas decisões produzidas por diferentes juízes dessa mesma cidade, não faz com que a escassez de vagas diminua e ainda favorece um cenário competitivo entre os beneficiados por essas decisões. Isso porque, ganha a oportunidade de estudar aquele que

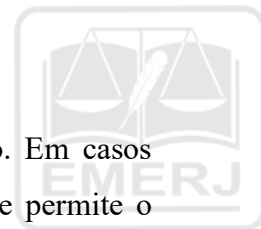
---

<sup>35</sup>BRASIL, op. cit., nota 22.

<sup>36</sup>GICO, op. cit., p. 172.

<sup>37</sup>MARÇAL, op. cit., p. 193

<sup>38</sup>BRASIL, op. cit., nota 22.



primeiro conseguiu acessar à justiça e obteve uma decisão favorável ao seu pleito. Em casos como esse, a reunião dos processos minimiza as chances de erro dos juízes, já que permite o conhecimento do problema a partir de uma perspectiva macroscópica, evitando assim decisões sem capacidade alguma para soluções tais conflitos. No entanto, é imperioso mencionar, que juízes que acreditam que decisões pulverizadas proferidas em processos conduzidos e julgados da forma tradicional são melhores, não farão voluntariamente a reunião de demandas estruturantes. Portanto, a reunião desses litígios, feita de forma automática no momento da distribuição, retiraria dos magistrados a possibilidade de decidir sem analisar outros litígios relacionados ao mesmo problema de fundo.<sup>39</sup>

O longo período de duração das demandas estruturantes, por si só, é um fator que afasta a condução adequada desses processos conforme sua natureza estrutural. Para os órgãos de administração judiciária, a demora no processamento de litígios é uma prática enxergada como prejudicial em todos os casos. Por conta dessa lógica, são estabelecidas metas temporais de encerramento dos feitos, como parâmetro definidor da eficiência da prestação jurisdicional. Privilegia-se, portanto, a celeridade processual em detrimento dos direitos e garantias processuais. No entanto, a celeridade e a duração razoável do processo não podem servir de subterfúgios para julgamentos mal feitos. Sendo assim, é indispensável para elaboração de decisões eficazes em litígios materialmente estruturantes, que a administração judiciária compreenda a necessidade de incorporar à sua lógica os processos de tramitação prolongada e com isso, altere os parâmetros que determinam a eficiência da prestação jurisdicional.

Outras alterações na estrutura do Poder Judiciário, como por exemplo a criação de órgãos de julgamento específicos de litígios multifocais e a incorporação e capacitação de profissionais de apoio ao juízo, com aptidão para desempenhar funções de fiscalização da atuação de terceiros e de gerenciamento dessas demandas, também podem favorecer a maximização da qualidade decisória em processos materialmente estruturantes.

Desse modo, verifica-se que existem diferentes instrumentos já disponíveis para contribuir com a formação de decisões mais qualitativas e desviesadas neste tipo de processo, o que não retira a necessidade da estrutura judiciária ser repensada e reconfigurada para melhor condução e solução dessas demandas.

---

<sup>39</sup>MARÇAL, op. cit., p. 197.

A evidência de todo o coletado é possível notar que o processamento de demandas individuais pela via tradicional é aparentemente mais eficaz para a solução de conflitos. Seja porque o desenvolvimento de um processo conduzido de forma tradicional é mais rápido, tanto para as partes como para os julgadores, seja porque requer menos esforços dos envolvidos no litígio e daqueles responsáveis por seu ajuizamento, instrução e julgamento, respectivamente. Entretanto, esses fatores favoráveis ao processamento de demandas – individuais e coletivas – com a potencialidade de introduzir mudanças de caráter estruturante, pela via não estrutural, põe em xeque a qualidade das respostas jurisdicionais atribuídas aos litígios que possuem natureza estruturante.

A resistência quanto à identificação, condução e julgamento de litígios estruturantes, dada em razão da preferência em conferir respostas individuais e imediatistas aos conflitos, é medida completamente oposta a tutela jurisdicional adequada e a eficácia esperada das decisões judiciais. A partir de uma análise mais ampla do cenário em que essas demandas se inserem, nota-se que as soluções produzidas de forma pulverizada, sequer chegam perto de corrigir os problemas levados ao conhecimento dos julgadores, pelo contrário, os agravam exponencialmente. Isso porque, tais decisões sempre causam impactos negativos para os demais interesses em jogo e resultam na formação de um ciclo vicioso.

Conforme observado na pesquisa, os litígios estruturantes, quando conduzidos e julgados de modo adequado, se apresentam como meio apropriado para a obtenção de efeitos coletivos muito mais satisfatórios, justamente porque proporcionam a análise do problema a partir de uma perspectiva global. Assim, tratar as demandas estruturantes como elas são em essência, traz mais vantagens que estimular, direta ou indiretamente, a litigância a varejo e as respectivas decisões a conta-gotas.

Portanto, é necessário romper com a ideia de que o dever de prestação da tutela jurisdicional adequada imputado, principalmente, aos julgadores, se ultima de forma útil quando as decisões a conta-gotas são cumpridas de modo completamente não racionalizado.

A alteração da relação do Poder Judiciário com as demandas de natureza estruturante e a maximização da qualidade das decisões judiciais, passa justamente, pelo processo de desinviesamento – neutralização de vieses comportamentais -, da formação dessas decisões pelos





órgãos julgadores. A partir da compreensão das limitações cognitivas que influem na orientação das decisões, os juízes podem usar estratégias para distanciar-se de erros sistemáticos previsíveis, constantemente estimulados por fatores externos, que afastam as decisões judiciais de soluções adequadas para os litígios estruturantes.

Ainda que o processo de neutralização de vieses não seja uma fórmula pronta ou uma solução absoluta para o problema, certo é, que propicia o uso de instrumentos postos à disposição do sistema processual, favoráveis a formação de decisões judiciais qualitativamente melhores e mais próximas das realidades em que estão inseridos os litígios de natureza estruturante, culminando assim em uma prestação jurisdicional realmente adequada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 4 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 4 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1854842/CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Terceira Turma, julgado em 2/6/2020, DJe 4/6/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901607463&dt\\_publicacao=04/06/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901607463&dt_publicacao=04/06/2020) Acesso em: 30 mar. 2021.

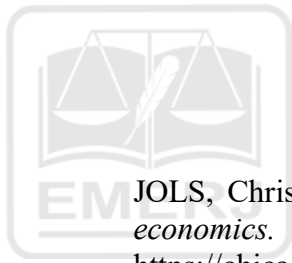
CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v.16, nº 26, p. 19-55, dez. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2021.

DIDIER, JR., Fredie; ZANETI, JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 75, p.101-136, mar. 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*. Indaiatuba: Foco, 2020.



JOLS, Christine; SUSTEIN, Cass R; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. Stanford Law Review, v. 50, 1997-1998. p. 1476-1480. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles). Acesso em: 4 ago 2021.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SPOTIFY. *Acesso à justiça 14: Caso TKCSA: um desastre ambiental e humano em Santa Cruz*. Disponível em: [https://open.spotify.com/episode/1LRNIGNIrz6HgBZAK4MdHh?si=VdhiI75gR0i2Sa8qtfQkIQ&utm\\_source=native-share-menu](https://open.spotify.com/episode/1LRNIGNIrz6HgBZAK4MdHh?si=VdhiI75gR0i2Sa8qtfQkIQ&utm_source=native-share-menu). Acesso em: 30 mar. 2021.

THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

\_\_\_\_\_; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Processos Estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.





**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**  
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)