



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 13- nº 2 - Tomo II (L/V) - Jul./Dez. 2021



Elaborado no 2º Semestre 2021

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 13 - nº2 - Tomo II (L/V) - 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

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 Cancellia de Amorim



LEONARDO GUIMARÃES BOMBAÇA

A PROTEÇÃO POST MORTEM DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO 761

LUANY GOMES MANHÃES

A INSTITUIÇÃO DA CLÁUSULA DE INFIDELIDADE NO CONTRATO DE CASAMENTO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO 777

LUIZA FREIRE SEGAL SZMAJZNER

IMPACTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA NO CENÁRIO DA PANDEMIA DE COVID-19 792

LUIZA QUADROS CÂMARA

A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS E O SEU NECESSÁRIO RECONHECIMENTO COMO SERES SENCIENTES 807

LUIZA VIVÓRIO DA ROCHA PINHEIRO

O CENÁRIO DA PANDEMIA E O ISOLAMENTO SOCIAL CAUSADO PELO CORONAVÍRUS COMO CONSEQUÊNCIAS DO AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL 820

MARCELA DANTAS CASTILHO FARIA

CONDENAÇÕES SEM FILTRO: UMA CRÍTICA A PRÁTICA DE RECONHECIMENTOS FOTOGRÁFICOS COMO MEIO DE PROVA EM PROCESSO PENAL 835

MARCELLE MENEZES SILVA

ADESÃO PELO DIREITO BRASILEIRO AO SISTEMA DE PRECEDENTES À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O APRIMORAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA E CELERIDADE DO JUDICIÁRIO 850

MARCIO PINTO DOS SANTOS JÚNIOR

LAWFARE: A UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS JURÍDICOS PARA FINS POLÍTICOS E O CONSEQUENTE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA 865



MARIA LUCIA LAURINDA DA SILVA

O CASO DO MENINO DO BARRIL E A LEI MENINO BERNARDO: QUANDO A AGRESSÃO É VISTA COMO DIREITO ABSOLUTO DOS PAIS E A LEGISLAÇÃO É INEFICAZ 882

MARIANA BALBINO DE SOUZA

A (IM)POSSIBILIDADE DA PRODUÇÃO E UTILIZAÇÃO DA PROVA TÉCNICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS 898

MICHELLE SOUZA CALADO LIMA CARNEIRO

ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL E A SUA COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 914

NATÁLIA LEAL LIMA EUFRÁSIO

CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSE SOBRE PROVA PERICIAL 928

PAOLA TEIXEIRA BASTOS

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA..... 945

PATRICIA MAGALHÃES GALDINO

A VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA APÓS A LEI Nº 13.964/2019 SOB A ÓTICA DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA 960

PAULA XAVIER REIS

FEDERAÇÃO E PANDEMIA: PAPEL DOS ENTES NO COMBATE A PANDEMIA DA COVID-19 977

PAULO VITOR FLORES MACEDO

O DIREITO DE USO DE PARTES COMUNS DE CONDOMÍNIO EDILÍCIO PELO POSSUIDOR INDIRETO 992

PEDRO BARCELLOS MAIA

A GRAVE AMEAÇA NA CONDUTA DO AGENTE QUE PRÁTICA APENAS AMEAÇA-VERBAL PARA OBTER BEM MÓVEL ALHEIO..... 1006

PEDRO BRAVO DOMENICI PEQUENO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO, NA LINHA DA DECISÃO DO STF 1021

PEDRO FURTADO DE MENDONÇA BELLAS

DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 6.204/19, DO SENADO FEDERAL 1036



PEDRO MOREIRA AGUIAR DE BRITO

A CRIMINALIZAÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL E A CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA
DOMINANTE NOS TRIBUNAIS ACERCA DA MATÉRIA 1050

PEDRO SGORLON MOREIRA

A POSSIBILIDADE DE CONTAGEM DOS TEMPOS FICTOS NO REGIME PREVIDENCI-
ÁRIO DO MILITAR ESTADUAL..... 1066

PETRONILHO LIMA CARNEIRO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FACE À PRE-
SUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS ALTERNÂNCIAS DE ENTENDIMENTO DO STF 1083

RACHEL MORAES VALENÇA MOREIRA

OS IMPACTOS DA PANDEMIA NOS ALUGUÉIS COMERCIAIS E O DEVER DE RENE-
GOCIAR SOB A ÓTICA DA BOA-FÉ OBJETIVA 1098

RAFAEL PINHEIRAL ROCHA

A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: A EX-
PANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO E
SUA EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO DE DIREITOS..... 1112

RAIANE ARAUJO CORRÊA SARDOU

REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL HETERÓLOGA: REFLEXÃO SOBRE O CONFLI-
TO DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA FRENTE O DIREITO AO ANONIMATO DO
DOADOR NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA..... 1128

RAQUEL DE SOUZA LIMA DOS SANTOS

O GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR COMO FONTE DE IMPUNI-
DADE E O ABANDONO DA VÍTIMA COMO SUJEITO DE DIREITOS 1143

RENATA MARIA MATTOS URTIGA

A APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO CRIME DE FEMINICÍDIO PARA MU-
LHERES TRANSEXUAIS: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA 1159

ROGÉRIO JOÃO BATISTA DA SILVA

A PRÁTICA DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NO FORNECIMENTO DE SMART-
PHONES E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS..... 1173

SULAMITA VICENTE DE LIMA

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL DO CONFLI-
TO DE DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO..... 1199

TATIANA NOGUEIRA PEREIRA

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CULTURA DO CANCELAMENTO NAS REDES SO-
CIAIS..... 1207



TATIANE DA MOTTA CANDIDO

O PREÇO DO ÓBITO DOS DETENTOS PARA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, EM CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, NOS ÚLTIMOS 10 ANOS 1223

THAIANA SANTOS REGO DE ANDRADE

A OBRIGATORIEDADE DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO DE CONDENADOS E A SUA MANUTENÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO NO BANCO DE DADOS 1237

THIAGO ASSED VIANNA DE FARIA

O TRATAMENTO DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE PENA PELOS PSICOPATAS 1251

THIAGO GANGEMI BARROS DETOMMASO DOS SANTOS

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FLUMINENSE NA REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS PREDIAIS URBANOS RESIDENCIAIS EM RAZÃO DA PANDEMIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS..... 1266

VICTOR RODRIGUES BREDOFF

ANÁLISE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DIANTE DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA..... 1282

A PROTEÇÃO *POST MORTEM* DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Leonardo Guimarães Bombaça

Graduado pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), cuja vigência é ainda recente no ordenamento jurídico, não faz qualquer referência aos dados pessoais de pessoas falecidas. Essa lacuna legislativa representa uma necessidade de que as demais fontes do direito criem parâmetros sobre o que deve ser feito com os dados pessoais após o falecimento do titular, todavia as discussões sobre o tema ainda são escassas. Para estabelecer tais parâmetros, é preciso identificar qual o regime jurídico da titularidade dos dados prevista na LGPD, examinar a dinâmica da tutela *post mortem* de direitos da personalidade e compatibilizar ambas as temáticas com questões específicas que envolvem a proteção de dados de pessoas falecidas.

Palavras-chave – Direito Digital. Direito Civil. Proteção de dados pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados. Tutela *post mortem*. Direitos da personalidade. Sociedade de informação.

Sumário – Introdução. 1. A natureza dos dados pessoais e o regime jurídico de sua titularidade na lei geral de proteção de dados 2. Tutela *post mortem* de direitos da personalidade 3. Propostas para a proteção *post mortem* de dados pessoais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objeto a proteção de dados pessoais de pessoas falecidas no âmbito da sociedade de informação. Busca-se discutir as diversas questões que rondam a proteção jurídica de tais dados e analisar quais os fundamentos que legitimam essa tutela.

A sociedade sofreu diversas transformações ao longo da história, chegando-se à chamada sociedade de informação, em que há um nítido protagonismo da internet. Nesse contexto, os dados pessoais ganham força como projeções da personalidade humana, o que significa que eles devem ser objeto de tutela jurídica. Ocorre que a morte do usuário da internet deixa um rastro desses dados, levando ao questionamento sobre como o Direito deve lidar com eles nessa situação.

Nos últimos anos, foram implementadas várias legislações ao redor do mundo com a finalidade de proteger os dados pessoais, com destaque para o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, na Europa, e a Lei Geral de Proteção de Dados, no Brasil. No entanto, esta é silente em relação aos dados de pessoas falecidas, ao passo que aquele expressamente os exclui de sua esfera de proteção. Logo, a questão da proteção de dados pessoais de pessoas



falecidas está em aberto, não havendo consenso sobre que soluções jurídicas devem ser adotadas para os diversos problemas e controvérsias que existem a seu respeito.

A pesquisa se justifica pelo fato de que a discussão sobre a tutela *post mortem* dos dados pessoais ainda é incipiente no Direito. A legislação brasileira sobre proteção de dados, que entrou em vigor recentemente, faz silêncio ao assunto. Além disso, há várias questões controvertidas que permeiam o tema. A matéria é de relevância social, uma vez que a proteção de dados pessoais é um elemento central do direito à autodeterminação informativa, o que justifica sua proteção mesmo após o fim da personalidade jurídica do titular. Diante desse cenário, é preciso analisar como o Direito deve cuidar dos dados pessoais de pessoas falecidas e criar padrões a serem adotados no seu tratamento.

O primeiro capítulo do artigo visa a identificar o regime jurídico dos dados pessoais adotado pelo direito brasileiro, por meio de um cotejo entre a legislação pátria e as teorias existentes sobre a matéria. Existem várias correntes acerca da natureza jurídica e da titularidade dos dados pessoais. Assim, é essencial examinar essas diversas concepções para compreender a quais delas a Lei Geral de Proteção de Dados está alinhada.

O segundo capítulo busca analisar como o Direito brasileiro trata da tutela *post mortem* de direitos da personalidade. A questão é controversa, uma vez que se trata de direitos de pessoas cuja personalidade jurídica já se extinguiu. Há controvérsias acerca do fundamento jurídico para essa proteção e da legitimidade para exercê-la, o que repercute diretamente na proteção de dados *post mortem*.

No terceiro capítulo, enfrentam-se as questões específicas sobre a proteção de dados de pessoas falecidas. Tendo em vista as várias discussões jurídicas decorrentes do tema e a escassez de regramento sobre o assunto, indaga-se de que forma deve ser realizado o tratamento jurídico dos dados pessoais após o falecimento do titular, diante dos inúmeros desafios que o tema envolve. Assim, procura-se definir parâmetros para essa proteção, a fim de dar concretude à tutela desse aspecto da personalidade humana.

No que tange à metodologia, utiliza-se o método hipotético-dedutivo na pesquisa, na medida em que o pesquisador busca desenvolvê-la por meio da análise de conjecturas a serem rejeitadas ou acolhidas, de forma argumentativa.

Quanto ao método de abordagem, a pesquisa tem caráter exploratório e qualitativo, a fim de interpretar e estudar o fenômeno jurídico no âmbito da tutela *post mortem* dos dados pessoais, bem como a sua relevância social. Assim, utiliza-se a bibliografia relacionada ao tema, o que inclui legislação, doutrina e jurisprudência, para embasamento da tese defendida.

1. A NATUREZA DOS DADOS PESSOAS E O REGIME JURÍDICO DE SUA TITULARIDADE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Com o advento da revolução tecnológica e a chegada dos principais veículos de comunicação, a humanidade evoluiu para um estágio denominado sociedade da informação. Nela, os dados pessoais se tornaram um importante ativo econômico. Criou-se um mercado pautado na extração e circulação desses dados, que se tornaram uma espécie de *commodity*, sem que seu titular tenha um papel ativo nesse sistema.¹

Entretanto, os dados pessoais são projeções da personalidade humana, o que torna incabível que eles sejam reduzidos à condição de mera mercadoria. Logo, a proteção de dados pessoais vem sendo reconhecida como uma categoria autônoma dos direitos da personalidade, exigindo uma ampliação normativa a seu respeito para dar mais clareza à sua efetivação, principalmente no que lhe distingue do direito à privacidade.² Segundo Bruno Bioni, as leis de proteção de dados pessoais têm uma dupla função, pois garantem a proteção a direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, fomentam o desenvolvimento econômico.³

Assim, embora originalmente o direito à proteção de dados tenha sido tratado como um consectário da privacidade, atualmente entende-se a autodeterminação informativa como um direito autônomo. No Brasil, o art. 2º, II, da LGPD, estabelece que a autodeterminação informativa é um fundamento da disciplina da proteção de dados pessoais.⁴ Além disso, tal conceito foi expressamente mencionado em julgado do Excelso STF⁵, o que tem importante significado histórico, pois atribui-se o devido protagonismo ao cidadão no exercício do efetivo controle de seus próprios dados.⁶ Ademais, o art. 17 da LGPD assegura à pessoa natural a titularidade de seus dados pessoais.⁷

Entretanto, embora as normas de proteção de dados, tais qual a LGPD, venham enfatizando a importância da atuação do próprio titular nessa dinâmica, surge a questão sobre

¹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 12.

² *Ibidem*, p. 95

³ *Ibidem*, p. 103.

⁴ BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.

⁵ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6387*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 21 out. 2021.

⁶ MENDES; Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo et al (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-71.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.



qual o tratamento deve ser adotado para os dados pessoais de pessoas falecidas. No direito comunitário europeu, o RGPD exclui expressamente os dados de pessoas mortas do seu âmbito de proteção.⁸ Já a LGPD não faz qualquer menção ao assunto.

Para determinar o tratamento adequado aos dados pessoais de pessoas falecidas, é necessário identificar qual é a natureza jurídica da titularidade desses dados, à qual o art. 17 da LGPD faz referência. Existem diversas teorias acerca de tal regime jurídico, abordadas tanto pela doutrina brasileira quanto pela estrangeira.

Victoria Oloni⁹ aborda algumas teorias acerca do regime jurídico dos dados pessoais, contextualizando-as com a questão dos dados de pessoas falecidas. Segundo a teoria da comodificação, os controladores dos dados poderiam reter o direito de acesso e processamento dos dados após o falecimento de seus titulares, em uma concepção contratual da proteção de dados *post mortem*.

Entretanto, tal abordagem pode ser considerada uma faca de dois gumes. Por um lado, ela poderia ser usada para argumentar que a morte do usuário do serviço leva à extinção do contrato, devendo seus dados serem excluídos ou anonimizados. Porém, ela também poderia servir de fundamento para que os dados pessoais ficassem à mercê do fornecedor de serviços, que poderia fazer uso deles de forma ilimitada e em desacordo com os desejos do falecido titular, o que a torna inadequada.¹⁰ Os titulares de dados pessoais já são considerados hipervulneráveis¹¹ devido à relação assimétrica entre eles e os controladores, o que se torna ainda mais patente com o falecimento do titular, algo que tal teoria não leva em consideração.

Uma segunda teoria seria a da apropriação dos dados pessoais.¹² Esse modelo parte do pressuposto de que os dados já são considerado patrimônio. É possível interpretar o RGPD com base nessa teoria, uma vez que, ao assegurar o direito ao esquecimento, ele estaria permitindo ao titular destruir ou reivindicar¹³ seus dados, o que lhe daria características semelhantes à propriedade. Isso ainda fundamentaria o direito à portabilidade de dados.

⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 4 set. 2020.

⁹ OLONI, Victoria. *Life after death: data protection rights of deceased persons*. Disponível em: <<https://aanoip.org/life-after-death-data-protection-rights-of-deceased-persons/>>. Acesso em: 5 set. 2020.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ BIONI, op. cit., p. 154.

¹² OLONI, op. cit.

¹³ MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131-156.



Há, ainda, um meio-termo, que seria o modelo da “quase propriedade”.¹⁴ Nesse cenário, os dados pessoais seriam considerados elementos *sui generis*, inseridos em uma categoria de bens que gozam de proteções especiais. Na jurisprudência americana, essa teoria é utilizada para fundamentar a proteção a bens intangíveis ou não comerciais. Isso permitiria que os dados pessoais fossem objeto de sucessão, já que integrariam o acervo hereditário.

Essa teoria se aproxima do modelo da chamada “herança digital”, que enquadraria os dados pessoais como bens a serem transmitidos aos herdeiros do falecido titular, o que, todavia, é passível de críticas. Segundo Livia Teixeira Leal, é necessária a superação do paradigma da herança digital, uma vez que ele revela uma leitura estritamente patrimonial acerca da questão.¹⁵

Em um momento inicial, defendia-se o tratamento da informação como propriedade. Todavia, não se pode olvidar que o dado pessoal está intimamente ligado a uma pessoa que lhe é titular. Portanto, trata-se de uma extensão da personalidade, o que não permite uma visão puramente patrimonialista a seu respeito.¹⁶

Dessa forma, é necessário distinguir as situações jurídicas patrimoniais das existenciais.¹⁷ Não se nega a existência de um acervo digital, uma vez que vários conteúdos existentes no âmbito digital têm natureza de bens incorpóreos, que carregam consigo um valor econômico, justificando sua transmissão aos herdeiros do falecido. Entretanto, tais conteúdos também podem dizer respeito a direitos personalíssimos, que são intransmissíveis.

De acordo com Roberta Mauro Medina Maia¹⁸, embora a supracitada teoria da apropriação, em um primeiro momento, pareça ser um modelo adequado para a tutela dos dados pessoais por assegurar ao titular o controle sobre eles, ela não é suficiente, pois a política de proteção de dados envolve não só o controle individual, mas também todo um sistema de regulação da informação como bem jurídico.

Não é necessário socorrer-se ao direito de propriedade para que a proteção de dados pessoais tenha a abrangência necessária, pois o art. 5º, X e XII, da CRFB/88 assegura a privacidade, a intimidade e o sigilo de dados e de diversas formas de comunicação.¹⁹ Embora ainda não haja previsão constitucional expressa da proteção de dados pessoais como direito fundamental, o rol atualmente previsto é exemplificativo, uma vez que o art. 5º, §2º, da

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ LEAL, Livia Teixeira. *Internet e morte do usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020, p. 41.

¹⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 145-148.

¹⁷ LEAL, op. cit., 2020, p. 39-41.

¹⁸ MAIA, op. cit. In: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p. 131-156.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.



CRFB/88, determina que os direitos e garantias expressamente enumerados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionais.

Reconhecendo-se que a proteção de dados pessoais tem natureza de direito fundamental, ela já goza de oponibilidade *erga omnes*, característica que não é mais exclusiva dos direitos reais. Logo, é desnecessária a classificação dos dados como propriedade para que o titular possa exercer o direito de seqüela. Roberta Mauro Medina Maia argumenta que, no atual ordenamento jurídico, a distinção entre direitos reais e obrigacionais se tornou menos relevante que a entre direitos absolutos e relativos, ou entre patrimoniais e extrapatrimoniais.²⁰

“Tutelaridade” é um gênero do qual a propriedade é espécie. Portanto, a adoção desse termo pelo art. 17 da LGPD revela uma opção legislativa de atribuir uma ampla proteção aos dados pessoais, abrangendo tanto aspectos patrimoniais quanto extrapatrimoniais.²¹

Lívia Teixeira Leal destaca que, tratando-se de situações jurídicas existenciais, a devem-se aplicar as normas de proteção aos direitos da personalidade. Deve-se pautar a proteção desses direitos considerando a pessoa humana de forma integral, pois a personalidade é um valor jurídico não passível de reduções.²²

Portanto, uma vez que os dados pessoais, em seu aspecto existencial, devem ser percebidos como direitos da personalidade, para a identificação de como devem ser tratados os dados de pessoas falecidas, passa-se a analisar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro aborda a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade.

2. TUTELA *POST MORTEM* DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

De acordo com os arts. 2º e 6º do CC/02, a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida e se extingue com a morte.²³ Todavia, embora a morte signifique o término da existência da pessoa natural, o Código põe a salvo os direitos da personalidade do morto, como se infere dos parágrafos únicos de seus arts. 12 e 20. Esses dispositivos dão legitimidade aos cônjuges e parentes sobreviventes para exigirem a cessação de ameaça ou lesão aos direitos da personalidade do titular falecido e exigirem perdas e danos.

Embora a personalidade jurídica se extinga com a morte, “o corpo da pessoa, a sua imagem e a sua memória podem influir no curso social e perdurar no mundo das relações

²⁰ MAIA, op. cit. In: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p. 131-156.

²¹ Ibidem.

²² LEAL, op. cit., 2020, p. 46-47.

²³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

jurídicas, mesmo que o seu titular não seja mais sujeito de direitos, merecendo uma proteção jurídica autônoma”²⁴. Porém, a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade é um tema controverso, porque trata-se de direitos que não podem ter sua proteção reivindicada por seu próprio sujeito, o que dá ensejos a diferentes abordagens acerca do tema.

De acordo com Silvio Romero Beltrão, existem três possíveis posições acerca da continuidade ou extinção dos direitos da personalidade após a morte do titular. Preleciona a primeira teoria que a personalidade não se extingue completamente após a morte, em contradição com o que dispõe o CC/02. De acordo com a segunda, a personalidade cessa com a morte, não havendo falar em proteção a direitos da personalidade do falecido, mas sim a tutela à memória do morto, que seria um bem jurídico independente. Já a terceira reza que a tutela, na verdade, se faz às pessoas vivas, que têm direito autônomo à indenização.²⁵

Todavia, a situação dos dados de pessoas falecidas tem determinadas peculiaridades. Segundo Russel Ackoff, “dado” é uma informação em estado bruto, tratando-se de símbolos que representam a propriedade de objetos. São produtos da observação, que podem ser captados pelos sentidos.²⁶ Os dados, portanto, existem no mundo concreto, e subsistem após a morte do indivíduo.

Além disso, o rol de legitimados para buscar a tutela de direitos da personalidade do morto não soluciona todos as questões acerca da proteção de dados *post mortem*. Muitas vezes, quem promove possíveis violações a esse direito da personalidade são os próprios familiares do falecido, por exemplo, quanto buscam obter ou manter controle sobre perfis de redes sociais ou contas de *e-mail* do morto.²⁷

É preciso levar em consideração que, embora os direitos da personalidade muitas vezes acabam por se confundir, tendo em vista que que o ser humano é indivisível²⁸, isso não impede que cada um desses direitos tenha características próprias e, portanto, formas de tutela distintas.

Por essa razão, Alfredo Domingues Barbosa Migliore²⁹ estabelece uma classificação quadripartida dos direitos da personalidade em relação à morte do seu titular. Segundo o autor, são quatro situações possíveis: “(a) o direito se extingue definitivamente; (b) é transmitido aos

²⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, nº 247, p. 177-195, set. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.07.PDF>. Acesso em: 1 set. 2020.

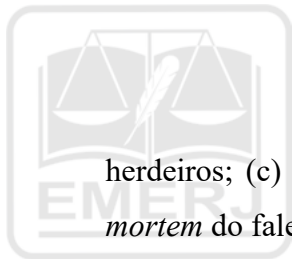
²⁵ Ibidem.

²⁶ ACKOFF, Russell L. From data to wisdom. *Journal of Applied Systems Analysis*, v. 16, n. 1, p. 3-9, 1989.

²⁷ LEAL, op. cit., 2020, p. 31-34.

²⁸ MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento*: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 82.

²⁹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*: um ensaio sobre os direitos da personalidade *post mortem*. São Paulo: LTr, 2009, p. 129.



herdeiros; (c) permanece protegido sob uma estranha, bizarra e misteriosa titularidade *post mortem* do falecido; ou (d), simplesmente, nasce a partir do evento morte”.

Na primeira categoria, enquadram-se os direitos à vida, à integridade física, à saúde, e o direito moral do autor no que tange a modificações da obra original. Na segunda, incluem-se os direitos patrimoniais derivados da personalidade. Na terceira, encontram-se os demais direitos morais de personalidade propriamente ditos, que passam a integrar o chamado patrimônio moral póstumo. Já a quarta é composta pelos direitos relativos ao corpo morto e ao cadáver.³⁰

Os dados pessoais representam uma virtualização do ser humano. Segundo Pierre Lévy, o corpo humano está em constante reinvenção, o que ocorre de diversas formas, graças aos diversos meios de comunicação. Permite-se que haja um compartilhamento de percepções e uma projeção do corpo, que passa a estar presente em uma pluralidade de espaços, para além do ambiente ocupado pelo corpo tangível, formando um “hipercorpo”.³¹ Tal entendimento vai ao encontro do conceito de “corpo eletrônico”, desenvolvido por Stefano Rodotà.³² Segundo o jurista italiano, esse corpo virtualizado se projeta a nível global e muitas vezes condiciona a pessoa mais intensamente do que o próprio corpo físico.

A internet permite que o indivíduo projete sua personalidade virtualmente, trazendo novos significados para a sua identidade, por meio de elementos “como uma fotografia, um *nickname*, uma página, um perfil de uma rede social”, que compõem o corpo eletrônico. Trata-se de uma manifestação do direito à autodeterminação informativa.³³

Portanto, com o falecimento do usuário da internet, esse corpo virtual composto por seus inúmeros dados pessoais, que permanece existindo após a morte, passa a integrar o supracitado patrimônio moral póstumo. Conclui-se, pois, que os dados pessoais se inserem na categoria de direitos da personalidade que permanecem protegidos sob a titularidade *post mortem*.

De acordo com Anderson Schreiber, embora a personalidade em sentido subjetivo termine com a morte do sujeito, a personalidade em sentido objetivo não se extingue com a pessoa, nem é objeto de sucessão, uma vez que ela é intransmissível por definição. Embora

³⁰ Ibidem, p. 129-134.

³¹ LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: 34, 2011, p. 28-29.

³² RODOTÀ, Stefano. *Globalização e o direito*. Palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Tradução Myriam de Filippis. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf>>/GlobalizacaoeDireito.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

³³ LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/237/219>>. Acesso em: 12 ago. 2020.



eventuais violações a esses direitos, obviamente, não possam repercutir sobre a pessoa já falecida, ela produz efeitos sociais.³⁴

Preleciona o autor que “[d]eixar sem consequência uma violação desse direito poderia não apenas causar conflitos com familiares e admiradores do morto, mas também contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade. O direito quer justamente o contrário: proteção máxima para os atributos essenciais à condição humana”.³⁵

É esse o fundamento da proteção *post mortem* dos direitos da personalidade, cuja tutela é concedida pelos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC/02 aos herdeiros do falecido. Todavia, Anderson Schreiber critica esse rol de legitimados, uma vez que ele traduz uma concepção patrimonialista acerca do tema, que dá margem a possíveis exercícios abusivos dessa faculdade.³⁶ Portanto seria mais adequado permitir que qualquer pessoa ou entidade que detenha interesse legítimo na proteção da personalidade do morto pleiteie essa tutela.³⁷

Portanto, a fim de se buscar dar máxima efetividade ao art. 1º, III, da CRFB/88, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República,³⁸ devem-se aplicar as normas de tutela dos direitos da personalidade, inclusive no que tange à proteção de dados, “de acordo com aquele que seria, em vida, o interesse do falecido”³⁹. Assim, faz-se necessária a análise das peculiaridades da questão da proteção de dados para identificar quais as soluções que melhor correspondam ao devido interesse do titular.

3. PROPOSTAS PARA A PROTEÇÃO *POST MORTEM* DE DADOS PESSOAIS

De acordo com Bruno Bioni, a circulação de dados pessoais pode ser um meio de desenvolvimento da personalidade humana. Os dados pessoais dizem respeito a uma projeção social do homem, sob uma perspectiva acerca dos direitos da personalidade não só subjetiva, mas também intersubjetiva, relacional.⁴⁰ Por conseguinte, é necessário que o Direito promova meios para que os titulares dos dados detenham o controle sobre seu fluxo.⁴¹ Assim, a proteção de dados abarca também o compartilhamento de dados, não apenas sua ocultação.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

³⁵ *Ibidem*, p. 25.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 156.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 19.

³⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 25.

⁴⁰ BIONI, op. cit., p. 83.

⁴¹ LEAL, op. cit., 2018.



A revolução digital faz com haja cada vez mais “cidadãos da internet”, ou mesmo “nativos digitais”, que geram uma imensa quantidade de dados no ambiente virtual. Diariamente, vários desses usuários morrem e deixam nesse espaço um rastro desses dados.⁴² Uma vez que se trata de projeções da personalidade humana, as identidades digitais dessas pessoas não podem ficar desamparadas.⁴³

Sejam os dados providos aos fornecedores de serviços *on-line* – ou mesmo produzidos por eles ou por terceiros –, que são estocados em bancos de dados e comercializados como mercadoria, sejam os corpos eletrônicos e memórias digitais produzidas em redes sociais e similares: todos esses dados pessoais permanecem na rede após o falecimento do titular.

De acordo com Tama Leaver, os usuários das mídias sociais tendem a se concentrar no aspecto “social” desses serviços, presumindo uma efemeridade das comunicações realizadas nessas redes, sem prestar atenção no fato de que as informações produzidas, além de ficarem gravadas, podem ser valiosas. Já as companhias que oferecem os serviços focam no aspecto de “mídia”: esses rastros digitais podem continuar sendo objeto de mineração e análise, dando origem novas informações e gerando lucro.⁴⁴ Além disso, segundo Carl Öhman e Luciano Floridi, existe um mercado específico voltado para o tratamento de dados de pessoas falecidas.⁴⁵

Se já é difícil assegurar às pessoas vivas o controle sobre o fluxo de seus dados, o problema se torna mais complicado quando o titular não está mais vivo para exercer esse controle. Cria-se uma espécie de “limbo”, em que o usuário não está mais presente para pleitear em seu nome a proteção de seus dados.⁴⁶

Um obstáculo à aplicabilidade da LGPD aos dados de pessoas falecidas é que muitos de seus dispositivos, em uma primeira análise, exigem que o titular esteja vivo para que possam ser aplicados. É o caso, por exemplo, do art. 18, que prevê os direitos do titular, que, obviamente, não podem mais ser exercidos por aqueles que já faleceram. Destaque-se, ainda, o

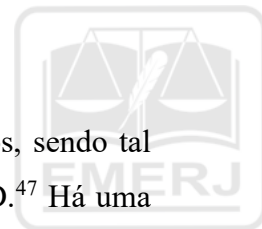
⁴² CURTIS, Cara. *Dead Facebook users could outnumber the living by 2069*. Disponível em: <<https://thenextweb.com/socialmedia/2019/04/29/dead-facebook-users-could-outnumber-the-living-by-2069/>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴³ OLONI, op. cit.

⁴⁴ LEAVER, Tama. The social media contradiction: data mining and digital death. *M/C Journal: A Journal of Media and Culture*, v. 16, n. 2, 2013. Disponível em: <https://espace.curtin.edu.au/bitstream/handle/20.500.11937/33046/191723_85025_Leaver_SocialMediaContradiction_FINAL.pdf?sequence=2>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁴⁵ Segundo os autores, a “*digital afterlife industry* (DAI)” se trata de uma indústria que explora os vestígios digitais de usuários da internet já falecidos, envolvendo desde *start-ups* a empresas consolidadas, como Facebook e Google. Classificam-se os serviços dessa indústria em quatro categorias: “(1) serviços de gestão de informações, (2) serviços de mensagens póstumas, (3) serviços de memoriais on line e (4) serviços de recriação”. (ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. An ethical framework for the digital afterlife industry. *Nature Human Behaviour*, v. 2, n. 5, p. 318-320, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/324499310_An_ethical_framework_for_the_digital_afterlife_industry>. Acesso em: 15 fev. 2021.)

⁴⁶ LEAL, op. cit., 2020, p. 29.



art. 7º, I, que prevê o consentimento como base legal para o tratamento de dados, sendo tal consentimento revogável, nos termos dos arts. 7º, §5º, 15, III, e 18, IX da LGPD.⁴⁷ Há uma lacuna legislativa acerca de se o consentimento dado pelo titular em vida subsiste após sua morte, ou se ele se extingue juntamente com a personalidade jurídica.

Uma possível solução é que o próprio titular decida, em vida, o que deve ser feito com seus dados pessoais após a sua morte. Alguns países da União Europeia adotam regras nesse sentido em seu Direito interno – como França, Hungria, Portugal e Espanha –, inclusive com a possibilidade de o titular nomear terceiros para administrarem seus dados.⁴⁸ Além disso, determinadas plataformas, como o Facebook⁴⁹ e o Instagram⁵⁰, oferecem opções sobre o que deve ser feito com o conteúdo do usuário após seu falecimento.

Permitir ao titular decidir o que deve ser feito com seu acervo digital – inclusive seus dados pessoais – após sua morte é uma forma de assegurar sua autodeterminação informativa. Ademais, se a própria LGPD prevê a revogabilidade do consentimento, caso o titular de dados assim decida em vida, tal disposição deve ser respeitada.⁵¹

Todavia, existe a possibilidade de a manifestação do titular ir de encontro aos termos de uso dos provedores. Ambos podem, ainda, conflitar com o ordenamento jurídico interno.

Acerca dessas possibilidades, preleciona Livia Teixeira Leal que a manifestação de vontade do *de cuius* não deve prevalecer sobre os preceitos do ordenamento jurídico, como no caso, por exemplo, de que ele autorize que os familiares acessem todas as suas conversas privadas, até porque isso violaria a privacidade das pessoas com quem o falecido havia interagido. Isso porque o exercício da autonomia existencial “não é absoluto, devendo encontrar-se em consonância com os demais valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, não podendo prevalecer quando violar preceitos de ordem pública”.⁵²

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴⁸ WHITE & CASE. *GDPR Guide to National Implementation: a practical guide to national GDPR compliance requirements across the EEA*. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/article/gdpr-guide-national-implementation>>. Acesso em: 6 set. 2020.

⁴⁹ O Facebook apresenta ao usuário duas opções sobre o que deverá ocorrer com sua conta após seu falecimento: ou se converte o perfil em um memorial, sendo possível eleger um “contato herdeiro” para geri-lo, ou a conta será excluída. (FACEBOOK. *O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer?* Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/memorialized>>. Acesso em: 4 fev. 2021.)

⁵⁰ O Instagram, rede pertencente ao Facebook, tem opções similares às da rede epônima da companhia: qualquer usuário pode solicitar a conversão do perfil de um usuário morto em memorial, sendo que os familiares podem requerer a exclusão da conta. (FACEBOOK. *Como faço para denunciar a conta de uma pessoa falecida no Instagram?* Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/instagram/264154560391256>>. Acesso em: 8 fev. 2021.)

⁵¹ LEAL, op. cit., 2020, p. 54.

⁵² *Ibidem*, p. 135-136.



Já no caso de conflito entre a manifestação de vontade e os termos de uso do provedor, a autora entende que estes devem prevalecer, caso compatíveis com o ordenamento jurídico, o que inclui as normas de proteção do Código de Defesa do Consumidor – destacando-se o dever de informação –, uma vez que esse tipo de relação tem natureza consumerista. Portanto, os termos de uso devem sempre ser interpretados favoravelmente ao usuário.⁵³

Ademais, faz-se necessária a previsão de legitimados para o exercício da tutela dos dados do falecido nos casos em que este não realize manifestação alguma sobre o assunto. Alguns dos supracitados países europeus concedem aos herdeiros tal incumbência,⁵⁴ o que vai ao encontro do rol previsto no art. 12, parágrafo único, do CC/02,⁵⁵ aplicável aos direitos da personalidade em geral. Reitere-se, porém, a supracitada ressalva feita por Anderson Schreiber⁵⁶, que entende ser legitimada qualquer pessoa que demonstre razoável interesse na proteção dos direitos da personalidade da pessoa falecida, entendimento plenamente compatível com a proteção de dados *post mortem*.

Ademais, a internet é um importante vetor de construção da memória social, havendo esforços para a preservação dessas memórias já produzidas no meio digital para as futuras gerações,⁵⁷ patrimônio cultural reconhecido pela UNESCO.⁵⁸

O comportamento dos usuários da internet revela uma tendência à “automusealização”.⁵⁹ As redes sociais têm um importante papel na construção da memória no ambiente da internet, em que se registram as mais diversas atividades do ser humano, sendo que uso de dispositivos móveis dá instantaneidade a esses registros da memória cotidiana.⁶⁰

Se os dados pessoais representam parte de “corpo eletrônico”⁶¹, Carl Öhman e Luciano Floridi⁶² argumentam que a “*digital industry afterlife*”⁶³ deve obedecer aos mesmos princípios

⁵³ Ibidem, p. 136.

⁵⁴ WHITE & CASE, op. cit.

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 23.

⁵⁶ SCHREIBER, op. cit., p. 24-25.

⁵⁷ GAUTIER, Thiago. “*Memórias da Internet correm o risco de se perderem com o tempo*”. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/revista/noticia/2018/03/memorias-da-internet-correm-orisco-de-se-perderem-com-o-tempo.html>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁵⁸ UNESCO. *Digital heritage*. Disponível em: <<https://en.unesco.org/themes/information-preservation/digital-heritage>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁵⁹ RENDEIRO, Márcia Elisa; RIBEIRO, Leila Beatriz. *O mundo musealizado: memória e esquecimento nas redes sociais da web*. ARTEFACTUM – Revista de estudos em Linguagens e Tecnologia, v. 14, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://artefactum.rafrom.com.br/index.php/artefactum/article/view/1439/683>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

⁶⁰ DALMASO, Silvana. *A construção da memória nos sites de redes sociais: percepções sobre experiências no Facebook*. 10º Encontro Nacional de História da Mídia, 2015. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/10o-encontro-2015/historia-da-midia-digital/a-construcao-da-memoria-a-nos-sites-de-redes-sociais-percepcoes-sobre-experiencias-no-facebook/view>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁶¹ RODOTÀ, op. cit.

⁶² ÖHMAN; FLORIDI, op. cit.

⁶³ Em tradução livre, “indústria da vida após a morte digital”.



éticos adotados pela museologia acerca de restos mortais humanos. O Código de Ética Profissional do ICOM⁶⁴ prevê que a exposição desse tipo de material “precisa ser feito com tato e com respeito pelos sentimentos de dignidade humana comum a todos os povos” e que devem “estar sempre disponíveis para pesquisadores e educadores qualificados, porém não para a curiosidade mórbida”. Tais preceitos éticos devem ser observados, também, para os remanescentes do corpo eletrônico dos usuários da internet, como forma de garantia da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

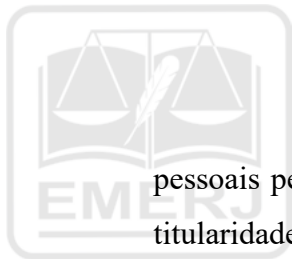
Esta pesquisa constatou a existência de uma lacuna legislativa acerca da proteção de dados pessoais de pessoas falecidas, bem como discutiu as principais controvérsias acerca do assunto e apontou possíveis soluções para questões relativas ao tema, que não só são objeto de pouca ou nenhuma regulamentação legal, como também ainda padecem de escassez de análise doutrinária e jurisprudencial.

O assunto discutido representa uma interseção entre dois temas que envolvem diversas controvérsias, quais sejam: a proteção de dados pessoais – tema cuja principal lei é relativamente recente no ordenamento jurídico – e a tutela *post mortem* de direitos da personalidade – instituto inerentemente nebuloso, já que se trata de direitos cujos titulares não estão mais presentes para exercê-los em nome próprio. Por isso, o presente trabalho buscou analisar as principais discussões pertinentes a ambos os assuntos e, ao final, examinar as questões específicas sobre a proteção de dados de pessoas falecidas.

No primeiro capítulo, analisaram-se as diversas teorias acerca da natureza e regime jurídicos dos dados pessoais. Concluiu-se que as teorias que concebem os dados por uma perspectiva exclusiva ou primordialmente patrimonial são inadequadas, uma vez que é necessária a distinção entre situações jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais. No que tange a estas, portanto, os dados devem ser visualizados como direitos da personalidade. Além disso, a proteção de dados se trata de um direito fundamental, o que lhe dá oponibilidade *erga omnes*, sendo prescindível sua classificação como propriedade para isso.

No segundo capítulo, apresentou-se um panorama acerca de diversos entendimentos referentes à tutela *post mortem* de direitos da personalidade. Chegou-se à conclusão que dados

⁶⁴ COMITÊ INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Código de Ética Profissional*. Disponível em: <<https://www.revistamuseu.com.br/site/br/legislacao/museologia/4890-1986-icom-codigo-de-etica-profissional.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.



personais pertencem à classe dos direitos da personalidade que permanecem protegidos sob a titularidade post mortem, integrando o chamado patrimônio moral póstumo. Além disso, os herdeiros têm legitimidade para buscar a proteção dos direitos da personalidade do falecido, no entanto tal rol deve se estender para qualquer terceiro que apresente legítimo interesse nessa proteção.

No terceiro capítulo, analisaram-se questões relativas à proteção de dados *post mortem*, com destaque ao âmbito da internet, cujos usuários deixam um vasto acervo de dados que permanecem no ambiente digital após o seu falecimento. Tais dados merecem ser objeto de tutela, privilegiando-se a vontade do titular manifestada em vida sobre o que deve ser feito com esse material, a não ser que essa vontade seja contrária ao ordenamento jurídico. Em caso de ausência de manifestação, cabe aos herdeiros ou a quem tiver legítimo interesse buscar essa proteção.

Embora a personalidade jurídica em sentido técnico se extinga com a morte, subsiste a personalidade do ser humano em sentido ético. Portanto, a morte da pessoa natural não significa que seus dados pessoais, que são projeções de sua personalidade, possam ser devassados por meio do tratamento indiscriminado. Apesar da exiguidade de fontes do direito sobre a questão, as normas já existentes no ordenamento jurídico apontam para a necessidade de proteção desses dados, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana, que tem fundamento no art. 1º, III, da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

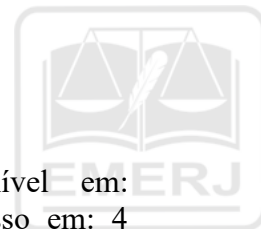
ACKOFF, Russell L. From data to wisdom. *Journal of Applied Systems Analysis*, v. 16, n. 1, p. 3-9, 1989.

BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, nº 247, p. 177-195, set. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.07.PDF>. Acesso em: 1 set. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.



_____. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 6387*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Plenário. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 21 out. 2021.

COMITÊ INTERNACIONAL DE MUSEUS. *Código de Ética Profissional*. Disponível em: <<https://www.revistamuseu.com.br/site/br/legislacao/museologia/4890-1986-icom-codigo-de-etica-profissional.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CURTIS, Cara. *Dead Facebook users could outnumber the living by 2069*. Disponível em: <<https://thenextweb.com/socialmedia/2019/04/29/dead-facebook-users-could-outnumber-the-living-by-2069/>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

DALMASO, Silvana. *A construção da memória nos sites de redes sociais: percepções sobre experiências no Facebook*. 10º Encontro Nacional de História da Mídia, 2015. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/10o-encontro-2015/historia-da-midia-digital/a-construcao-da-memoria-nos-sites-de-redes-sociais-percepcoes-sobre-experiencias-no-facebook/view>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FACEBOOK. *Como faço para denunciar a conta de uma pessoa falecida no Instagram?* Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/instagram/264154560391256>>. Acesso em: 8 fev. 2021.

_____. *O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer?* Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/memorialized>>. Acesso em: 4 fev. 2021.

GAUTIER, Thiago. *"Memórias" da Internet correm o risco de se perderem com o tempo*. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/revista/noticia/2018/03/memorias-da-internet-correm-orisco-de-se-perderem-com-o-tempo.html>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/237/219>>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. *Internet e morte do usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

LEAVER, Tama. The social media contradiction: data mining and digital death. *M/C Journal: A Journal of Media and Culture*, v. 16, n. 2, 2013. Disponível em: <https://espace.curtin.edu.au/bitstream/handle/20.500.11937/33046/191723_85025_Leaver_SocialMediaContradiction_FINAL.pdf?sequence=2>. Acesso em: 18 set. 2020.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.



MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131-156.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDES; Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo et al (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-71.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTr, 2009.

ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. An ethical framework for the digital afterlife industry. *Nature Human Behaviour*, v. 2, n. 5, p. 318-320, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/324499310_An_ethical_framework_for_the_digital_afterlife_industry>. Acesso em: 15 fev. 2021.

OLONI, Victoria. *Life after death: data protection rights of deceased persons*. Disponível em: <<https://aanoip.org/life-after-death-data-protection-rights-of-deceased-persons/>>. Acesso em: 5 set. 2020.

RENDEIRO, Márcia Elisa; RIBEIRO, Leila Beatriz. O mundo musealizado: memória e esquecimento nas redes sociais da web. *ARTEFACTUM – Revista de estudos em Linguagens e Tecnologia*, v. 14, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://artefactum.rafrom.com.br/index.php/artefactum/article/view/1439/683>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *Globalização e o direito*. Palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Tradução Myriam de Filippis. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaooeDireito.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

UNESCO. *Digital heritage*. Disponível em: <<https://en.unesco.org/themes/information-preservation/digital-heritage>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 4 set. 2020.

WHITE & CASE. *GDPR Guide to National Implementation: a practical guide to national GDPR compliance requirements across the EEA*. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/article/gdpr-guide-national-implementation>>. Acesso em: 6 set. 2020.

A INSTITUIÇÃO DA CLÁUSULA DE INFIDELIDADE NO CONTRATO DE CASAMENTO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Luany Gomes Manhães

Graduada pela Faculdade de Direito Anhanguera de Niterói. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Resumo – O casamento é um instituto jurídico previsto no Código Civil Brasileiro, que tem como dever expresso em lei a fidelidade. A natureza jurídica do casamento dispõe de forma clara quanto ao seu caráter contratual. Cabe às partes, neste raciocínio, estipular previamente, de forma consensual, cláusula contratual com previsão de multa pecuniária em caso de possível infidelidade. A essência do trabalho é discutir essa possibilidade e verificar qual a relevância do instituto da cláusula de infidelidade no casamento.

Palavras-chave – Direito de Família. Casamento. Cláusula contratual. Infidelidade.

Sumário – Introdução. 1. Conceito e natureza jurídica do casamento. 2. A monogamia e a responsabilidade civil decorrente da violação do dever de fidelidade. 3. A liberdade contratual e a segurança do cônjuge na consumação do casamento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a possibilidade da instituição da Cláusula de infidelidade ao pactuar o casamento à luz do Direito brasileiro. Busca-se expor a responsabilidade civil decorrente da violação do dever de fidelidade, amparada pelo princípio da monogamia, com o fim de defender a liberdade contratual do casamento e a segurança dos cônjuges em sua consumação.

O primeiro capítulo trata da natureza jurídica do casamento, contrato especial de direito de família, que envolve o âmbito sentimental e patrimonial do indivíduo. O negócio jurídico do casamento nasce da vontade de duas partes, com objeto lícito e forma prescrita em lei. Devido ao princípio da função social e o princípio da boa-fé objetiva, os contratos também sofrem interferência externa de normas de ordem pública em seu corpo e alma, sem que percam sua natureza volitiva e negocial entre os nubentes, que podem estipular livremente, mediante o acordo de vontades, a regulamentação de seus interesses, desde que a vontade das partes não sejam contrárias à lei.

O segundo capítulo, por sua vez, versa sobre os deveres inerentes ao casamento. Ao contrair a união os cônjuges assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e



responsáveis pelos encargos da família. Nesta linha de raciocínio, tem-se como dever de ambos os cônjuges a mútua assistência, o respeito e consideração mútuos e a fidelidade recíproca.

A monogamia é o regime adotado pelo casamento no âmbito jurídico brasileiro. Contudo, inúmeros são os casos de infidelidade no matrimônio registrados no Brasil, e o cônjuge, por sua vez, ao se ver frustrado, tem buscado cada vez mais o amparo do judiciário a fim de obter a compensação por todos os danos sofridos pela traição inesperada.

Dito isto, no terceiro capítulo, discute-se a legalidade da instituição da cláusula de infidelidade no casamento à luz do Direito brasileiro, tendo como argumento a inexistência de impedimento jurídico para sua implementação no pacto antenupcial, desde que exista o livre acordo das partes.

Outro ponto que se discute ao longo do trabalho são os diversos precedentes em que a Justiça, reconhece os danos morais ocasionados ao cônjuge que teve a dissolução conjugal ocasionada por infidelidade do parceiro. Ora, o cenário atual é de evidente insegurança jurídica, devido aos entendimentos divergentes aplicados aos casos.

Dessa maneira, atendendo aos princípios que regem o Direito contratual e buscando a segurança jurídica para a pauta em questão, o trabalho tem como foco discutir sobre a grande eficiência da instituição da cláusula de infidelidade no casamento, de modo que, os próprios cônjuges estipulariam previamente ao contrair o matrimônio a multa valorada, sendo exequível em momento oportuno, com o escopo de sanar a desordem financeira causada pelo divórcio, bem como compensar pelos danos morais suportados.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador pretende realizar a exposição crítico-racional da legalidade da interposição de cláusula de infidelidade no pacto antinupcial.

Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é necessariamente qualitativa, tendo como base percepções e análises acerca da complexidade do problema e a interação de variáveis a partir de normas jurídicas, doutrinas e jurisprudências inerentes ao tema.

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

O casamento pode ser definido como ato jurídico solene de livre e espontânea vontade à junção de corpos e patrimônio entre duas pessoas, independente do sexo, com o objetivo de procriar; adotar pessoas; prestar mútua assistência material, patrimonial e sentimental.

O art. 1.511 do Código Civil Brasileiro¹ conceitua o casamento como a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, desde que atendidas às solenidades legais de habilitação, celebração e registro impostas pelo Estado, vinculando os cônjuges mutuamente como consortes e companheiros entre si, responsáveis pelos encargos da família.

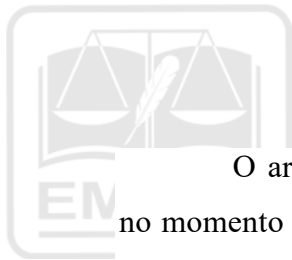
Destaca-se que o casamento reveste-se de considerações pertinentes à ordem pública e privada, isto porque, por um lado temos o âmbito sentimental, baseado nos preceitos do amor, afeto, amizade e compreensão, em que, ao se casar o indivíduo pretende ter um companheiro para toda a vida.

O âmbito patrimonial por sua vez, manifesta a natureza contratual do casamento, tendo em vista toda a mudança jurídica que advém com o matrimônio. Dito isto, temos como exemplo, a necessidade da outorga uxória - com exceção do regime da separação absoluta de bens - para concretizar alienações de bens na constância do casamento; prestar fiança ou aval, e até mesmo para fazer doações que não sejam remuneratórias, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Para uma melhor definição, não se pode excluir a análise da natureza jurídica do casamento. O Direito Brasileiro deixou este mister à cargo da doutrina, qual, por sua vez, se dividiu em três teorias. Posto isto, cabe analisarmos mais profundamente as teorias acerca da natureza jurídica do casamento, compreendendo-as como: a) teoria contratualista; b) teoria institucionalista; c) teoria eclética.

Para a teoria contratualista, o casamento é um negócio jurídico bilateral, que tem natureza de contrato e depende da livre manifestação de vontade das partes, de modo a produzir seus efeitos patrimoniais regulados pelo regime de bens.

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



O artigo 1.514 do Código Civil² prevê expressamente que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal perante o juiz.

Nesse sentido, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, será apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Define o doutrinador Silvio Rodrigues³:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”, conceito do qual acreditamos adequar-se à realidade atual.

Explica Silvio Rodrigues⁴ que o casamento, sendo um contrato, obedece à vontade dos contratantes, desde que essa vontade não seja contrária à lei.

Em contrapartida, tal corrente é rebatida pela teoria institucionalista, que identifica o casamento como a união sagrada do homem e da mulher. Trata-se de uma instituição que nasce com o pleno consentimento dos nubentes para o enlace matrimonial, instituição secular. Por meio da criação deste poderoso instrumento de perpetuação da espécie consolida-se o ser humano, tendo como fim a criação de seus descendentes.

De acordo com Maria Helena Diniz⁵ “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.

Insta frisar, que tal teoria fundamenta seu ponto de vista na interferência direta da autoridade pública, que impõe normas para definir os direitos e deveres dos cônjuges, que não se limitam, como nos contratos, a constituir direitos de crédito entre os nubentes, mas sim, a família legítima e uma série de relações de cunho extrapatrimonial.

Diante do impasse, surge uma terceira corrente, que define o casamento como um ato complexo de natureza mista, híbrida ou eclética, pois coexistem características contratuais e institucionais.

Assim, para a teoria eclética, a autonomia da vontade das partes está limitada a escolha do parceiro; do regime de bens e da permanência ou não da relação familiar. Por outro lado, efeitos pessoais como a alteração do estado civil; o surgimento dos vínculos de

²BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*. 28. ed. V. 6 São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

⁴ Ibidem, p. 19.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.051.

parentesco; a alteração do nome e os demais deveres de coabitação não podem ser regulados por contrato.

Com efeito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁶ conceitua o casamento como:

união formal entre um homem e uma mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio jurídico solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida, além de efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com reflexos em outras pessoas.

Desse modo, esta terceira corrente defendida pelo autor supracitado sustenta que o casamento é um contrato na sua formação, mas no seu curso é uma instituição, de modo que toma uma feição mista, híbrida e eclética que mescla, de forma mais ponderada, as duas correntes anteriores.

Pelo exposto, diante da constante e obrigatória consulta às teorias já explanadas, cravamos a natureza jurídica do casamento como contrato especial de direito de família, que envolve o âmbito sentimental e patrimonial do indivíduo.

Ora, o negócio jurídico do casamento nasce da vontade de duas partes, com objeto lícito e forma prescrita em lei. Devido ao princípio da função social e o princípio da boa-fé objetiva, os contratos também sofrem interferência externa de normas de ordem pública em seu corpo e alma, sem que percam sua natureza volitiva e negocial entre os nubentes, desde que a vontade das partes não sejam contrárias à lei.

Nas palavras de Carvalho Santos⁷:

o casamento é um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor”.

Por fim, acrescenta-se que apesar da menção aos sexos distintos, retirada do conceito clássico de casamento, o Brasil admite, na atualidade, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Isto porque, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução n° 175⁸, que veda todos os cartórios do País a recusa de habilitar e celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo e converter a união estável homoafetiva em casamento.

⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

⁷ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Direito de Família*. V. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012, p. 10-11.

⁸ CNJ. *Resolução N° 175*, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 05 abr. 2021.



2. DEVER DE FIDELIDADE: O CARÁTER MONOGÂMICO DO CASAMENTO

O artigo 1.566, do Código Civil⁹ preceitua que são deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, guarda e educação dos filhos; e, o respeito e consideração mútuos.

Neste sentido, temos como base do dever de fidelidade recíproca, a família monogâmica, de modo que a quebra do dever de fidelidade culmina com o adultério, que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa.

Historicamente, o surgimento da monogamia teve como objetivo a proteção do patrimônio da família e, conseqüentemente, da linhagem de filiação do casal. Por conseguinte, tornou-se a norma social que rege as relações afetivas na cultura do Ocidente, de maneira que, despontou-se também como um fato relevante juridicamente, haja vista que a norma jurídica surge a partir de um fato valorado pela sociedade, sendo necessária sua existência para assegurar o cumprimento das regras sociais¹⁰.

No contexto jurídico brasileiro, a monogamia foi incorporada inicialmente como um princípio do ordenamento jurídico¹¹, sendo a fidelidade um de seus deveres inerentes. No âmbito do Direito Penal, a infidelidade qualificava-se como infração penal, tipificada como crime de adultério, previsto no art. 240 do Código Penal¹², até ser posteriormente revogado pela Lei 11.106/2005¹³, que alterou o Código Penal de 1940, transformando a conduta um mero ilícito civil.

Por sua vez, na seara do Direito Civil brasileiro, tanto o revogado Código Civil de 1916, quanto o atual Código Civil de 2002, trazem a fidelidade recíproca no rol de deveres de ambos os cônjuges no matrimônio, devendo estes se relacionarem sexual e afetivamente apenas entre si¹⁴.

Com efeito, Maria Helena Diniz conceitua fidelidade¹⁵:

⁹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16-18.

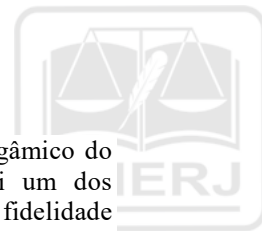
¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 120-121.

¹² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹³ BRASIL. *Lei n° 11.106*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 298.



o dever moral e jurídico da fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial. Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro.

O autor Jesualdo Eduardo de Almeida Filho¹⁶, por seu turno, também conceitua a fidelidade recíproca:

essa obrigação de restrição sexual repousa no caráter monogâmico das entidades familiares, do qual resulta a exclusividade das relações sexuais entre os cônjuges. A espécie de fidelidade que provê a base para a satisfação é uma simbiose de amizade, ternura, interesse, entendimento, consideração e responsabilidade. Assim, ser fiel é ajudar o companheiro a perseverar quando surgem dificuldades, quando a doença física ou mental obstrui as relações sexuais, ou quando a idade remove o vigor e a beleza.

É necessário destacar que não só o adultério - ilícito civil - viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal.

Maria Helena Diniz enfatiza¹⁷:

a infração desse dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência da moral familiar, desagregando toda a vida da família, além de agravar a honra do outro cônjuge, injuriando-o gravemente. Para que se configure adultério, (ilícito civil) basta uma só transgressão ao dever de fidelidade por parte do marido ou da mulher; não se exige, portanto, a continuidade de relações carnavais com terceiro.

A partir desta perspectiva, a infidelidade pode ser detectada em relacionamentos que demonstrem o *animus*¹⁸, mesmo que de forma psicológica, de estar unido a outra pessoa que não o seu cônjuge.

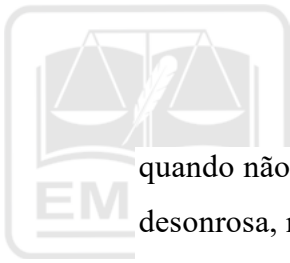
Conclui-se, portanto, que qualquer deslize conjugal, perfazendo-se em excessiva intimidade com outra pessoa, injuria gravemente o outro cônjuge, ofendendo a dignidade familiar.

Nestes termos, os artigos 1.572 e 1.573, I do Código Civil dispõem que a infidelidade constitui justa causa para separação judicial, enquanto a infidelidade moral -

¹⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. *As relações entre cônjuges e companheiros no novo código civil*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2004, p. 416.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

¹⁸ *Animus*: Expressão latina que, traduzida por ânimo, serve para mostrar o elemento intencional, que se leva em conta em um certo número de situações jurídicas, para determinar a natureza exata destas últimas. A qualidade da intenção é sempre designada pelo acréscimo de outro vocábulo, que assim completa o sentido da impressão.



quando não ocorrem relações sexuais - pode constituir infração civil consistente em conduta desonrosa, nos termos do art. 1573, VI, do Código Civil¹⁹.

Em conformidade, o julgado colacionado²⁰ reconhece o dever de indenizar decorrente da prática do adultério, conforme se verifica:

APELAÇÃO. PREPARO. VALOR DA CONDENAÇÃO. DANO MORAL. CASAMENTO. INFIDELIDADE. PROVA. DANO MORAL E MATERIAL. CABIMENTO. Nas ações em que se busca indenização por dano moral, o valor do preparo deve ser feito com base na condenação ante o caráter provisório do valor atribuído inicialmente à causa. Comprovada nos autos a ofensa ao dever matrimonial de fidelidade, é cabível a condenação do cônjuge infiel ao pagamento de indenização por dano moral e material decorrentes do ato ofensivo. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA - TJ-RO - Apelação Cível : AC 1003372-75.2005.822.0001 RO 1003372-75.2005.822.0001. 05/05/2006. Relator Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia.

No entanto, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça entende que a infidelidade por si só não gera nenhuma causa de indenizar, sendo necessária a comprovação de grave humilhação e constrangimento público do cônjuge ofendido para configurá-la²¹.

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE DIVÓRCIO E INDENIZATÓRIA. INFIDELIDADE COMPROVADA. HUMILHAÇÕES E CONSTRANGIMENTOS PÚBLICOS. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR. R\$ 30.000,00. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

Nesta linha de raciocínio, por configurar ato ilícito, resultante do descumprimento de um direito, caberá a Responsabilidade Civil, nos termos do artigo 186 do Código Civil²², que dispõe expressamente que, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete

¹⁹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Cível nº 1003372-75.2005.822.0001*. Relator Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia. Disponível em <<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2025950-16.2019.8.26.0000 SP 2020/0051590-6*. Relatora Ministra Maria Isabel. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=202595016.2019.8.26.0000&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&ckMorto=MORTO>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

²² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

ato ilícito. Desta forma, desde que gere grave desrespeito à honra do consorte, preenchidos estarão os pressupostos da Responsabilidade Civil.

3. O INSTITUTO DA CLÁUSULA DE INFIDELIDADE NO PACTO ANTENUPCIAL E A LIBERDADE CONTRATUAL

Além de promover uma maior segurança jurídica e de diminuir a sobrecarga do judiciário, o instituto da cláusula de infidelidade no contrato de casamento tem como bojo materializar a vontade das partes, abrigado pelo princípio da liberdade contratual.

O contrato é o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, sobre objeto lícito e possível, com o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, que se sujeita aos princípios da autonomia da vontade; consensualidade; relatividade dos efeitos; proibidade e boa-fé.

Convém destacar o conceito elaborado por Maria Helena Diniz²³:

contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Para que o contrato seja válido, é preciso que seu objeto seja lícito e possível; que as partes contratantes sejam capazes, ou seja, estejam legalmente aptas para contratar, bem como que tenha forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos preconizados pelo artigo 104 do Código Civil²⁴. Destaca-se que além dos elementos essenciais gerais, isto é, comuns a todos os atos jurídicos, existem contratos específicos que exigem elementos essenciais especiais para sua validade.

O pacto antenupcial ou contrato antenupcial, por sua vez, é um negócio jurídico bilateral de Direito de Família, sob a possibilidade de celebração do casamento. Este é o instrumento pelo qual os cônjuges, no âmbito da sua autonomia privada, antes da celebração do casamento, acordam não apenas sobre o regime de bens a que pretendem submeter o seu patrimônio, mas também, se assim desejarem, sobre tudo que esteja relacionado à relação matrimonial, desde que não viole disposição absoluta de lei.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

²⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



Neste raciocínio, não podem ser contratadas, no pacto antenupcial, situações contrárias à norma legal, como aquelas que ferem direta ou indiretamente a dignidade, os direitos e garantias fundamentais de um ou ambos os nubentes.

Em virtude disso, cláusulas que estipulam renúncia à fidelidade; a assistência recíproca, ou, ainda, que desobrigam os nubentes a prestar mútua assistência e sustento aos filhos, mesmo que haja proveito econômico imediato ao renunciante, violam os deveres dos cônjuges arrolados no artigo 1.566 do Código Civil²⁵, de modo que deverá o Poder Judiciário, se provocado, anulá-las de pleno direito para qualquer efeito.

Por outro lado, conquanto tais alternativas não se encontrem expressamente previstas pelo Código Civil, cabendo sua formulação às próprias partes, nada nelas infringe a legislação pátria ou atenta contra normas de ordem pública, pelo que plenamente admitidas e ajustáveis ao intento das partes.

Frisa-se o entendimento de Gustavo Tepedino²⁶:

No que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade. Mas no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, a priori, óbice na ordem pública para a sua admissão. No campo das relações patrimoniais, controversia delinea-se quanto às cláusulas que prevejam indenizações para o caso de infidelidade de um dos cônjuges ou para o caso de término da união. Também aqui não parece persistir impedimento legal apriorístico para tal avença.

Nesse contexto, a estipulação de cláusulas com conteúdo extrapatrimonial, que versem sobre direitos e deveres atinentes à vivência conjugal, parâmetros de ajuste de rotina doméstica, estipulação de indenizações pelo término da relação afetiva, bem como a instituição da cláusula de infidelidade, não possuem impedimento legal.

A cláusula de infidelidade, inclusive, dispõe acerca de um dever inerente ao casamento, previsto expressamente no Código Civil²⁷, concernente a objeto contratual lícito e possível, regido pelo princípio basilar da liberdade, também conhecido como princípio da autonomia privada das partes, podendo os nubentes pactuar livremente suas relações patrimoniais de acordo com seus interesses.

²⁵ Ibidem.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

²⁷ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 ago. 2021.

Neste íterim, Orlando Gomes define que o princípio da liberdade de contratar consiste no poder que os indivíduos têm de declarar sua vontade e suscitar efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, sendo as partes capazes de provocar o nascimento de um direito ou de uma obrigação²⁸.

Cabe destacar que para produzir eficácia perante terceiros, o artigo 1.657 do Código Civil²⁹ exige que o pacto antenupcial seja registrado em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio do casal. A averbação do pacto antenupcial também deverá acontecer no Ofício de Registro de Imóveis de cada um dos bens já existentes, garantindo assim, a oponibilidade das disposições pactuada entre o casal perante terceiros.

Com efeito, o contrato pré-nupcial é um instrumento útil para prevenção de conflitos e eficaz em propiciar segurança jurídica aos casais, comumente vitimados por conflitos de ordem patrimonial, ainda que de acanhado valor econômico, mas que certamente demandam desnecessário e expressivo desgaste sentimental e financeiro.

Oportuno exemplo é o dos indivíduos que abdicam de suas carreiras para dedicarem-se exclusivamente aos cuidados com os filhos, desconhecedores das dificuldades que viriam a encontrar caso almejassem futura reinserção no mercado laboral, ou mesmo de que a pensão de alimentos na espécie dar-se-ia somente por tempo determinado (alimentos transitórios).

A mencionada previsão contratual se faz necessária para impedir a instauração de novos litígios e o surgimento de divergentes precedentes acerca da compensação do dano moral pela autoridade competente no julgamento da demanda.

Assim, nada impede que os cônjuges estipulem por meio de contrato antenupcial, o pagamento de penalidade pecuniária em caso de violação do dever de fidelidade, baseado no interesse das partes de garantir a segurança jurídica e prevenir-se de eventual abalo patrimonial, diante da gravidade emocional do ato.

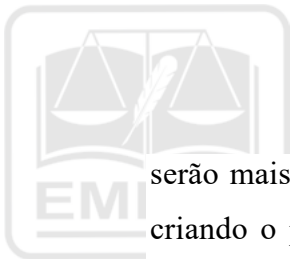
Veja-se o entendimento de Maria Berenice Dias³⁰ sobre o tema: “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”.

Partindo-se de tal concepção, as condições ajustadas pelas partes em um acordo poderão ser muito mais eficientes do que as que o legislador impõe; os custos de transação

²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217.



serão mais baixos quando os direitos estiverem estruturados de forma clara e simples, não criando o próprio texto legal embaraços à interpretação. Ademais, quanto mais amistosas forem as partes envolvidas, a ponto de estabelecerem um diálogo construtivo, igualmente inferiores serão tais custos transacionais.

Dessa forma, o instrumento pode ser visto como importante auxiliar à promoção de decisões judiciais mais eficientes, já que embasadas no estatuto contratual elaborado pelo próprio casal, reduzindo, assim, os custos de transação atrelados à esta etapa, o que, crê-se, contribuirá significativamente à redução dos litígios no âmbito do Direito de Família no Brasil.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas acerca da quebra do dever de fidelidade no casamento. O embate materializa-se pelo confronto aparente entre a possibilidade de o cônjuge ser compensado pela quebra do dever inerente ao casamento, postulado normativo derivado do Código Civil Brasileiro, e o entendimento de que a infidelidade de qualquer dos cônjuges não implica, por si só, causa de indenizar.

De um lado, a sociedade pós-moderna, em que os relacionamentos são líquidos, os compromissos de namorados, noivos e cônjuges se tornaram meramente retóricos e não atraem qualquer tipo de sanção moral quando descumpridos. Nessa trilha, o Direito, como mera expressão do comportamento social, tem sido interpretado com a mesma permissividade que o adultério é encarado pela sociedade.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as reiteradas decisões judiciais sobre tais conflitos entendem que as condutas de infidelidade que levem ao rompimento de relacionamentos conjugais só ensejam indenização por dano moral quando os fatos envolvam extraordinários quadros vexatórios de humilhação ou ridicularização da vítima.

Por seu turno, não se pode negar que o rompimento, por razões de adultério, de um relacionamento conjugal público longo e do qual adveio prole é, em tese, causa de indizível sentimento de frustração e de fracasso afetivo que, não raro, leva a quadros de depressão e, até mesmo, a resultados trágicos.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o descumprimento do dever de fidelidade nos termos do contrato matrimonial pactuado pelas



partes configura ilícito civil. Em outras palavras, o descumprimento de um dever previsto expressamente em Lei deve ser passível de compensação à parte ofendida.

Nesse interim, ao analisar a natureza jurídica do casamento, exploradas não apenas em fontes positivadas, mas em fundamentos jurídicos presentes nas mais diversas fontes do ordenamento jurídico, entende-se que há a coexistência de características contratuais e institucionais, que nada impede, desde que haja a livre vontade das partes, a instituição da cláusula de infidelidade no pacto do casamento.

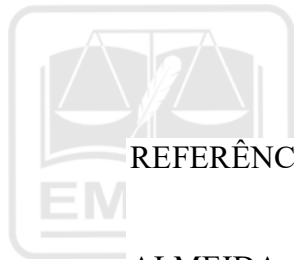
O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que é livre o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, sobre objeto lícito e possível, com o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, sujeitando-se aos princípios da autonomia da vontade; consensualidade; relatividade dos efeitos; probidade e boa-fé.

A liberdade contratual dos cônjuges deve ser valorizada não apenas na Academia, ou como matéria doutrinária, mas também no seio dos Tribunais de diversos níveis, a fim de consagrar em definitivo a complexidade de matérias como essa que foi abordada por esta Pesquisadora. Deve ser reconhecido aos nubentes, no exercício de seu pleno Direito, a possibilidade de dispor com segurança, sobre matéria de seu interesse, resguardada expressamente no Código Civil Brasileiro, que em nada confronta a Legislação vigente e lhe protege de possível dano extrapatrimonial.

Se a base fundamental do casamento consiste na fidelidade recíproca; vida em comum; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos e no respeito e consideração mútuos, com a finalidade de constituir uma família, não se mostra coerente que a quebra desse compromisso não seja passível de indenização, muito menos, que as partes não possam dispor por livre e espontânea vontade, sobre as consequências dessa violação.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há outro caminho para solucionar este impasse, senão conceder às partes a iniciativa de deliberar sobre a cláusula de infidelidade no casamento.

Deve ser preocupação constante do CNJ e das instituições legítimas a insegurança jurídica causada pela discricionariedade judicial, diante dos casos de infidelidade no casamento, de modo a auxiliar à promoção de decisões judiciais mais eficientes, e contribuir significativamente à redução dos litígios no âmbito do Direito de Família no Brasil.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. *As relações entre cônjuges e companheiros no novo código civil*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2004.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei nº 11.106*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2025950-16.2019.8.26.0000 SP 2020/0051590-6*. Relatora Ministra Maria Isabel. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=202595016.2019.8.26.0000&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&ckMorto=MORTO>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação Cível nº 1003372-75.2005.822.0001*. Relator Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

CNJ. *Resolução Nº 175*, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

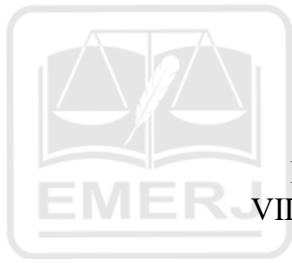
SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado: Direito de Família*. V. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.



TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2021.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



IMPACTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA NO CENÁRIO DA PANDEMIA DE COVID-19

Luiza Freire Segal Szmajzner

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo – a audiência de custódia, positivada no art. 310 do Código de Processo Penal, pressupõe a apresentação pessoal do preso, após o recebimento do auto de prisão em flagrante, em até 24 (vinte e quatro) horas da prisão. Tal previsão encontra respaldo em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que não admitem a realização do ato por videoconferência. Por outro lado, o ordenamento jurídico pátrio é silente quanto a esse aspecto, o que favoreceu a autorização excepcional da modalidade virtual durante a pandemia de COVID-19. A presente pesquisa se propõe a analisar os argumentos favoráveis e contrários à audiência de custódia remota, interpretada pelos Tribunais como a solução que mais se coaduna com a concretização dos direitos fundamentais, enquanto perdurar a crise sanitária. Ao final, defende-se que a virtualização do procedimento não se justifica, porquanto compromete a preservação do direito à liberdade e a segurança pessoal do custodiado.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Audiência de Custódia. Videoconferência. Pandemia de COVID-19.

Sumário – Introdução. 1. Da indispensabilidade da audiência de custódia mesmo em contextos excepcionais. 2. A audiência de custódia por videoconferência como caminho inadequado para a concretização dos direitos fundamentais do preso no cenário da pandemia de COVID-19. 3. O impacto da audiência de custódia virtual a longo prazo: as vantagens superam os prejuízos? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a efetividade da audiência de custódia por videoconferência, admitida durante a pandemia de COVID-19. Do ponto de vista jurídico e social, a modalidade remota pode ser um empecilho para sanar prisões irregulares, tendo em vista que os diplomas nacionais e estrangeiros possuem o consenso de que o procedimento somente cumpre as suas finalidades quando realizado presencialmente.

Considerando que muitas pessoas foram presas cautelarmente ou em definitivo no ano de 2020 sem serem ouvidas pelo juiz, e que o Conselho Nacional de Justiça chancelou as audiências de custódia por videoconferência a partir da edição da Resolução nº 357, de 26 de novembro de 2020, a controvérsia paira sobre a garantia dos direitos fundamentais da pessoa custodiada.

Nesse contexto, busca-se ponderar se é mais razoável manter a audiência de custódia presencial ou adotar o ambiente virtual. O objetivo é avaliar, em tese, os prejuízos suportados



pelos presos que não foram conduzidos fisicamente à presença do juiz e os eventuais impactos sobre a gestão do sistema prisional, oriundos dessa nova realidade.

Inicia-se o primeiro capítulo sustentando que a audiência de custódia é um instrumento revolucionário do Processo Penal, imprescindível de maneira absoluta. Por isso, deve ser consagrada, inclusive, em cenários excepcionais, como a pandemia do novo coronavírus.

Na sequência, o segundo capítulo reconhece que a videoconferência dificulta a percepção do magistrado acerca da prática de prisões arbitrárias, torturas e maus-tratos, capacidade que ele teria se estivesse visualizando os corpos custodiados em uma sala de audiência.

Por fim, o terceiro capítulo defende que a audiência de custódia *online* gera mais desvantagens do que vantagens às pessoas detidas e às demandas recorrentes de proteção social, representando um verdadeiro retrocesso aos direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, visto que a pesquisadora pretende chegar a uma conclusão sobre o tema em foco, de acordo com a construção teórica, jurisprudencial e legislativa desenvolvida ao longo da exposição, e a abordagem do objeto de estudo é necessariamente qualitativa, na medida em que as questões controversas são resolvidas com base na bibliografia pertinente.

1. DA INDISPENSABILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA MESMO EM CONTEXTOS EXCEPCIONAIS

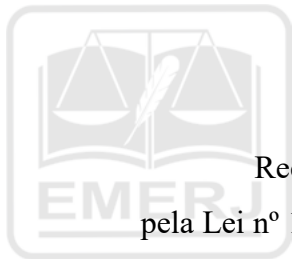
A audiência de custódia foi inicialmente regulada no ordenamento jurídico brasileiro por dois diplomas internacionais de Direitos Humanos, promulgados em 1992: a Convenção Americana de Direitos Humanos¹ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos². No entanto, a obrigatoriedade do instituto decorre da edição da Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³ e do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5240⁴ e na ADPF nº 347⁵.

¹BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

²BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5240*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563579&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



Recentemente, o art. 310 do Código de Processo Penal⁶, com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/19⁷, passou a prever que o juiz deverá promover a audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas após o recebimento do auto de prisão em flagrante. Nessa ocasião, serão ouvidos o preso, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o seu advogado constituído.

Caberá ao magistrado verificar a legalidade da prisão em flagrante, a necessidade de decretação de prisão preventiva e a possibilidade de substituição por medidas cautelares, bem como identificar e apurar abusos perpetrados pelos agentes públicos. Para tanto, deverá questionar ao preso sobre o comportamento dos policiais em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, e observará sinais físicos e psicológicos que indiquem quaisquer tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes⁸.

Desse modo, infere-se que a indispensabilidade do instituto resulta dos seus fins: ajustar o processo penal aos tratados de direitos humanos; prevenir a violência policial e coibir prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias. Por essa razão, é absolutamente necessário que essas audiências sejam efetivamente implementadas para reduzir o encarceramento em massa. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Caio Paiva⁹ lecionam:

são as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no art. 306, § 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado.

Não restam dúvidas de que a apresentação pessoal do custodiado é extremamente importante, na medida em que as manifestações orais e o contato “olho no olho” permitem ao magistrado conhecer de eventuais atos de maus-tratos e de tortura. Caso sejam constatados,

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁶BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁷BRASIL. *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>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁸CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Caderno de apoio: Identificação, Documentação e Prevenção de Tortura em Audiências de Custódia*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Caderno-de-apoio%3Dtortura_custodia.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

⁹LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/459/7394>>. Acesso em: 04 out. 2021.



ordenará as providências cabíveis para a investigação da denúncia e a segurança do preso, que será encaminhado para atendimento médico e psicológico especializado¹⁰.

A fim de demonstrar a relevância na prática, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro coletou as seguintes informações, entre setembro de 2017 e setembro de 2019: de um total de 22.052 casos, 6.432 custodiados obtiveram concessão de liberdade provisória, 203 tiveram relaxamento da prisão em flagrante, 15.368 tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva e 49 tiveram a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar¹¹.

Estima-se que cerca de 40% dos presos em flagrante relataram agressões por ocasião da prisão. A maioria, acusada por crime de tráfico de drogas, permaneceu presa provisoriamente, mesmo sendo custodiados primários¹². Endossando esses cálculos, um quarto dos presos contaram, em audiência de custódia, situações de maus-tratos praticados pela polícia, de acordo com uma pesquisa feita pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), que contemplou 13 cidades do Brasil no ano de 2019¹³.

Diante dos dados expostos e considerando que o instituto é admissível tanto na prisão em flagrante, quanto nas demais espécies de prisão – como a preventiva, a temporária e a definitiva –¹⁴, é urgente que qualquer cerceamento não convencional à prerrogativa prevista no art. 310 do CPP¹⁵ seja repreendido. Não se trata de números dotados de abstração, e sim de pessoas que merecem ter os seus direitos fundamentais respeitados, assim como qualquer cidadão.

Dando sequência ao estudo da imprescindibilidade da audiência de custódia, destaca-se que a jurisprudência enfrentou a seguinte questão: o que acontece se, injustificadamente, não for realizada a audiência de custódia? O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem julgados divergentes que respondem a essa pergunta.

¹⁰CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *(Não) é cabível a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/02/nao-e-cabivel-realizacao-de-audiencia.html>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

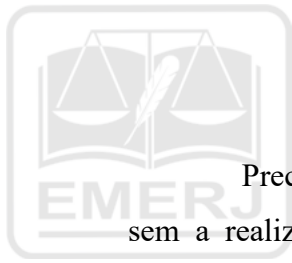
¹¹DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019*. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹²Ibid.

¹³INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia*. 2019. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Reclamação nº 29.303*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL29303agravo.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 6.



Precedentes do STJ sugerem que a posterior conversão do flagrante em preventiva, sem a realização da audiência de custódia, não implica em ilegalidade. Seria possível a imposição *ex officio* da cautelar em decorrência da previsão do art. 310, II, do CPP¹⁶, uma vez que o autuado já foi preso em flagrante delito e levado à presença da autoridade judiciária competente¹⁷.

Partindo do pressuposto de que a prisão é a exceção, o presente trabalho não se filia a essa posição, porque admitir a supressão da audiência de custódia significa reprimir eventual possibilidade de conceder ao custodiado o bem mais precioso que ele pode ter: a liberdade. Do mesmo modo, essa relativização permite que prisões arbitrárias sejam mantidas, pois sequer o magistrado terá conhecimento da ocorrência de casos de agressões físicas ou de outras violações a direitos humanos.

O entendimento em sintonia com a tese sustentada no decorrer dessa pesquisa pertence à Suprema Corte: a audiência de custódia constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental não suprimível, assegurada a qualquer pessoa. A sua ausência configura a ilegalidade da própria prisão, com o consequente relaxamento da privação cautelar¹⁸.

Com base na orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conclui-se que a audiência de custódia é indispensável, sem reservas. Por conseguinte, o instituto não poderia ter sido suspenso no contexto excepcional da pandemia de COVID-19, como ocorreu em março de 2020¹⁹, em que pese a premência de medidas de distanciamento social.

2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA COMO CAMINHO INADEQUADO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO NO CENÁRIO DA PANDEMIA DE COVID-19

A eclosão da pandemia do novo coronavírus surpreendeu a população mundial no ano de 2020. No Brasil, esse fenômeno gerou não apenas a maior crise sanitária da história do país, o forte impacto na economia e o fomento das desigualdades sociais, mas também a

¹⁶Ibid.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 598.525/BA*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995792&num_registro=202001781393&data=20201028&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 188.888/MG*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 62*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado164744202009165f6241b000b81.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

possibilidade de suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia, nos termos do art. 8º e 8-A da Recomendação 62/2020 do CNJ²⁰.

A título de exemplo, o Ato Normativo nº 06/2020²¹ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a partir do dia 19 de março de 2020, suspendeu a audiência prevista no art. 310 do CPP²², enquanto vigente o Ato Normativo Conjunto nº 05/2020²³. Outros Tribunais de Justiça, como o do Estado de São Paulo²⁴, adotaram a mesma postura.

Como a supressão do instituto não poderia perdurar por muito tempo, adaptá-lo às circunstâncias do momento parecia ser a solução mais pertinente. Em vista disso, o CNJ editou a Resolução nº 357²⁵, de novembro de 2020, que conferiu redação ao art. 19 da Resolução nº 329²⁶, de julho do mesmo ano, para permitir a realização das audiências de custódia por vídeo, quando não fosse possível fazê-la de forma presencial em 24 horas.

Desde então, o Supremo Tribunal Federal tem firmado que, para resguardar os direitos do preso, é melhor que se faça a audiência em ambiente virtual, do que simplesmente não realizá-la. Nos termos do voto vencedor do Min. Edson Fachin no *Habeas Corpus* nº 186.421/SC²⁷:

[...] em que pese a situação de pandemia vivenciada pelo País, não se pode, simplesmente, deixar de realizar as audiências de apresentação, dada a importância de o magistrado aferir não apenas a legalidade da prisão, como também a integridade física e psíquica do detido.

Assim, na linha proposta pelo ilustre Relator, entendo que a forma de melhor equacionar as medidas sanitárias de restrição decorrentes do novo coronavírus e o direito subjetivo do preso de participar de ato processual vocacionado a controlar a legalidade da prisão é o sistema de videoconferências. [...]

Nesse caminho, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs a ADI 6841²⁸, com o intuito de declarar a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º-B do CPP²⁹,

²⁰Ibid.

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato Normativo nº 06/2020*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/informes-presidencia/informe/-/visualizar-conteudo/10136/7102522>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

²²BRASIL, op. cit., nota 6.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato Normativo nº 05/2020*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/informes-presidencia/informe/-/visualizar-conteudo/10136/7118894>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

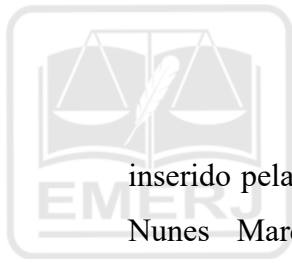
²⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *HC nº 2060234-79.2021.8.26.0000*. Relator: Paulo Rossi. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2021

²⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 357*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

²⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 329*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original133456202008265f4665002a5ee.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2021.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 186.421/SC*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344983224&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2021.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6841*. Relator: Min. Nunes Marques. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346868931&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2021.



inserido pela Lei nº 13.964/2019³⁰, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. O Min. Nunes Marques concedeu parcialmente liminar, referendada por maioria do STF, suspendendo a eficácia da expressão “vedado o emprego de videoconferência”, prevista no dispositivo em questão, com o seguinte fundamento:

[...] a realização da audiência presencial, nesse contexto, especialmente diante de surtos locais da doença, coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes e intervenientes do ato (inclusive do próprio preso), para assegurar tão só o direito do preso de ser ouvido — direito esse que pode ser assegurado de outra maneira, sem oferecer risco à saúde dos partícipes do ato. [...]

Dessa forma, a adesão ao procedimento virtual no cenário de pandemia deverá observar as regras estabelecidas pelo art. 19 da Resolução nº 329/2020 do CNJ³¹. Entre elas, o preso deverá permanecer sozinho durante a sua oitiva, ressalvada a possibilidade de estar acompanhado de seu advogado ou defensor público na sala em que se realizar a videoconferência.

Não obstante a tentativa de proporcionar privacidade, a verdade é que esse método se revelou inadequado para concretizar o direito subjetivo do preso de participar de ato processual destinado a afastar prisões ilegais. Dados do CNJ apontam que três meses após a pandemia ter sido declarada pela Organização Mundial da Saúde, as denúncias de tortura diminuíram 83%³². Como é possível explicar essa redução drástica?

Em primeiro lugar, destaca-se a falta de um ambiente propício e acolhedor, que inspire segurança para os custodiados relatarem os atos de violência sofridos. Muitas vezes, eles se encontram machucados, porém permanecem em silêncio, temendo uma possível reprimenda policial. Inevitavelmente, isso prejudica os depoimentos, e coloca em perigo a integridade física deles.

Para ilustrar essa situação, as audiências de custódia por videoconferência em Pernambuco começaram a ser realizadas no final de janeiro de 2021 e estão acontecendo em delegacias, local em que não há a presença física da Defensoria Pública, ou de advogado constituído pelo preso³³. Isso contribui para travar ainda mais o acesso aos direitos

²⁹BRASIL. op. cit., nota 6.

³⁰BRASIL. op. cit., nota 7.

³¹BRASIL. op. cit., nota 26.

³²INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Justiça por virtual cala denúncias de tortura, afirmam entidades à CIDH e ao STF*. Disponível em: <<https://iddd.org.br/justica-por-videoconferencia-cala-denuncias-de-tortura-afirmam-entidades-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-e-ao-supremo/>>.

Acesso em: 29 ago. 2021.

³³Ibid.



fundamentais, entre eles, o exercício da ampla defesa, além de ameaçar o preceito de que essas audiências devem ser feitas sem interferência externa.

Em segundo lugar, a ausência de contato visual da autoridade judiciária com o custodiado dificulta a análise da legalidade da prisão e a identificação de tratamentos degradantes. Um dos motivos é a impossibilidade de constatar tortura ou indícios de maus-tratos por vídeo, seja porque a comunicação por imagens pode ficar turva, devido à má qualidade da câmera ou da conexão de internet, ou porque o ângulo de filmagem pode modificar a percepção dos receptores das mensagens.

Do mesmo modo entendeu o presidente do CNJ ao deferir a medida liminar para suspender a Resolução nº 09/2019³⁴, que, à época, permitia a realização da audiência de custódia por videoconferência:

[...] o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) considerou que a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus-tratos, eis que a transmissão de som e imagem não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona.

Nesse diapasão, o controle da atividade policial restará prejudicado, visto que a pessoa detida pode se sentir constrangida a responder às perguntas, favorecendo a subnotificação dos casos de tortura ou maus-tratos³⁵. Conseqüentemente, compromete também a adoção de providências que melhor atendam às necessidades do indivíduo, como o encaminhamento para assistência social e rede de saúde.

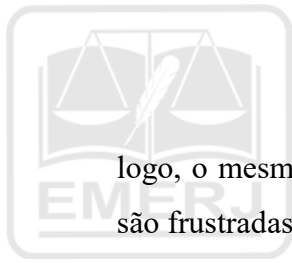
Ademais, essa nova modalidade perpetua e agrava os problemas de comunicação que já existiam nas sessões presenciais, levando em consideração que três em cada quatro custodiados saem da audiência sem compreender sobre o que se tratava, conforme pesquisa feita em 2019 pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), no estado de São Paulo³⁶.

Sendo assim, depreende-se que as audiências de custódia não poderiam ter sido realizadas de forma remota em hipótese alguma, mesmo em um contexto tão caótico como a pandemia de COVID-19. A possibilidade de desempenho do ofício em serviço de *home office* não foi oferecida a diversos trabalhadores executores de atividades consideradas essenciais,

³⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Reclamação nº 0008866-60.2019.2.00.0000*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/3A7614D7AA7515_0008866-60.2019.2.00.0000_3807.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

³⁵INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, op. cit., nota 13.

³⁶Ibid.



logo, o mesmo raciocínio deveria recair sobre o instituto em análise, pois se as suas funções são frustradas, ele perde a sua utilidade.

3. O IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA VIRTUAL A LONGO PRAZO: AS VANTAGENS SUPERAM OS PREJUÍZOS?

Tratando-se de um instituto que possui a finalidade precípua de combater a tortura e a violência policial, além de, por consequência, reduzir a taxa de presos provisórios, é compreensível optar pela realização da audiência de custódia por meios telemáticos ao invés de não realizá-la, uma vez que essa opção aparenta ser a que mais se aproxima dos preceitos constitucionais e convencionais atinentes à matéria³⁷.

Por outro lado, tão prejudicial quanto a supressão completa da audiência de custódia é o esvaziamento da sua *ratio essendi*. Aberto precedente que autoriza essa modalidade, com amparo na ausência de lei em sentido formal que proíba o uso dessa tecnologia e na emergência sanitária provocada pela pandemia de COVID-19, a sociedade caminha para o retrocesso. Para aprofundar essa tese, é necessário percorrer os argumentos que são utilizados a favor da audiência de custódia por videoconferência.

O art. 3º-B, §1º, do CPP³⁸ é alvo de muitas críticas, pois veda o emprego de videoconferência na audiência de custódia³⁹. Entre elas, destaca-se a posição do Palácio do Planalto⁴⁰:

o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados.

Tal premissa é refutável sob dois pontos de vista: primeiramente, o custo de transporte permanece similar, posto que as audiências de custódia, ainda que virtuais, devem ser feitas em locais livres da interferência externa ou da presença de autoridades policiais⁴¹. Em segundo lugar, o argumento de que fazer audiências de custódia por videoconferência

³⁷LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2021.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁹LIMA, op. cit., p. 885.

⁴⁰AGÊNCIA SENADO. *Congresso derruba vetos ao pacote anticrime*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/19/congresso-derruba-vetos-ao-pacote-anticrime>>. Acesso em: 02 out. 2021.

⁴¹INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, op. cit., nota 32.



economiza recursos públicos é falacioso, porque os tribunais não estão adequadamente equipados e não há estudo de impacto orçamentário para a aquisição dos equipamentos.

É provável, inclusive, que a estrutura necessária para realizar as audiências virtuais exija um dispêndio financeiro maior do que a execução de medidas que respeitem os protocolos sanitários nos fóruns, como fizeram o Distrito Federal e oito estados: Rio de Janeiro, Roraima, Amapá, Pará, Mato Grosso do Sul, Goiás, Sergipe e Espírito Santo⁴².

Nenhuma das unidades federativas citadas acima registrou problemas significativos após o retorno das audiências presenciais, o que permite afirmar ser viável realizá-las de forma segura, desde que as salas de audiência sejam arejadas, com a manutenção do distanciamento social, a distribuição de objetos de proteção individual e a higienização dos espaços⁴³.

Outras críticas apresentadas pelos defensores da virtualização da justiça dizem respeito à celeridade dos atos processuais⁴⁴ e à insegurança jurídica que a inviabilização da audiência de custódia por videoconferência acarreta, por ser incongruente com os artigos 185 e 222, ambos do CPP⁴⁵, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência no interrogatório do réu e na oitiva de testemunhas que morem fora da jurisdição do juiz, respectivamente.

De fato, o processo deve ser o mais célere possível e a garantia da sua razoável duração deve ser privilegiada, porém deve-se ter em mente que o interrogatório do réu realizado de forma remota e excepcional, nos moldes do art. 185, §2º, do CPP⁴⁶, cumpre as funções a que se destina. Tal ato ocorre durante a persecução penal e tem hipóteses bem delineadas em seus incisos, justamente para assegurar que o exercício do contraditório e da ampla defesa do réu não sejam violados ou mitigados de forma arbitrária.

Noutro giro, é improvável que o magistrado consiga vislumbrar sinais de maus-tratos quando a audiência de custódia é realizada à distância, já que não há contato próximo com o corpo do custodiado, dificultando uma observação minuciosa. Conclui-se, então, que as aparentes vantagens que a videoconferência agrega às audiências de custódia não se sobrepõem aos enormes prejuízos elencados abaixo.

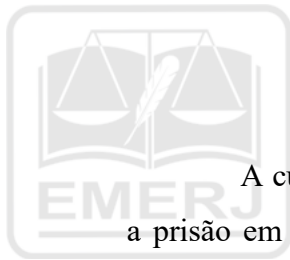
⁴²JUSTIÇA GLOBAL. *Organizações da sociedade civil e instituições repudiam a aprovação da videoconferência nas audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.global.org.br/blog/organizacoes-da-sociedade-civil-e-instituicoes-repudiam-aprovacao-da-videoconferencia-nas-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 02 out. 2021.

⁴³Ibid.

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 77.850/RN*. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca apud LIMA, op. cit., p. 885.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴⁶Ibid.



A curto prazo, a liberdade pode ser cerceada desnecessariamente, pois, muitas vezes, a prisão em flagrante não precisaria ser convertida em preventiva, cabendo a concessão de liberdade provisória, por exemplo. Já a longo prazo, o maior impacto é o enfraquecimento de um dos principais mecanismos de combate e prevenção à tortura, aos maus-tratos e às outras formas de tratamento degradante, em razão da redução das denúncias de violência e da dificuldade do magistrado em perceber indícios físicos de agressão, o que diminui os encaminhamentos das pessoas detidas para a rede de proteção social.

CONCLUSÃO

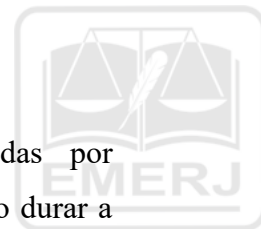
Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos negativos que a audiência de custódia por videoconferência pode gerar para os presos e para a Justiça. Buscou-se, a partir dos apontamentos doutrinários e jurisprudenciais, desenvolver o senso crítico acerca das reflexões que o tema provoca.

Em um primeiro momento, a compreensão sobre a indispensabilidade da audiência de custódia foi possível a partir dos dados coletados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que evidenciam a importância do instituto para impedir que a prisão preventiva seja utilizada como regra geral pela atividade jurisdicional, e também para diagnosticar as agressões sofridas pelo detido, o mais breve possível.

Já a análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal se mostrou oportuna para revelar que as Cortes Superiores discutem sobre a relativização das audiências de custódia, sem perder de vista que essa prerrogativa assegurada a qualquer pessoa pelo ordenamento jurídico brasileiro constitui direito público subjetivo de caráter fundamental.

Em seguida, verificou-se que antes do advento da pandemia de COVID-19, a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência carecia de previsão normativa e não era permitida, justamente por não se equiparar à efetividade da apresentação imediata do preso ao juiz. Todavia, essa orientação sofreu alterações, devido à situação atípica causada pela referida crise sanitária.

A relevância da pesquisa consiste em debater as circunstâncias que não foram intensamente ponderadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal quando permitiram a audiência de custódia por vídeo, tendo em vista a urgência em adotar medidas para minimizar os riscos de contaminação dos presos, membros do Ministério Público, magistrados, defensores e servidores.



Com efeito, as audiências de custódia presenciais foram substituídas por videoconferências na maioria dos estados, e esse modelo pode ser mantido enquanto durar a pandemia, consoante a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6841.

A despeito da Suprema Corte afirmar que a pandemia não afasta a imprescindibilidade da audiência de custódia, extrai-se das fontes de conhecimento utilizadas que a realização virtual não atende às suas finalidades precípuas, quais sejam: verificar a legalidade da prisão, avaliar a necessidade e adequação da aplicação de prisão preventiva e a possibilidade de substituição por medidas cautelares, identificar indícios de tortura, maus-tratos e outras violações aos direitos humanos na ocasião da prisão e, caso existentes, providenciar a apuração do ocorrido e a proteção da pessoa custodiada e testemunhas.

Como visto, são inúmeras as desvantagens relacionadas às audiências de custódia feitas por videoconferência. Isso implica dizer que as supostas vantagens são ínfimas, se comparadas ao retrocesso que representam ao direito de defesa. Portanto, a audiência deveria ter sido mantida de forma presencial, com observância aos protocolos de prevenção e controle do coronavírus, para não transformar a exceção dos direitos fundamentais em regra.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Congresso derruba vetos ao pacote anticrime*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/19/congresso-derruba-vetos-ao-pacote-anticrime>>. Acesso em: 02 out. 2021

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Reclamação nº 0008866-60.2019.2.00.0000*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/3A7614D7AA7515_0008866-60.2019.2.00.0000_3807.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 329*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original133456202008265f4665002a5ee.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2021.



_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 357*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n° 62*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado164744202009165f6241b000b81.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Decreto n° 592*, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Decreto n° 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06 abr. 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>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 598.525/BA*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995792&num_registro=202001781393&data=20201028&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 77.850/RN*. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5240*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563579&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6841*. Relator: Min. Nunes Marques. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346868931&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Reclamação n° 29.303*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL29303agravo.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 186.421/SC*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344983224&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 188.888/MG*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *HC n° 2060234-79.2021.8.26.0000*. Relator: Paulo Rossi. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato Normativo n° 05/2020*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/informes-presidencia/informe/-/visualizar-conteudo/10136/7118894>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ato Normativo n° 06/2020*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/informes-presidencia/informe/-/visualizar-conteudo/10136/7102522>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *(Não) é cabível a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/02/nao-e-cabivel-realizacao-de-audiencia.html>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

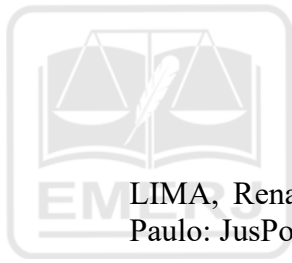
CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Caderno de apoio: Identificação, Documentação e Prevenção de Tortura em Audiências de Custódia*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Caderno-de-apoio%3Dtortura_custodia.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019*. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Justiça por virtual cala denúncias de tortura, afirmam entidades à CIDH e ao STF*. Disponível em: <<https://iddd.org.br/justica-por-videoconferencia-cala-denuncias-de-tortura-afirmam-entidades-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-e-ao-supremo/>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. *O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia*. 2019. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021.

JUSTIÇA GLOBAL. *Organizações da sociedade civil e instituições repudiam a aprovação da videoconferência nas audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.global.org.br/blog/organizacoes-da-sociedade-civil-e-instituicoes-repudiam-aprovacao-da-videoconferencia-nas-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 02 out. 2021.



LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/459/7394>>. Acesso em: 04 out. 2021.

A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS E O SEU NECESSÁRIO RECONHECIMENTO COMO SERES SENCIENTES

Luiza Quadros Câmara

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Advogada.

Resumo – O presente artigo visa, através de análise do direito comparado, da lei, da doutrina e, também, à luz da neurociência, demonstrar a necessidade e a possibilidade da alteração do status jurídico dos animais não humanos na legislação civil vigente. Defende-se o reconhecimento dos animais como seres sencientes e o conseqüente abandono da concepção de “coisa” móvel, como bem semovente, frente às constatações obtidas a partir da Declaração de Cambridge. Abordou-se tanto a norma constitucional quanto a norma infraconstitucional, de modo a demonstrar a insegurança jurídica e o conflito do texto legislativo pátrio quando comparado com a realidade fática.

Palavras-chave – Direito Civil. Senciência Animal. Bens Semoventes. Declaração de Cambridge.

Sumário – Introdução. 1. A natureza jurídica dos animais não humanos à luz do Código Civil em contraponto ao paradigma biocêntrico. 2. A constatação da senciência animal através da Declaração de Cambridge e as inovações no ramo da neurociência. 3. A necessária revisão do status jurídico dos animais não humanos com o seu reconhecimento como seres sencientes. Conclusão. Referências.

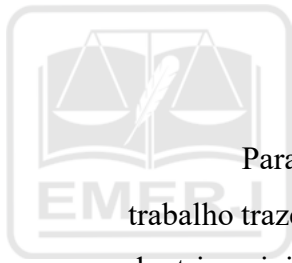
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar as mudanças de paradigmas e percepções sociais que resultaram no amadurecimento do pensamento jurídico, no tocante aos animais não humanos.

Para tanto, é necessário realizar uma desconstrução da ótica antropocêntrica, com base nas ciências ambientais, dando espaço ao biocentrismo, que coloca a vida como protagonista da tutela ambiental.

Outrossim, o artigo tem como escopo discutir a necessidade e a viabilidade da alteração do status dos animais na categoria de “coisa”, para ingressar na de seres sensíveis, diante da constatação científica da senciência animal, para uma justa adequação à realidade fática.

O tema abordado, ainda controvertido, vem recebendo destaque, pouco a pouco, na pauta de proteção aos animais. Isto porque o atributo da dignidade, que antes era conferido tão somente ao ser humano, devidamente legitimado pela sua natureza de ser pensante, alcança o animal não humano, em razão da sua existência como ser vivo.



Para uma melhor compreensão do assunto, inicia-se o primeiro capítulo do presente trabalho trazendo à baila uma sucinta análise acerca da natureza jurídica dos animais perante a doutrina civilista clássica em contraponto ao paradigma biocêntrico, que os reconhece como sujeitos de direitos.

Em seguida, no segundo capítulo são tratadas as inovações científicas obtidas no ramo da neurociência, numa perspectiva global, a partir da Declaração de Cambridge, onde se constatou a existência da senciência animal.

Já o terceiro e último capítulo propõe uma exposição das implicações negativas concernentes à permanência do status jurídico atribuído ao animal não humano como bem semovente, na legislação brasileira, indo de encontro aos preceitos constitucionais e à doutrina alienígena.

Quanto à metodologia, a pesquisa abarca diversos campos do conhecimento, que transcendem o próprio direito, utilizando como metodologia a pesquisa teórica, doutrinária e jurisprudencial, contextualizada sob uma ótica ética e sociológica, com abordagens da neurociência.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL EM CONTRAPONTO AO PARADIGMA BIOCÊNTRICO

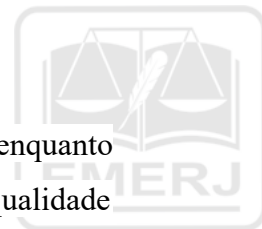
O direito civil clássico, marcado por um processo histórico de formação do antropocentrismo jurídico, a partir da pós-revolução francesa, submeteu os animais não humanos ao regime de propriedade, uma vez que os insere na categoria de mera “coisa” e os rege, no âmbito do direito privado, pelos direitos reais – também conhecidos como direito das coisas.

Vale destacar que o antropocentrismo posiciona o ser humano como medida de todas as coisas e, segundo Comparato¹, é a ideia de que “todos os demais seres valem como meios para plena realização humana”. Sob esta perspectiva, o homem se coloca acima do próprio meio em que faz parte e de todo o entorno, até mesmo do Direito Ambiental, que, segundo tal concepção, existiria tão somente para satisfazer as necessidades humanas.

Inclusive, Fiorillo² reforça essa ideia ao dispor que “o direito ambiental possui uma visão antropocêntrica já que o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria”. Logo, para a abordagem antropocêntrica, as regras de

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 73.

² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 110.



conduta do direito ambiental orientam a relação entre indivíduo e natureza apenas enquanto necessária à racional utilização de bens e recursos essenciais para assegurar a sadia qualidade da vida humana.

Nesse diapasão, não à toa que, quanto ao Direito Civil pátrio, os animais são havidos como semoventes. Significa dizer que animais não humanos correspondem a bens móveis e, portanto, objetos que possuem movimento próprio, conforme redação dada pelo próprio diploma civil, em seu artigo 82³, desconsiderando o fato de se tratar de seres passíveis de dores e sofrimento emocional.

Importante mencionar que, no que tange à visão animal, já é perceptível uma evolução de mera propriedade do Código Civil de 1916 para uma real importância na atual Carta Magna quanto à manutenção do equilíbrio ecológico, através da edição da Lei nº 9605, em 1998, Lei de Crimes Ambientais⁴.

A mentalidade do especismo e do antropocentrismo, contudo, ainda demonstram muita força no âmbito da legislação infraconstitucional, por mais que a Constituição Federal vede a prática de crueldade aos animais, proteção esta que ainda se revela insuficiente, uma vez que não basta a garantia de direito à vida sem que haja a criação de ações e medidas que proporcionem um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Percebe-se, todavia, uma união de esforços da Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 225, §1º, VII⁵, ao vedar a prática de atos cruéis a qualquer animal, posto que, como seres sencientes, merecem ter sua integridade física protegida, indo ao encontro do modelo biocêntrico. Sobre o tema, menciona Maria Izabel Toledo⁶ que:

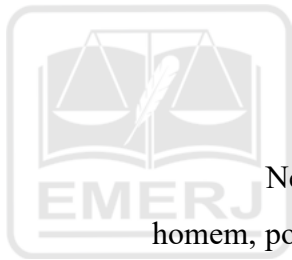
[...] a Constituição Federal brasileira, ao vedar a prática de atos cruéis a qualquer animal (artigo 225, §1º, VII, CF), inegavelmente buscou proteger a “integridade física” do animal, afastando-se da visão antropocêntrica, buscando uma maior proteção aos animais não humanos como seres sencientes, que possuem direito ao não sofrimento. “A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade de equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que são dotados de estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor” (STJ, Resp. 1.115.916, Rel. Ministro Humberto Martins). “Ao que parece, a ordem constitucional está a reconhecer a vida do animal não humano e a Natureza em geral como um fim em si mesmo, de modo a superar ou ao menos relativizar o antropocentrismo kantiano”.

³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁴ BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁵ BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 ago. 2021.

⁶ TOLEDO, Maria Izabel Vasco. *A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado*. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, n. 7, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8426/6187>>. Acesso em: 01 abr. 2021.



Nesta esteira, depreende-se que a natureza possui um valor intrínseco, não atrelado ao homem, possuindo autonomia, impondo-se contra qualquer utilidade ou implicação para o ser humano e, assim, rompendo com o antropocentrismo e substituindo-o pelo parâmetro biocêntrico.

Outrossim, observa-se uma iminente necessidade de rompimento de paradigmas antropocêntricos do diploma civil vigente em direção ao parâmetro biocêntrico, já adotado por ditames constitucionais, tendo em vista que o biocentrismo privilegia a vida em todas as suas formas, retirando o foco, exclusivamente, dos interesses do ser humano.

Isto porque, de acordo com o Direito Civil, os animais possuem natureza jurídica de bens móveis, inserindo-os na categoria de coisas, estando suscetíveis, dessa forma, à livre disposição, utilização e gozo, de acordo com a finalidade social que lhe destine. Desconsideram-se por completo as inovações promovidas no campo da neurociência que constata a senciência animal.

Cumprе salientar que a palavra “senciência” não guarda relação etimológica com a palavra “sapiência”. Ainda que ambas carreguem raízes provenientes do latim, enquanto a primeira (*sapere*) tem o significado de inteligência, saber, conhecimento, a segunda (*sentire*) remete à ideia de sentir, ou, minimamente, a capacidade de sentir.

Partindo deste princípio, pode-se definir a senciência como um estado da mente que acompanha as sensações físicas, tais como dor, frio e fome, entre outras. Destarte, a senciência corresponde à sensibilidade, sendo algo que será encontrado unicamente em animais não humanos.

Ocorre que, para que os animais possam ser equiparados, no tocante à sensibilidade, ao homem, torna-se necessária a alteração do seu status jurídico de bens semoventes, seguido do seu reconhecimento como seres sencientes, o que implicaria no rompimento definitivo da ótica civilista antropocêntrica. Afinal, não será possível garantir a segurança e bem-estar do animal se este não deixar a categoria de coisa para ingressar na de seres sensíveis.

Nota-se que a adoção do paradigma biocêntrico pela legislação infraconstitucional revela o início de uma consciência ambiental que repensa a relação do ser humano com o meio e como as atividades antrópicas afetam a natureza e todos os seres nela inseridos. Para Milaré⁷, esta relevância dada a todos os seres representa o biocentrismo, ao colocar a vida como

⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



protagonista da tutela ambiental. Em suas palavras, “o valor vida passou a ser um referencial inovador para as intervenções do homem no mundo natural”.

No entanto, inevitavelmente, o modelo antropocêntrico permanece enraizado na cultura brasileira, ainda que esse método se demonstre ineficaz para a garantia de uma proteção ambiental adequada. Basta ver que não se demonstra plausível a compreensão que coloca tanto os animais quanto o ecossistema como instrumentos de propriedade para a satisfação do ser humano, sem lhes atribuir um valor intrínseco.

Insta salientar que em outros ramos do conhecimento, tal como na Biologia, o antropocentrismo teve sua desconstrução firmada, passando, a partir deste marco, a alterar a percepção ambiental nas relações jurídicas. Significa dizer que a evolução do esclarecimento quanto à natureza biológica reflete gradativamente na visão social, que, por sua vez, alcança o direito.

Nessa esteira, enfatiza Éder Marques de Azevedo⁸ que:

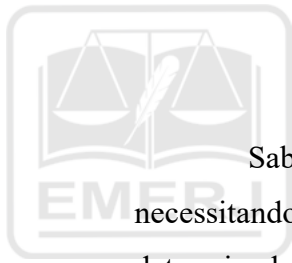
[...] as normas jurídicas de tutela dos animais e da biodiversidade revelam que o homem está se afastando da posição central das preocupações ambientais, deixando a condição de único protagonista de sujeito jurídico (perspectiva antropocêntrica), para que todas as manifestações de vida coexistam de forma igualmente importante, o que abrange a proteção da fauna, da flora, de micro-organismos, de ecossistemas, do patrimônio genético, enfim, da vida humana e não humana em um mesmo patamar (perspectiva biocêntrica).

Assim, vislumbra-se que tão somente através do rompimento da lógica antropocêntrica pela legislação pátria, sobretudo no âmbito civil, afastar-se-á a ideia de que os animais consistem em coisas apropriáveis do alcance humano, para, ao revés, atingir a dignidade da vida animal em sua plenitude, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, medida esta que se revela uma adequação à realidade fática.

2. A CONSTATAÇÃO DA SENCIÊNCIA ANIMAL ATRAVÉS DA DECLARAÇÃO DE CAMBRIDGE E AS INOVAÇÕES NO RAMO DA NEUROCIÊNCIA

Para um melhor desdobramento deste capítulo, deve-se destacar a existência de um evidente progresso e estudo acerca do tratamento dado aos animais ao longo da história, no que diz respeito, exclusivamente, a um panorama internacional.

⁸ AZEVEDO, Eder Marques. *Da Desconstrução do Homo Sapiens à Consolidação dos Animais Não Humanos como sujeitos de direito: Uma questão de personalidade?* Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 14, n. 1., p. 211-239, jan./jun. 2014.



Sabe-se que, em regra, o direito se apresenta posteriormente ao surgimento dos fatos, necessitando, primeiro, de que estes existam ou sejam comprovados para que lhes seja atribuído determinado valor e, assim, reflitam na norma jurídica.

Sobre o tema, Pinho e Nascimento⁹ mencionam que:

[...] O direito é um fenômeno sempre inconcluso. A elaboração da regra jurídica depende sempre do desenvolvimento das necessidades sociais. Como estas sempre se alteram, muito embora algumas basicamente pertençam a todos os tempos, as regras de direito também se modificam, modeladas à luz das influências ou das tendências de cada época.

Inclusive, é possível citar, a título de exemplo, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais¹⁰, na década de 70, a partir de uma incessante luta de ativistas pela defesa dos direitos dos animais, que levaram à UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) uma proposta de documento legal e de caráter global que visava definir conduta acerca da defesa dos animais não humanos.

Sob esta perspectiva, compreender os animais pela literalidade do artigo 82 do Código Civil brasileiro¹¹, tratando-os como bens semoventes, apenas corrobora a defasagem da legislação pátria, que, visivelmente, não acompanha as evoluções sociais – no âmbito da matéria – em comparação ao cenário internacional.

A propósito, não são poucas as normas protetivas destinadas aos animais no direito alienígena. Convém destacar o Tratado de Amsterdã, que entrou em vigor em 1999, dotado de inovação, estabelecendo novas disposições para o Tratado da União Europeia e reconhecendo, pela primeira vez, os animais não humanos como seres sencientes¹², ao dispor a necessidade de “garantir uma proteção reforçada e um maior respeito pelo bem-estar dos animais, enquanto seres dotados de sensibilidade”¹³.

Trata-se de um rompimento definitivo com a corrente do antropocentrismo, a partir do reconhecimento de que os animais se assemelham aos homens por serem dotados de sensibilidade, podendo, naturalmente, despertar relações de afeto.

Para Francione¹⁴:

⁹ PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Instituições de Direito Público e privado: Introdução ao estudo do Direito e noções de Ética profissional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 31.

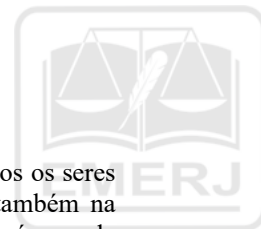
¹⁰ UNESCO, *Declaração universal dos direitos dos animais*. Disponível em: <<https://www.mamiraua.org.br/pdf/e9b4b78d53d8ade06367be893d9bd826.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406/compilada.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

¹² PHILIPPI JR, Arlindo; et. al. *Gestão de Natureza Pública e Sustentabilidade*. Manole: São Paulo. 2012, p. 39.

¹³ EUROPA. *Tratado de Amsterdão*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>>. Acesso em 28 ago. 2021.

¹⁴ FRANCIONE, G.L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Unicamp. 2013. p. 36.



Ser senciente significa ter um bem-estar experimental. Nesse sentido, todos os seres sencientes têm um interesse não somente na qualidade de vidas, mas também na qualidade delas. Animais podem não possuir pensamentos abstratos sobre número de anos que irão viver, mas como o judaísmo prega de possuírem um interesse de não sofrer e de experimentar prazer, tem um interesse em permanecer vivos. Eles preferem ou desejam permanecer vivos. A senciência não é um fim em si mesma. Seres sencientes utilizam sensações de dor e sofrimentos para escapar de situações que ameaçam suas vidas, bem como sensações que ameaçam suas vidas [...] Negar que um ser que desenvolveu uma consciência sobre a dor e o prazer não tem interesse em permanecer vivo é dizer que seres conscientes não têm interesse em permanecer conscientes, uma posição bastante peculiar a ser defendida.

Em que pese seja possível observar uma primeira – e considerável – conquista em favor dos animais, a contar da entrada em vigor do tratado supramencionado, ao final dos anos 90, há de se conferir o protagonismo da Declaração de Cambridge na constatação da senciência animal, no âmbito na neurociência.

A aludida declaração foi escrita por Philip Low, do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), e editada por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen e Christof Koch, sendo publicada em Cambridge, Reino Unido, em 7 de julho de 2012, no ‘Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals’ (Francis Crick Conferência Memorial sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos), no Churchill College, Universidade de Cambridge, por Low, Edelman e Koch¹⁵.

A Declaração de Cambridge consiste em um documento científico em que se constata que os humanos não são os únicos animais com estruturas neurológicas que geram a consciência. Cuida-se do resultado de uma compilação de pesquisas na área neurocientífica que culminou no posicionamento oficial inédito sobre a capacidade de outros seres perceberem sua própria existência e o mundo ao seu redor.

Nesse sentido, uma vez que os animais não humanos apresentam consciência e sensibilidade, torna-se necessária uma reflexão acerca do tratamento conferido a estes pela legislação civil pátria. Afinal, reconhecer a senciência e o direito a uma vida digna aos animais não significa dizer que eles têm o mesmo pensar e a mesma capacidade lógico-racional dos seres humanos. No entanto, a ausência de racionalidade não deve ser suficiente para manter o status jurídico de bem móvel.

¹⁵ LOW, Philip; et al. *The Cambridge Declaration on Consciousness*. Disponível em: <<https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2021.



Vale destacar trecho final da referida declaração, onde concluiu-se que¹⁶:

Nós declaramos o seguinte: “A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos”.

Diante das constatações colacionadas em epígrafe, percebe-se uma ausência de adequação da legislação pátria à realidade científica, permanecendo até a presente data a tratar os animais não humanos como coisas pelo Direito Civil ou, na esfera ambiental, como objeto material de delitos contra a fauna sem, entretanto, figurar no polo passivo de direitos, o que revela uma lacuna protetiva do ordenamento jurídico.

Outrossim, além do reconhecimento dos animais não humanos como seres sensíveis, torna-se imprescindível compreendê-los como membros da sociedade, na qual estamos inseridos, atribuindo-lhes sua devida importância no que diz respeito ao seu valor, bem como carências e necessidades.

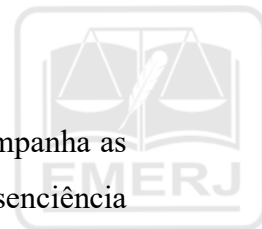
Logo, evidencia-se que animais dotados de sentiência carecem de uma proteção de seus direitos, levando em consideração eles mesmos, além da sensibilidade intrínseca à sua existência, e não uma proteção que vislumbra benefícios humanos, como sustentado até então.

3. A NECESSÁRIA REVISÃO DO STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS COM O SEU RECONHECIMENTO COMO SERES SENCIENTES

No presente capítulo, passa-se a analisar a necessidade de adequação do status jurídico dos animais não humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no Direito Civil, frente às constatações no ramo da neurociência advindas da Declaração de Cambridge.

Como já mencionado, o diploma civil pátrio trata os animais como bens móveis, na categoria de semoventes, posto que possuem movimento próprio. Ocorre que, tidos como coisa, seus interesses como seres vivos, tais como sentimentos e bem-estar, por vezes se esbarram na posse alheia.

¹⁶ NOTÍCIAS, Instituto Humanitas Unisinos. Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos. Disponível em: <ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-decambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>. Acesso em: 28 ago. 2021.



Vale lembrar que a *senciência* consiste em um estado da mente que acompanha as sensações físicas como dor, fome, frio, entre infinitas outras. Significa dizer que a *senciência* corresponde à sensibilidade e consciência, sendo uma característica específica dos seres do reino animal.

Outrossim, de acordo com Gary L. Francione¹⁷, primeiro docente a lecionar sobre o direito dos animais em uma universidade americana, a garantia dos direitos dos animais tem como critério fundamental e suficiente a *senciência*, expondo ainda que “não há qualquer característica que sirva para distinguir os humanos dos outros animais. Qualquer atributo que possamos pensar que torna os humanos ‘especiais’, e assim diferentes dos outros animais, é compartilhado por algum animal não humano.”

Há de se reconhecer uma preocupação da Constituição da República Federativa, em seu art. 225, §1º, VII¹⁸, destinada diretamente ao Estado e à sociedade, com o intuito de garantir a vida, liberdade e integridade física dos animais não humanos.

Inclusive, para Levai¹⁹, o dispositivo supramencionado não apenas se limitou a garantir a função ecológica da fauna, como também ingressou no campo da moral, por impor expressa vedação à crueldade, o que permite considerar os animais como sujeitos de direito. Em suas palavras:

Com o advento da Carta Magna de 1988 e, posteriormente, com a consolidação do Direito Ambiental, a concepção do animal como “coisa” mudou. O artigo 225, § 1º, VII ao vedar práticas contra os animais, dispôs o mesmo como único tutelado pela norma jurídica, conflitando, por exemplo, com o direito de propriedade instituído pelo Código Civil. Para Seguin [2006] o referido artigo garante direitos aos animais não humanos e não sobre eles, pois a proibição de crueldades contra os animais, garantindo sua integridade física, pressupõe que esta é condição do equilíbrio ambiental e um valor em si.

Na mesma linha de raciocínio, Vicente de Paula Ataíde Junior²⁰ sustenta que a parte final do inciso VII entende-se como a proteção constitucional da existência digna dos animais, estando assegurado, na visão do autor, *status de direito fundamental*. Acrescentem-se suas considerações:

A parte final do inciso VII do §1º do art. 225 da Constituição seria mais adequadamente disposta em artigo separado. Isso porque a regra da proibição da crueldade se fundamenta na dignidade animal, de índole individual, decorrente da

¹⁷ FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Editora Unicamp, 2013, p. 32.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

¹⁹ SEGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 480.

²⁰ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal*. Revista Brasileira de Direito Animal. V.13, p. 52, nº 03, Set-Dez 2018.



capacidade de sentir dor e experimentar sofrimento, ínsita aos seres vivos que compõem o reino animal.

Sucedese que, muito embora a Carta de 1988 vede expressamente a crueldade com os animais e ainda que a Lei nº 14.064/20²¹ tenha aumentado a pena para quem cometer praticar abuso ou maus-tratos, é possível perceber a legislação civil indo na contramão da ciência e da própria norma constitucional.

Nota-se uma espécie de “herança” do Código Civil de 1916, que tratava os animais não humanos como parte do patrimônio do seu titular, na noção clássica de Pontes de Miranda, que, numa visão fria e longe da concretude, fora mantida pelo Código Civil de 2002.

Contudo, em uma discussão de tamanha sensibilidade, não se pode ignorar os aspectos não patrimoniais intrínsecos ao tema, tal como o afeto, presente quase que na totalidade das relações entre animais, mormente os considerados domésticos, e seres humanos²².

Ademais, reconhecer que os animais não são coisas significaria criar barreiras nas condições a que seu dono possa pretender submetê-los, em antítese à visão patrimonialista do Estado Liberal que conferia o *jus utendi* (direito de uso) decorrente da propriedade dos demais bens inanimados, tratando-se de um poder absoluto.

À vista disso, o Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP) propôs o Projeto de Lei nº 27/18, que estabelece uma alteração na natureza jurídica dos animais para *sui generis*, como sujeitos de direitos despersonalizados. Implica no seu reconhecimento como seres sencientes, dotados de natureza biológica e emocional, passíveis de sofrimento²³.

Frise-se que o referido Projeto de Lei também prevê a inclusão de artigos na Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9605/98²⁴, rompendo definitivamente a concepção de animais como bens móveis no âmbito da legislação civil. No entanto, não foi levado à sanção até o presente momento.

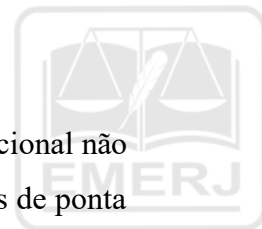
Insta salientar que os animais vêm ganhando cada vez mais espaço nos lares e nas famílias em um cenário global. Não à toa, os animais não humanos passaram a ser fruto de disputas judiciais com grande frequência.

²¹ BRASIL. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm>. Acesso em: ago. 2021.

²² SILVA, Júlio César Ballerini. *Novas questões jurídicas a respeito de animais de estimação*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/252345/novas-questoes-juridicas-a-respeito-de-animais-de-estimacao>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

²³ MIGALHAS. *Animal não é "coisa", estabelece PL aprovado pelo Senado*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/308293/animal-nao-e-coisa-estabelece-pl-aprovado-pelo-senado>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

²⁴ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.



No entanto, mantê-los com o tratamento de coisa na legislação infraconstitucional não se demonstra razoável diante da constatação de senciência animal a partir de estudos de ponta no ramo da neurociência, que propiciaram a Declaração de Cambridge. Afinal, somente com o reconhecimento da senciência será possível garantir uma vida digna e devidamente tutelada em sua plenitude.

A propósito, Peter Singer²⁵ traz uma análise, em “Animal Liberation”, acerca da necessidade de criação de um novo conceito para o animal na sociedade. Por sua vez, na concepção do autor, no que concerne à existência de senciência animal, “a capacidade de sentir dor, medo e ansiedade, frustração, prazer, compreensão de pertencer a grupos sociais, capacidade de interagir natural e socialmente, possuir sentimentos de laços familiares, algum tipo de comunicação e preferências”.

Entretanto, verifica-se uma notória incongruência no ordenamento jurídico quanto ao tratamento destinado aos animais não humanos. Isto porque, ainda que a Constituição de 1988 tutele o animal contra práticas humanas que venham a submetê-los à crueldade, o diploma civil vigente ainda os concebe como coisa móvel.

Observa-se, portanto, que não há mais espaço para entendimentos engessados e defasados de que os animais não possuem capacidade de sentir, ter consciência de sua própria existência. Além dos mais, espera-se do direito uma constante evolução, em harmonia com os preceitos sociais e constatações científicas.

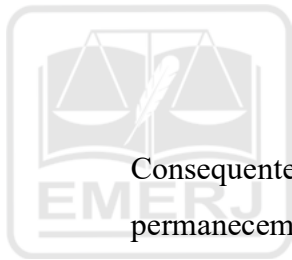
CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar, através do presente artigo científico, a necessidade e viabilidade de alteração do status jurídico dos animais não humanos diante do reconhecimento da sua condição de seres sencientes.

A senciência consiste na capacidade do animal em possuir sentimentos que a espécie humana goza, como dor, medo, felicidade, tristeza, entre outros. Igualmente, a senciência também se traduz na capacidade de percepção dos animais do ambiente que os cerca, de modo a permitir a adequação de seu comportamento de acordo com a situação fática em que estão inseridos.

Percebe-se que a legislação infraconstitucional caminha a passos lentos, uma vez que o diploma civil vigente mantém o patrimonialismo característico do Código Civil de 1916.

²⁵ SINGER, Peter. *Liberção Animal*. Lugano. 2004. p.17.



Consequentemente, ainda é conferido o tratamento de “coisa” aos animais não humanos, que permanecem sendo classificados como bens semoventes e, por isso, são considerados tão somente patrimônio do seu titular.

Contudo, ainda que a norma deva acompanhar a realidade social e os anseios populares, nota-se que ela não o faz. Isto porque a vida de animais não humanos apenas será salvaguardada com a positivação da senciência animal. Desta forma, é possível verificar que o ordenamento jurídico brasileiro demonstra-se muito aquém em comparação à legislação alienígena no que diz respeito ao tratamento da temática.

Noutro giro, cumpre ressaltar a relevância da Declaração de Cambridge, que, após intenso estudo no ramo da neurociência, pôde constatar que os humanos não são os únicos animais com estruturas neurológicas que geram a consciência. Logo, a partir do referido marco, restou evidente que legislação pátria ainda não se adequou à realidade científica, uma vez que, até os dias atuais, confere tratamento aos animais não humanos como coisas, no âmbito do Direito Civil, e na esfera ambiental como objeto material de delitos contra a fauna sem, entretanto, figurar no polo passivo de direitos.

Por todo o exposto, defende-se uma alteração na redação do diploma civil vigente, posto que, por possuírem sensibilidade, os animais não podem ser equiparados às coisas inanimadas. Para tanto, o abandono da concepção de “coisa” móvel e a adoção do conceito de seres sencientes revela-se como a medida mais adequada, frente aos avanços científicos obtidos.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal*. Revista Brasileira de Direito Animal. V.13, p. 52, nº 03, Set-Dez 2018.

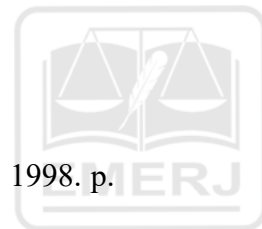
AZEVEDO, Eder Marques. *Da Desconstrução do Homo Sapiens à Consolidação dos Animais Não Humanos como sujeitos de direito: Uma questão de personalidade?* Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 14, n. 1., p. 211-239, jan./jun. 2014.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Constituição Federal do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Lei nº 14.064*, de 29 de setembro de 2020. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.



COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 73.

EUROPA. *Tratado de Amsterdão*. p. 110. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCIONE, Gary L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Unicamp, 2013.

LOW, Philip; et al. *The Cambridge Declaration on Consciousness*. Disponível em: <<https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

MIGALHAS. *Animal não é "coisa", estabelece PL aprovado pelo Senado*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/308293/animal-nao-e-coisa-estabelece-pl-aprovado-pelo-senado>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOTÍCIAS, Instituto Humanitas Unisinos. *Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos*. Disponível em: <ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-decambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>. Acesso em: 28 ago. 2021.

PHILIPPI JR, Arlindo; et. al. *Gestão de Natureza Pública e Sustentabilidade*. Manole: São Paulo, 2012.

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Instituições de Direito Público e privado: Introdução ao estudo do Direito e noções de Ética profissional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 31.

SEGUIN, Elida. *Direito ambiental: nossa casa planetária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 480.

SILVA, Júlio César Ballerini. *Novas questões jurídicas a respeito de animais de estimação*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/252345/novas-questoes-juridicas-a-respeito-de-animais-de-estimacao>>. Acesso em: ago. 2021.

SINGER, Peter. *Liberação Animal*. Lugano, 2004. p.17.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco. *A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado*. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 11, n. 7, jul./dez. 2012, p. 210. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8426/6187>>. Acesso em: 01 abr. 2021.



O CENÁRIO DA PANDEMIA E O ISOLAMENTO SOCIAL CAUSADO PELO CORONAVÍRUS COMO CONSEQUÊNCIAS DO AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL.

Luiza Vivório da Rocha Pinheiro

Graduada pelo Instituto de Mercado de Capitais
– IBMEC Advogada.

Resumo – o presente artigo pretende abordar o isolamento social como causa de aumento da violência doméstica e familiar contra a mulher durante a pandemia. Este é um tema que merece destaque não apenas durante este período, devendo ser observado a todo momento, em razão de sua complexidade. A violência doméstica tem como características incluir-se na relação estrutural de gênero. Diante desse quadro, previu a Lei Maria da Penha diversos instrumentos voltados à busca de solução efetiva para o conflito violento, dentre os quais se destaca a equipe de atendimento multidisciplinar. Com a atuação interdisciplinar, a equipe apresenta potencial para responder adequadamente às complexas demandas trazidas ao Poder Judiciário. Assim, devem ser repensados os institutos do Direito Penal e do Direito Processual Penal aplicáveis aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher para que levem em consideração a existência dessa equipe e os pressupostos de sua previsão na Lei nº 11.340/2006. Por fim, abordar-se-á as medidas preventivas e legais cabíveis a proteção das vítimas de violência doméstica.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha. Grupos de atendimento. Complexidade.

Sumário – Introdução. 1. O isolamento social em tempos de pandemia como causa de aumento da violência doméstica. 2. A atuação do Poder Público na fiscalização dos agressores quanto ao comparecimento destes nos grupos reflexivos. 3. Da divulgação sobre as medidas preventivas e legais cabíveis a proteção das vítimas de violência doméstica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende versar sobre a violência doméstica como um assunto de extrema relevância e terá como objetivo investigar as causas de aumento desta violência no período da pandemia e, ainda, expor a importância da aplicação de medidas multidisciplinares aos agressores como forma de coibir a prática de violência física, moral, sexual, psicológica e patrimonial à mulher.

A violência doméstica é um problema estrutural que não faz distinção entre classe social, religião, orientação sexual, idade e grau de escolaridade. Normalmente, este tipo de violência está mais relacionado às mulheres.

O período de confinamento decorrente da pandemia mostrou que as mulheres são as que mais estão sofrendo com os efeitos do isolamento social. Existem alguns fatores que acabam gerando tensões no convívio familiar os quais, conseqüentemente, promovem um aumento no número de agressões. Algumas possíveis causas relacionadas a esta questão podem



ser a perda ou diminuição da renda familiar, a realização de dupla jornada somada a preocupação com os cuidados dos filhos, o aumento do consumo de bebidas alcóolicas e o distanciamento dos amigos e familiares.

Atualmente, com a grande visibilidade que ganhou a questão da violência doméstica e familiar, não há como negar a importância da intervenção do Estado, por meio de políticas públicas, bem como da elaboração de mecanismos capazes de enfrentá-la.

Nesse contexto, é de suma importância a adoção de medidas que visem garantir, minimamente, a qualidade de vida, de forma a proporcionar que todo indivíduo esteja livre de qualquer forma de agressão.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando, por meio de dados, até que ponto a diminuição da renda familiar, a sobrecarga de trabalho aliada as tarefas domésticas, os cuidados com os filhos e o distanciamento dos amigos e familiares aliados ao isolamento social decorrente da pandemia corroboram para o aumento da violência doméstica contra as mulheres.

Segue-se, analisando, no segundo capítulo, a necessidade de atuação do Poder Público na fiscalização dos agressores quanto ao comparecimento nos grupos reflexivos, com o objetivo de avaliar de que maneira, este, deve ocorrer.

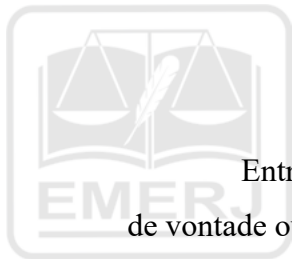
O terceiro capítulo pesquisa as ações que devem ser adotadas como forma de conscientização dos agressores no combate à violência doméstica, bem como defende a implementação da ampla divulgação das medidas preventivas e legais cabíveis a proteção das vítimas.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de pesquisas bibliográficas, leituras e análises críticas de doutrinas, artigos, legislação e jurisprudências para sustentar a sua tese.

1. O ISOLAMENTO SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA COMO CAUSA DE AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência, em sentido amplo “consiste em ações de indivíduos, grupos, classes, nações que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que afetam sua integridade física, moral, mental ou espiritual”.¹ De acordo com a Organização Mundial de Saúde, é classificada em violência interpessoal (entre indivíduos), violência contra si mesmo (suicídios e autoflagelação, por exemplo) e violência coletiva (entre nações ou grupos).

¹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica: análise artigo por artigo da lei “Maria da Penha”*, nº 11.340/06. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2008, p. 25-26



Entre indivíduos, pode ser utilizada como forma de defesa, autoafirmação, imposição de vontade ou para desmoralizar o outro. Para Stela Valéria Soares de Farias²

é um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror.

Entre os fundamentos aptos a justificar a ocorrência da violência intersubjetiva na sociedade atual, apontam-se a falta de habilidade dos sujeitos envolvidos para resolver seus conflitos por meio do diálogo ou de outras formas de mediação; a ausência de resposta estatal adequada, seja pela falta de tratamento e reeducação dos agressores ou, ainda, pela falta de condenação penal condizente com o ato violento praticado; a reprodução da violência pelas próprias instituições (violência institucional); a insuficiência de políticas públicas em diversas áreas como: educação, saúde e segurança; a discriminação, em todas as suas variantes e a necessidade de o grupo social dominante se perpetuar no poder.

Não se pode esquecer que o entendimento acerca do que vem a ser “violência” varia a depender da cultura dominante dentro de cada sociedade e do momento histórico. Dessa forma, o que é considerado violência por determinado grupo social pode não o ser por outro, e a transformação desse conceito dá-se de modo lento e gradual, devido à resistência própria do ser humano em se abrir a novos conceitos e a novas ideias.

Há séculos, a família vem sendo reconhecida como espaço privado em que seu chefe tem total liberdade de ação para impor sua vontade, livre de qualquer repressão do Estado, e a desconstrução dessa ideia é um processo que já dura décadas, mas, ainda assim, encontra fortes resistências.

Diante desse cenário de violência, as mulheres sempre foram as mais afetadas por terem sido consideradas, durante séculos, seres inferiores, desprovidas de intelecto e racionalidade, dominadas pelas paixões e pela emoção.

A luta contra qualquer tipo de violência às mulheres cresce a cada ano, porém, ainda assim, existem muitas mulheres vítimas de uma sociedade marcada pelo machismo estrutural, o qual se tem tentado combater.

Como se não bastasse toda a luta no combate às agressões direcionadas às mulheres, o ano de 2020 se tornou um marco histórico. Não só o Brasil, mas o mundo está sofrendo o impacto ocasionado pela pandemia do COVID-19. E, desde a descoberta da doença as

² Ibid.



lideranças mundiais adotaram o isolamento social como forma de tentar minimizar o contágio. No entanto, este isolamento acentuou ainda mais as vulnerabilidades sociais que existem pelo mundo, sobretudo no que tange às mulheres.

A pandemia promovida pelo surgimento do coronavírus propiciou um aumento significativo nos casos de violência às mulheres. Sendo esta, na maioria das vezes, promovida pelas mãos dos companheiros, ex-namorados ou familiares próximos.

Alguns fatores sociais e econômicos vêm contribuindo para esse aumento. A perda ou diminuição da renda familiar, a realização de dupla jornada somada à preocupação com os cuidados dos filhos, o aumento do consumo de bebidas alcóolicas e o distanciamento dos amigos e familiares e outras situações que aumentam o tensionamento nas relações domésticas.

A perda ou diminuição da renda familiar acarreta um aumento da violência, pois a mulher acaba ficando em uma situação de dependência financeira em relação ao homem, que se sente, equivocadamente, superior e no direito de fazer o que quiser com a sua parceira.

A realização de dupla jornada, ou seja, o desempenho da atividade profissional aliada às tarefas domésticas e, ainda, a preocupação com os cuidados com os filhos gera uma sobrecarga que ultrapassa a barreira do razoável. E, infelizmente, o mundo atual exige muito de todos, porém, as mulheres, inegavelmente, assumem muito mais responsabilidades que seus parceiros.

Sendo assim, todo esse acúmulo colabora para o aumento de conflitos familiares que, por vezes, ultrapassam o mero diálogo, geram brigas e estas se transformam em agressões que podem ser psicológicas, verbais, físicas, entre outras.

O consumo de bebidas alcoólicas é outro fator que potencializa de maneira significativa o aumento da violência doméstica, uma vez que seu uso em excesso rompe os freios inibitórios do indivíduo.

No entanto, o uso de álcool, drogas ou o ciúme são apenas fatores que podem desencadear uma crise de violência; não são as causas e nem devem ser aceitos como justificativa para a agressão. Segundo Sérgio Barbosa³:

É preciso criar uma forma para que esses homens possam se responsabilizar, entendendo que a violência não é fruto do uso de álcool ou de drogas, mas que é a própria construção da masculinidade que, de certa forma, desencadeia esse exercício da violência sobre as mulheres.

³ AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. *Violência doméstica e familiar*. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/>>. Acesso em 19 mar. 2021.



Já o distanciamento de amigos e familiares, em razão do isolamento promovido pela pandemia, limitou o acesso da mulher a pessoas de sua confiança com as quais se sente confortável para buscar ajuda. Na maioria das vezes, elas precisam, primeiro, levar os casos de agressão a essa rede mais próxima com quem se sentem mais à vontade para relatar o que estão passando.

É importante ressaltar que a maioria das mulheres vítimas de agressões nem sempre possuem informação e conhecimento sobre seus direitos e sobre a rede de atendimento. A própria dinâmica da violência doméstica costuma se repetir e se tornar cada vez mais grave e frequente, diminuindo a capacidade de reação da mulher. A isso se associam, ainda, outros fatores, como o sentimento de medo, culpa e vergonha. Nesse sentido, Aparecida Gonçalves⁴:

É um dever do Estado responder a isso, primeiro, fortalecendo os serviços especializados, garantindo acesso a informação e proteção às mulheres. Isso é fundamental para que elas comecem efetivamente a perder o medo. Mas, para a mulher perder o medo – e a vergonha também – é preciso o apoio de uma outra rede: a rede pessoal, composta pelos amigos, vizinhos e parentes. A sociedade, tanto homens quanto mulheres, precisa se posicionar e não aceitar a violência contra a mulher.

É inegável que a pandemia e suas consequências sociais acabam por dificultar a fuga da mulher em situação de violência. Principalmente, porque, diante deste cenário de isolamento, há restrições de serviços e ausência de contato da vítima com o mundo externo. É necessário, portanto, uma atuação direta do Poder Público para fiscalizar o comparecimento dos agressores a grupos reflexivos, bem como promover a divulgação das medidas preventivas e legais cabíveis à proteção das vítimas de violência doméstica.

2. A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DOS AGRESSORES QUANTO AO COMPARECIMENTO DESTES NOS GRUPOS REFLEXIVOS

Tendo em vista a exposição acima delineada acerca do aumento de casos de violência doméstica contra a mulher em razão do isolamento social, é de suma importância a atuação direta do Poder Público para fiscalizar o comparecimento dos agressores a grupos reflexivos.

O artigo 35 da Lei nº 11.340/06⁵ prevê que a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite de suas competências, centros de educação e de reabilitação para os agressores; e o artigo 45 da referida lei estabelece, ainda, que nos casos

⁴ Ibid.

⁵ 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>. Acesso em: 25 ago. 2021.



de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Tal medida se fez especialmente importante pelo fato de a violência doméstica e familiar contra a mulher ser um fenômeno complexo e multifacetado, que tende à perpetuação, com agravamentos, das agressões, injúrias e ameaças, em espiral crescente. Apenas a aplicação de determinada pena criminal mostrou-se insuficiente para atingir a finalidade das normas internacionais sobre o tema e frear efetivamente a reiteração da violência.

Sendo assim, é necessário que o Poder Público possua agentes e órgãos capazes de realizar a fiscalização e o encaminhamento de agressores a grupos reflexivos como medida protetiva de urgência, no intuito de romper definitivamente o ciclo da violência doméstica, seja na relação atual ou em futuros relacionamentos, especialmente com a utilização do referencial teórico de gênero, ainda que mesclado a outras correntes da psicologia.

O encaminhamento para inserção nos grupos reflexivos ocorre por determinação judicial e de diferentes formas: como condição da suspensão da pena do agressor; transação penal; suspensão condicional do processo; e como condição de soltura do agressor durante o andamento do processo judicial.

Esses encaminhamentos promovidos pelo Poder Judiciário são frequentes e estão aumentando diariamente devido ao aumento dos casos de violência doméstica praticados contra a mulher. Por essa razão, é preciso que o Poder Público atue em conjunto e, mais ativamente, com o Poder Judiciário de forma a garantir o acesso dos agressores aos grupos reflexivos.

Não é aceitável que o Judiciário atue sozinho nesse cenário de combate à violência praticada contra as mulheres. O trabalho com autores de violência doméstica coloca-se como uma proposta inovadora e desafiadora, devendo contribuir para que o espaço da justiça tenha ações de caráter preventivo, atuando para além da punição.

No entanto, para que seja possível uma atuação preventiva que vá além do caráter meramente punitivo, enraizado no nosso sistema penal, é preciso que sejam criados mais espaços reflexivos no âmbito da justiça com réus em processos criminais.

A participação dos autores de violência doméstica nos grupos reflexivos mostra-se relevante, na medida que, por meio deles, é possível compreender um pouco melhor o que leva o indivíduo a praticar esse tipo de violência. Há, ainda, muito pouco conhecimento acerca de experiências de trabalho com agressores de violência doméstica.

A autora Bárbara Soares⁶ alerta para o fato de que:

⁶ SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis. Violência Conjugal e novas políticas de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 23.

Só muito recentemente e ainda assim apenas em alguns países, a violência doméstica passou a ser reconhecida e considerada como um problema social que merece ser enfrentado e combatido. A visão tradicional da família como santuário, "célula-mãe da sociedade", "base do edifício social", acabou gerando uma barreira de proteção contra um fato um tanto desconcertante e, para muitos, ainda hoje inaceitável: o terror e a violência provocados por estranhos, bandidos, assaltantes, assassinos, quase sempre pobres, negros ou mulatos, segundo nosso imaginário amesquinçado por preconceitos e dominado pelo medo, pode não ser diferente daquele experimentado, sobretudo, por mulheres e crianças, dentro de suas próprias casas. Mais do que isso: é exatamente dentro de suas próprias casas que mulheres e crianças correm maior risco de serem agredidas, estupradas, ameaçadas e mortas.

Atualmente, a principal dificuldade encontrada pelos profissionais que compõe a equipe multidisciplinar dos grupos de reflexão voltados aos homens autores de agressão contra as mulheres é em relação à criação de centros de educação direcionados aos agressores, conforme previsto no artigo 35 da Lei Maria da Penha⁷.

Segundo Hermann:

A proteção da mulher, preconizada na Lei Maria da Penha, decorre da construção de sua condição (ainda) hipossuficiente no contexto familiar, fruto da cultura patriarcal que facilita sua vitimação em situações de violência doméstica, tornando necessária a intervenção do Estado a seu favor [...].

É notório que a função do Estado é evitar a violência doméstica conforme o *caput* do artigo 8º da Lei nº 11.340/06. Para isso, o Estado, deve desvendar os motivos que levam o agressor a prática da violência contra a sua parceira, descobrir o motivo de tantas mulheres se manterem em silêncio diante das agressões, e principalmente verificar as consequências causadas a mulher.

Uma das formas de se descobrir tais motivos é fazer com que os agressores compareçam nos grupos reflexivos. Afinal, estes grupos servem, justamente, como local de troca entre profissionais capacitados para atuar com os agressores de modo a estimulá-los a debater acerca da violência doméstica; desenvolver campanhas educativas; estimular o rompimento do ciclo de violência; trabalhar a responsabilização frente a violência perpetrada, sendo este o melhor espaço para promover uma troca com o agressor.

Certo é que a legislação não é omissa quanto a necessidade de encaminhamento dos agressores para grupos de reflexão, como forma não apenas de punir, mas também prevenir a ocorrência de futuras agressões. De modo que o agressor passe por um trabalho de reeducação quanto a sua postura diante de uma mulher.

⁷ BRASIL. op. cit., nota 5.



A própria Lei Maria da Penha sofreu algumas alterações para poder reprimir e tentar diminuir a violência doméstica por meio de sanções mais severas com o agressor. Entretanto, para tais medidas se tornarem cada vez mais eficazes é preciso que o Poder Público adote medidas mais severas para aquele que não compareça nos grupos de reflexão rompendo o ciclo de trabalho realizado pela equipe multidisciplinar.

É notória a desigualdade no tocante a distribuição das delegacias da mulher, sendo a maior concentração delas na região sudeste, enquanto que nas regiões norte e centro-oeste há poucas, tornando o atendimento as vítimas precárias.

Outro problema enfrentado pelas vítimas de violência diz respeito a má distribuição das casas de abrigo da mulher, estando estas, mais uma vez, melhor distribuídas pelos grandes centros urbanos, enquanto em municípios menores existem poucas ou nenhuma casa de assistência a mulher.

Segundo Sergio Barbosa⁸, “o Poder Público tem que investir sobretudo no caráter preventivo previsto na Lei Maria da Penha e os grupos de reflexão são uma das atuações possíveis nessa frente”.

Sergio Barbosa⁹ afirma, ainda: “buscamos atuar na desconstrução do patriarcado na sociedade, esperando, como efeito desse processo, que os homens cessem o uso da violência”.

Em se tratando de violência doméstica, é nítida a necessidade de proteção dos direitos, melhor dizendo, da dignidade da mulher frente a seu agressor, especialmente em se considerando a complexidade cíclica dessa espécie de violência, e até mesmo dos direitos de outras mulheres com as quais o indivíduo encaminhado a um grupo reflexivo irá se relacionar.

Além disso, faz também pesar a balança em prol da mulher e a necessidade de proteção de valores sociais. A sociedade anseia o fim da violência, a paz e a harmonia social, a educação de crianças em um contexto familiar favorável, que incentive a resolução pacífica de conflitos.

Desse modo, o grupo reflexivo é um método capaz de favorecer o alcance da estabilização da violência, se houver por parte do Poder Público uma maior fiscalização e seriedade quanto ao cumprimento do que a Lei Maria da Penha determina.

⁸ PRADO, Débora. *Violência doméstica: os dilemas e conquistas do trabalho com homens agressores*, 2014. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-os-dilemas-e-conquistas-do-trabalho-com-homens-agressores/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁹ Ibid.



3. DA DIVULGAÇÃO SOBRE AS MEDIDAS PREVENTIVAS E LEGAIS CABÍVEIS A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Conforme já mencionado anteriormente, o distanciamento de amigos e familiares, em decorrência do isolamento promovido pela pandemia, limitou o acesso da mulher a pessoas de sua confiança com as quais se sente confortável para buscar ajuda.

A maioria das mulheres vítimas de agressões nem sempre possuem informação e conhecimento sobre seus direitos e sobre a existência de redes de atendimento aptas a ajudá-las a enfrentar todo o terror vivenciado diante de uma situação de violência.

A própria dinâmica da violência doméstica costuma se repetir e se tornar cada vez mais grave e frequente, diminuindo a capacidade de reação da mulher. E, por essa razão é importante que sejam feitas campanhas de divulgação acerca dos direitos das mulheres vítimas de violência, com o intuito de não apenas atingir as vítimas, mas também conscientizar a população de que qualquer um deve denunciar qualquer tipo de violência.

Inicialmente, é preciso que as mulheres percebam que não estão sozinhas e que possuem redes de apoio aptas a lhes ajudar caso precisem de ajuda.

Em segundo lugar, a sociedade precisa desapegar de ideias e conceitos arcaicos os quais foram, por anos, repetidos e reproduzidos não só por homens, mas também por mulheres os quais não cabem mais na atualidade.

Infelizmente, as expressões: “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher.”; “a violência doméstica é um problema privado ou familiar.”; “Ela ‘pediu’ para ser agredida.”; “se ela não gostasse, já teria abandonado o relacionamento.”; “se a mulher abandonasse o agressor, a situação de violência acabaria.”, ainda, são comumente ouvidas.

No entanto, tais frases não passam de um grande engano. Afinal, por trás dos pré-julgamentos existem motivos que poucos sabem, mas que explicam porque a maioria das mulheres agredidas não tomam uma atitude após sofrerem algum tipo de agressão.

Dentre os inúmeros motivos, as mulheres vítimas de violência doméstica acreditam que a violência faz parte de todo o relacionamento e muitas vezes, elas sentem que não serão levadas a sério se forem à delegacia prestar queixa contra o agressor.

Então, como em qualquer outra briga, em briga de marido e mulher, também deve-se meter a colher. Afinal, agindo assim, é possível evitar, até mesmo, a morte de uma mulher.

No entanto, além de ser necessário intervir em uma briga para evitar maiores prejuízos a qualquer das partes envolvidas, é de suma importância que sejam divulgados por meio da mídia, de jornais televisivos, periódicos, cartilhas, revistas, rádio ou qualquer meio oficial de



veiculação de notícias, informações que possam ajudar as mulheres vítimas de violência a tomarem conhecimento acerca dos seus direitos.

Desde o surgimento da Lei Maria da Penha¹⁰ as mulheres passaram a contar com uma grande quantidade de serviços aptos a garantir uma maior segurança àquelas que estiverem passando por uma situação de violência.

Alguns dos pontos importantes trazidos pela Lei nº 11.340/06¹¹ para enfrentamento da violência doméstica foram: a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; a proibição da pena de multa ou cesta básica ao agressor que pratica qualquer tipo de violência contra a mulher; a proibição de que a mulher entregue qualquer tipo de intimação ao seu agressor; a obrigatoriedade de que a mulher esteja sempre acompanhada de advogado em todas as ações que decorrerem da denúncia; a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva do agressor quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher; a determinação de que a mulher só poderá renunciar à denúncia perante o juiz; estabelecer que a mulher em situação de violência doméstica será avisada dos acontecimentos, em especial sobre ingresso e a saída do agressor da prisão; a possibilidade que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

A lei estabelece, ainda, a realização de programas educacionais, bem como a capacitação da polícia para o atendimento das vítimas, a criação de uma equipe multidisciplinar que atue em espaços específicos aptos a atender essas mulheres e a aplicação de medidas protetivas de urgência.

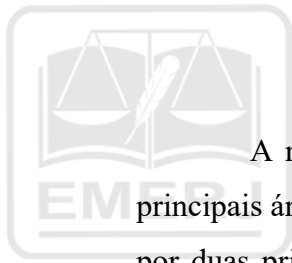
Fátima Pelaez¹², secretária especial de políticas para as mulheres, ressaltou no VIII Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher que:

[...] O presente significa fortalecer a rede de atendimento à mulher vítima de violência, criando condições para que as delegacias especializadas atendam 24 horas em todos os dias da semana, humanizando o acolhimento, capacitando os agentes policiais e de atendimento hospitalar. Buscando a proteção que vem do Judiciário. Incentivando a ampliação dos juizados especializados, ainda que de maneira adaptada, para que o braço da Justiça sob a ótica da Lei Maria da Penha esteja presente em todos os municípios brasileiros.

¹⁰ 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>. Acesso em: 01 set. 2021

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL. *SPM destaca importância do fortalecimento da Rede de Enfrentamento à Violência na abertura do Fórum de Juízes*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias-spm/noticias/spm-destaca-importancia-do-fortalecimento-da-rede-de-enfrentamento-a-violencia-na-abertura-do-forum-de-juizes>>. Acesso em: 1 set. 2021



A rede de atendimento à mulher em situação de violência está dividida em quatro principais áreas, sendo elas: saúde, justiça, segurança pública e assistência social e é composta por duas principais categorias de serviços, os serviços não-especializados de atendimento à mulher que, via de regra, constituem a porta de entrada da mulher na rede de proteção e os serviços especializados de atendimento à mulher que são aqueles que atendem exclusivamente mulheres, contando com profissionais com expertise no tema da violência contra a mulher.

No tocante aos serviços especializados, a rede de atendimento é composta por: Centros de Atendimento à Mulher em situação de violência, Casas Abrigo, Casas de Acolhimento Provisório, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Núcleos da Mulher nas Defensorias Públicas, Promotorias Especializadas, Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180, Ouvidoria da Mulher, Serviços de saúde voltados para o atendimento aos casos de violência sexual e doméstica, Posto de Atendimento Humanizado nos aeroportos e Núcleo de Atendimento à Mulher nos serviços de apoio ao migrante.

Todavia, para que o enfrentamento da violência se efetive, é importante que serviços e instituições atuem de forma articulada e integrada.

Durante o período da pandemia, as mulheres passaram a ficar vinte e quatro horas em casa, muitas vezes com seus agressores, o que elevou a preocupação com a violência doméstica e familiar contra a mulher. Sendo assim, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos divulgou, por meio de um site do governo, na internet, informações capazes de auxiliar as mulheres em como realizar a denúncia.

É possível que a denúncia ocorra por meio da Central de Atendimento à Mulher, pelo número 180. Além de receber denúncias de violações contra as mulheres, a central encaminha o conteúdo dos relatos aos órgãos competentes e monitora o andamento dos processos. O serviço também tem a função de orientar mulheres em situação de violência, direcionando-as para os serviços especializados da rede de atendimento.

Além do número de telefone 180, é possível realizar denúncias de violência contra a mulher pelo aplicativo Direitos Humanos Brasil e na página da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH) do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), responsável pelo serviço. No site está disponível o atendimento por chat e com acessibilidade para a Língua Brasileira de Sinais (Libras).

Também é possível receber atendimento pelo Telegram. Basta acessar o aplicativo, digitar na busca “DireitosHumanosBrasil” e mandar mensagem para a equipe da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180.

É possível fazer a ligação de qualquer lugar do Brasil e de mais de 50 países no exterior.

Qualquer pessoa pode fazer uma denúncia pelo serviço que tem o objetivo de auxiliar mulheres em situação de violência em todo o país. A denúncia de conhecidos e vizinhos, por exemplo, pode fazer toda a diferença entre uma agressão e um feminicídio, especialmente durante a pandemia do novo coronavírus. Nenhuma mulher deve enfrentar esse problema sozinha e toda a sociedade é responsável pelas mulheres em situação de violência. Cabe ressaltar, o Ligue 180 preserva o anonimato dos denunciantes.

Outra campanha recente, mas tão importante quanto a Central de Atendimento por meio do número 180 é a Campanha do Sinal Vermelho, lançada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) com o apoio do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O objetivo dessa campanha é que a mulher consiga pedir ajuda em farmácias ou drogarias com um “X” vermelho na palma da mão, desenhando com batom ou qualquer outro material.

A letra X escrita na mão da mulher, de preferência na cor vermelha, funciona como um sinal de denúncia de forma silenciosa e discreta de situação de violência. A ideia é de quem perceber esse sinal na mão de uma mulher que procure a polícia para identificar o agressor.

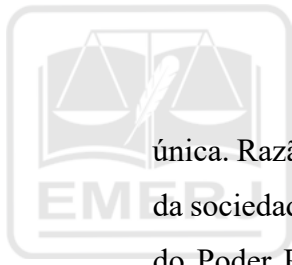
A medida já conta com o apoio de mais de 10 mil farmácias pelo país e recentemente recebeu a adesão formal do Banco do Brasil. "Não estamos dividindo o país entre homens e mulheres, o que esse X representa é uma conscientização", segundo informou a ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, Damare Alves. “É uma Lei que está sendo sancionada, mas que já pegou no Brasil”, complementou.¹³

A Rede de Atendimento à Mulher é grande e funciona com os serviços conversando entre si. Ela é uma ferramenta importante e necessária para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. São vários profissionais envolvidos para que a mulher e sua família fiquem protegidos.

CONCLUSÃO

O isolamento social necessário, durante certo período do ano de 2020, por conta da pandemia, foi uma das causas do aumento da violência contra a mulher. No entanto, não é a

¹³ BRASIL. *Combate à violência. Sinal Vermelho contra violência doméstica agora é lei*. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2021/07/sinal-vermelho-contra-violencia-domestica-agora-e-lei>>. Acesso em: 1 set. 2021.



única. Razão pela qual, é preciso uma atuação conjunta do Poder Público com os demais órgãos da sociedade e os próprios indivíduos, para que juntos, seja por meio de uma maior fiscalização do Poder Público, pela ampla divulgação dos direitos das vítimas que sofrem violência, ou ainda, intervindo em um relacionamento nocivo e abusivo, seja possível ajudar as mulheres a enfrentarem a violência de gênero.

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno complexo, arraigado na sociedade de diversos países. Tais peculiaridades implicam a necessidade de enfrentamento do tema para além de um cenário de isolamento social decorrente de uma pandemia que assolou o mundo inteiro. Independente de pandemia, é necessário que a violência doméstica contra a mulher seja debatida e enfrentada em todos os âmbitos da sociedade.

Imperioso se faz enfrentar o tema da violência contra a mulher indo além da ótica meramente punitiva, uma vez que a tendência é que haja uma escalada crescente da violência em futuras reincidências ou ao menos repetição de agressões na relação de origem ou em futuros relacionamentos.

É preciso que o Poder Público atue de modo a evitar que a violência contra a mulher aconteça. Sendo assim, é de suma importância que ele adote medidas preventivas sérias, aptas a proporcionar uma redução significativa nos casos de violência.

Uma das formas de garantir essa redução nos casos de reincidência de violência contra a mulher está atrelada a necessidade de fiscalizar, com seriedade, o comparecimento dos agressores a grupos reflexivos compostos por uma equipe multidisciplinar. Afinal, estes grupos servem, justamente, como local de troca entre profissionais capacitados para atuar com os agressores de modo a estimulá-los a debater acerca da violência doméstica; desenvolver campanhas educativas; estimular o rompimento do ciclo de violência; trabalhar a responsabilização frente a violência perpetrada, sendo este o melhor espaço para promover uma troca com o agressor.

A legislação não é omissa quanto a necessidade de encaminhamento dos agressores para grupos de reflexão, como forma não apenas de punir, mas também prevenir a ocorrência de futuras agressões. De modo que o agressor passe por um trabalho de reeducação quanto a sua postura diante de uma mulher.

Ciente desse contexto, a Lei Maria da Penha reuniu diversos mecanismos aptos a proteger a mulher em situação de violência e a prevenir a reiteração das agressões.

A intenção original dos elaboradores do anteprojeto encaminhado ao Poder Executivo não era aplicar punições exemplares aos agressores e aumentar a quantidade de encarcerados no país. Com efeito, buscavam, sobretudo, remover algumas práticas nocivas dos Juizados



Especiais Criminais, que contribuíam para a banalização da violência, como a condenação ao pagamento de cestas básicas, prestar atendimento integral às mulheres, visando a sua proteção e a seu empoderamento, e possibilitar a reeducação dos indivíduos envolvidos em conflitos violentos, por meio de reflexões capazes de reconstruir as relações de gênero e de privilegiar o entendimento por meio do diálogo.

Nesse contexto, além da importância dos grupos reflexivos para homens como relevante aliado na interrupção desse ciclo, é, também, a necessidade de divulgação das redes de apoio existentes para combater todo e qualquer tipo de violência praticado contra as mulheres e seus direitos.

É preciso lembrar que as mulheres não estão sozinhas. Existe uma rede de apoio enorme, com profissionais de diversas áreas envolvidos, pronta para acolher aquela que dela precisar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. *Violência doméstica e familiar*. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violenacias/violencia-domestica-e-familiar-contras-as-mulheres/>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. *Cultura e raízes da violência contra as mulheres*. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violenacias/cultura-e-raizes-da-violencia/>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

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>. Acesso em: 01 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Grupo reflexivo com autores de violência doméstica*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/boas-praticas/capital-i-jvdfm/grupo-reflexivo-homens>>. Acesso em: 1 set. 2021.

_____. *Enfrentando a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/cartilha-auxilia-mulheres-no-enfrentamento-a-violencia/Cartilhaenfrentamento_QRCODE1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contras-a-mulher/violencia-contras-a-mulher>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

_____. *Combate à violência. Sinal Vermelho contra violência doméstica agora é lei*. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2021/07/sinal-vermelho-contras-violencia-domestica-agora-e-lei>>. Acesso em: 1 set. 2021.



_____. SPM destaca importância do fortalecimento da Rede de Enfrentamento à Violência na abertura do Fórum de Juízes. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias/spm/noticias/spm-destaca-importancia-do-fortalecimento-da-rede-de-enfrentamento-a-violencia-na-abertura-do-forum-de-juizes>>. Acesso em: 1 set. 2021.

_____. Enfrentando a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/cartilha-auxilia-mulheres-no-enfrentamento-a-violencia/Cartilhaenfrentamento_QRCODE1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência doméstica: análise artigo por artigo da lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2008.

CONJUR. Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combate-violencia-domestica-tempos-pandemia>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

DIREITONET. Violência doméstica e familiar: o impacto na relação com a Lei Maria da Penha. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11306/Violencia-domestica-e-familiar-o-impacto-na-relacao-com-a-Lei-Maria-da-Penha>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

_____. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

_____. Combate à violência. Sinal Vermelho contra violência doméstica agora é lei. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o/planalto/noticias/2021/07/sinal-vermelho-contra-violencia-domestica-agora-e-lei>>. Acesso em: 1 set. 2021.

_____. SPM destaca importância do fortalecimento da Rede de Enfrentamento à Violência na abertura do Fórum de Juízes. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias/spm/noticias/spm-destaca-importancia-do-fortalecimento-da-rede-de-enfrentamento-a-violencia-na-abertura-do-forum-de-juizes>>. Acesso em: 1 set. 2021.

PRADO, Débora. Violência doméstica: os dilemas e conquistas do trabalho com homens agressores, 2014. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-domestica-os-dilemas-e-conquistas-do-trabalho-com-homens-agressores/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.



CONDENAÇÕES SEM FILTRO: UMA CRÍTICA A PRÁTICA DE RECONHECIMENTOS FOTOGRÁFICOS COMO MEIO DE PROVA EM PROCESSO PENAL

Marcela Dantas Castilho Faria

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

Resumo – a recente mudança jurisprudencial acerca do reconhecimento de pessoas, notadamente ao reconhecimento fotográfico, trouxe a reflexão o motivo pelo qual diversos erros judiciais são cometidos, colocando inocentes na prisão e ocasionando uma seletividade penal. Uma das maiores causas dos reconhecimentos equivocados é o uso dos “álbuns de suspeitos” no procedimento investigatório. A prática dos citados álbuns é contaminada de sugestionamentos e contribuem a formação das falsas memórias estudadas pela psicologia do testemunho. Para tanto, defende-se o abandono dessa prática tão cotidiana e a adoção de meios de reconhecimento que assegurem a presunção de inocência.

Palavras-chave – Reconhecimento de pessoas. Induzimento. Seletividade penal.

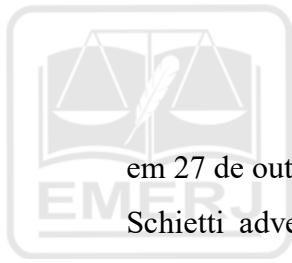
Sumário – Introdução. 1. O novo paradigma do reconhecimento fotográfico a partir da virada jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça. 2. “Álbum de suspeitos”: induzimento e arbitrariedades desde a nomenclatura até a prática. 3. A hipervalorização das provas dependentes da memória humana como causa de condenações injustas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento por fotografia é um procedimento vastamente utilizado pelos atores responsáveis pela persecução penal, sob o argumento de que as formalidades para o reconhecimento de pessoas dispostas no art. 226 do Código de Processo Penal apresentariam dificuldades práticas, ante a necessidade do indivíduo ser colocado ao lado de outros cujas características lhe seriam semelhantes para se operar o reconhecimento formal.

Diante da dificuldade descrita, entendeu a jurisprudência que as formalidades contidas no dispositivo citado deveriam ser interpretadas como mera recomendação do legislador, sobretudo quanto ao fato de o inciso I do art. 226 do Código de Processo Penal trazer a expressão “se possível” ao dispor sobre o alinhamento para o reconhecimento. A tese chegou ao Superior Tribunal de Justiça e fora acolhida pela Corte no teor da Tese nº 105, datada do ano de 2018.

No primeiro capítulo do presente trabalho, serão tratados os motivos pelos quais a posição da Corte da Cidadania foi substancialmente alterada, sendo analisada a recente decisão publicada



em 27 de outubro de 2020, no *Habeas Corpus* nº 598.886-SC, na qual o Relator Ministro Rogério Schietti advertiu sobre a necessidade da adoção de um novo entendimento no que tange ao reconhecimento de pessoas, aduzindo a impossibilidade de ratificação da jurisprudência que afirma tratar o texto legal de mera recomendação do legislador.

A referida decisão traz a reflexão os inúmeros casos de erros judiciários cometidos por irregularidades praticadas no ato de reconhecimento, especialmente nos chamados “álbuns de suspeitos” apresentados às vítimas em delegacia, tornando as variáveis sistêmicas fatores de forte influência no conteúdo da memória humana e causa da seletividade penal vista no sistema brasileiro.

A falta de critérios na construção desses álbuns, o momento no qual esse material é apresentado às vítimas e/ou testemunhas e a utilização – como meio de prova - de fotos colhidas através de redes sociais pela própria vítima, torna esse tipo de reconhecimento bastante sugestivo, sendo o método passível a arbitrariedades, o que será debatido no segundo capítulo.

No terceiro e último capítulo, coube a análise de como a forma de determinação dos fatos é condicionada quase que exclusivamente na memória humana, o que torna o sistema processual penal brasileiro deveras falho, devendo haver uma reflexão por parte dos órgãos julgadores a fim de que não seja mais dado excessivo valor as provas dependentes da memória, principalmente quando condicionadas a reconhecimentos realizados ao arrepio das normas legais.

Nesse último capítulo, serão demonstradas as variáveis sistêmicas que determinam erros judiciais e ponderadas soluções para que o reconhecimento fotográfico possa ser utilizado como meio de prova, desde que associado a técnicas mais modernas e afastado da crença de que o mero apontamento a imagem do sujeito seja suficiente para solucionar o fato objeto da persecução penal.

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. O NOVO PARADIGMA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO A PARTIR DA VIRADA JURISPRUDENCIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi com o voto no âmbito do *Habeas Corpus* 598.886-SC¹, publicado em 27 de outubro de 2020, que o Relator Ministro Rogério Schietti proporcionou o que os estudiosos do direito probatório têm chamado de divisor de águas na proteção de inocentes e do direito de defesa², haja vista tratar-se de verdadeiro marco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que foram expostos motivos pelos quais o reconhecimento fotográfico deve ser considerado como um meio de prova falho.

Antes da decisão supramencionada, o citado Tribunal possuía o entendimento de que o reconhecimento fotográfico do suspeito, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, poderia servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação, conforme o teor do item 7 da Tese nº 105³, datada do ano de 2018.

Quase três anos depois, a Corte da Cidadania revisou o tema do reconhecimento fotográfico e propôs nova interpretação ao artigo 226 do Código de Processo Penal⁴ (CPP). Anteriormente, prevalecia a compreensão de que a expressão “se possível” disposta no inciso II do referido dispositivo, permitia o entendimento de que as formalidades do reconhecimento descritas pela legislação processual penal pudessem ser consideradas como mera recomendação do legislador.

Releva expor que o citado artigo do Código de Processo Penal delinea o procedimento a ser efetivado para que seja realizado o reconhecimento de pessoas e coisas. De início, como disposto no inciso I do artigo 226 do CPP⁵, a pessoa que procederá ao reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo a ser reconhecido.

Em sequência, aquele cujo reconhecimento se almeja, será colocado ao lado de outras que

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 1 abr. 2021.

² MATIDA, Janaina et al. *A prova de reconhecimento de pessoas não será mais a mesma*. Limite Penal, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. *Edição nº 105*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11353/11482>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁴ 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>. Acesso em: 3 set. 2021.

⁵ *Ibidem*.



com ele detenham alguma semelhança. Posteriormente, solicita-se ao indivíduo que fará o reconhecimento que indique qual daqueles sujeitos perfilados é a pessoa por ele identificada. É na descrição desta segunda etapa que o Código, no inciso II do artigo 226⁶, se utiliza da expressão “se possível” para referir-se ao perfilamento, dando ensejo ao entendimento jurisprudencial anterior.

O inciso III do mencionado dispositivo do CPP⁷ traz a solução legal para as hipóteses em que a situação de o indivíduo estar frente a frente com a pessoa a ser reconhecida pode gerar intimidação ou outra influência negativa que lhe impeça de dizer a verdade. Nesses casos, a legislação permite que o indivíduo a ser reconhecido não veja aquele que fará o reconhecimento.

Por fim, no inciso IV⁸ é descrita a necessidade de lavrar-se um auto minucioso do ato de reconhecimento, o qual deverá ser firmado pela autoridade, pela pessoa que procedeu ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais do ato.

Nota-se que a lei apresenta formalidades para a realização do reconhecimento e, como bem expressa Aury Lopes Júnior⁹, a forma é considerada garantia em matéria processual, não havendo como sustentar sua inobservância.

Partindo-se dessa premissa, qualquer procedimento realizado ao arrepio das normas processuais torna-se prova ilegítima e, portanto, nula, ainda que venha a ser ratificada posteriormente em juízo, tendo em vista que o reconhecimento inicial viciado acaba por contaminar as provas que daí advenham.

Em análise a esse argumento, o Ministro Rogério Schietti¹⁰ alertou em seu voto:

[...] não obstante essa orientação jurisprudencial, proponho sejamos capazes de rever essa interpretação, mercê da qual se convalida, de algum modo, o reconhecimento – tanto pessoal quanto fotográfico – feito em desacordo com o modelo legal, ainda que sem valor probante pleno, e que pode estar dando lastro a condenações temerárias. Em verdade, o entendimento que se tem sufragado é o de que, havendo alguma prova que “dê validade” ao reconhecimento irregularmente produzido na fase inquisitorial, este meio de prova acaba por compor o conjunto de provas a ser avaliada pelo juiz ao sentenciar.

A análise da anterior interpretação do inciso II do artigo 226 do CPP¹¹ faz perceber de modo evidente que a vítima acaba em juízo por confirmar o reconhecimento irregular feito em sede policial, este meio de prova assume importância ímpar no destino do acusado, porque “amparado”

⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 546.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 4.



por mera ratificação em juízo de algo que foge dos mínimos *standards* para ser considerado como válido.

Após a análise do debatido argumento processual, o Ministro Relator do *Habeas Corpus* 598.886-SC¹² passou a análise da falibilidade da memória humana, ressaltando que a psicologia moderna alerta para os riscos de produção de falsas memórias, sobretudo quando as vítimas e testemunhas são postas a realizar o procedimento repetidas vezes.

Somada a plausibilidade de falha da memória humana, coube também ao voto do Ministro Rogério Schietti salientar a necessidade de implementação de novas rotinas pela Polícia Civil e, de maneira especial, o dever de agir em defesa de direitos e garantias individuais do Ministério Público no exercício da promoção de ação penal pública.

A virada jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca do reconhecimento realizado por meio de fotografias, lança luz não só para o descumprimento de garantias fundamentais - como a presunção de inocência, por exemplo - ou para a necessidade de zelar pela cadeia de custódia da prova, mas também traz à tona a estigmatização criminal percebida a partir da análise de que a maioria dos indivíduos reconhecidos por fotografias como autores de crimes - em geral patrimoniais - são negros, pobres e periféricos.

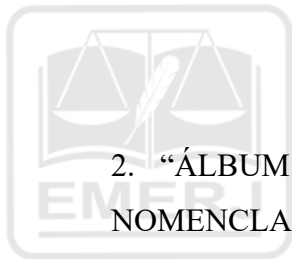
Quanto a isso, cabe advertir que a forma como o reconhecimento fotográfico é, geralmente, realizado nas delegacias de polícia torna-se um campo fecundo a seletividade penal alimentada por um racismo estrutural arraigado na sociedade brasileira.

Em atenção a todos estes aspectos, a mudança jurisprudencial se deu de maneira acertada, mormente ao evidenciar que a prática investigatória do reconhecimento por meio fotográfico está “dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético”¹³ e ao impor aos operadores do Direito “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”¹⁴, o que, doravante, deverá ser observado no cotidiano.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.



2. “ÁLBUM DE SUSPEITOS”: INDUZIMENTO E ARBITRARIEDADES DESDE A NOMENCLATURA ATÉ A PRÁTICA

A nova orientação jurisprudencial trazida pelo Superior Tribunal de Justiça sobrelevou o papel da polícia investigativa no que tange a prova do reconhecimento de pessoas.¹⁵ Não se quer aqui declarar que anteriormente a atuação das polícias na instrução criminal era secundária ou de menor importância. Ao contrário, sempre foi de curial sabença que uma atuação incauta em sede policial compromete toda a cadeia de custódia da prova¹⁶ e pode gerar uma condenação injusta.

Isso ocorre porque, como os atos produzidos pela autoridade policial são aqueles realizados logo no início da persecução penal, a distorção das provas, especialmente as que dependem da memória humana – como o reconhecimento de pessoas –, acabam por viciar a construção da investigação criminal.

Em teoria, o ato de reconhecimento deve abranger dois momentos: (i) uma prévia descrição do indivíduo a ser reconhecido e (ii) a posterior identificação pessoal desse. Contudo, na prática, é possível vislumbrar dois equívocos.

O primeiro diz respeito a dispensa da descrição prévia, já sendo apresentada a pessoa a ser identificada de imediato àquela que procederá ao reconhecimento; e o segundo é a apresentação de maneira isolada da fotografia ou da pessoa a ser reconhecida (*showup*¹⁷), sem estar acompanhada dos duplês – pessoas com características semelhantes –, para que seja apontada pela vítima ou testemunha.

Também é possível, e bastante recorrente, a utilização dos chamados “álbuns de suspeitos” no reconhecimento de pessoas, especialmente em sede policial. Os referidos álbuns são compilados de reproduções fotográficas, nos quais as vítimas e as testemunhas do delito investigado são convidadas a apontar a imagem daquele que crê ser do agente que perpetrou a conduta criminosa.

Por tratar-se de um procedimento informal que, em geral, antecede o reconhecimento

¹⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes; MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patrícia. *O reconhecimento de pessoas e o papel do delegado na condução das investigações*. Academia de polícia, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-15/academia-policia-reconhecimento-pessoas-papel-delegado-conducao-investigacoes>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁶ Aury Lopes Jr. leciona em sua obra que: “Cadeia de custódia da prova nos remete ao conjunto de procedimentos, concatenados, como elos de uma corrente, que se destina a preservar a integridade da prova, sua legalidade e confiabilidade”. LOPES JR, op. cit., p. 460.

¹⁷ CECCONELLO, William Weber; MATIDA, Janaina. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Brasil, v. 7, nº 1, p. 418, 2021.



pessoal, alerta Aury Lopes Júnior que o uso desses álbuns causa um efeito indutor, no qual “estabelece-se uma ‘percepção precedente’, ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal”¹⁸.

Chama a atenção a forma arbitrária de como a foto de uma determinada pessoa é contida no “álbum de suspeitos”. Casos cotidianos¹⁹ mostram que as fotografias são de indivíduos anteriormente indiciados por outros delitos na região da delegacia policial em que está se realizando o reconhecimento. Todavia, não necessariamente esses indivíduos são condenados pelos crimes aos quais foram indiciados, porém sua fotografia continua anexada ao álbum, em afronta ao princípio da presunção de inocência.

Também é possível que o reconhecimento se dê por meio de fotografia retirada de redes sociais e depois acabe por compor o álbum para que outros cidadãos possam proceder ao reconhecimento desse indivíduo. Essa imagem retirada de redes sociais corrobora o equívoco causado na memória da vítima e/ou testemunha e tem potencial para interferir na lembrança do episódio²⁰.

William Ceconello e Janaina Matida²¹, asseveram em recente trabalho que:

[...] é de se notar que o emprego dos álbuns de foto suspeitos é terreno franqueado às arbitrariedades, tanto porque inexistem critérios para a inclusão/exclusão das imagens, quanto porque há verdadeira lacuna quanto aos protocolos que devem ser seguidos para que a maneira de se conduzir o ato não represente, em si mesma, um fator de contaminação da memória da vítima/testemunha. A acurácia do resultado depende da adoção de critérios e protocolos para o uso de fotografias. [...]

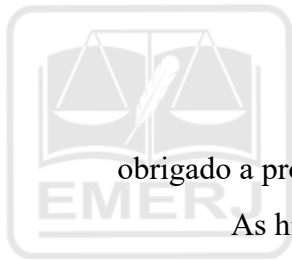
As arbitrariedades do reconhecimento realizado por meio fotográfico também se instauram nos casos em que o sujeito a ser reconhecido nega-se a participar do reconhecimento pessoal. Recorda-se que tal negativa é possível por força do princípio *nemo tenetur se detegere*, decorrente do direito ao silêncio, previsto na Constituição Federal de 1988, pelo qual ninguém é

¹⁸ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 553.

¹⁹ Como é possível perceber a partir dos seguintes casos noticiados pela mídia: PEREZ, Beatriz. *Absolvido violoncelista preso por reconhecimento fotográfico em setembro de 2020*. O Dia, Rio de Janeiro, 9 jun. 2021. Disponível em: < <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2021/06/6163981-absolvido-violoncelista-preso-por-reconhecimento-fotografico-em-setembro-de-2020.html>>. Acesso em: 30 ago. 2021; e MOTA, Camila Veras. *Fui preso após foto do meu Facebook ir parar em álbum de suspeitos; polícia prende inocentes com base em reconhecimento fotográfico falho*. BBC Brasil, São Paulo, 13 ago. 2021. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58119703>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁰ VIEIRA, Antonio. *Os perigos do reconhecimento de pessoas via redes sociais*. Opinião, Conjur. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/vieira-perigos-reconhecimento-pessoas-via-redes-sociais>>. Acesso em: 3 set. 2021.

²¹ CECCONELLO; MATIDA, op. cit., p. 420.



obrigado a produzir prova contra si mesmo²², e tem força de garantia constitucional.

As hipóteses descritas e conhecidas nas rotinas dos agentes responsáveis pela persecução penal acabam por esvaziar a norma legal exposta no artigo 226 do Código de Processo Penal²³ e, com isso, desprezam o mínimo de segurança garantido pela lei ordinária, pondo a risca direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna de 1988.

Uma vez realizado por meios altamente sugestivos e arbitrários, a chance de o reconhecimento restar positivo aumenta consideravelmente. Aury Lopes Júnior recomenda em sua obra que o agente policial que conduz o reconhecimento não faça parte do grupo que realiza a investigação acerca do caso, a fim de que haja o mínimo de indução ou contaminação possível daquele que realizará o reconhecimento.²⁴

Ainda assim, por ser o reconhecimento uma prova advinda da memória humana, mesmo que todos os responsáveis pelo procedimento de reconhecimento estejam compromissados com a cadeia de custódia da prova, não se pode desviar ao fato de que a psicologia do testemunho é dotada de variáveis que podem interferir na qualidade da identificação.

Janaina Matida²⁵ aponta que pesquisas do ramo da psicologia aplicada dedicam-se a aprofundar os fatores psicológicos da memória e trazem a distinção do que seriam as variáveis sistêmicas e as variáveis de estimação.

As primeiras, variáveis sistêmicas, são aquelas que estão sob o controle da justiça, cujos alguns exemplos já foram explorados no decorrer desse capítulo e àqueles também podem ser acrescentados: a escolha de “dublês” semelhantes para um perfilamento justo; a quantidade de vezes que uma mesma imagem ou a mesma pessoa é apresentada a testemunha e/ou vítima; entre outros.

No que tange as variáveis de estimação, essas podem se referir ao evento criminoso, como o tempo de duração, a iluminação do local ou a presença de arma; bem como podem aludir ao observador, como o stress da vítima do momento da conduta criminosa perpetrada contra ela ou até mesmo a falta de acuracidade na identificação de uma pessoa de raça diferente.

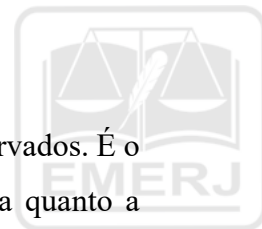
Por óbvio, os obstáculos causados a memória humana pelas variáveis de estimação fogem

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 70.

²³ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁴ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 555.

²⁵ MATIDA, Janaina. *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Disponível em: <https://www.academia.edu/39554898/MATIDA_Standards_de_prova_A_modéstia_necessária_a_juízes_e_o_abandono_da_prova_por_convicção>. Acesso em: 7 set. 2021.



ao controle os órgãos responsáveis pela persecução penal, mas devem por eles ser observados. É o caso do chamado “efeito foco da arma”, que consiste na distração causada a vítima quanto a utilização da arma no episódio delituoso, a ponto de a atenção a detalhes físicos do agente agressor restar significativamente prejudicada²⁶, e deve ser ponderado pela polícia investigativa no momento do reconhecimento.

Todavia, o mesmo não se pode dizer a respeito das variáveis sistêmicas, as quais devem ser combatidas e minimizadas ao possível, sobretudo quanto a utilização e ao induzimento causado pelo uso dos “álbuns de suspeitos” na colheita da prova de reconhecimento.

Sobreleva notar que as arbitrariedades e o induzimento realizado logo no início da persecução penal contaminam toda a cadeia de provas sucedidas do reconhecimento por conta do que se conhece como efeito compromisso.

O referido efeito ocorre quando há uma identificação incorreta que posteriormente é confirmada por um reconhecimento pessoal. Aury Lopes Júnior afirma que “não se deve preceder ao reconhecimento por fotografias, pois há um risco muito grande de que ele mantenha o compromisso anterior, ainda que tenha dúvidas”²⁷.

Desse modo, a utilização do “álbum de suspeitos” como método de reconhecimento pessoal torna a prova inviável para valoração judicial, sobretudo por ser o reconhecimento um procedimento irrepitível²⁸.

3. A HIPERVALORIZAÇÃO DAS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA HUMANA COMO CAUSA DE CONDENAÇÕES INJUSTAS

Por ser uma prova dependente da memória humana, o reconhecimento de pessoas é cercado de variáveis e sugestionamentos, como visto em capítulo anterior. Estudos relacionados a psicologia do testemunho despertam para o fato de que a exposição a informações incorretas pode levar a uma recordação ou a um reconhecimento falso²⁹.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2)*. Limite Penal, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte>>. Acesso em: 7 set. 2021.

²⁷ Idem, op. cit., 2021, p. 553.

²⁸ CECCONELLO; MATIDA, op. cit., p. 416.

²⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão a partir da psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, nº 2, p. 1061, 2018.



Essa é a razão pela qual o reconhecimento de pessoas, sobretudo quando feito sob a forma de fotografia, ao arpejo do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal³⁰, não pode ser hipervalorizado, devendo sempre ser corroborado com outras provas.

Nesse sentido é que o Direito Processual Penal deve atentar para a adoção de melhores critérios para aferir a suficiência probatória (*standard* de prova). O *standard* probatório é o conteúdo mínimo de prova necessária para se provar um fato. Os graus desses critérios são escolhidos com base na gestão do erro judiciário, buscando-se minimizá-los a partir de um grau mais elevado de exigência de provas para a condenação.

Obviamente, durante a persecução penal, erros honestos são passíveis de acontecer. As vítimas e testemunhas podem não pretender mentir, os agentes da lei envolvidos na investigação podem não querer contribuir para um reconhecimento errôneo. No entanto, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para a possibilidade de as variáveis contidas na psicologia do testemunho afetarem a prova de reconhecimento, e por isso deve exigir um padrão mais robusto de provas.

Observa-se o exemplo das condenações baseadas na visão de túnel. Tem-se como visão de túnel “uma tendência humana natural que tem efeitos particularmente perniciosos no sistema de justiça criminal.”³¹ Trata-se de:

um 'compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas' as quais estamos todos suscetíveis, que conduzem os atores do sistema de justiça criminal a focarem no suspeito, selecionarem e filtrarem as provas que construirão o caso para a condenação, ao mesmo tempo que ignoram ou suprimem as provas que apontam para longe da culpa.³²

Para afastar-se da possibilidade de incorrer em uma condenação indevida baseada na visão de túnel da vítima, por exemplo, o julgador deverá apurar todas as provas, notadamente aquelas que parecem ser incompatíveis com a hipótese acusatória, sob pena de contribuir com a taxa de erros judiciários.

O *Innocence Project* estima que em 70% (setenta por cento) dos casos em que a organização logrou êxito em reverter condenações nos Estados Unidos da América a prova adveio de falsos reconhecimentos³³.

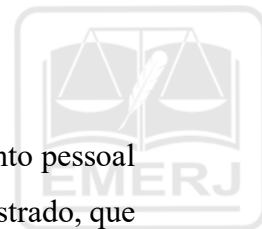
No Brasil, o cenário não é diverso e ocorre porque em muitas das vezes o reconhecimento

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 9.

³¹ MATIDA, Janaina. *O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal*. Limite Penal, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal>>. Acesso em: 10 set. 2021.

³² FINDLEY; SCOTT apud Ibidem.

³³ Ibidem.



realizado por meio de fotografia em sede policial acaba por contaminar o reconhecimento pessoal realizado posteriormente em sede judicial, o qual sofre uma hipervalorização pelo magistrado, que desconsidera a produção de outras provas, sopesando ser o reconhecimento prova suficiente para a decretação de uma prisão cautelar ou, pior, prolação de um decreto condenatório.

A quantidade de erros judiciários ganha mais relevo na observância de que a maioria dos indivíduos equivocadamente reconhecidos são negros. Recente estudo³⁴ elaborado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em conjunto com o Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), aponta a ocorrência de racismo estrutural³⁵ no reconhecimento de suspeitos por fotografia.

Conseqüentemente, uma ponderação acerca desses dados sugere uma seletividade no sistema penal brasileiro, influenciada pelo vasto histórico de segregação racial e social no país, o qual, mais uma vez, deve ser ponderado pelo Poder Judiciário. “A desconfiança diante do uso de fotografias para o reconhecimento é perfeitamente justificada no atual estado de coisas de seletividade penal no qual nos encontramos”³⁶.

Não se deve ter em consideração de que somente um apontamento de um rosto, em geral negro, impresso em baixa qualidade e mostrado de modo sugestionado pode definir a vida de um cidadão que não causou qualquer risco ou prejuízo a sociedade, mas tão somente acabou por ter sua imagem anexada a um instrumento de estigma arquivado em uma delegacia policial.

Salienta-se, mais uma vez, que por ser o reconhecimento de pessoas uma prova irrepetível, sendo, portanto, um processo sujeito a alterar memória original³⁷, esse “infortúnio” de ter uma fotografia incorporada a um “álbum de suspeitos” de forma arbitrária, determina a vida do indivíduo.

Não se quer com o presente trabalho condenar a prova de reconhecimento de pessoas, nem determinar que o reconhecimento fotográfico nunca poderá ser utilizado. Busca-se, dentro da realidade, demonstrar que é plausível que uma vítima ou testemunha de um evento criminoso

³⁴ Conforme noticiado em: CONDEGE. *Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico*. Disponível em: <<http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prises-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>>. Acesso em: 10 set. 2021.

³⁵ André de Carvalho Ramos cita Silvio Luiz de Almeida para descrever o racismo estrutural como “aquele fruto da própria estrutura social (conjunto de relações políticas, econômicas, jurídicas e familiares), exigindo medidas que, além de coibir o racismo individual e institucional, levem a mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas.” RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 692.

³⁶ CECCONELLO; MATIDA, op. cit., p. 412.

³⁷ CLARK; GODFREY apud ÁVILA; CECCONELLO; STEIN, op. cit., p. 1063.



aponte um inocente sob equívoco de sua própria memória.

É necessário abandonar a ideia de que falsidade e mentira caminham juntas³⁸, ou seja, “vítimas e testemunhas podem não ter motivos para mentir, o que não afasta o perigo de que erros honestos sejam por elas cometidos em razão de falsas memórias”³⁹.

E, mais precisamente quanto ao reconhecimento fotográfico, cabe expor que essa modalidade é uma alternativa admissível às limitações práticas do reconhecimento presencial. Contudo, práticas como “álbum de suspeitos”, carregadas de sugestionamentos até na denominação, devem ser abandonadas⁴⁰.

Torna-se imprescindível para a possibilidade da utilização de fotos para reconhecimento a qualidade dessas, a escolha do momento a serem apresentadas (sempre após a descrição prévia do indivíduo a ser reconhecido), a escolha de imagens de indivíduos com características semelhantes, o alinhamento das fotografias e a ausência de sugestionamento⁴¹.

E mais, essa prova jamais poderá ser hipervalorizada, devendo ser corroborada a outros elementos probatórios a serem colhidos durante a instrução, cabendo ao julgador sempre atentar quanto ao risco das falsas memórias.

CONCLUSÃO

O julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886-SC no âmbito do Superior Tribunal de Justiça trouxe um novo paradigma para o reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro. Os critérios descritos no artigo 226 do Código de Processo Penal, que antes eram tidos como meras recomendações do legislador para a Corte da Cidadania, atualmente passam a ser critérios mínimos para assegurar o direito de defesa e a proteção de inocentes.

A mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi ocasionada pelos inúmeros casos de reconhecimento fotográficos equivocados que levaram inocentes a prisão após mero apontamento a fotografia desses em sede policial e posterior ratificação em juízo.

O presente trabalho trouxe a análise da forma mais comum que esses reconhecimentos fotográficos são realizados em sede policial, os chamados “álbuns de suspeitos”. Os referidos

³⁸ MATIDA, op. cit., nota 31.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ CECCONELLO; MATIDA, op. cit., p. 431.



álbuns são compilados de imagens fotográficas pelos quais as vítimas e testemunhas são convidadas a proceder ao reconhecimento do agente de um determinado delito.

Contudo, conforme fora abordado, a prática do reconhecimento pelos “álbuns de suspeitos” é eivada de vícios que compreendem desde o modo obscuro e arbitrário como as fotografias são selecionadas até o sugestionamento realizado no momento da apresentação ao indivíduo que realizará o reconhecimento.

Ademais, é inegável que a utilização do “álbum de suspeitos” como forma de reconhecimento de pessoas acaba por dar ensejo a uma seletividade penal, a julgar pelos estudos e estatísticas realizados que esclarecem que a maioria dos indivíduos reconhecidos por meio de fotografia são negros, jovens e periféricos.

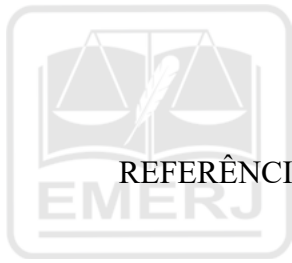
Constata-se que os reconhecimentos equivocados são, em muitas ocasiões, produto das falsas memórias geradas pela contribuição de variáveis que afetam o testemunho. A diminuição dessas variáveis é um meio de redução de erros judiciários, cabendo sempre ao julgador ponderar pela possibilidade da ocorrência de falsos testemunhos.

Essa ponderação cabe ao fato de que as provas dependentes da memória humana são excessivamente valorizadas pelos órgãos julgadores, os quais tendem a desconsiderar a necessidade de produção de provas mais robustas e acabam por condenar cidadãos sem dispor do conteúdo mínimo de prova – *standard* probatório.

Sem embargo, cabe a ponderação de que o reconhecimento fotográfico pode ser um caminho às dificuldades encontradas pelos órgãos de persecução penal em proceder ao reconhecimento presencial, desde que sejam observados os requisitos mínimos de forma que não haja sugestionamento, restando sempre assegurada a presunção de inocência.

As garantias do indivíduo investigado ou acusado jamais podem ser desprezadas e, quando o tema é respaldado no Direito Processual Penal, não se pode abandonar a premissa de que forma é garantia.

Nesse sentido, o reconhecimento fotográfico, se realizado em respeito as garantias e observado o procedimento legal, acrescido de métodos que melhorem a qualidade das imagens, pode se mostrar como uma solução à redução de erros judiciários, mas nunca a simplificação da condenação de inocentes.



REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão a partir da psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, nº 2, 2018.

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>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886*. Relator: Ministro Rogério Schietti. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses. Edição nº 105*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11353/11482>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

CECCONELLO, William Weber; MATIDA, Janaina. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Brasil, v. 7, nº 1, 2021.

CONDEGE. *Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico*. Disponível em: <<http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoese-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>>. Acesso em: 10 set. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. *Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2)*. Limite Penal, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte>>. Acesso em: 7 set. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes; MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patrícia. *O reconhecimento de pessoas e o papel do delegado na condução das investigações*. Academia de polícia, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-15/academia-policia-reconhecimento-pessoas-papel-delegado-conducao-investigacoes>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MATIDA, Janaina. *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Disponível em: <https://www.academia.edu/39554898/MATIDA_Standards_de_prova_A_modéstia_necessária_a_juízes_e_o_abandono_da_prova_por_convicção>

>. Acesso em: 7 set. 2021.

_____; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, Alexandre da Rosa, NARDELLI, Marcella Mascarenhas, LOPES JÚNIOR, Aury. e HERDY, Rachel. *A prova de reconhecimento de pessoas não será mais a mesma*. Limite Penal, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. *O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal*. Limite Penal, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal>>. Acesso em: 10 set. 2021.

MOTA, Camila Veras. *'Fui preso após foto do meu Facebook ir parar em álbum de suspeitos'; polícia prende inocentes com base em reconhecimento fotográfico falho*. BBC Brasil, São Paulo, 13 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58119703>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

PEREZ, Beatriz. *Absolvido violoncelista preso por reconhecimento fotográfico em setembro de 2020*. O Dia, Rio de Janeiro, 9 jun. 2021. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2021/06/6163981-absolvido-violoncelista-preso-por-reconhecimento-fotografico-em-setembro-de-2020.html>>. Acesso em 30 ago.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

VIEIRA, Antonio. *Os perigos do reconhecimento de pessoas via redes sociais*. Opinião, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/vieira-perigos-reconhecimento-pessoas-via-redes-sociais>>. Acesso em: 3 set. 2021.



ADESÃO PELO DIREITO BRASILEIRO AO SISTEMA DE PRECEDENTES À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O APRIMORAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA E CELERIDADE DO JUDICIÁRIO

Marcelle Menezes Silva.

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho desenvolve o tema dos precedentes no direito brasileiro. Derivado do sistema romano de direito, a base do sistema jurídico brasileiro é o *civil law*. Todavia, uma mudança gradual veio se instando, na qual os precedentes e a jurisprudência entram cada vez mais em cena e aos poucos atenuam o sistema brasileiro da primeira concepção, mais recentemente exemplificado pela introdução, no Código de Processo Civil de 2015, de uma variedade de precedentes vinculantes. Este uso de casos anteriores no sistema normativo aproxima os sistemas de *civil* e *common law*, exigindo um domínio de técnicas que não eram habituais no cotidiano do jurista brasileiro. O objetivo deste artigo é colaborar na análise e crítica da utilização de precedentes no sistema judiciário brasileiro, suas formas, técnicas e hipóteses de aplicação, destacando a nova perspectiva que gradualmente vem sendo adotada de forma positiva nos tribunais.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Direito Constitucional. Sistema de precedentes. vinculação.

Sumário – Introdução. 1. A aproximação entre o sistema romano-germânico e *common law*. 2. A (nova?) experiência do Brasil com o sistema de precedentes. 3. Bônus e ônus da aplicação correta dos precedentes na justiça brasileira. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo enfoca a temática da maior utilização dos precedentes judiciais, vislumbrando a sua correta aplicação como forma de garantir a segurança jurídica e o acesso à justiça, bem como auxiliar a confiança e consistência no Poder Judiciário, sendo uma ferramenta para um sistema mais célere e isonômico.

Trata-se de mudança, respaldada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Civil de 2015, no *status quo* conferido ao precedente no sistema jurídico brasileiro – filiado à escola do *civil law*, no qual as decisões são fonte secundária do direito, não sendo conferida eficácia vinculante às mesmas, priorizando-se o positivismo – que, com a influência cada vez maior do sistema do *common law* com o uso frequente de precedentes e jurisprudência ganhando preponderância na resolução da lide, distancia-se, aos poucos, da rígida tradição romana.



Com esta ascendência dos precedentes, há uma certa preocupação na doutrina brasileira em relação à aplicação dos mecanismos trazidos na prática, com um eventual engessamento do direito e desrespeito de valores constitucionais do juiz natural e livre acesso à justiça. No entanto, é possível que correta adoção ao uso de precedentes vinculantes no sistema judiciário brasileiro traga uma maior celeridade, economia processual e segurança jurídica, princípios também garantidos pela Constituição. À vista disso, é necessária a análise da eventual força de aplicação de precedentes no sistema jurídico brasileiro, com o objetivo de compreender o funcionamento neste âmbito.

Dessa forma, inicia-se o primeiro capítulo pela análise da aproximação entre o sistema jurídico brasileiro, que tem sua origem no sistema *civil law*, com o sistema *common law* pelos mecanismos inseridos na Constituição de 1988 e no Código de Processo Civil de 2015.

Em seguida, apresenta-se o segundo capítulo, que foca na experiência do direito brasileiro na aplicação dos precedentes, focando principalmente nos novos dispositivos inseridos no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, o terceiro capítulo aponta os benefícios da adesão a um sistema de precedentes pelo ordenamento jurídico brasileiro, defendendo que a correta aplicação de precedentes asseguraria maior eficácia do Judiciário.

O sucesso da ideia da utilização precedentes vinculantes poderá significar a renovação de métodos hermenêuticos, a intensificação do desenvolvimento judicial do Direito, uma melhor seleção das questões que efetivamente demandam debate mais profundo pela Corte Constitucional, a consolidação do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e a intensificação de sua força normativa.

Este artigo objetiva, portanto, através de pesquisa qualitativa pelo método hipotético-dedutivo, discutir no que consiste a adesão ao sistema de precedentes conforme preceituado no Código de Processo Civil de 2015, explicitando as vantagens da aplicação desta fonte de direito no sistema jurídico brasileiro bem como as formas corretas de utilização, que pode ser um instrumento facilitador para o âmbito jurídico.

1. A APROXIMAÇÃO ENTRE O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO E O *COMMON LAW*

No direito ocidental, há a divisão entre duas escolas de pensamento quando se refere às fontes de direito – principalmente à jurisprudência - e sua eventual força normativa.



O sistema romano germânico, vulgo *civil law*, é um sistema considerado positivista por muitos, posto que a Lei é a principal fonte de direito, sendo as regras jurídicas procuradas em um corpo de normas pré-estabelecidas. Predominante na Europa continental e em países de sua colonização, como o Brasil, este sistema utiliza a norma geral em sua forma concreta e abstrata, que permite a abrangência de casos futuros, partindo a sua aplicação do geral para regulação da situação particular, através de um raciocínio dedutivo. Pelo princípio no geral para posterior adequação ao *sui generis*, ordinariamente não há uma vinculação da decisão judicial em casos futuros¹, tendo esta então papel secundário como fonte do direito, sendo tida como mero papel influenciador de compreensão, eficácia meramente persuasiva.

No sistema de *common Law*, em geral adotado por países de colonização anglo-saxã, a função do precedente adotada é paradoxal ao do anteriormente citado sistema romano germânico: o direito é predominantemente costumeiro, originário de regras não escritas, bem como jurisprudencial – respeitando as regras estabelecidas pelos juízes anteriormente – tendo as decisões judiciais efeito erga omnes, isto é, produzem efeitos vinculantes e gerais, sendo a norma de direito a extração de uma decisão concreta anterior aplicada por indução à conflitos similares, através da compreensão dos fatos relevantes ao problema particular.

Este sistema é menos voltado à produção de resultados abrangentes imediatos, com o uso da lei como fonte de direito sendo menos frequente. A distinção primordial entre este sistema e o de tradição romano-germânica é a *doctrine of stare decisis*², cuja obrigatoriedade e hierarquia dos precedentes concedem a estes força mandatória, assumindo assim uma eficácia normativa quanto aos casos posteriores similares.

Sobre os sistemas, o Ministro Luiz Fux disserta:

¹ Todas as decisões judiciais produzem efeitos vinculantes. Quando tais efeitos obrigam apenas às partes do caso concreto, afirma-se que os efeitos são vinculantes e interpartes; quando a orientação firmada em um julgado tem de ser observada nos demais casos futuros e idênticos, afirma-se que produzem efeitos vinculantes e gerais (erga omnes). Entretanto, o jargão jurídico vem utilizando a expressão efeito ou precedente vinculante para referir-se a esta segunda categoria de precedentes, cujos efeitos obrigatórios ultrapassam o caso concreto e equivalem aos efeitos dos *binding precedents* do *common law*. Trata-se de uso menos técnico, porém consolidado na comunidade jurídica. Por essa razão, a menção a efeitos ou a precedentes vinculantes neste trabalho designará sempre aqueles entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro. V., neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 160-161 e 235-248.

² Sem muito se aprofundar no conceito, o instituto do *stare decisis* pode ser conceituado como um precedente de vinculação obrigatória que deve ser respeitado pelos órgãos hierarquicamente inferiores ao que proferiu a decisão virada norma. V., neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.87.: “O *stare decisis*, portanto, mostra-se como uma forma distinta de restrição por precedente. Sob a doutrina do *stare decisis*, uma Corte deve decidir as questões da mesma forma que ela decidiu no passado, mesmo que os membros da Corte tenham mudado, ou ainda que os mesmos membros tenham mudado de ideia. Tanto quanto o precedente vertical, o *stare decisis* – precedente horizontal – trata de seguir as decisões dos outros.”

O direito romano-germânico tem por características a contratação de juízes profissionais, códigos jurídicos, escritura processual, multiplicação dos atos do processo, proliferação de recursos e produção probatória centrada na figura do juiz. Por outro lado, o *common law* confere ênfase aos júris, princípios jurídicos abstratos, oralidade no processo, concentração de atos processuais, reduzidas oportunidades para recursos e produção probatória a cargo das partes primordialmente.³

Todavia, apesar de origens e características distintas, as recentes ordens jurídicas passam por um momento de óbvias transformações, conforme explica Thomas da Rosa de Bustamante:

Durante séculos, foram propagandas as ideias de total separação entre as tradições *civil law* e *common law*. Apesar de até os dias de hoje alguns estudiosos entenderem que existe uma rígida separação entre essas duas tradições, concordamos com aqueles que vislumbram uma gradual fusão de tradições.⁴

A prevalência da democracia, a globalização – que com ela, trouxe as relações internacionais e seus compromissos – e a alta efemeridade gregária aumentaram a produção de codificações em países que tipicamente aderiam ao *common law*.

Esta aproximação entre os sistemas também é percebida nos países aderentes ao *civil law*, que ao se deparar, entre outros motivos, com a demora na prestação jurisdicional – seja ela causada por falta de pessoal ou excesso de processos – e a falta de segurança jurídica, inclinou-se a proferir maior força normativa aos precedentes proferidos pelas cortes constitucionais, quando antes estas apenas amparavam a compreensão da lei. Conforme preceituado por Luiz Guilherme Marinoni:

Não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Como o direito passou a depender da conformação da lei à Constituição, a jurisdição passou a ter a incumbência de controlar a validade da lei a partir dos direitos fundamentais e, mais ainda, de buscar a interpretação conforme a Constituição, numa atividade de preservação da lei mediante o afastamento das interpretações inconstitucionais.⁵

Nesse sentido, Marinoni também afirma:

³ FUX, Luiz. Bodart, Bruno. O Novo Código de Processo Civil: Superando as Fronteiras entre Common Law e Civil Law. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, n.21, maio, jun, jul, ago, 2019, p. 119-120.

⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 158.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente interpretativo como resposta à transformação do civil law*. Conferência proferida na Universidade de Girona, Espanha em janeiro de 2015, p. 6.



A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais⁶

Ou seja, os sistemas de tradição romano-germânica estão passando por um processo em que o Poder Judiciário não é apenas o aplicador cego das leis do Poder Legislativo, mas sim o guardião de preceitos essenciais elencados em suas leis maiores, realizando esta função através da vinculação de suas decisões interpretativas.

Há de se aproveitar a oportunidade, nesta veia de pensamento, de se esclarecer que atualmente os precedentes judiciais no direito brasileiro, podem produzir três espécies de eficácia⁷: meramente persuasiva, normativa e intermediária.

A eficácia meramente persuasiva, de raiz romano-germânica, é fonte secundária do direito, sendo somente relevante para estro, interpretação, arguição e persuasão do magistrado, produzindo efeitos restritos as partes e feito específicos à decisão, porém sua constância forma jurisprudência consolidada dos tribunais.

A eficácia normativa, de raiz do sistema *common law*, é fonte primária do direito, vinculante e geral, devendo necessariamente ser aplicada pelas demais instâncias – cabendo reclamação em caso de não observância – e, como já ressaltado antes, proferida em sede concentrada de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal;

A eficácia intermediária é residual por, apesar da imposição de produzir efeitos *erga omnes* – seja por atribuição do próprio ordenamento, ou por determinação do próprio direito – em suas decisões, esta não admite reclamação em caso de afronta à sua abrangência, o que retira a força de sua vinculação. Segundo Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso: “Abriga, por isso, decisões judiciais com efeitos heterogêneos que produzem efeitos impositivos em diferentes graus.”⁸

Desde o advento da Constituição da República Federativa de 1988, é notório o passo que se firmou tanto quanto à fusão dos sistemas *de civil* e *common law*, como quanto a

⁶ Id. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009, p. 38.

⁷ Esta classificação encontra base em MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. op. cit., p. 61-112.

⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*. p.14. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2021.



afirmação deste citado modelo misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil e seus consequentes tipos de eficácia.

Esta adesão ao sistema de precedentes com efeitos vinculantes e gerais, tipicamente da tradição *common law*, que como dito é claramente vista crescendo o Brasil desde a Constituição Federativa de 1988, abriu portas para culminação da evolução do papel da jurisprudência no Brasil através do recente e vivaz exemplo o Código de Processo Civil de 2015.

2. A (NOVA?) EXPERIÊNCIA DO BRASIL COM O SISTEMA DE PRECEDENTES

Como anteriormente já ressaltado, a trajetória na evolução da adesão do sistema de precedentes pelo direito brasileiro, marcada em um passo célere desde a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, culminou no advento da Lei nº 13.105, vulgo Código De Processo Civil de 2015.

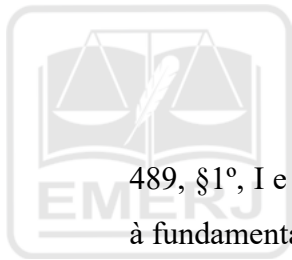
Esta nova ordem processual constituiu uma sistemática ampla de precedentes vinculantes, inclusive se conjecturando a produção de julgados com tal eficácia (normativa) não somente pelos tribunais superiores, mas também pelos de segunda instância. Esse sistema de precedentes é discernido, entre outros, nos artigos 926 a 928 desta codificação.⁹

O artigo 926 comanda os deveres dos tribunais em relação ao sistema de precedentes, podendo ser ressaltados os de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência para com a jurisprudência própria, permitindo o funcionamento irrestrito do sistema de precedentes.

O artigo 927, por sua vez, enumera precedentes vinculantes – seu inciso III trazendo inovação pelo próprio CPC de 2015, sendo pormenorizado pelo art. 928, que determina que decisões de casos repetitivos os proferidos em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos especial e extraordinário repetitivos¹⁰ – antevê a viabilidade de audiências públicas, da atuação de *amicus curiae* em processo de superação do precedente e expande o escopo do instituto da reclamação para assimilar explicitamente a eventualidade de parecer que não utiliza o precedente vinculante. Neste artigo também se faz referência ao artigo

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 01. set. 2021.

¹⁰ “O incidente de resolução de demanda repetitiva corresponde a um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo que pode ser instaurado em segundo grau de jurisdição. O incidente de assunção de competência possibilita que o julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em diferentes processos, seja apreciado por órgão específico, indicado pelo regimento interno do tribunal. Em ambos os casos, as decisões proferidas em segundo grau produzirão efeitos vinculantes” MELLO; BARROSO, op. cit., p.12.



489, §1º, I e II, deste mesmo diploma processual, que condiciona a aplicação dos precedentes à fundamentação.

Esta regulação consignada aos artigos 926 e 927 salientou uma série de possibilidades, sendo a principal delas o potencial de um Poder Judiciário mais equânime, cuja ênfase na segurança jurídica abarca tanto a coesão de pareceres, evitando assim o que a doutrina convencionou como “jurisprudência lotérica”¹¹, quanto rapidez e eficácia na prestação jurisdicional.

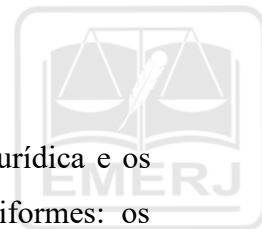
Outro ponto que necessita ser ressaltado é o âmbito da eficácia dos precedentes judiciais, já que houve significativa mudança comparativamente do código anterior para o atual: à luz do CPC/1973, os precedentes providos de força normativa eram raros, sendo em geral apenas para mero convencimento, enquanto no Código vigente, apesar das decisões proferidas por juízos de primeiro grau e acórdãos dos tribunais sem incidência de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência continuarem dotadas de eficácia meramente persuasiva, nota-se uma amplificação da eficácia normativa em sentido forte através dos institutos da súmula vinculante, pareceres emitidos em controle concentrado de constitucionalidade e em sede de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos – sejam eles extraordinários ou especiais – e orientações advindas de incidentes de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência, podendo decisões em contrário serem cassadas por meio do instituto de reclamação.

O Código Processual Civil de 2015 se baseou no direito estrangeiro para adequação e definição de suas categorias, causando, portanto, uma grande semelhança a estas. Com a definição do escopo de teor vinculante do precedente – que deve ser observado pelas demais instâncias – sendo a tese jurídica consignada pela corte no momento da decisão, fixou-se uma definição de tese jurídica que encontra apercebida confluência à definição de *ratio decidendi*¹².

Sobre a constituição de tese jurídica, Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso definiram como “descrição da interpretação constitucional produzida pela Corte como uma

¹¹ “A ideia de jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por suas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.” CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr, 2001. p. 110.

¹² Brevemente, a *ratio decidendi* ou *holding* (termo utilizado na tradição *common law*), de acordo com Patrícia Perrone, é o elemento do precedente que encontra considerável divergência doutrinária a respeito do seu conceito e método adequado para identificar as “razões de decidir”. A autora reconhece o viés normativo da *ratio decidendi* indicando que “ora caracterizada como regra emergente dos fatos de uma demanda, ora como o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir, ou como comando para a solução do caso.” V. nesse sentido, MELLO, op. cit., p.188.



premissa necessária à decisão”.¹³ É importante, no entanto, a distinção de tese jurídica e os próprios fundamentos da decisão, posto que apesar de conexos, não são pariformes: os fundamentos da decisão são os elementos demonstrativos da similaridade dos casos para fins de aplicação da mesma tese jurídica, que é a interpretação da lei de certa forma que foi causada por estes fundamentos. Inclusive, o código atual prevê, no dispositivo do art. 979, a necessidade da inclusão dos fundamentos determinantes e dispositivos relacionados à tese jurídica, ao registrar eletronicamente estas no cadastro de julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, ou seja, tese e motivos determinantes são conceitos diferentes.

Estas definições estão em conformidade com a concepção do CPC/2015 em relação à comparação das lides com base nos seus fatos relevantes, suas questões de direito e nos motivos pertinentes para o confronto e resposta destas perquisições. Neste ponto, expõe Fredie Didier Jr:

Não há mais como reportar suficiente a fundamentação de um ato decisório que se limita a repetir os termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É preciso (e exigível) que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso (e igualmente exigível) que ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.¹⁴

Como consequência, qualquer dissimilaridade em um destes quesitos impede a aplicação do precedente, posto que este somente deve ser aplicado em casos posteriores que versem sobre mesma questão jurídica e fundamentos aplicáveis ao primeiro. Nos casos de não aplicação por divergência, conduz-se a distinção entre os casos, como anteriormente já conceituado.

Esta transição relativa à adoção de categorias similares ao direito estrangeiro – mais especificamente, ao sistema de *common law* – e à potencialidade dos precedentes advinda do Código Processual Civil de 2015 demonstra que, apesar de sua raiz no sistema de *civil law* e dos desafios que envolvam a adaptação do ordenamento jurídico, o direito brasileiro está empenhado a caminhar em direção à adesão de um sistema amplo de precedentes normativos. No entanto, o passo dado pelo CPC é apenas o primeiro, conforme alerta Ravi Peixoto:

¹³ MELLO; BARROSO, op. cit., p.30-31.

¹⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. 10. ed. V.2. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 470.



O operador do direito nacional deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Será um caminhar paulatino, com a estabilização dos posicionamentos dos tribunais superiores, o respeito a eles pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e também pelos criadores dos próprios precedentes, a própria forma de argumentação, que passa a ter os precedentes como um ponto mais relevante etc. Enfim, a alteração normativa é apenas o primeiro passo.¹⁵

Deveras, para eficaz execução de um sistema de Precedentes Judiciais, é necessário o conhecimento e adesão por parte dos operadores do direito de seus conceitos e técnicas de aplicação, visto que eles que efetivamente irão utilizá-las.

Todavia, a teoria dos precedentes é estranha à grande parte dos que deveriam ser seu público-alvo, apesar de institutos firmados: o motivo deste desconhecimento é a falta de desenvolvimento teórico acerca dos conceitos e modalidades de utilização quando da concepção destas regras que valorizam o uso desta serventia. Com isto, há uma multitude de pleitos cujas conjecturas são análogas, porém tem pareceres discrepantes pela não observância à jurisprudência, alteração desta com brevidade, ou a utilização de baseamento em argumentos que não deveriam ser levados em consideração como parte dos motivos de decisão. Como dito por Fredie Didier Jr.: “Não se pode admitir como isonômica a postura de órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega à conclusão distinta¹⁶”.

Ressalta-se como exemplo o instituto do recurso especial com base em dissídio jurisprudencial, suscitado pela Constituição Federal, que demonstra que não havia anuência à divergência jurisprudencial mesmo antes da implantação do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, a não utilização deste e dos outros institutos jurisprudenciais confirma que, na prática, o que se ainda se vê no direito brasileiro são decisões individuais, com variedade de soluções, para casos afins. Nesta acepção, Dioclécio Salomão:

O problema da incerteza macula a atuação dos tribunais superiores no Brasil. Tornou-se comum encontrar decisões em sentidos diametralmente opostos proferidas por uma mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça. Pior, tais decisões são tomadas sem haver qualquer preocupação em justificar os posicionamentos conflitantes¹⁷

¹⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.122.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. *Decisão em controle concentrado de constitucionalidade*. Reclamação por desrespeito ao dispositivo e ao precedente. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-168>>. Acesso em: 30. ago. 2021.

¹⁷ CARNEIRO, Dioclécio Salomão. Precedentes no Direito Brasileiro: Precedentes, instrumento eficaz para alcance da justiça efetiva. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 05, Ed. 07, V. 01. Julho de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-brasileiro>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-brasileiro. Acesso em: 30. ago. 2021.



A concreta aderência ao sistema de precedentes pelo direito brasileiro teria condão de resolver esta e outras falhas, que em geral são elencadas ao Judiciário brasileiro, sendo duas entre outras destas interligadas¹⁸ em sua causa: a demora na prestação jurisdicional e a perda de qualidade das decisões, ambas decursiva do crescente número de casos a serem julgados pelo Judiciário, posto que com o volume há o congelamento do aparelho judicial, e para sanar este, há uma pressa na tomada de decisão, que resulta muitas vezes em falta ou insuficiência de fundamentação, o que definitivamente seria sanado com a aplicação correta dos precedentes na justiça brasileira.

3. BÔNUS E ÔNUS DA APLICAÇÃO CORRETA DOS PRECEDENTES NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Para uma efetiva adesão ao sistema de precedentes vinculantes, corrigindo assim alguns dos principais óbices do sistema judiciário, é necessária a observância – e, de certa forma, uma releitura da Constituição no que tange a estes – dos princípios que a este sistema são intrínsecos, como o de isonomia e da segurança jurídica.

O princípio da isonomia, ou da igualdade, é elemento inafastável do Estado Democrático de Direito e aplicável em sede dos três poderes, não podendo o administrador ferir-lo em sua regulamentação, o legislador não o observar na edição de leis nem o Judiciário ignorá-lo em suas aplicações – sejam elas o tratamento igualitário das partes, ou o tempo de proferir suas decisões. Este princípio, elencado como garantia fundamental no artigo 5º, caput, da Lei Maior¹⁹, deve ser compreendido não apenas em seus aspectos formal, de igualdade perante a lei, e material – cuja definição atribuída à Aristóteles ainda hoje se destaca: “Devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.” – mas reanalisado, necessitando a interpretação de lei no citado artigo considerar não apenas em *strictu sensu*, mas extensivamente, *lato sensu*, como normas jurídicas em geral, para englobar a aplicação do direito. Nesse sentido, também ensina Almicar Carneiro Júnior:

A desigualdade profunda e persistente verificada na sociedade brasileira esgarça laços sociais, causa invisibilidade, demonização e imunidade, prejudicando o respeito aos

¹⁸ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016., p.4.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01. set. 2021.

parâmetros do Estado de Direito. Estará potencializada se for levada para o processo, oferecendo decisões desiguais para situações iguais.²⁰

Sob o mesmo ponto de vista, Luiz Guilherme Marinoni:

A igualdade não pode limitar-se no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais.²¹

Nesta ótica, entra-se no viés de uniformização e respeito da jurisprudência para salvaguarda de sua constância, coesão e lisura – na forma do anteriormente já discorrido art. 926, do CPC – pontos estes que também são elencados pelo princípio da segurança jurídica, pelo vértice de proteção da confiança.

O princípio da segurança jurídica, apesar de não expresso pela Constituição Federal, pode ser deduzido através da leitura interpretativa de alguns dos artigos enumerados no dispositivo de garantias fundamentais da Constituição, posto que necessários à estabilidade e conservação da ordem jurídica²².

A constância de que se trata a segurança jurídica, relacionada ao respeito aos precedentes, não é apenas ligada ao passado, mas também à previsibilidade das decorrências jurídicas de determinadas posturas²³, para que o indivíduo possa se portar de acordo com o resultado que se espera obter. Esclarece este ponto J.J. Gomes Canotilho:

As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.²⁴

²⁰ CARNEIRO JÚNIOR, Almicar. *A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. p. 334.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 228

²² *Ibid.*, p. 120.

²³ Nesse sentido, ensina Fredie Didier Júnior: “É exatamente nesse contexto que a segurança jurídica precisa ser repensada. Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas às situações consolidadas, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente.” DIDIER JR, op. cit. p. 470.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 264.



Ambos os princípios abordados, em conjunto com a eficiência, justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos²⁵: a observação compulsória das diretrizes instituídas pelas cortes aumenta a presciência das decisões jurídicas, com o resultado destas decisões podendo ser facilmente antecipado.

Nesse sentido, ensinou Elpídio Donizetti a respeito da temática da adesão a um sistema de precedentes pelo direito brasileiro, refletindo a expectativa de que a completa adesão ao sistema de precedentes de força normativa pelo direito brasileiro ajudaria a formar um Judiciário mais coeso e forte:

As técnicas que valorizam os precedentes judiciais e, conseqüentemente, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça. O processo deve estar aberto ao diálogo e à troca de experiências. Não se pode cogitar em Estado Democrático de Direito sem um ordenamento coerente. A função e a razão de ser dos nossos tribunais é proferir decisões que se amoldem ao ordenamento jurídico e que sirvam de norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário. A adoção dos precedentes não significa, portanto, “eternização” das decisões judiciais. O juiz deverá continuar a exercer o seu livre convencimento e a agir conforme a sua ciência e consciência, afastando determinada norma quando ela não for capaz de solucionar efetivamente o caso concreto. Tudo vai depender da motivação. É através dela que se avaliará o exercício da função jurisdicional e, conseqüentemente, a eficiência do sistema de precedentes adotado pelo Novo Código de Processo Civil.²⁶

Logo, com o acatamento aos precedentes, forma-se um quesito objetivo e pré-determinado de parecer que impulsiona a segurança jurídica, que ao consignar decisões equivalentes a casos similares, ao mesmo tempo diminui a possibilidade de discrepância no Judiciário como um todo, assegurando assim a isonomia, também diminui a necessidade de análises individuais extensas, minimizando a sobrecarga vivenciada pelas Cortes, aumentando a rapidez da prestação jurisdicional e promovendo, portanto, a eficácia. Dessa forma, a adesão

²⁵ V., nessa linha: voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Reclamação 4335, rel. Min. Gilmar Mendes. Cf., ainda: MELLO, Op. cit., p. 69-74; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: Civil Law e Common Law. *Revista de Processo*, v. 172, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009, p. 121; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121-126; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-673; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Jurisprudência Instável e seus Riscos: a Aposta nos Precedentes vs. uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 433-471.

²⁶ DONIZETTI, Elpídio. *A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446> >. p. 28-30. Acesso em: 01 set. 2021.



ao sistema de precedentes vinculantes é imperiosa para um mais coeso, compreensível e, no fim, superior sistema jurídico.

CONCLUSÃO

O artigo enfocou, portanto, a temática dos precedentes judiciais conforme preceituado pelo Código de Processo Civil de 2015, vislumbrando a sua correta aplicação como forma de garantir a segurança jurídica e o acesso a justiça, bem como auxiliar a confiança e consistência no Poder Judiciário, ressaltando-se assim as vantagens da positiva implementação da adesão ao sistema de precedentes pelo direito brasileiro.

Existe uma nova perspectiva que vem sendo lentamente adotada no sistema judiciário brasileiro quanto à utilização e força das fontes de direito. Essa mudança paulatina refere-se à força que é conferida ao precedente no sistema jurídico brasileiro: filiado à escola do Civil Law, as decisões anteriores eram fonte secundária do direito, não conferindo a elas eficácia vinculante, priorizando assim o positivismo.

No entanto, com a gradual mudança na distribuição de força das fontes de Direito, respaldada pela Constituição de 1988, houve aproximação entre o modelo dos sistemas romano-germânico e o *common law*, com os precedentes e jurisprudência adquirindo cada vez mais importância no sistema jurídico brasileiro pela influência deste último modelo, sendo possível sustentar esta aproximação com fundamentos jurídicos sólidos, levando em conta os mecanismos inovadores inseridos na Constituição Federal de 1988.

Ademais, com as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 - tomando como exemplo o mecanismo de incidência de demandas repetitivas e a força *erga omnes* conferida a estes e às decisões de repercussão geral tomadas pela Suprema Corte - é ainda mais nítida a culminação desta aproximação entre os sistemas.

Os artigos ressaltados dessa referida legislação na pesquisa demonstram, sem dúvidas, que o uso dos precedentes judiciais está positivado na codificação brasileira, faltando apenas, por vezes, a consolidação prática deste uso por parte de alguns operadores jurídicos mais reticentes. Ou seja, o desconhecimento e o receio de um engessamento do direito por parte desses operadores dificultam a utilização deste sistema, o que por sua vez é óbice à efetiva adesão ao sistema de precedentes vinculantes pelo direito brasileiro.

Entretanto, como visto amplamente no próprio sistema judiciário brasileiro, a positiva adesão ao uso de precedentes vinculantes, com seu uso ganhando preponderância na resolução da lide, garante efetivas vantagens: é um método para alívio de um sistema abarrotado de lides



com temáticas similares – e que tem, de maneira inversamente proporcional, poucos prestadores e auxiliares para lidar com essas demandas - visto que esse sistema auxilia a resolver a morosidade do judiciário, efetiva a isonomia, estabilidade e previsibilidade, quanto ao acarretamento de uma rapidez maior na prestação jurisdicional, conjuntamente com uma maior eficácia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01. set. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01. set. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, abr, 2001.

CARNEIRO JÚNIOR, Almicar. *A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARNEIRO, Dioclécio Salomão. Precedentes no Direito Brasileiro: Precedentes, instrumento eficaz para alcance da justiça efetiva. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 05, Ed. 07, V. 01. Julho de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-brasileiro>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-brasileiro. Acesso em: 30. ago. 2021.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. 10. ed. V.2. Salvador: JusPodvm, 2015.

_____. *Decisão em controle concentrado de constitucionalidade. Reclamação por desrespeito ao dispositivo e ao precedente*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-168>>. Acesso em: 30. ago. 2021.

DONIZETTI, Elpídio. *A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: < <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446> >. Acesso em: 01. set. 2021.



FUX, Luiz. Bodart, Bruno. O Novo Código de Processo Civil: Superando as Fronteiras entre Common Law e Civil Law. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, n.21, maio,jun,jul,ago, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.49, 2009.

_____. *O precedente interpretativo como resposta à transformação do civil law*. Conferência proferida na Universidade de Girona, Espanha em janeiro de 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 30. ago. 2021.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.



LAWFARE: A UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS JURÍDICOS PARA FINS POLÍTICOS E O CONSEQUENTE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA

Marcio Pinto dos Santos Júnior

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – diante das inúmeras modificações na sociedade, em paralelo, o homem aprimorou os seus instintos para a sobrevivência, dentre eles: estratégias e táticas para a guerra. Nesse sentido, cabe registrar que, em dado momento da história, os combates eram com o uso da força bruta (física). Contudo, com o desenvolvimento de métodos científicos, a força física foi substituída por ferramentas, em tese, menos desgastantes e mais astutas e danosas. Dessa forma, esse trabalho visa a apresentar o instituto do *lawfare*. O uso desvirtuado da norma, como arma de guerra, para obtenção de interesses políticos de um indivíduo ou grupo e as possíveis consequências colaterais, como, por exemplo: a ruptura ou enfraquecimento da democracia.

Palavras-chave – Arma de guerra. *Lawfare*. Enfraquecimento da democracia.

Sumário – Introdução. 1. Das Leis, do Estado Democrático de Direito e do *Lawfare*. 2. Do Papel da Mídia e a Repercussão Jurídica, Social e Econômica do *Lawfare*. 3. *Lawfare* e o Consequente Enfraquecimento da Democracia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa ao estudo do instituto do *lawfare* sendo elaborado com o fim de contribuir no campo jurídico e acadêmico. Embora seja uma ferramenta bastante difundida na prática. Na teoria, há pouco conteúdo no ordenamento jurídico, bem como, ainda não há nenhuma espécie de regulação ou sanção acerca da utilização desse mecanismo.

No curso desse trabalho será possível observar que no primeiro capítulo foi desenvolvido um alicerce para auxiliar na compreensão de institutos importantes que fundamentam e regem o sistema democrático, bem como, uma abordagem conceitual acerca do *lawfare*.

No segundo capítulo, é realizada uma abordagem com base no importante papel da mídia para o êxito da utilização desse método e da potencialidade do *lawfare* de repercutir prejudicialmente nos âmbitos: jurídico, social ou econômico de um indivíduo, empresa ou Estado que é vítima dessa estratégia.

Adiante, no terceiro capítulo, é possível verificar os efeitos que o manuseio do *lawfare* tem para uma democracia. Conseguindo produzir um dano irreparável e capaz de



introduzir uma profunda crise financeira, política e civil.

Dessa forma, é saudável apontar que o *lawfare* consiste na conduta de utilizar o direito, de maneira estratégica, de modo a promover prejuízos e o aniquilamento do seu inimigo. Independente da geografia, da pessoa e do seu *status* (posição social).

O uso estratégico, dessa ferramenta, decorre da capacidade de análise e intenção daquele que tem o intuito de paralisar ou até mesmo erradicar o seu inimigo, por meio da utilização massiva das vias legais. Em outras palavras, na prática, trata-se: de denúncias, inquéritos, procedimentos administrativos, processos e entre outros.

Esse mecanismo possui a capacidade de adaptabilidade em qualquer geografia. A sua utilização é eficaz em âmbito micro ou macro; nacional ou internacional. É um armamento que embora seja sutil, quase sempre é letal.

O *lawfare* é um instituto plural, já que pode ser utilizado tanto em desfavor de pessoa física quanto de pessoa jurídica. Não há preferências. A sua eficácia é plena em qualquer condição e em desfavor de qualquer pessoa.

Independente da posição social e/ou da importância em determinado setor, da pessoa física ou jurídica, pública ou comum, na sociedade. É possível com o *lawfare* provocar desgastes jurídicos, econômicos e sociais tanto de pessoas quanto de Estados soberanos. Inclusive podendo influenciar em um isolamento e/ou linchamento da imagem do determinado sujeito, ao qual recaiu a qualidade de inimigo daquele que manuseia essa ferramenta.

Dessa forma, esse trabalho tem a finalidade de tratar de um assunto de elevada expressão, embora ainda seja pouco veiculado, discutido e analisado. Ademais, registre-se que o objeto central desse estudo é a subversão do uso do direito para fins políticos e o potencial perigo que essa ferramenta representa para o enfraquecimento e até mesmo a ruptura do sistema democrático.

O referido perigo em potencial, da utilização do *lawfare*, não consiste apenas na subversão do direito. Mas também ao judicializar questões sobre premissas vazias ou falsas como se verdadeiras fossem, abrindo espaço para o julgamento de fatos manipulados (*fake news*) para atingir determinado fim endoprocessual e extraprocessual.

Nessa caminhada, a grande mídia tem um papel fundamental nessa estratégia de combate. Já que se posiciona diante dos fatos e dos *players*: ampliando o alcance das consequências extraprocessuais; criando, em muitas ocasiões, um enredo tendencioso; conseguindo criar uma opinião pública equivocada e, em dados momentos, fomentando discursos de ódio direcionados em desfavor daquele que está sendo submetido a esse

mecanismo de guerra.

Nessa trilha, registre-se que esse trabalho também tem o intuito de tentar encontrar ou apontar um modo para efetuar o controle do exercício do *lawfare*, sem comprometer e/ou mitigar o princípio constitucional do acesso à justiça.

Logo, com base no exposto até aqui é possível compreender a relevância do estudo do referido tema para a sociedade, considerando-se os pontos que serão aqui enfrentados. Dessa forma é imperioso destacar que a pesquisa será elaborada por meio do método hipotético-dedutivo, já que se tem o condão de explicar o fenômeno do *lawfare* e o seu perigo à democracia, sob uma ótica interdisciplinar.

Também será utilizado o método bibliográfico, pois se pretende utilizar a bibliografia relacionada à temática em questão - legislação, doutrina e jurisprudência - para embasar os argumentos que serão desenvolvidos.

A abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será qualitativa. Nesse sentido, foram selecionados artigos, documentos, livros e trabalhos relacionados ao tema, como ferramentas de sustentação do que será defendido. Portanto, diante da exposição da síntese acerca da estrutura desse artigo, prossegue-se para o primeiro capítulo.

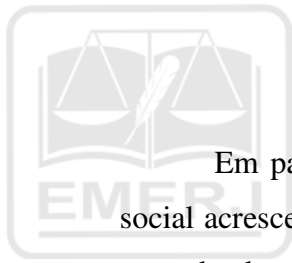
1. DAS LEIS, DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO *LAWFARE*

Inicialmente insta dizer que em dado momento da história, o ser humano decidiu viver em sociedade e abdicar de parte da sua liberdade, com o intuito de obter segurança. Dessa forma o Estado foi constituído para materializar esse desejo coletivo.

Nesse sentido, as leis foram criadas com a finalidade de reunir indivíduos que viviam outrora de maneira independente e exclusivamente em busca de seus próprios interesses. Nesse raciocínio, assim também, o conceituado escritor Cesare Beccaria¹, acerca dos sujeitos dessa época, afirmou que:

[...] Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. [...]

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 26-7.



Em paralelo, sob perspectiva parecida, o filósofo Rousseau² na sua obra do contrato social acresce que o Estado surge com a finalidade de combater a desigualdade, com base na vontade do povo (na chamada vontade geral ou coletiva) e construído sob fundamentos democráticos. Ademais, acrescenta que a referida vontade é que vai orientar a elaboração das leis.

Dessa forma, foi feito essa síntese para ingressar no tema da elaboração das leis. Nessa temática, Montesquieu³ sustenta a existência de duas espécies de leis: sendo a primeira àquela que rege a natureza e criada por Deus. Portanto, essa é perfeita, legítima, imutável e tem uma finalidade divina.

Por outro lado, já a segunda espécie de lei: é aquela denominada positiva e instituída pelos homens. Para Montesquieu⁴, esse debruçado nas ideias newtonianas, as leis são necessárias. Pois, assim como tudo na natureza é regido por leis – também deve haver leis para reger as relações humanas. Inclusive, nesse raciocínio indicou que a liberdade reside no direito de fazer aquilo que está previsto e permitido em lei.

Nessa temática, consoante o entendimento de Beccaria⁵ “[...] as leis emprestam sua força da necessidade de orientar os interesses particulares para o bem geral e do juramento formal ou tácito que os cidadãos vivos voluntariamente fizeram ao rei [...]”.

Portanto, é possível depreender nessas linhas gerais que as leis foram desenvolvidas para colocar ordem na sociedade; assegurar e delimitar os direitos e a liberdade de cada indivíduo; sustentar as bases do Estado e servir de elemento de conexão entre toda a coletividade. Ademais, nesse último ponto, Rousseau denominou esse fenômeno de contrato social.

Logo, superada a compreensão da essência das leis. É necessário avançar na temática, para abordar a ideia e importância do atual modelo de Estado adotado no Brasil. Embora o Estado desde a sua concepção até a presente data tenha experimentado inúmeras alterações. Esse trabalho vai se apoiar, apenas, em fazer breves considerações sobre o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, cumpre dizer que o Estado Democrático de Direito consiste na ideia de um Estado limitado pela constituição e pelas leis. A sua estrutura tem como esteio: a separação dos poderes; a soberania; os direitos fundamentais e a democracia. Contudo, por

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Pilares, 2013.

³ MONTESQUIEU, de Charles Luis. *Do Espírito das Leis*. V. 1. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

⁴ Ibid.

⁵ BECCARIA, op. cit., p. 29.



outro lado, o constituinte instituiu como fundamentos, nos incisos do artigo primeiro: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.⁶

Destarte, também destaque-se a importância do direito à liberdade para o referido modelo de Estado. Isso por a liberdade ser a base que, em regra, sustenta todas as relações, assim como serve de fundamento para a existência do Estado Democrático de Direito.

A ideia de a liberdade constituir fundamento de um Estado Democrático é obtida na concepção de democracia de Hans Kelsen⁷. Para o jurista e filósofo austríaco, a liberdade é um pressuposto elementar da democracia, ao lado da igualdade.

Logo, nesse sentido, com base em análise de um acontecimento histórico no Brasil (Ditadura ou Golpe Militar de 1964), que culminou na restrição e em algumas ocasiões na eliminação de determinadas liberdades, é possível considerar que o raciocínio utilizado por Hans Kelsen tem premissas sólidas.

Nessa senda, é saudável destacar que segundo o atual ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Alexandre de Moraes⁸. O Estado Democrático de Direito, consiste numa “[...] exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais [...]”.

Nessa trilha, o ilustre doutrinador José Afonso da Silva⁹ acresce também que o Estado Democrático foi construído com base no princípio da soberania popular e determina a participação plena do povo na coisa pública.

Dessa forma, ante ao desenvolvido acerca do Estado Democrático de Direito. É possível verificar a importância que a democracia tem no atual modelo de Estado, visto que, em tese, tem um viés muito mais participativo e inclusivo do que impositivo, em comparação a outros modelos de Estado existentes.

Logo, esse artigo também está revestido da pretensão de ressaltar os predicados do sistema democrático e contribuir para a sua defesa e manutenção; de modo a tentar evitar o seu desgaste, enfraquecimento ou ruptura diante de fenômenos ardis, que surgem, cada vez mais, com frequência. No caso dessa pesquisa, será abordado o fenômeno do *lawfare*.

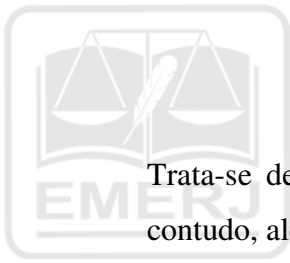
O *lawfare* se debruça na utilização do direito totalmente estratégico e é revestido da finalidade de provocar prejuízos e o extermínio daquele que é classificado como o inimigo.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 43.

⁹ SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 30, p. 66, dez. 1988.



Trata-se de um poderio bélico que não fica adstrito ou limitado a um espaço geográfico; contudo, alcança fluidez em qualquer território.

De acordo com bibliografias que abordam esse instituto, o responsável pela propagação do termo *lawfare* foi o major-general norte-americano Charles J. Dunlap Junior; ao se deparar com o uso do direito, como estratégia, com o intuito de impor perdas ou derrotas, na ocasião, aos Estados Unidos.

Nessa toada, é salutar destacar a ideia conceitual do *lawfare*, sobre a ótica do advogado e escritor, Cristiano Zanin¹⁰; o qual, segundo ele:

[...] o *lawfare* faz parte das formas não convencionais de guerras e de disputas militares, geopolíticas, políticas e até comerciais da atualidade que usam o Direito e as operações psicológicas de guerra para alcançar resultados ilegítimos. O *lawfare* é uma das formas de manifestação das “guerras híbridas” [...].

Portanto, prosseguindo nessa trilha com o amadurecimento conceitual de pontos fundamentais dessa obra. Percebe-se, nas entrelinhas, que há um entendimento predominante acerca da importância do direito para reger as relações.

Dessa forma, diante da importância social do direito, alguns, entenderam ser mais fácil subverter a essência e finalidade do direito para interesses particulares e fins ilegítimos; do que criar resistências para romper com essa estrutura.

Nesse sentido, em uma verdadeira operação militar, ao longo, desenvolveram um maquinário de potencial lesivo sem precedentes, no entanto, silencioso e sutil. Ao ponto de não provocar diretamente, quando em ação, uma mortandade de pessoas ou destruição de áreas geográficas, quando comparado a guerras em formatos tradicionais.

Porém, em que pese às características apontadas no parágrafo anterior. Essa arma de combate é completamente capaz de alcançar os objetivos: militares, políticos, comerciais e outros que forem definidos.

Nessa senda é interessante destacar parte dos ensinamentos de Sun Tzu¹¹, um estrategista que rompeu os tempos com a sua literatura, ao dispor sobre a arte da guerra. Segundo ele:

[...] Na arte da guerra, o melhor é manter o país inimigo intacto. O melhor é capturar o inimigo incólume ao invés de destruí-lo, capturar o regimento, uma divisão com alguns poucos homens ou uma companhia inteira. Aniquilar um exército inimigo é apenas a segunda melhor opção. Portanto, lutar e vencer em todas as batalhas não constitui o sucesso absoluto: o sucesso absoluto consiste em quebrar a resistência do inimigo sem precisar lutar. [...].

¹⁰ ZANIN, Cristiano et al. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 12.

¹¹ TZU, Sun. *A arte da guerra*. Tradução Fabio Kataoka. São Paulo: Pé da Letra, 2021, p. 21.



Nesse ritmo é oportuno registrar que a estratégia de guerra se materializa na subversão do direito por meio do *lawfare*, o qual consiste no exacerbado manuseio das vias legais: denúncias, inquéritos, investigações, procedimentos administrativos, processos e entre outros. Com a pretensão definida de alcançar fins ilegítimos.

Ademais, cabe destacar que o *lawfare* é um mecanismo dotado de flexibilidade, já que pode ser utilizado tanto em desfavor de pessoa física quanto de pessoa jurídica. A sua eficácia é plena em qualquer condição e em desfavor de qualquer pessoa. Nesse sentido o sujeito que utiliza desse método e estratégia possui larga vantagem sobre o seu inimigo.

Portanto, nesse contexto, Sun Tzu¹², afirma que: “[...] Assim, a estratégia militar elaborada por bons guerreiros é como uma rocha redonda, que desce uma montanha de mil pés de altura: quase não requer força para dar início a um movimento, mas tem efeito devastador [...]”.

2. DO PAPEL DA MÍDIA E A REPERCUSSÃO JURÍDICA, SOCIAL E ECONÔMICA DO *LAWFARE*

Primeiramente, é cabível destacar que a mídia tem um papel fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. Isto porque possui ferramentas de fiscalização e ao contribuir para a formação da opinião pública, em quase que exclusivamente todas as circunstâncias, exerce significativo poder de influência nas decisões tomadas em diversas áreas da sociedade.

No entanto, adstrito ao objeto de análise desse trabalho, insta dizer que a mídia exerce um papel distante da sua essência. O motivo dessa afirmação tem esteio em inúmeros fatores que serão explicados adiante.

Porém, antes de esmiuçar esses fatores, cabe registrar que a mídia exerce um papel essencial para o êxito do manuseio da ferramenta: *lawfare*. Isto porque, como já foi dito acima, ela tem um grande potencial de influência na formação da opinião pública. E, nesse contexto, é sabido que o senso comum é capaz de escolher um vencedor.

Diante de um antagonismo; uma oposição: entre o bem e o mal; o forte e o fraco; o herói e o vilão; a boa conduta e a má conduta; a lisura e a corrupção. É possível imaginar quais escolhas serão feitas, em regra, dentro de uma narrativa, pelo senso comum.

¹² Ibid., p. 32.



Pois, ainda que o filósofo Thomas Hobbes¹³ entenda que o homem seja essencialmente mau. Nesse contexto, parece que a ideia de Rousseau¹⁴ tem mais sentido, já que ele sustentava que o homem nasce bom, contudo a sociedade o corrompe.

E a corrupção, dentro desse tema, se refere à deturpação e manipulação da informação para criar um famigerado ambiente para a utilização do *lawfare* em desfavor de um determinado inimigo. Trata-se do controle das narrativas de maneira tendenciosa em benefício de um em detrimento do outro; com o exclusivo fim de obter vantagens com o enredo criado. Ainda que o benefício consista apenas em audiência.

Conforme o advogado Cristiano Zanin¹⁵, a mídia tem posição de destaque na utilização do *lawfare*, já que “[...] Transmite-se a presunção de culpa e demoniza-se o oponente para a sociedade e para a opinião pública. Os meios de comunicação se tornaram o meio mais eficaz para moldar a consciência de uma coletividade com esses objetivos [...]”.

Ademais, nesse sentido, o professor Cristiano Zanin¹⁶ acrescenta:

[...] Em relação ao *lawfare*, a dimensão estratégica das externalidades envolve, como regra, o apoio dado pela mídia (ou setores da mídia) através de técnicas avançadas de comunicação com o objetivo de potencializar a utilização estratégica da lei para atingir um inimigo. A mídia cria um ambiente de suposta legitimidade para essa perseguição gerada pela presunção de culpabilidade do inimigo escolhido (em detrimento da presunção de inocência), a fim de: (i) viabilizar uma condenação sem provas ou, ainda, (ii) estimular a opinião pública a exigir essa condenação. [...].

Segundo, Cristiano Zanin¹⁷ “[...] a comunicação dos poderosos pode moldar e influenciar, melhorar e prejudicar a vida de outras pessoas e democracias”.

Além disso, nesse contexto, Jacob Rowbottom¹⁸, salienta que:

[...] o poder da mídia está na capacidade de definir a opinião pública de forma mais abrangente. Naturalmente, isso pode ter um impacto na política, por meio da influência exercida nas discussões sobre votos ou sobre os tópicos de discussões políticas. Esse poder também tem um impacto nas vidas sociais, influenciando a percepção intersubjetiva. [...].

Dessa forma é de se perceber que o *lawfare* é potencializado quando encontra a guarida e o estímulo da mídia, na sua execução. Já que a propagação dos fatos ganha uma dimensão quase que impossível de controlar. Nesse ponto, dar-se início a uma guerra de informação.

¹³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Rio de Janeiro: Lebooks Editora, 2019.

¹⁴ ROUSSEAU, op. cit.

¹⁵ ZANIN, op. cit., p. 52.

¹⁶ Ibid., p. 53.

¹⁷ Ibid., p. 55.

¹⁸ ROWBOTTON apud ZANIN, Cristiano et al. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 55.

Nesse contexto, considerando o ambiente de veiculação das informações. Consoante o advogado Cristiano Zanin¹⁹:

[...] o crescente hábito de compartilhamento de informações por meio da internet e, ainda, as campanhas visando influenciar decisões judiciais, o *lawfare* se tornou ainda mais destrutivo. Por isso, para o estrategista de *lawfare*, a internet, a partir das mídias sociais, é um ambiente propício para o *information warfare* [...].

Ademais, nessa parte desse artigo, é digno de menção, que o *lawfare* ganha grande força no campo da internet, posto que, ganha um tempero ou já se apropriando da linguagem militar: armamentos pesados. Como, por exemplo: as “*fake news*”; as “*deepfakes*” e o discurso de ódio, que em muitas vezes, surge com a disseminação de violência contra o inimigo e os seus apoiadores.

Nesse sentido, com o intuito de agregar sem adentrar na temática e também não perder de vista o objeto dessa obra. Registre-se que as *fake news* consistem na propagação de notícias falsas ou fraudulentas; merece destaque também as *deepfakes* já que há uma tendência de estarem cada vez mais presente nos discursos e trata-se de um meio ardil de criação de mídias (imagens, vídeos e áudios) que aparentam serem reais, acerca de uma ação de determinada pessoa, porém não são e foram criados de maneira próximo da perfeição, por inteligência artificial.

Nesse contexto, à medida que a sociedade evolui surgem novos mecanismos, que mal utilizados, conseguem o enfraquecimento ou até a ruptura do Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, acerca da vítima direta do *lawfare* insta registrar – que esta pode colher um isolamento e linchamento da sua imagem, ao ponto de, talvez, jamais conseguir haver uma recuperação, assim como, obter uma condenação pautada na opinião pública, atropelando garantias constitucionais e legais.

Nesse momento, com o intuito de consolidar esse trabalho, é oportuno rememorar as ideias difundidas por George Orwell²⁰ na sua grande obra, o qual relata que o Grande Irmão desenvolveu uma política de controle do passado, deturpação dos fatos no presente, um acentuado controle da opinião pública e, além disso, criou uma língua para limitar a comunicação e evitar dissidências.

¹⁹ ZANIN, op. cit., p. 58-59.

²⁰ ORWELL, George. *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*. Tradução Alexandre Hubner et al. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.



Dessa forma, certamente é necessário estar vigilante e abraçar a verdade construída com alicerces na episteme. Afinal, nesse caminho, trilhou Thomas Jefferson²¹ quando afirmou:

[...] tenho certeza de que abrir as portas da verdade e fortalecer o hábito de analisar tudo sob a luz da razão são as melhores algemas que podemos prender as mãos de nossos sucessores para evitar que eles algemem o povo com o seu próprio consentimento [...].

Destarte, evoluindo na temática é necessário pontuar que o *lawfare* ao ser projetado pode provocar repercussões adversas e desgastes jurídicos, econômicos e sociais tanto de pessoas quanto de empresas e Estados soberanos.

No tocante ao aspecto jurídico é relevante transitar com o olhar fito no abuso das leis e a sua utilização para fins ilegítimos. Pois, tal conduta consegue desenvolver um ambiente de insegurança jurídica, assim como, tornar o sistema de justiça combalido.

O desgaste ocorre em razão das manobras jurídicas utilizadas, sem amparo constitucional ou legal. Havendo em determinadas circunstâncias a manipulação do deslocamento da competência, denotando uma conduta abusiva; distribuição de ações em jurisdições incompetentes, porém ainda assim aceitas e conduzidas de modo parcial; oferecimento de denúncias sem justa causa; a utilização exacerbada das prisões preventivas para alcançar uma delação premiada e, além disso, a utilização das referidas delações, em muitas ocasiões, construídas em inverdades ou fatos fraudulentos.

Ademais, nessa toada registre-se também a utilização do método de recompensa e punição; distribuição de ações em desfavor daqueles que manifestam de maneira crítica a sua oposição quanto à prática do *lawfare*; a criação de exceções que não foram recepcionadas pelo legislador; a promoção de obstáculos na atuação dos advogados que se opõem as arbitrariedades; a criação de embaraços e dificuldades na elaboração da defesa. Nesse sentido, acresce também a violação de escritórios de advocacia, em razão da possibilidade de obter informações sensíveis e sigilosas oriundas da relação de confiança: advogado-cliente.

Em paralelo, no tocante ao aspecto econômico é possível dimensionar o quanto o sujeito considerado inimigo e, a vítima do *lawfare* agoniza no âmbito financeiro e econômico em razão de inúmeros processos que precisa apresentar defesa.

²¹ JEFFERSON apud KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade*. Tradução André Czarnobai et al. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 215.



Como se não bastasse, em muitas ocasiões também são utilizados o método do fatiamento de ações e a distribuição destas em locais diversos, com o fim de dificultar a defesa e promover uma acentuada dilapidação econômica do inimigo.

Ademais, é fundamental destacar as despesas com custas processuais; contratação de profissionais para a defesa; o pagamento de multas e indenizações em valores demasiadamente elevados e a perda de negócios ou oportunidades em razão do desgaste da imagem.

Nesse sentido, para concluir é válido também pontuar acerca dos embargos comerciais realizados. E em muitos casos, sendo os verdadeiros núcleos-motivadores para o início da prática do *lawfare*, visto a necessidade daquele que manuseia de permanecer “competitivo” no aspecto comercial, como, por exemplo, quando um país utiliza essa ferramenta em desfavor de outro.

Por fim, quanto ao ponto acerca da repercussão social, é necessário apontar a mobilização de temáticas sociais para acentuar o ambiente de pressão e perseguição ao inimigo e a formação da opinião pública, dentro de um enredo, muita das vezes, fraudulento.

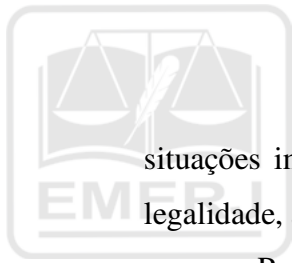
Nessa senda é salutar registrar que nesse processo da criação e condução da opinião pública como instrumento potencializador do *lawfare*, é passível de se provocar um desencadeamento de uma convulsão social, mudança de governos por meios não naturais; enfraquecimento de instituições e até rupturas no sistema ou modelo de governo.

Dessa forma, de maneira bem objetiva foi possível perceber, em linhas gerais, a repercussão que o *lawfare* pode ter nos âmbitos jurídicos, econômicos e sociais. No entanto, a extensão dos seus impactos deve ser analisada sob a ótica particular de cada caso.

3. *LAWFARE* E O CONSEQUENTE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA

Como já foi dito no decorrer desse trabalho, o *lawfare* é um instrumento desenvolvido com a finalidade de ser uma tática de guerra. Embora a expressão “guerra” remeta a uma ideia de utilização de força bruta e de violência extrema com a finalidade de aniquilamento do inimigo, como meio necessário para a conquista de determinado objetivo. Nesse caso objeto de análise, a guerra consiste no uso exacerbado e inadequado do direito para alcançar fins ilegítimos.

Dessa forma, chega-se a momento oportuno desse artigo em que é possível afirmar com segurança que o *lawfare* é uma sutil ferramenta que não utiliza de força física, em sentido amplo da palavra, mas se apresenta de modo natural, genuíno e na maioria das



situações imperceptível. Ademais, é necessário apontar que embora a sua forma observe a legalidade, a sua matéria há finalidades espúrias.

Portanto, em outras palavras, trata-se de um instrumento que caminha nas margens da lei; no entanto, o manuseio dessa ferramenta visa a driblar a essência do direito. É uma arma capaz de promover danos inimagináveis, sob o fundamento de um preceito democrático e/ou republicano.

Nesse sentido, insta registrar que considerando o poder lesivo e o perigo em potencial do *lawfare* a um regime democrático e as suas instituições, o Papa Francisco, de modo perspicaz decidiu acender uma fagulha, em determinada reunião com magistrados, para despertar e provocar o enfrentamento desse mal; que ao longo dos anos ganhou espaço, por passos silenciosos.

Em seu discurso dirigido aos juízes do continente americano reunidos em congresso no Vaticano, o Papa Francisco²² disse:

[...] Aproveito esta oportunidade de me encontrar convosco para vos manifestar a minha preocupação por uma nova forma de intervenção exógena nos cenários políticos dos países, através do uso indevido de procedimentos legais e tipificações judiciais. Além de pôr em grave perigo a democracia dos países, geralmente o *lawfare* é utilizado para minar os processos políticos emergentes e tender para a violação sistemática dos direitos sociais. Para garantir a qualidade institucional dos Estados, é fundamental relevar e neutralizar este tipo de práticas que derivam da atividade jurídica imprópria, em combinação com operações multimidiáticas paralelas. Não me detenho a propósito deste ponto, mas todos nós conhecemos o juízo mediático prévio [...].

Diante dessa manifestação, em que o Papa Francisco alerta acerca da periculosidade que o *lawfare* representa para uma democracia, é fundamental destacar que o pontífice, aquele que possui jurisdição no aspecto espiritual no âmbito de determinada religião direcionou os seus olhares com vigilância, para o tema.

Dessa forma, considerando a relevância do assunto, é fundamental registrar que embora a democracia seja o reflexo de uma construção diária e demanda esforço mútuo dos envolvidos, é natural passar por momentos de turbulências diante de circunstâncias desfavoráveis.

Entretanto, em que pese seja natural esses períodos que apresentam grandes desafios para a sustentação da democracia. A sua importância no atual contexto social requer de todos

²² FRANCISCO, Papa. *Discurso do papa Francisco aos juízes do continente americano reunidos em congresso no Vaticano*. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2019/june/documents/papa-francesco_20190604_giudici-panamericani.html>. Acesso em: 21 set. 2021.



nós atenção e a devida proteção, pois, de acordo com Steven Levitsky²³ e Daniel Ziblatt: “[...] a erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia [...]”.

Nessa toada, Steven Levitsky²⁴ e Daniel Ziblatt agregam ao tema quando discorrem em sua obra, o seguinte:

[...] Ao capturar os árbitros, comprando ou enfraquecendo oponentes e reescrevendo as regras do jogo, líderes eleitos podem estabelecer uma vantagem decisiva – e permanente – sobre seus oponentes. Como essas medidas são levadas a cabo gradativamente e com aparência de legalidade, a deriva para o autoritarismo nem sempre dispara as sirenes de alarme. Os cidadãos muitas vezes demoram a compreender que sua democracia está sendo desmantelada – mesmo que isso esteja acontecendo bem debaixo do seu nariz [...].

Dessa forma, é oportuno salientar que os respectivos autores acrescentam também que entendem como curioso: que em muitas situações as democracias morrem, sobre gritos e alegações de defesa da própria democracia. Porém, em análise detida, perceberam que essas manifestações consistem apenas em meras retóricas utilizadas para subverter o ideal de democracia.²⁵

Portanto, com base no exposto até aqui, é preciso avançar na temática e ponderar ser demasiadamente perigoso à democracia quando não apenas pessoas comuns ou políticas utilizam o *lawfare*. Mas é ainda mais delicado quando instituições são utilizadas como meios para fazer valer estratégias no campo do direito para fins inadequados. Motivados pela discordância de determinado posicionamento e talvez munidos de uma falsa ideia de promover justiça. Ainda que por meios arbitrários e desleais.

Logo, em ato contínuo, nesse contexto, urge mencionar o entendimento do jurista e professor Lenio Luiz Streck²⁶, pois segundo ele:

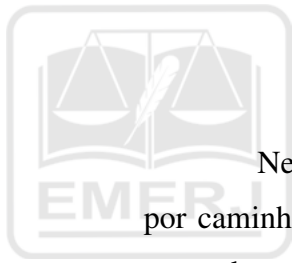
[...] decisões judiciais (e isso se aplica ao MP) devem ser por princípio e não por política ou moral (...). E agir por princípio quer dizer o contrário do agir estratégico, de fins e resultados. Agir por princípio quer dizer: mesmo que eu não goste do réu, tenho de lhe conceder o Direito [...].

²³ LEVITSKY, Steven et al. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 81.

²⁴ *Ibid.*, p. 94.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>>. Acesso em: 22 set. 2021.



Nesse sentido, ao utilizar conduta estratégica, os agentes políticos estão enveredando por caminho que se distancia dos princípios e do espírito constitucional, visto que possuem como dever moral e ético proteger e aplicar o direito de maneira pura.

Nessa senda, com o intuito de consolidar esse trabalho e apontar para uma luz quando for tratado esse tema. Faz-se menção ao professor Lenio²⁷ quando no seu artigo, ele afirma que:

[...] o Estado de Direito (*rule of law*) é um princípio que existe para servir de contraponto aos riscos que a existência de um sistema jurídico gera. O risco de apropriação do Direito e sua utilização como arma política, sempre esteve presente. Isto porque o direito é capaz de oprimir. Salva e oprime. O *rule of law* protege o próprio Direito contra o uso distorcido dele mesmo.

Ademais, conforme orienta o ministro do Supremo Tribunal Federal – STF: Luís Roberto Barroso²⁸, o agente político vinculado ao poder judiciário não pode ter lado. Precisa desenvolver a capacidade de equilibrar os direitos fundamentais da parte, bem como, o interesse da sociedade na sua decisão.

O ministro Luís Roberto Barroso²⁹ também acrescenta que “[...] a democracia vive do equilíbrio entre os poderes, sem que nenhum possa pretender ser uma instância hegemônica [...]”.

Logo, com base no desenvolvido neste trabalho, insta pontuar que se entende necessário pela moderação e imparcialidade dos agentes políticos no exercício das suas atribuições, para coibir a utilização de ferramentas que embora sejam legais, ou seja, estão no campo da legalidade. Estão revestidas de intenções impuras e imorais.

Ademais, registre-se também que é fundamental haver o equilíbrio em todas as relações, pois conforme defende o ministro Luís Roberto Barroso³⁰:

[...] viver é equilibrar-se em uma corda bamba, fazendo escolhas a cada passo. Por vezes, alguém na plateia pode achar que o equilibrista está voando. Não há muito problema nisso, pois a vida é feita de certas ilusões. Mas o equilibrista tem de saber que está se equilibrando. Porque se achar que está voando, ele vai cair. E na vida real não tem rede [...].

Portanto, para finalizar é salutar dizer que a observação dos princípios constitucionais e legais, por agentes do Estado, é fundamental para a saúde do Estado Democrático de Direito.

²⁷ Ibid.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 186.

²⁹ Ibid., p. 201.

³⁰ Ibid., p. 202.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa foi desenvolvida com o intuito de descortinar o fenômeno do *lawfare* e abordar os reflexos da utilização dessa ferramenta no sistema democrático, visto o seu potencial danoso.

Dessa forma, foi necessário apresentar um panorama acerca das leis, do Estado Democrático de Direito e do fenômeno objeto desse artigo, para ser possível contextualizar e abrir os horizontes com a finalidade de encaminhar a compreensão dessa ferramenta de guerra.

Como foi possível verificar no curso dessa obra, o *lawfare* é a prática da utilização de mecanismos jurídicos para fins ilegítimos, no caso em comento, políticos. Trata-se de um instrumento voltado para a arte da guerra. É uma arma em potencial para destituir e constituir governos e implementar novas políticas que coadunam com os interesses daqueles que manuseiam a referida ferramenta.

Nessa trilha, foi possível observar no desenvolvimento dessa obra que o *lawfare* também é considerado, em linhas gerais, como o uso deturpado do direito, pois embora seja uma utilização legítima, há motivações espúrias e finalidades de deslegitimar, prejudicar e aniquilar o adversário.

Contudo, embora seja uma arma letal, ela tem aparência de uma ferramenta comum e inofensiva. Todavia, é capaz de provocar um verdadeiro derramamento de sangue no âmbito jurídico, econômico e social do inimigo.

Nesse sentido, esse trabalho se preocupou em trazer luz para um tema de acentuada relevância, visto que transita na seara política, jurídica, midiática, econômica e social.

Insta registrar que se buscou demonstrar que o *lawfare* é em regra, uma ferramenta jurídica utilizada para fins políticos, combatida na geografia do judiciário e que tem suas proporções amplificadas pela mídia e, a depender do seu curso, promove convulsões sociais e é capaz de dilacerar a economia daquele que recai a qualidade de inimigo e, muitas ocasiões, esse título pode ser ostentado por uma nação.

Dessa forma, o trabalho teve o objetivo de apontar para um fenômeno que ganhou espaço, em específico na América Latina, de maneira voraz na última década e o seu reflexo tem sido avassalador. Em alguns casos provocou rupturas em formas de governo democráticas e, em outros, foi perceptível o enfraquecimento da democracia.

Nessa senda, merece destaque também que ao longo desse trabalho ficou



demonstrado que, em muitas circunstâncias, instituições são utilizadas com desvio de finalidades por seus membros. Essa conduta é materializada na criação de interpretações, utilização de brechas e estratégias que não são inerentes às suas funções. Certamente, talvez haja até alguns imbuídos de boas intenções. Todavia, trilhando por caminhos que promovem a asfixia da nossa pujante constituição e legislações.

Portanto, é fundamental estar vigilante, de modo a assegurar a neutralidade e a imparcialidade das instituições e de seus agentes para que o *lawfare* não seja capaz de minar o que ainda resta da democracia e dos seus ritos.

Assim como é fundamental destacar que encontramos na utilização do *rule of law*, um mecanismo que funciona como antídoto para o veneno da usurpação do direito para fins distorcidos ou viciados. Nesse sentido, esse trabalho revestido de isenção e imparcialidade buscou realizar considerações sobre o *lawfare* e a sua ameaça ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

FRANCISCO, Papa. *Discurso do papa Francisco aos juízes do continente americano reunidos em congresso no Vaticano*. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2019/june/documents/papa-francesco_20190604_giudici-panamericani.html>. Acesso em: 21 set. 2021.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Rio de Janeiro: Lebooks Editora, 2019.

KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade*. Tradução André Czarnobai et al. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVITSKY, Steven et al. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.



MONTESQUIEU, de Charles Luis. *Do Espírito das Leis*. V. 1. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

ORWELL, George. *Mil Novecentos e Oitenta e Quatro*. Tradução Alexandre Hubner et al. posfácios Erich Fromm et al. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROWBOTTON apud ZANIN, Cristiano et al. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Pilares, 2013.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 30 dez. 1988.

STRECK, Lenio Luiz. *Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>>. Acesso em: 22 set. 2021.

TZU, Sun. *A arte da guerra*. Tradução Fabio Kataoka. São Paulo: Pé da Letra, 2021.

ZANIN, Cristiano et al. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2020.



O CASO DO MENINO DO BARRIL E A LEI MENINO BERNARDO: QUANDO A AGRESSÃO É VISTA COMO DIREITO ABSOLUTO DOS PAIS E A LEGISLAÇÃO É INEFICAZ

Maria Lucia Laurinda da Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá –
Rio de Janeiro.

Resumo – Crianças e adolescentes são indivíduos em formação que necessitam de assistência e de proteção em seu desenvolvimento. É no âmago da família que eles adquirem princípios que irão ajudá-los a construir sua personalidade. Entretanto, na sociedade brasileira, existe uma forte cultura de que crianças e adolescentes são privados de direitos. Isso é evidenciado na crença de que a punição corporal é o método mais apropriado e correto para educar. E que bater não é errado. Porém, com o advento da Lei nº 13.010/14 – Lei Menino Bernardo, assegurou-se às crianças e aos adolescentes o direito de terem uma educação sem a presença de castigos físicos ou tratamento cruel ou degradante, contrapondo a realidade social vivenciada. Este artigo tem como objetivo identificar a concepção da cultura de punição, a importância da família no processo de formação e as principais contribuições que a Lei nº 13.010/14 oferece para o ajustamento de um processo educacional mais humanista por parte das instituições que participam do processo educacional da criança e do adolescente. Como resultado verificou-se a grande importância jurídica e social que a família possui e sua imprescindível participação, conjuntamente com o Estado e a sociedade, para que violações aos direitos infanto-juvenis possam ser erradicadas do nosso país.

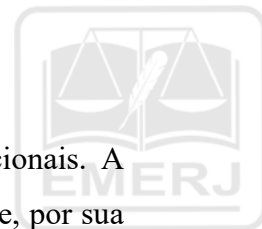
Palavras-chave – Direito Penal. Legislação Especial. Violência doméstica contra crianças e adolescentes.

Sumário – Introdução. 1. Percepções sobre a interferência da lei no princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família. 2. Das penalidades contra violência doméstica de pais contra filhos espalhadas na legislação. 3. Da falta de rede especializada de amparo às crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos e possibilidades de modificação da rede especializada, a longo prazo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute métodos alternativos para solução de conflitos no âmbito familiar. O dilema enfrentado nos conflitos de família entre pais e filhos provoca uma série de questões sobre o Direito e a legislação que devem ser aplicados. Nesse contexto, este trabalho aborda o caso do menino do barril e a Lei Menino Bernardo. Isso porque, recentemente, os casos de violência doméstica contra crianças e adolescentes, como o caso do menino do barril, ganharam lugar de destaque nos noticiários, evidenciando que a prática excessiva de castigos físicos ainda é utilizada com muita frequência nos lares.

A relevância da discussão em torno do tema é buscar justamente medidas mais eficazes de fazer valer a legislação, quando os abusos de responsáveis causa um dano não só à criança e ao adolescente, mas também à toda sociedade. Para evitar tamanho prejuízo social, O Estatuto



da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado a partir de parâmetros Constitucionais. A Constituição de 88 abriu espaço para a implementação de direitos fundamentais, que, por sua vez, ganhou um contorno de Constituição cidadã. Essa característica tem como base estabelecer metas que visem garantir o bem comum e a justiça social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado a partir da Constituição de 1988. Nesse contexto, ganharam espaço as gerações de direitos fundamentais, abraçadas pela Constituição, que, por sua vez, ganhou um contorno de Constituição cidadã. Nessas suas características ela estabelece como meta a garantia do bem comum e da justiça social, o que é possível extrair já do seu preâmbulo, mas também refletida nos seus inúmeros artigos.

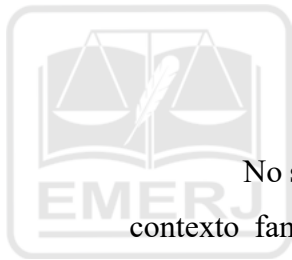
Nesse ambiente de garantias e de proteção integral, as crianças e os adolescentes ganham um cuidado especial, pois formam as bases para a futura geração. Com esse objetivo nasce o ECA, regulamentando critérios para a construção do melhor interesse para crianças e adolescentes terem condições para cumprir um desenvolvimento mínimo para sua dignidade no meio social.

Ocorre que os desafios, diante da complexidade no mundo concreto, exigem um Estado atuante em defesa dos sujeitos em formação. Um exemplo disso é o caso do menino Bernardo, que ganhou destaque nas mídias atuais. Bernardo foi assassinado por seu pai e por sua madrasta em 2014, após sofrer com maus tratos. Isso originou discussões que acabaram ganhando um formato de lei. A lei Menino Bernardo, alterou o ECA nos seus artigos 13, 18-A, 18-B e 70-A, estabelecendo que as crianças e adolescentes têm o direito de serem educados e cuidados sem a necessidade de humilhações, castigos físicos, tratamento cruel ou degradante.

A lei 13.010/2014 não prevê crime. Ela funciona com um cunho mais pedagógico e programático, lançando as bases para a reflexão e o debate sobre o tema. Necessário se faz, assim, que o Estado, em suas esferas federais, estaduais e municipais, atue de forma articulada para elaboração de políticas públicas mais efetivas na execução de ações destinadas a coibir o uso da violência, difundindo formas pacíficas de educação de crianças e adolescentes.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, no qual se acredita ser mais fácil observar a intervenção do Estado na efetivação de estratégias que combatam formas de violências no âmbito familiar contra crianças e adolescentes. Nessa análise, tem-se como foco o método qualitativo. Para tanto, foram selecionados livros, artigos, documentos e trabalhos referentes ao tema, como forma de sustentar a tese aqui sugerida.

Assim, para alcançar os objetivos apresentados, o primeiro capítulo procura elucidar até que ponto o conteúdo pedagógico e educativo da Lei 13.010/2014 pode interferir no âmbito familiar sem ferir o Princípio da Intervenção Mínima do Estado.



No segundo capítulo será abordada a necessidade de erradicar a cultura da punição, no contexto familiar, na formação do indivíduo, buscando formas alternativas de solução de conflitos domésticos.

O terceiro capítulo define em quais aspectos o Estado deve se reestruturar para estimular a organização familiar, extirpando a violência, resolvendo conflitos, além de criar métodos alternativos de educação infantil e juvenil, para melhor aplicação da lei. De forma bastante objetiva retrata exemplos utilizados em diversos Estados da federação com resultados afirmativos em medidas para o combate a violência no âmbito familiar.

1. PERCEPÇÕES SOBRE A INTERFERÊNCIA DA LEI NO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A violência doméstica contra crianças e adolescentes é constante. Isso é possível registrar por meio das frequentes notícias destacadas pela mídia ao longo de curtos períodos de tempo nos dias de hoje. A situação parece estar inclusive banalizada, pois não há mudanças significativas por parte das instituições públicas para impedir que os casos aumentem.

Nesse contexto, o caso do menino encontrado em um barril em São Paulo¹ e do menino Henry Borel², internado com várias escoriações e posteriormente, morto, no Rio de Janeiro, são emblemáticos para uma análise pertinente. Tal abordagem, desenvolvendo uma verificação sobre as tendências legislativas e jurídicas na eficácia contra o insistente aumento nos índices de violência doméstica sobre a categoria de crianças e de adolescentes.

Destarte, o presente artigo trata mais especificamente da violência sofrida pelo menino Bernardo Boldrini, que foi morto pelo pai e pela madrasta, em 2014 e gerou uma comoção nacional, o que desencadeou iniciativas para a criação da Lei nº 13.010/2014³ chamada Lei Menino Bernardo, antiga Lei da Palmada.

Como construção histórica, social e cultural, a noção de família foi se modificando ao longo do tempo. Houve na estrutura familiar um grande aumento das famílias monoparentais⁴

¹ MALVA, Pamela. *Casa do Menino Encontrado em Barril Tinha Fartura de Comida, diz Perícia*. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/historia-hoje/casa-do-menino-encontrado-em-barril-tinha-fartura-de-comida-diz-pericia.phtml>>. Acesso em: 06 abr.2021.

² GRELLET, Fabio. *Polícia do Rio Faz Reconstituição da Morte de Henry Borel*. Disponível em <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/policia-do-rio-faz-reconstituicao-da-morte-de-henry-borel,4eb00697c58aa94f76f0533a619a9ae0b1eigj5l.html>>. Acesso em: 06 abr.2021.

³ BRASIL. *Projeto de Lei nº 58/2014*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117968>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Resultados da amostra do censo demográfico 2010. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-15,-16,53,54,55,-17,-18,128&ind=4704>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



(IBGE, 2000). Porém, mantém-se a estrutura patriarcal, onde a submissão da esposa e dos filhos facilita o surgimento de violência no ambiente familiar⁵.

O conceito de família, de acordo com o dicionário Houaiss⁶, é: “núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária”. Crianças e adolescentes são indivíduos em formação que necessitam de direção, proteção e assistência no processo de crescimento e geração de um adulto saudável e funcional.

O núcleo familiar é essencial para a formação e o desenvolvimento da criança. Esse núcleo familiar é, por sua vez, assegurado pelo Estado em variados formatos, pois há a necessidade de garantir que a criança tenha condições mínimas de viver no âmbito social. A própria Constituição da República Federativa do Brasil, em diversos artigos, resguarda a proteção e os meios para a vida da família e da criança. Por ser o primeiro contato pessoal entre si e o exterior, a instituição familiar exerce primordial contribuição para o desenvolvimento da criança para o convívio social posterior. É no seio familiar que a pessoa adquire princípios que irão constituir sua personalidade. A família seria uma base, um núcleo forte, um recurso indispensável ao crescimento pessoal dos seus integrantes.

A entidade familiar adquiriu tamanha relevância que a Constituição Federal⁷, em seu artigo 227, *caput*, preceitua o seu papel, qual seja: colocar a criança, o adolescente e o jovem, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Assim, é obrigação do Estado, da sociedade e da família a defesa dos direitos elementares do contingente infantil.

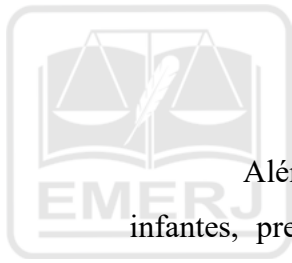
Logo em seguida, quando em 1990 foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança foi considerada pessoa em desenvolvimento, merecedora de proteção e amparo em vários níveis. A partir desse momento, crianças e adolescentes foram elevadas a categoria de pessoas titulares de direitos e deveres.

O ECA foi embasado no princípio do melhor interesse do menor, bem como o de estabelecer como prevalente o fortalecimento dos vínculos familiares para o efetivo cumprimento da norma. O objetivo era desenvolver condições para o progresso dos tutelados.

⁵ NARVAZ, M. G. *Submissão e resistência: explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

⁶ FAMÍLIA. In: *Dicionário Houaiss Online*: Uol, 2021. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v5-4/html/index.php#0/familia>. Acesso em: 05 abr.2021.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



Além desse diploma legal, há ainda, no Código Civil⁸ de 2002, o resguardo dos infantes, prevendo no artigo 1.638 a perda do poder familiar aos pais que castigarem imoderadamente os filhos.

Por fim, tem-se a Lei nº 13.010/2014, objeto desse artigo, que, alterando os artigos 13, 18 e 70 do ECA, estabeleceu que crianças e adolescentes tem o direito de serem educados sem o uso de castigos físicos ou tratamento cruel e degradante. A Lei Menino Bernardo proíbe os atos que gerem sofrimento físico ou lesão não se incluindo a “palmada pedagógica” que seria bater com a mão aberta, sem causar ferimento, com o objetivo de modificar o comportamento da criança.

Desde a antiguidade, as palmadas seriam formas de correção e limites para as crianças. Eram práticas comuns para educar e corrigir comportamentos ditos errados ou inconvenientes. Porém, ocorrem casos em que as correções deixam marcas indeléveis não apenas físicas, mas também psicológicas⁹.

Para a disciplina jurídica, no CC, crianças e adolescentes são incapazes e relativamente capazes, respectivamente, assim como para efeitos penais, com suas respectivas singularidades. Assim, o Direito envolve o estudo que normatiza tais convenções sociais, buscando evitar um regresso aos tempos em que as crianças não detinham quaisquer direitos¹⁰, que não violem a dignidade da pessoa ou que configurem lesões corporais de formas graves. Neste caso, insurge o dever do Estado em resgatar a dignidade da pessoa humana perdida.

Os argumentos no sentido de que o Estado não pode intervir no seio da família são fundados na ideia central e na doutrina da situação irregular que vigiam à época do Código Melo de Matos, de 1927 e do Código de Menores, de 1979, que tornavam a criança mero objeto de interesse dos pais.¹¹

É inconteste que o Brasil tem um histórico bastante relevante em relação à violência no âmbito doméstico. A negligência e a omissão vistas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos gerou uma recomendação em seu bojo. No capítulo V, do relatório “Sobre

⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

⁹ BASTOS, Elaine Cristina Montenegro de Paula. *Violência Doméstica Contra Menores*. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.ju.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/elainenebastos.pdf,p.2/3>. Acesso em: 20 jan. 2016.

¹⁰ HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma História*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹¹ SANTOS, B.R., et al. Desenvolvimento de paradigmas de proteção para crianças e adolescentes brasileiros. In: ASSIS, S.G., et al., org. *Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ; Educação a Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2009, p. 19-65.

Situação dos Direitos Humanos no Brasil”¹², embora relate os inegáveis progressos legislativos à época da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, também ressaltou que a estrutura do Estatuto não parece refletir de forma efetiva na real situação dos menores, que continuam sendo objeto de diferentes formas de violência.

Em 2009, a CIDH publicou o relatório Sobre Castigo Corporal e os Direitos humanos das Crianças e Adolescentes que apontam 2 razões principais para que os Estados proíbam, explicitamente, a prática de castigos corporais:

- 1) Tornar visível o reconhecimento dessa prática como uma forma de violência e violação dos direitos humanos; e 2) Reconhecer que a proibição legislativa constitui um referencial para a atual dos agentes jurídicos encarregados de implementar o direito interno a fim de assegurar proteção de crianças e adolescentes que alegam serem vítimas de castigos físicos.

Além da CIDH, a ONU, por meio da Agenda 2030, que regulamentou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS), pressiona o Brasil para melhor tratar os direitos infanto-juvenis por meio de articulação de políticas públicas e desenvolvimento de indicadores sobre a situação de crianças e jovens brasileiros.

Nesse sentido, o dia 26 de junho é celebrado como o Dia Nacional pela Educação Sem Violência. Entidades como a “Não Bata, Eduque”, promovem ações de sensibilização e conscientização da situação da violência contra jovens em vários Estados. O objetivo é inserir o dia 26 de junho como uma data marcada por ampla mobilização social.

Ainda que a Lei nº 13.010/2014 tenha modificado a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, fazendo incluir nos conteúdos programáticos dos colégios matérias relativas aos direitos humanos e à prevenção de qualquer forma de violência contra crianças e adolescentes como temas acessórios, isso, por si só, seria apenas uma das várias hipóteses possíveis de não violação do princípio da intervenção mínima do Estado.

Para que a lei seja cumprida, é necessária a ampliação dos poderes dos Conselhos Tutelares. Conforme a alteração do artigo 70 do ECA que, ao acrescentar alguns incisos,

¹² A necessidade de dispensar atenção especial à situação dos menores foi reconhecida originalmente na Convenção de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e depois na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959, nos instrumentos gerais de direitos humanos e nas agências especializadas. Em 1989, aprovou-se nas Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos da Criança. Essa Convenção define “criança” como todo ser humano menor de 18 anos, salvo nos casos em que, de acordo com a lei aplicável, a maioria seja alcançada antes. Neste capítulo, em muitos casos se distingue entre as crianças (que em geral se referem aos pré-púberes, aproximadamente menores de 12 anos) e os adolescentes.

De acordo com a mesma disposição, essas medidas devem incluir procedimentos efetivos para o estabelecimento de programas sociais destinados a dar à criança e aos responsáveis por ela o apoio necessário para a identificação, denúncia, investigação, tratamento e acompanhamento das formas de violência antes mencionadas, e para a intervenção judicial.



ressaltou que o Estado e a União, juntamente com os Municípios, articularão campanhas para capacitação e formação de operadores que trabalharão com os pais e suas famílias.

Em suma, não é um tratamento cruel ou degradante que fará diferença benéfica na criação de um indivíduo. A educação e a boa convivência familiar devem ser requisitos para o pleno desenvolvimento infantil. O Estado, por meio de auxílio de médicos, professores, psicólogos, serviços sociais e dos Conselhos Tutelares, estão aptos a promover a proteção e a defesa das pessoas vulneráveis dessa cadeia. A liberdade do exercício do poder familiar deve existir em igual medida com o respeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

2. DAS PENALIDADES CONTRA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DE PAIS CONTRA FILHOS ESPALHADAS NA LEGISLAÇÃO

As práticas mais severas de agressão infantil como a violência sexual, tráfico de crianças e prostituição infantil já contam com leis e procedimentos próprios para a sua condenação como, por exemplo, a iniciativa governamental da Cartilha Maio Laranja¹³, de 2021.

Mas a violência sistemática nos lares, escolas e nas instituições para menores continua velada e disfarçada. Em um contexto mais amplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, já em 1997, elaborava um relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil¹⁴. Em seu capítulo V, mais especificamente, discorria sobre a violência contra menores.

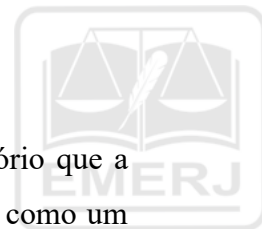
A Comissão constatava com enorme satisfação a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, considerando-a como uma das legislações mais avançadas em matéria de proteção de menores. Ressaltava ainda o fato de, em seu bojo, considerar crianças e adolescentes “sujeitos de direito”.

Informava sobre uma Comissão Especial formada pela OAB/SP. Esta mencionava, em seu relatório final, várias causas de violência contra crianças e adolescentes, sendo as principais: as condições socioeconômicas existentes nas periferias dos grandes centros urbanos; o reduzido papel da escola no combate a essa violência; e a falta de educadores de crianças e adolescentes.

Essa Comissão da OAB considerava que os direitos das crianças e dos adolescentes protegidos no Brasil, tanto pelos compromissos internacionais quanto pela legislação interna

¹³ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/maio/CartilhaMaioLaranja2021.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹⁴ CIDH. *Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. 1997. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>>. Acesso em: 01 ago.2021.



existente à época, frequentemente deixam de ser observados. Foi resumo do relatório que a violência, as execuções extrajudiciais e as torturas contra menores fossem tratadas como um problema prioritário dos direitos humanos no Brasil.

Em um contexto mais restrito, as leis relativas à violência contra menores são esparsas na legislação.

Conhecida anteriormente como a “Lei da Palmada”, a “Lei Menino Bernardo”, nº 13.010/14, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵ em seu artigo 13. Alterou também os artigos 18-A, 18-B e o artigo 70-A. Estabeleceu, em linhas gerais, que crianças e adolescentes têm o direito de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante.

Essa legislação, que completou 7 anos em junho, representa um avanço do Brasil para estimular a educação de crianças e adolescentes sem o uso de violência. Além disso, a “Lei Menino Bernardo” determina a capacitação adequada de profissionais que atuam no atendimento a crianças e adolescentes, para que eles atuem de forma eficaz na prevenção, identificação e enfrentamento de todas as formas de violência.

É um tema bastante polêmico, uma vez que adentra diretamente na questão da educação dada por pais a seus filhos. Interfere na “punição corporal, inclusive, os castigos moderados e pedagógicos”. O projeto de lei tramitou durante mais de 10 anos, passando por mudanças em seu texto.

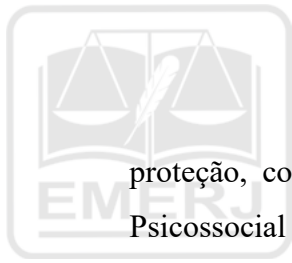
A lei é uma homenagem ao menino Bernardo Uglione Boldrini, de 11 anos, que foi morto por overdose de medicamentos, em abril de 2014, no Rio Grande do Sul, figurando como acusados e sendo responsabilizados, seu pai, sua madrasta e 2 amigos do casal¹⁶.

Outra lei de cunho protetivo é a de nº 13.431¹⁷. Estabelece normas de proteção a crianças e adolescentes em situação de violência sexual. O objetivo da lei é o de evitar o processo de revitimização da criança ou adolescente. É o que acontece quando as vítimas acabam relatando a violência que sofreram inúmeras vezes, em diferentes serviços da rede de

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹⁶ Réus no caso Bernardo serão julgados por júri popular no RS. O GLOBO. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/2015/08/acusados-de-matar-o-menino-bernardo-vao-juri-popular-no-rs.html>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 13.431*, de 04 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.



proteção, como Conselhos Tutelares, escolas e espaços educacionais, rede de Assistência Psicossocial e Sistemas de Saúde, de Segurança Pública e de Justiça.

Evitar a violência é o objetivo principal da Lei nº 13.431/17, principalmente quando se está diante de crimes sexuais, em que as crianças ou adolescentes precisam se expressar falando o que aconteceu e a forma como aconteceu para os profissionais do serviço público, que em muitos dos casos não têm preparo suficiente para ouvir o menor de forma que não o deixe constrangido.

A intenção da Lei nº 13.431/17 é de grande valia para o Judiciário, entretanto, na prática, a aplicabilidade ainda é refém de vários impedimentos que a torna ineficaz, os quais devem ser veementemente trabalhados e solucionados, como, por exemplo, o melhor preparo dos profissionais para tratarem com os menores de forma a não gerar a revitimização, bem como a implementação de estrutura adequada e mecanismos que proporcionem transformar os objetivos da teoria em eficácia plena na prática.

Em relação às futuras propostas para o combate à violência infantil, tramitam na Câmara dos Deputados 2 projetos de lei: PL nº 1360/21¹⁸ e o PL nº 1386/2021¹⁹.

O Projeto de Lei nº 1360 cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, definida como a ação ou a omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da família ou das relações íntimas de afeto.

O projeto aumenta ainda as punições para os crimes de abandono de incapaz e de maus-tratos, que passariam a ser pena geral de reclusão de um a quatro anos e multa. Também pune com as mesmas penas quem, sabendo do fato, se omite.

Se for aprovada, a nova regra se chamará Lei Henry, em memória de Henry Borel, o garoto de 4 anos assassinado em março de 2021, no Rio de Janeiro.

¹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1360/2021*. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2277818>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1386/2021*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, em seu art. 121, do Código Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node012uzjjbj1v361bkgcq6fz7jw511562502.node0?codteor=1991728&filename=PL+1386/2021>. Acesso em: 01 ago. 2021.



O menino foi morto no apartamento onde morava com a mãe e o padrasto, conhecido como Dr. Jairinho. Ambos estão presos acusados da morte da criança.

O Projeto de Lei nº 1386/2021 aumenta de um terço até metade do tempo de reclusão no caso de crimes cometidos por pais, madrasta ou padrasto.

Uma campanha criada por Leniel Borel, pai do menino Henry Borel, com o objetivo de aumentar a punição para assassinatos de crianças quando cometidos por madrastas ou padrastos já conta com 468 mil assinaturas. Leniel espera conseguir a aprovação do Projeto de Lei nº 1386/2021 com, pelo menos, 1 milhão de assinaturas²⁰

3. DA FALTA DE REDE ESPECIALIZADA DE AMPARO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE MAUS TRATOS E POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA REDE ESPECIALIZADA A LONGO PRAZO

As normas elaboradas para a proteção à criança e ao adolescente não conseguem impedir novos casos de agressão que acontecem no cotidiano. Casos como o de Bernardo Boldrini²¹, do menino do barril²² e, recentemente, de Henry Borel²³ são constantes no dia a dia. As condutas violentas, na maioria das vezes, partem de agressores que seriam os responsáveis por cuidar dos pequenos e zelar por eles, vulneráveis.

Vulnerável é ainda o papel do Estado que toma para si o dever de cuidar e zelar do bem jurídico tutelado, porém, não consegue atingir a proteção, somente chegando a tempo de punir.

O legislador vem tentando, com medidas e novas leis, impedir o desenvolvimento de novos casos de agressão contra crianças e adolescentes.

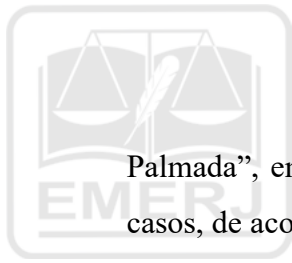
O crime de lesão corporal apresentou redução de mais de 40% nas esferas estadual e municipal, 41,9% e 42,69%, respectivamente. A Lei nº 13.010, conhecida como “Lei da

²⁰ EXTRA. *Lei Henry Borel*: campanha criada pelo pai do menino já tem quase 470 mil assinaturas. Disponível em: <<https://esportes.yahoo.com/noticias/lei-henry-borel-campanha-criada-195545242.html>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

²¹ AILTON DIAS. *Conselho tutelar foi informado que Bernardo teria sofrido tentativa de asfixia por madrasta*. Disponível em: <<https://www.petrusnews.com.br/conselho-tutelar-foi-informado-que-bernardo-teria-sofrido-tentativa-de-asfixia-por-madrasta>>. Acesso em: 24 out. 2021.

²² ALFREDO HENRIQUE. *Investigação de suposta omissão sobre menino mantido em barril ainda não foi concluída*. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/investiga%C3%A7%C3%A3o-suposta-omiss%C3%A3o-sobre-menino-220600552.html>>. Acesso em: 24 out. 2021.

²³ ELIANE SANTOS. *Pai de Henry Borel critica pedido de habeas corpus de Dr. Jairinho e diz que não há motivo que justifique soltura*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/08/29/pai-de-henry-borel-critica-pedido-de-habeas-corpus-de-dr-jairinho-e-diz-que-nao-ha-motivo-que-justifique-soltura.ghml>>. Acesso em: 19 set. 2021.



Palmada”, em vigor desde junho de 2014, é um dos possíveis motivos dessa diminuição de casos, de acordo com recente pesquisa publicada no *Jornal dos Economistas*²⁴.

Levando em conta o disposto no artigo 227 da Constituição da República²⁵, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária. Além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao Estado, em suas esferas federais, estaduais e municipais, cabe atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel e degradante contra crianças e adolescentes.

Também é o Estado que deve difundir normas não violentas de educação, bem como, campanhas educativas permanentes para divulgação do direito da criança e do adolescente, integrar políticas e ações entre os órgãos responsáveis pela proteção de direito das crianças e adolescentes, estimular a formação continuada e de capacitação de profissionais de saúde, educação e assistência social para atuação na proteção e defesa das crianças e adolescentes.

Esferas unidas em consonância com a proteção infantil também é o pensamento de Rossato, Lépure e Sanches²⁶:

Vale destacar que a maioria dos especialistas da medicina, psicologia, serviço social e pedagogia entende que a alteração legislativa é benéfica porque nenhuma forma de castigo física ou tratamento cruel ou degradante é pressuposto para a educação ou convivência familiar e comunitária.

Dessa forma, o Estado necessita intervir para solucionar impasses que possam colocar estruturas em perigo, principalmente casos que envolvam violência contra menores. Ao criar e aprovar a Lei nº 13.010/2014, o Estado obteve um grande avanço, estando em conformidade com a alínea “a” do item 61, das conclusões da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos²⁷.

a. Cumpra, divulgue e coloque em prática sua legislação destinada a proteger as crianças e os adolescentes, em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente, e

²⁴ LUIZ BEHNKEN E BRUNO LOPES. *Por um orçamento em defesa da criança e do adolescente*. Disponível em: < <https://www.corecon-rj.org.br/anexos/B19C2A5FCFD64C16C8D015D5A82E465F.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2021.

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2021.

²⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Comentado artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 159-160.

²⁷ CIDH. *Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>>. Acesso em: 19 set. 2021.

adote medidas efetivas de controle para assegurar que os Estados, os Municípios e as demais autoridades responsáveis por sua aplicação a cumpram e respeitem. Fortaleça o CONANDA, único órgão de caráter nacional que formula políticas nacionais de promoção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente; (...)

No contexto de proteção e criação de medidas de proteção, a Comissão Interamericana de Direitos²⁸, em seu estudo de violência contra menores, elaborou diversas recomendações ao Estado brasileiro, dentre as quais de maior relevância, conforme abaixo transcrito, no item 61 de suas conclusões:

f. Promova e exija dos Estados e Municípios que cumpram com sua obrigação legal de criar Conselhos Tutelares, aproveitando a experiência positiva dos já existentes. Promova a participação da comunidade, em especial das igrejas, dos sindicatos, dos grupos de serviço e empresariado, para atuar em projetos conjuntos no campo da prevenção da delinquência e do controle externo dos estabelecimentos destinados ao menor delinquente ou desajustado, com vistas à construção de uma sociedade mais justa.

g. Crie programas de orientação familiar e programas governamentais, com o objetivo de capacitar as famílias para o exercício responsável da paternidade e maternidade e para a resolução de conflitos familiares de forma não violenta e promova a adoção de crianças abandonadas com o objetivo de tirá-las das ruas, onde são vítimas e agentes da violência.

h. Aloque recursos às escolas a fim de que, juntamente com as instituições especiais para menores, se organizem programas de prevenção da delinquência e do absenteísmo das escolas públicas, sobretudo da periferia. Construa e organize estabelecimentos adequados para abrigar e reabilitar os menores infratores, separando os primários dos reincidentes. Treine pessoal técnico para cuidar desses menores; adote medidas orientadas para sua educação, reabilitação e reintegração à sociedade. Puna severamente as autoridades e funcionários desses estabelecimentos que cometam abusos e atos de violência contra eles.

São práticas que podem ser adotadas em todas as esferas sociais. No Estado do Rio de Janeiro, no âmbito estadual, o Conselho Estadual da Criança e do Adolescente²⁹ e no Município, o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente³⁰ tentam dar o suporte necessário para as famílias em situação de violência, inclusive, durante o período de pandemia.

Além das soluções legislativas, com criação de leis de amparo, é necessária a criação de um suporte para a estrutura de proteção. Merece assim maior atenção a formação da estrutura base, as especializações e didática utilizadas, tanto dos profissionais que atuam diretamente em defesa dos direitos infante juvenis, como educadores, assistentes sociais, psicólogos, agentes de saúde e tantos outros formadores da rede de apoio, quanto os aplicadores do Direito.

A mudança para que se atinja uma sociedade livre de violência é basear a família em estruturas morais e de bons costumes. A criação dos filhos deve estar dentro de um parâmetro

²⁹ RIO DE JANEIRO. CEDCA. *Nota Publica CEDCA/RJ*. Disponível em: <<http://www.cedca.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.asp?ident=239>>. Acesso em: 19 set. 2021.

³⁰ RIO DE JANEIRO. CMDCA. *Rio Celebra os 30 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<https://cmdcario.com.br/noticia.php?id=840>>. Acesso em: 19 set. 2021.



de respeito, ética e proteção. Parâmetro este em que a violência física e a punição severa não resolve um problema e sim o cria.

A educação deve ser aplicada sem exageros e sem atos violentos ou de qualquer forma que agrida a saúde física e moral de uma criança. Caso contrário, pode e deve ser considerada crime.

CONCLUSÃO

O presente artigo foi desenvolvido para demonstrar que têm ocorrido muitas modificações a respeito do que seja violência exercida contra crianças e adolescentes. Verificou-se, que é por meio da família que a criança se estabelece, forma seus princípios, cria sua cultura e estimula o seu modo de viver. Assim, é inaceitável que ainda persista o método educativo fundamentado na utilização de castigos físicos ou na punição corporal com fins pedagógicos, que são empregados pelos pais ou demais responsáveis legais na criação e educação de crianças e adolescentes.

Também procurou evidenciar que o Estado, atualmente, dispensa a criança e ao adolescente uma atenção especial, principalmente, quando há algum evento violento e danoso para a vida dos mesmos. Já no que diz respeito à lei 13.010/14, o presente artigo demonstra que ela pode ser compreendida e apresentada como um resultado das várias mudanças de concepções que ocorreram quanto ao tratamento que deve ser dispensado a criança e ao adolescente, sendo que o Estado brasileiro procurou-se adequar a tal concepção.

Logo, com relação à Lei n. 13.010/14, não há dúvidas que o ente estatal está condizente com o papel e atuação que o mesmo deve ter frente às várias situações que agridem e violem os direitos essenciais das crianças e adolescentes.

Conclui-se, portanto, que o instituto familiar evoluiu com o tempo, deixando de ser um lugar centrado no poder patriarcal do chefe de família, para se tornar o lugar onde o afeto é que governa suas relações. A família, dessa maneira, passa a ser o meio mais adequado e apropriado para que o indivíduo consiga se desenvolver plenamente, sendo um necessário recurso para a promoção humana e indispensável na formação pessoal da criança e do adolescente.

Entretanto, em alguns aspectos, necessita que o Estado intervenha em seu meio para solucionar impasses que possam colocar as suas estruturas em perigo, principalmente, em casos que envolvam situações de violência contra menores. E, o Estado ao criar e aprovar a Lei n. 13.010/14 representou um grande avanço legislativo. Além de trazer um significativo

fortalecimento de paradigmas, reconsolidando e reafirmando na estrutura social os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Casos como o do menino Bernardo Boldrini, o do menino do barril e, recentemente, do menino Henry Borel, não podem e nem devem passar impunes.

Busca-se com essa lei não a desestruturação familiar, mas extirpar do nosso meio a violência como uma forma de se resolver conflitos, pois muitas famílias abusam do seu poder de educar e pecam nas medidas impositivas de disciplina aos filhos. Esquecem que o mais importante é o ensinar valores humanos e não o estímulo a ser tornar uma pessoa violenta.

Desta forma, é necessário refletir que o tema comporta vários posicionamentos, é polêmico, e merece maior atenção e vigilância, tanto dos profissionais que atuam diretamente em defesa dos direitos infanto-juvenis, quanto e principalmente, dos aplicadores do direito. Sendo que a realidade de violações dos direitos infanto-juvenis que ainda persiste no contexto social, somente será modificada se juntos sociedade, Estado e família somarem esforços para erradicá-las, efetivamente, do nosso país.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Elaine Cristina Montenegro de Paula. *Violência Doméstica Contra Menores*. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.ju.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/elainebastos.pdf,p.2/3>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 1360/2021*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2277818>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 1386/2021*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node012uzjijbj1v361bkgcq6fz7jw511562502.node0?codteor=1991728&filename=PL+1386/2021>. Acesso em: ago. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



_____. *Lei nº 13.431*, de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/maio/CartilhaMaioLaranja2021.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 58/2014*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117968>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

CIDH. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil*. 1997. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

FAMÍLIA. In: DICIO, Dicionário Houaiss Online: Uol, 2021. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v5-4/html/index.php#0/familia>. Acesso em: 05 abr. 2021.

GRELLET, Fabio. *Polícia do Rio Faz Reconstituição da Morte de Henry Borel*. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/policia-do-rio-faz-reconstituicao-da-morte-de-henry-borel,4eb00697c58aa94f76f0533a619a9ae0b1eigj5l.html>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma história*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Resultados da amostra do censo demográfico 2010*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-15,-16,53,54,55,-17,-18,128&ind=4704>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

MALVA, Pamela. *Casa do Menino Encontrado em Barril Tinha Fartura de Comida, diz Perícia*. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/historia-hoje/casa-do-menino-encontrado-em-barril-tinha-fartura-de-comida-diz-pericia.phtml>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

NARVAZ, M. G. *Submissão e resistência: explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina*. 2005. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

RIO DE JANEIRO. CEDCA. *Nota Publica CEDCA/RJ*. Disponível em: <<http://www.cedca.rj.gov.br/NoticiaDetalhe.asp?ident=239>>. Acesso em: 10 set. 2021.

RIO DE JANEIRO. CMDCA. *Rio Celebra os 30 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<https://cmdcario.com.br/noticia.php?id=840>>. Acesso em: 10 set. 2021.



ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

SANTOS, B.R., et al. Desenvolvimento de paradigmas de proteção para crianças e adolescentes brasileiros. In: ASSIS, S.G., et al. (org). *Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009, p. 19-65.



A (IM)POSSIBILIDADE DA PRODUÇÃO E UTILIZAÇÃO DA PROVA TÉCNICA NO ÂMBITO DOS JUÍZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Mariana Balbino de Souza

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro com período-sanduíche na Universidade de Coimbra, Portugal. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, na esfera estadual, tem-se o entendimento pela impossibilidade da produção e utilização da prova técnica em razão da complexidade de sua elaboração. Ocorre que a Lei nº 9.099/1995 não veda a produção e utilização da prova técnica pericial, admitindo todos os meios de provas moralmente legítimos, desde que observada a menor complexidade da causa. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma causa complexa está relacionada com sua matéria e seu valor, inexistindo previsão legal quanto à impossibilidade de produção de prova técnica pericial por tornar a demanda complexa. Nesse sentido, o trabalho visa demonstrar que a produção da prova técnica não acarreta, necessariamente, à complexidade da causa, existindo a possibilidade de produção da prova técnica simplificada. Ademais, busca-se analisar à luz do princípio do acesso à justiça os obstáculos trazidos à efetiva prestação jurisdicional de causas simples e que demandam a realização de prova técnica simplificada.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Juizados Especiais Cíveis. Lei nº 9.099/1995. Prova Técnica.

Sumário – Introdução. 1. A função social dos Juizados Especiais Cíveis e sua correlação com a (im)possibilidade de produção da prova técnica. 2. A complexidade da causa e a prova técnica simplificada. 3. A impossibilidade da produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e seus efeitos no acesso à justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca analisar as controvérsias acerca da produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, na esfera estadual, e sua correlação com o princípio do acesso à justiça.

Os Juizados Especiais surgem em decorrência da necessidade de ampliação do acesso à justiça por meio de procedimento especial mais célere, informal e de baixo custo. Antes da criação dos Juizados Especiais, deu-se a criação dos Juizados de Pequenas Causas, instituídos pela Lei nº 7.244/1984, competente para análise e julgamentos das causas “pequenas” em razão de seu valor econômico, que se limitava ao teto de vinte salários mínimos. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve a expressa previsão da

necessidade de criação dos Juizados Especiais, na forma do artigo 98, inciso I, do diploma constitucional, que foram regulamentados pela Lei nº 9.099/1995 em âmbito estadual.

Diante da necessidade de se ter um sistema mais célere e informal tem-se o entendimento de que nos Juizados Especiais não há possibilidade de produção de prova técnica, sendo a ação julgada extinta sem a resolução do mérito quando necessitar da produção da prova pericial para a análise de seu mérito. Contudo, a Lei nº 9.099/1995 não veda a produção de prova técnica. Pelo contrário, admite todos os meios provas moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, desde que observada a menor complexidade da causa.

Nesse sentido, com o presente trabalho, busca-se demonstrar se permissão da produção de prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis acarreta, necessariamente, à complexidade da matéria e se a impossibilidade da produção da prova técnica, ainda que simples, no âmbito do procedimento especial regulado pela Lei nº 9.099/1995, seria uma possível violação do princípio do acesso à justiça.

Com base nisso, no primeiro capítulo do presente artigo busca-se analisar se a permissão da produção de prova técnica simples desvirtua, por si só, a competência dos Juizados Especiais Cíveis. Os Juizados Especiais foram projetados para a análise e julgamento de causas de menor complexidade, e surgiram em consequência das ondas renovatórias de ampliação do acesso à justiça como forma de solucionar demandas de maneira célere e de menor complexidade, sem que houvesse gastos com despesas processuais e honorários advocatícios. Nesse sentido, a possibilidade de produção da prova no âmbito dos Juizados Especiais desvirtua sua competência?

O tema é controvertido e merece atenção, uma vez que afeta diretamente o acesso à justiça dos interessados em ter sua demanda julgada de forma mais simples e célere, além de servir como meio de delimitação das ações que podem ter seu mérito analisado mesmo quando necessitar da produção de prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

No segundo capítulo, a proposta é demonstrar que nem toda ação que necessita da produção de prova técnica se trata de demanda complexa. Isso porque a aferição da complexidade da matéria leva em consideração um conjunto de elementos de ordem técnica e fática, não sendo razoável a definição de plano que se trata de matéria complexa por necessitar de produção de prova pericial.

Por fim, no terceiro capítulo, se abordará a hipótese de uma possível “explosão” de demandas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis ante a permissão da produção da prova pericial simples. Por outro lado, buscar-se-á, também, analisar se a sua vedação violaria o princípio constitucional do acesso à justiça.



A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de hipóteses com base na lei, na doutrina e na jurisprudência, que acredita serem viáveis e adequadas à discussão e análise do tema a ser devolvido na pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Dessa forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, uma vez que busca-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentação da tese.

1. A FUNÇÃO SOCIAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUA CORRELAÇÃO COM A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA TÉCNICA

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis - Lei nº 9.099/1995¹ - dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da justiça estadual, cuja criação decorre de uma necessidade da comunidade jurídica brasileira que foi a popularização do acesso à justiça por meio de um procedimento judicial mais célere, eficaz e de baixo custo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988², em seu artigo 98, inciso I, determinou a criação de Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas de menor complexidade. Antes da criação dos Juizados Especiais havia os juizados de pequenas causas, instituídos pela Lei nº 7.244/1984³, competente para análise e julgamentos das causas “pequenas” em razão de seu valor econômico, que se limitava ao teto de vinte salários mínimos. Contudo, com a criação da Lei nº 9.099/1995⁴, as causas que podem ser processadas e julgadas no âmbito estadual dos Juizados Especiais Cíveis são as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo.

A Lei nº 9.099/1995⁵ foi projetada para cuidar de demandas simples e sem muita complexidade, justamente para atender aos critérios norteadores da referida lei, quais sejam: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade.

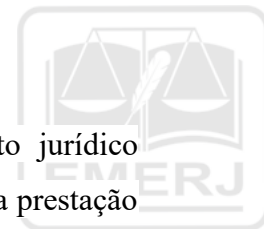
¹ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2021.

³ BRASIL. *Lei nº 7.244*, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17244.htm>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ Ibidem.



O sistema dos Juizados Especiais Cíveis buscou trazer ao ordenamento jurídico brasileiro uma tutela diferenciada⁶ por meio de uma justiça apta a proporcionar uma prestação jurisdicional simples, rápida, econômica e segura, por meio de um procedimento alternativo ao da justiça tradicional brasileira, ampliando o fácil acesso à justiça.

Nesse sentido, cumpre destacar que os tribunais brasileiros entendem pela impossibilidade de produção de prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis⁷, sendo a demanda julgada extinta sem análise do mérito quando necessitar de tal prova para comprovar os fatos alegados pelas partes, conforme artigo 51, inciso II, da Lei nº 9.099/1995⁸. O referido entendimento coloca a prova técnica como uma prova inadequada ao procedimento especial por razões de celeridade processual.

Pode-se destacar três fatores que seriam contribuidores para a inviabilidade da perícia no Sistema dos Juizados Especiais: a falta de remuneração do serviço, a necessidade da disponibilidade do perito no dia da Audiência de Instrução e Julgamento, mesmo momento em que ele será admitido ou não pelo magistrado e a imediata análise do laudo, ainda na instrução⁹.

No que pese o entendimento pela impossibilidade da produção da prova pericial nos Juizados Especiais Cíveis, a Lei nº 9.099/95¹⁰ não vedou a possibilidade de produção de prova pericial nos Juizados Especiais Cíveis. O artigo 31 do citado diploma legal dispõe acerca da admissibilidade de todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei para a prova da veracidade dos fatos alegados pelas partes.

Ressalta-se que de acordo com o artigo 35 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis¹¹ há a possibilidade de produção da prova técnica simples nas causas regidas por esse procedimento especial. Destaca-se, ainda, o Enunciado Cível nº 12 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais¹² - FONAJE – que admite a produção da perícia informal no âmbito dos Juizados Especiais.

⁶ Segundo João Batista Lopes (LOPES, João Batista. Curso de Direito Processual Civil. Parte Geral. V. 1. São Paulo: Atlas, 2005, p.22), a tutela diferenciada significa o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, regras e os valores da ordem jurídica.

⁷ Enunciado jurídico cível dos Juizados Especiais Estaduais do Rio de Janeiro, Aviso nº 23/2008: “9.3 – Prova pericial. Admissibilidade. Não é cabível perícia judicial tradicional em sede de Juizado Especial. A avaliação técnica a que se refere o Art. 35, da Lei nº 9.099/95, é feita por profissional da livre escolha do Juiz, facultado às partes inquiri-lo em audiência ou no caso de concordância das partes”.

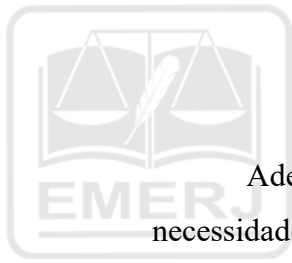
⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ CHINI, Alexandre et al. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: lei 9.099/1995 comentada*. 3. ed., 2021, p. 70.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ Ibidem.

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado cível nº 12, FONAJE*: “A perícia informal é admissível na hipótese do art. 35 da Lei 9.099/1995”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/>>. Acesso em: 29 ago. 2021



Ademais, de acordo com decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a necessidade da produção de prova técnica, por si só, não influi na definição da competência dos Juizados Especiais. Segundo a referida Corte, não há um dispositivo na Lei nº 9.099/1995 que permita inferir que a complexidade da causa e, por conseguinte, a competência do Juizado Especial Cível esteja relacionada à necessidade ou não de realização de perícia. Assim, entende-se que há apenas dois critérios delimitadores da competência dos Juizados Especiais: o valor e a matéria, inexistindo previsão legal quanto à impossibilidade de produção de prova técnica pericial por tornar a demanda complexa¹³.

Ante o exposto, a análise da complexidade da causa e, conseqüentemente, da competência dos Juizados Especiais Cíveis se restringiria ao valor econômico da pretensão deduzida em juízo e à matéria a ser discutida na demanda, razão pela qual a produção da prova técnica simples, nos termos do artigo 35 da Lei nº 9.099/95¹⁴, seria perfeitamente admissível no âmbito dos Juizados Especiais.

Nesse sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior¹⁵:

a prova técnica é admissível no Juizado Especial, quando o exame do fato controvertido a exigir. Não assumirá, porém, a forma de uma perícia, nos moldes habituais do Código de Processo Civil. O perito escolhido pelo Juiz será convocado para a audiência, onde prestará as informações solicitadas pelo instrutor da causa (art. 35, caput). 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' (CF, art. 98, inc. I)

A produção da prova técnica simples se desenvolve por meio da apresentação de parecer técnico pela parte, podendo o juiz realizar a inquirição de técnicos de sua confiança quando a prova do fato exigir¹⁶. Caso seja necessário, o perito será convocado a prestar depoimento a respeito da questão litigiosa pouco complexa na audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 464, parágrafos 2º a 4º do Código de Processo Civil¹⁷.

Por todo o exposto, embora haja o entendimento nos tribunais brasileiros pela impossibilidade de produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais, o ordenamento

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 30170*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1009361&num_registro=200901520081&data=20101013&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 31. ed., V. 3, 2004, p. 436.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 de mar. 2021.



jurídico não vedou tal meio de prova. A própria Lei nº 9.099/1995¹⁸ e o Fórum Nacional dos Juizados Especiais admitem a produção de prova técnica simples. Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de produção de prova pericial em sede de Juizado Especial haja vista o fato da menor complexidade da causa e, conseqüentemente, da competência dos Juizados Especiais está relacionada ao valor (a pretensão econômica deduzida em juízo) e à matéria (objeto a ser discutido na demanda), não se relacionando ao simples fato da ação requerer a produção de prova técnica, a qual poderá ser simplificada.

Nesse sentido, é possível inferir que a impossibilidade da produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais decorre muito mais de balizas organizacionais, institucionais e orçamentárias de cada Estado-membro responsável pela estruturação dos Juizados Especiais, do que, propriamente, da impossibilidade da produção da prova técnica levando em consideração a “vontade do legislador” e fatores jurídicos-processuais que estão relacionados à celeridade processual.

2. A COMPLEXIDADE DA CAUSA E A PROVA TÉCNICA SIMPLIFICADA

Desde o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis¹⁹ consolidou-se o entendimento de que ante a necessidade de realização de perícia em determinada causa estaria caracterizada sua complexidade afastando, portanto, a competência dos Juizados Especiais.

Não obstante ao entendimento mencionado, após o julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 30.170/SC²⁰, a Terceira Turma do Superior Tribunal inovou o entendimento acerca da produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais. Em seu voto, a da Ministra Nancy Andrighi consubstanciou que Lei nº 9.099/1995²¹ não exclui de sua competência a análise e julgamento das demandas que necessitem da produção de prova técnica, determinando que somente o valor e a matéria possam ser considerados para determinar que uma causa é de menor complexidade.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 537.427/SC²², decidiu que ante a complexidade da causa os Juizados Especiais não possuíam competência para julgar a demanda em questão tendo em vista a necessidade de realização de

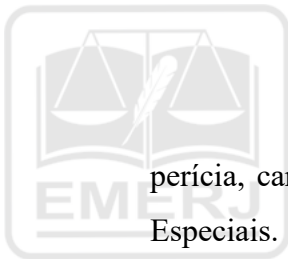
¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 537427*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=157&dataPublicacaoDj=17/08/2011&incide nte=2492029&codCapitulo=5&numMateria=115&codMateria=1>>. Acesso em: 29 ago. 2021.



perícia, caracterizando sua complexidade e afastando, portanto, a competência dos Juizados Especiais.

Dessa forma, verifica-se que não há consenso na definição do que seria a “complexidade da causa”, tratando-se de conceito jurídico indeterminado e fazendo surgir diversas conceituações do que seria uma causa efetivamente complexa, reverberando as discussões na competência dos Juizados Especiais.

Insta salientar que a Lei nº 9.099/1995²³ traz o rol de competências dos Juizados Especiais Cíveis, considerando tais hipóteses causas de menor complexidade e estabelecendo critérios de competência de ordem objetiva, territorial e funcional.

A competência objetiva decorre do valor da causa ou da matéria em discussão, nos termos do artigo 3º da Lei dos Juizados Especiais²⁴. De acordo com o referido dispositivo legal, poderão ser objeto de análise e julgamento pelos Juizados Especiais Cíveis as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo. Quanto à matéria de menor complexidade, os incisos I, II e III do artigo supramencionado elencam como assunto de menor complexidade: as causas elencadas no artigo 215 do Código de Processo Civil de 1973²⁵; as ações de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a quarenta salários mínimos.

A competência territorial encontra-se prevista do artigo 4º da Lei nº 9.099/1995²⁶ e dispõe que será competente para as causas previstas na referida lei o Juizado e o foro do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; o lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; ou o domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Por fim, o artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/1995²⁷ elenca o rol de sua competência funcional dispondo que o Juizado Especial promoverá a execução de seus julgados e de seus títulos executivos extrajudiciais no valor de até quarenta vezes o salário mínimo. A competência funcional consubstancia-se na execução de seus próprios julgados, no conhecimento de ações acessórias - art. 61 do Código de Processo Civil²⁸ - e na revisão de seus julgados por meio das Turmas Recursais.²⁹

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ Ibidem.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷ Ibidem.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁹ CHINI et al., op. cit., p. 71.

Pelo exposto, verifica-se que a Lei nº 9.099/1995³⁰ não faz nenhuma alusão entre a menor complexidade da causa e a necessidade de realização de prova técnica. Por isso, diversas são as interpretações acerca da definição do que seria a “menor complexidade da causa”, podendo-se inferir, a *contrario sensu*, que causa complexa é toda aquela que não se encontra no rol de competências da referida lei e que não demande a realização de perícia aprofundada para análise do mérito da causa.

Cumprido destacar, ainda, o entendimento consubstanciado no Enunciado Cível nº 54 do FONAJE³¹ preleciona que “a menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material”. Embora os enunciados do FONAJE não possuam caráter vinculante, consagram uma doutrina qualificada. Isso porque tratam-se do entendimento de um conjunto de magistrados que atuam no âmbito dos Juizados Especiais e revelam questões pontuais acerca de interesse geral e, geralmente, seguido pelo Poder Judiciário.

Insta salientar, ainda, que o artigo 35 da Lei nº 9.099/1995³² traz a hipótese de realização, no âmbito dos Juizados Especiais, da prova técnica simplificada, que é tratada pelo artigo 464, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil³³.

De acordo com o professor Alexandre Freitas Câmara³⁴:

[...] admite-se, porém, a substituição da prova pericial por prova técnica simplificada, determinada de ofício ou por requerimento das partes, quando o ponto controvertido for de pouca complexidade (art. 464, § 2º). A prova técnica simplificada consiste, tão somente, na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico (art. 464, § 3º). O especialista, tanto quanto o perito, deve ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, e poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens para esclarecer os pontos controvertidos da causa (art. 464, § 4º).

Poderá, ainda, o juiz dispensar a realização da prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes; ou quando a produção da prova pericial, quando, de ofício ou a requerimento das partes, for possível, em substituição à perícia, determinar a

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado cível nº 54, FONAJE*: “A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material.”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

³² BRASIL, op. cit., nota 1.

³³ BRASIL, op. cit., nota 17.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, [e-book].



produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.³⁵

A perícia informal é uma espécie de prova científica e caracteriza-se pela necessidade de conhecimento científico ou técnico especial sobre os fatos discutidos em juízo e pela menor complexidade do ponto controvertido objeto da análise, que dispensa a produção de prova pericial. Com isso, é possível inferir que a prova técnica simplificada possui essência verdadeiramente autônoma - apesar de ter sido tratada no Código de Processo Civil³⁶ como uma subespécie de prova pericial - quando comparada com a prova técnica pericial de maior complexidade, a qual demanda um corpo técnico específico e a elaboração de laudos técnicos demorados, não se adequando ao procedimento especial dos Juizados Especiais.

Por todo o exposto, percebe-se que a Lei nº 9.099/1995³⁷ não vedou a produção de perícia nas causas que tramitem pelo procedimento especial dos Juizados Especiais. A própria lei trouxe um rol de competência das demandas que podem ser submetidas ao referido procedimento, sem proibir as causas que demandem a produção de perícia. Deve-se observar, contudo, as peculiaridades da perícia a ser realizada para verificar, no caso concreto, se trata-se de perícia complexa.

Diante de uma demanda que requeira a produção de prova pericial de grande complexidade, tal causa deverá ser proposta na Vara Cível, observando-se o procedimento comum. Isso porque nesse procedimento poderão as partes obter uma cognição mais aprofundada e específica à peculiaridade da causa.

Não obstante, diante de uma demanda que tramite pelo procedimento do Juizado Especial e que necessite de uma perícia simples, a prova técnica simplificada atenderá tanto aos interesses da causa quanto ao procedimento dos Juizados Especiais, não havendo razão, portanto, para proibir, aprioristicamente, a produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

³⁵ CHINI et al., op. cit., p. 71.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 17.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

3. A IMPOSSIBILIDADE DA PRODUÇÃO DA PROVA TÉCNICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SEUS EFEITOS NO ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça está diretamente interligado com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, os quais garantem aos jurisdicionados o acesso à justiça por meio de um procedimento mais célere, informal e de baixo custo.

O amplo acesso à justiça está consagrado no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Brasileira de 1988³⁸, os quais dispõem, respectivamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

O termo acesso à justiça engloba tanto o acesso formal quanto o acesso material à tutela jurisdicional, que poderá ocorrer por meio da assistência jurídica em juízo e fora dele, promovendo uma justiça eficaz e em condições de proferir respostas adequadas e imediatas à necessidade das partes, trazendo apaziguação e pacificação social.

Nesses termos, Eduardo Rodrigues dos Santos³⁹ afirma:

[...] que o acesso à justiça, deve ser desenvolvido de acordo com o modelo constitucionalmente estabelecido, respeitando-se todos os direitos e garantias dos cidadãos e buscando-se, ao máximo, a igualdade de condições entre as partes, através de um modelo democrático de processo, fundado na participação e no policentrismo, possibilitando então uma decisão, verdadeiramente, pautada na equidade, entendida como a justiça do caso concreto, fundada nos padrões de justiça estabelecidos pela Constituição e não pela imaginação ou concepção pessoal dos magistrados.

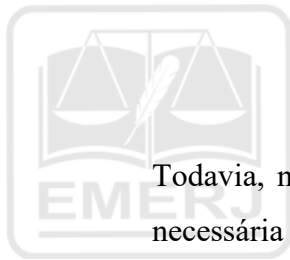
De acordo com Mauro Cappelletti⁴⁰, o termo “acesso à justiça” é de difícil compreensão, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

O conceito de acesso à justiça sofreu diversas transformações ao longo dos anos. Inicialmente, o termo “acesso à justiça” significava, essencialmente, o direito formal do indivíduo demandando judicialmente de propor ou contestar uma ação. O direito de ação tratava-se de um “direito natural” que não necessitava de uma ação do Estado para sua garantia.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁹ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios processuais constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 147.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: fabris, 1988, p. 8.



Todavia, não bastava apenas o Estado garantir o acesso à justiça de modo formal, fazia-se necessária a garantia de meios adequados de perseguir esse direito na prática.

Nesse sentido, preleciona Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴¹ que:

[...] embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como completa “igualdade de armas” – a garantia de que conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. [...]

Dessa forma, a criação dos Juizados Especiais Cíveis possibilitou que os jurisdicionados buscassem por seus direitos de forma mais simples e por meio de um procedimento de baixo custo. Uma violação de direitos considerada “mais simples” e “corriqueira”, por vezes não levada até o Poder Judiciário em razão dos custos que, muitas vezes, eram excedentes ao montante da controvérsia, poderá, com o procedimento especial dos Juizados Especiais, ter seu mérito analisado de forma mais célere e menos dispendiosa às partes.

A Lei nº 9.099/1995⁴² possibilitou às partes o acesso a uma justiça mais célere e informal, de forma que submetiam suas demandas ao Poder Judiciário por meio de um procedimento especial mais acessível aos jurisdicionados. Em razão dessas peculiaridades, uma série de restrições foram feitas no âmbito dos Juizados Especiais.

A produção da prova pericial complexa foi uma das restrições impostas pela Lei nº 9.099/1995⁴³ de forma que as demandas que forem submetidas ao procedimento dos Juizados Especiais que tenham como objeto questão judicial complexa deverá ser extinta sem a extinção do mérito, nos termos do art. 51, inciso II, da Lei nº 9.099/1995⁴⁴.

Conforme analisado ao longo deste trabalho, as controvérsias acerca da produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, limitar a todo custo a produção de toda e qualquer prova técnica desvirtuaria o amplo acesso à justiça que a Lei dos Juizados Especiais⁴⁵ buscou trazer aos jurisdicionados. As barreiras do acesso à justiça impostas por questões externas as camadas mais desabastadas da população, imporia, nessa ocasião, um obstáculo de cunho processual de acesso ao Poder Judiciário.

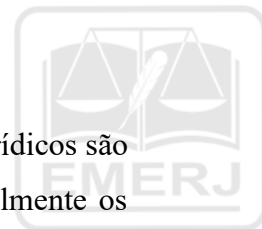
⁴¹ Ibidem, p. 15.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.



Segundo Mauro Cappelletti⁴⁶, as dificuldades criadas pelos ordenamentos jurídicos são mais comuns para as pequenas causas e para os demandantes individuais, especialmente os pobres; por sua vez, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

Nesse sentido, destaca-se as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴⁷, que prelecionam:

[...] é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações. (...) É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades modernas – em vantagens concretas para as pessoas comuns. Supondo que haja vontade política de mobilizar os indivíduos para fazerem valer seus direitos – ou seja, supondo que esses direitos sejam para valer – coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo. [...]"

Diante do exposto, ainda que seja garantido o acesso à justiça de natureza formal e material aos jurisdicionados, parte da população desprovida de poder aquisitivo encontra grandes barreiras na efetivação de seu acesso a justiça. Isso porque embora haja uma melhoria na assistência material dos demandantes, os obstáculos de cunho processual poderão mitigar a plena e efetiva busca pelo direito de ação.

É compreensível que em procedimentos especiais mais céleres e que busquem desburocratizar o acesso à justiça haja a simplificação e até mesmo a supressão de certas formalidades processuais que, em última análise, são características que asseguram o devido processo legal. Essas formalidades possuem limitações de natureza tanto material quanto formal. Contudo, as referidas limitações não podem violar o núcleo essencial de um mecanismo que visa buscar o efetivo acesso à justiça, restringindo as formas de acesso aos jurisdicionados a um entendimento não positivado pelo legislador e que não viola o procedimento estabelecido pela lei.

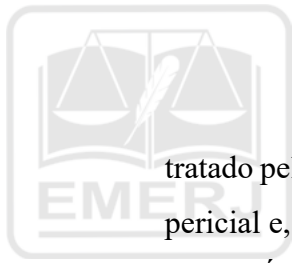
Dessa forma, pode-se inferir que se configura desarrazoada a restrição da análise e do julgamento, aprioristicamente, de demandas que necessitem de produção da prova técnica por ser consideradas, por si só, causas de maior complexidade e, portanto, violar o procedimento especial previsto pela Lei nº 9.099/1995⁴⁸.

A prova técnica simplificada, que pode ser considerada como um meio de prova autônomo em face dos demais meios de prova do ordenamento jurídico brasileiro - mas foi

⁴⁶ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 28.

⁴⁷ Ibidem, p. 28-29.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.



tratado pelo legislador como uma espécie de prova pericial -, é mais simples que a prova técnica pericial e, por isso, se admite sua produção no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

É importante ressaltar que a possibilidade de produção da prova técnica simplificada nas ações em que tramitem pelos Juizados Especiais Cíveis não desvirtuaria o procedimento, bem como não violaria a proposta da justiça mais célere e informal da Lei nº 9.099/1995⁴⁹. Isso porque a prova técnica simplificada trata-se de um meio de prova simples e de baixo custo, sendo permitida sua produção pela própria Lei dos Juizados Especiais Cíveis⁵⁰.

Ademais, não é possível afirmar com precisão se a permissão da produção da prova técnica simplificada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis acarretaria a uma “explosão” de demandas tramitando pelo procedimento especial. Isso porque o fato da parte optar entre o ajuizamento de uma ação pelo procedimento do Juizado Especial ou pelo procedimento comum, positivado no Código de Processo Civil,⁵¹ não decorre única e exclusivamente da possibilidade de produção da prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais. O art. 3º da Lei nº 9.099/1995⁵² traz outros delimitadores de ordem material, funcional e territorial no que diz respeito ao ajuizamento de ações no âmbito dos Juizados Especiais, demonstrando legalmente o que pode ser considerado como complexidade da causa.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que a proibição da produção da prova técnica simplificada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, além de violar o entendimento positivado na própria legislação, desvirtua os mecanismos de acesso à justiça que foram idealizados para a superação de barreiras de cunho material e processual que determinados jurisdicionados encontravam para a obtenção de uma resposta estatal de forma mais célere e simplificada.

CONCLUSÃO

Os Juizados Especiais Cíveis são regidos pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tendo como competência o julgamento de causas de menor complexidade. A menor complexidade, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, deve ser analisada à luz da matéria e do valor da causa, uma vez que não há previsão legal quanto à impossibilidade de produção de prova pericial, por tornar a demanda,

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 17.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 1.



por si só, complexa, afastando a competência do Juizado Especial Cível para processamento e julgamento da ação.

É cediço que o procedimento do Juizado Especial Cível privilegiou as ações de baixa complexidade com o fim de satisfazer a celeridade e a economia processual, bem como trazer um conceito de prestação jurisdicional mais acessível e de baixo custo aos jurisdicionados. Ocorre que diante das balizas trazidas pela praxe jurídica, não tem se admitido a análise e julgamento do mérito quando a demanda necessitar da produção de prova técnica.

Não obstante ao entendimento supramencionado, diante da análise da pesquisa ora realizada, pode-se afirmar que nem toda ação que necessita da produção de prova pericial será, necessariamente, complexa. Isso porque além da prova pericial não ser vedada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, poderá, também, tratar-se de prova técnica simplificada, nada interferindo no procedimento especial trazido pela Lei nº 9.099/1995.

Ante a prática dos tribunais em extinguir o processo sem a análise do mérito, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, quando se tratar de demanda que necessite de perícia, ainda que simplificada, cumpre analisar a referida prática à luz do princípio do acesso à justiça.

O princípio do amplo acesso à justiça trouxe aos jurisdicionados a possibilidade, por meio de um processo judicial mais simples e mais célere, de submeter uma causa à apreciação do Poder Judiciário. Contudo, em razão das peculiaridades do procedimento especial dos Juizados Especiais, tem-se entendido que a ação judicial que necessita da produção da prova técnica, é complexa e, portanto, estar fora do âmbito de processamento e julgamento dos Juizados Especiais. O entendimento é temerário, uma vez que limitar a todo custo a produção de toda e qualquer prova técnica desvirtuaria o amplo acesso à justiça que a Lei dos Juizados Especiais buscou trazer aos jurisdicionados.

É importante destacar, ainda, que a admissão da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais não acarretaria, necessariamente, à uma “explosão” de demandas no âmbito do referido procedimento especial. Isso porque a perícia que se demonstrasse complexa não se adequaria ao procedimento dos Juizados e, portanto, não seria de sua competência. Contudo, a prova técnica que se demonstrasse simplificada, poderia ser produzida na Audiência de Instrução e Julgamento com a inquirição dos peritos de confiança do juízo, conforme artigo 464, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, diante das análises realizadas acerca da produção da prova técnica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, com relação à prova técnica e a complexidade da causa, pode-se afirmar que uma ação que requeira a produção da prova técnica não necessariamente acarretará à complexidade da causa. Isso porque há a possibilidade de produção de prova



técnica simplificada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Portanto, a análise acerca da natureza da prova técnica deveria ocorrer posteriormente ao ajuizamento da demanda, devendo o magistrado analisar se trata-se de prova pericial de grande complexidade e, sendo o caso, extinguir o processo sem a análise do mérito ante a incompetência dos Juizados Especiais Cíveis para a análise da Causa.

Por fim, em observância ao princípio do acesso à justiça, que permitiu com que barreiras de cunho social, econômico e espacial diminuíssem as dificuldades do ajuizamento de demandas; restringir, de plano, a análise e julgamento de determinadas ações judiciais por necessitar de prova pericial, viola o mandamento constitucional do amplo acesso à justiça, uma vez que a Constituição da República e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis não fizeram qualquer ressalva acerca da produção da prova técnica pericial no âmbito do procedimento especial consagrado na Lei nº 9.099/1995.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado Cível*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis/>>. Acesso em: 29 ago. 2021

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 2009/0152008-1*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RMS+30170+SC&b=ACOR&p=falfa&l=10&i=8&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 537427*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=157&dataPublicacaoDj=17/08/2011&incidente=2492029&codCapitulo=5&numMateria=115&codMateria=1>>. Acesso em: 29 ago. 2021.



CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, [e-book].

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

CHINI, Alexandre et al. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: lei 9.099/1995 comentada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2021.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil. Parte Geral*. V. 1. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios processuais constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 31. ed. rev., atual. e ampl. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL E A SUA COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Michelle Souza Calado Lima Carneiro

Graduada pela Faculdade Gama e Souza.
Advogada.

Resumo – Os espaços de consenso no processo penal geram controvérsia doutrinária. Os institutos da justiça negocial são criticados por serem alegadamente incompatíveis com princípios constitucionais importantes como o da presunção da inocência, o direito ao silêncio, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. O objetivo desse trabalho é analisar o acordo de não persecução penal, a delação premiada e a transação penal e demonstrar como tais institutos violam os princípios constitucionais.

Palavras-chave – Processo Penal. Espaços de Consenso. Princípios Constitucionais.

Sumário – Introdução. 1. O acordo de não persecução penal e o princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio. 2. Delação premiada como meio antiético de extorsão da prova e a sua inconstitucionalidade. 3. Transação penal e a sua inconstitucionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo discutir a constitucionalidade dos institutos que integram os espaços de consenso no processo penal brasileiro, tais como o acordo de não persecução penal, a delação premiada e a transação penal, uma vez que existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Na justiça brasileira, diante da sobrecarga de processos, é comum que em alguns casos haja a ocorrência da prescrição. Soma-se a isso o fato de que diante de uma resposta excessivamente morosa às práticas criminosas, a efetividade do processo acaba ficando comprometida, o que pode despertar na população um sentimento de impunidade.

Dessa forma, perante a necessidade de conferir uma maior eficiência na resolução dos conflitos penais, tem crescido cada vez mais no Brasil, a ideia da expansão dos espaços de consenso, ou seja, a criação de mecanismos que permitam uma maior aplicação da justiça consensual. Consiste em um meio alternativo que permite o encerramento da persecução penal de forma antecipada.

Contudo, questiona-se a constitucionalidade dos espaços de consenso no processo penal, o qual também chamamos de justiça penal negocial. A aplicação consensual da pena acaba por causar prejuízos ao processo penal democrático, já que não há um efetivo consenso entre as partes, podendo se assemelhar mais a um ‘contrato de adesão’ por parte do investigado,

que deve aceitar os termos impostos pelo Ministério Público, caso contrário, não será beneficiado.

Além disso, outro fator de críticas é que os institutos da justiça penal negocial, mitigam o princípio da necessidade do Processo Penal. Isto porque, admitem a aplicação de pena sem prévio processo ou, ao menos, sem integral processo, na medida em que a negociação poderá ocorrer antes de iniciada a instrução e implicará aceleração procedimental pela imediata aplicação da pena, o que ocasiona o afastamento do modelo processual tradicional.

Os princípios constitucionais são os pilares de todo o ordenamento jurídico, pois orientam como o operador do direito deve agir diante das situações concretas a ele apresentadas no cotidiano. Além disso, garantem a legalidade, conferem igualdade e segurança jurídica a todos os jurisdicionados, concretizando o que chamamos de Estado Democrático de Direito.

A doutrina e a jurisprudência têm questionado a constitucionalidade da justiça negocial, assim como a sua eficácia como instrumento "despenalizador". É importante discutir sobre o tema, apresentar as particularidades de cada instituto e analisar se eles são benéficos aos investigados, assim como o seu reflexo na sociedade.

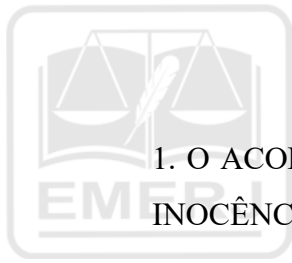
Inicia-se o primeiro capítulo do artigo científico apresentando o instituto do acordo de não persecução penal, e uma análise sobre a sua constitucionalidade diante do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

O segundo capítulo analisa a constitucionalidade do instituto da delação premiada, e visa a discutir se os seus requisitos são éticos e lícitos e a sua eficácia contra os crimes de "colarinho branco".

Por fim, o terceiro capítulo aborda as peculiaridades da transação penal, questiona a sua constitucionalidade, tendo em vista que por meio desse instituto é possível a aplicabilidade da sanção penal apenas com indícios de autoria e materialidade, dispensando o contraditório e a ampla defesa.

A pesquisa jurídica é desenvolvida pelo método dedutivo em que, com base nas informações coletadas e apresentadas, faz-se uso de uma cadeia lógica de raciocínio, para defender uma tese.

A abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, porque a pesquisadora pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – a fim de sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.



1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DIREITO AO SILÊNCIO

O acordo de não persecução penal (ANPP) é um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público (MP) e o autor de um crime, o qual deve confessar formalmente a prática do delito.

O compromisso do investigado será o cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, e em troca o Ministério Público se compromete a promover o arquivamento do feito, conforme preceitua o art. 18, §11, da Resolução n. 181¹ do CNMP. Segundo Renato Brasileiro², quando as condições impostas ao investigado são cumpridas, não há mais interesse processual em propor a ação penal, já que a pretensão punitiva estatal foi satisfeita com o cumprimento das obrigações pelo investigado. Outra consequência do devido cumprimento das condições pelo investigado é a declaração da extinção da punibilidade pelo juízo competente, conforme disposto no §13 do artigo 28-A do Código de Processo Penal³.

O objetivo da celebração do acordo é providenciar um processo mais rápido, um resultado mais legitimador e com uma certeza da culpabilidade do agente, já que este se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito.

O acordo de não persecução penal tem previsão legal no artigo 18 da Resolução n° 181⁴, de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a qual versa sobre as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público por meio do denominado procedimento investigatório criminal. Este modelo de justiça penal negociada foi recentemente incluído no art. 28-A do Código de Processo Penal⁵ pela Lei n°. 13964/19, o chamado Pacote Anticrime⁶:

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, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

¹ BRASIL. *Resolução n° 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

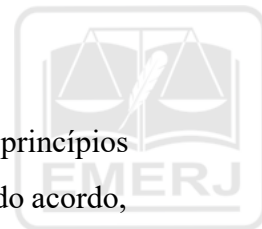
² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 210.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶ BRASIL. *Lei n° 13964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 abr.2021.



O ANPP tem a sua constitucionalidade questionada, uma vez que viola princípios constitucionais ao ter como principal requisito para a formalização e a homologação do acordo, a exigência de confissão do crime.

Na legislação brasileira, o princípio da presunção de inocência é a regra, segundo o art. 5º, LVII, da CRFB/88⁷, dessa forma o cidadão só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No momento em que o investigado declara culpa para ter acesso ao benefício do ANPP, ocorre uma violação ao princípio constitucional da presunção da inocência, pois antecipa a culpa ao período pré-processual, desconsiderando a sua averiguação mediante o devido processo legal.

Nesse sentido, há a Declaração Universal de Direitos Humanos⁸ aprovada pela ONU, que em seu artigo 11 dispõe: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

O Direito ao silêncio é um dos princípios consagrados na Constituição da República⁹ no art. 5º, inciso LXIII, a qual preceitua: “o preso será informado de seus Direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

No ANPP, o investigado é obrigado a renunciar o direito ao silêncio, porque ou ele confessa o fato criminoso ou não será beneficiado. Algo totalmente em desacordo com as garantias constitucionais, já que a confissão só será considerada válida se for espontânea, conforme ensina o doutrinador Luiz Flávio Gomes¹⁰: “o acusado tem todo Direito de não falar nada (Direito ao silêncio); se falar, tem o Direito de nada dizer contra si mesmo; mesmo dizendo algo contra si, tem o Direito de não confessar. A confissão, por sinal, só constitui prova válida quando for espontânea”.

A exigência da confissão além de violar os referidos princípios constitucionais, também está em desacordo com os pactos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos - Decreto nº. 678/9¹¹, a qual foi recepcionada pela Constituição da República

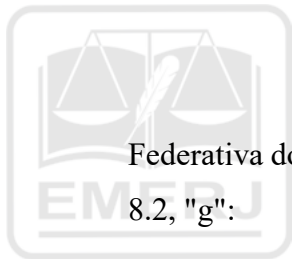
⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar 2021.

⁸ UNICEF. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 141-142.

¹¹ CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.



Federativa do Brasil, em seu art. 5º, § 2º. O Pacto de San José da Costa Rica¹² prevê em seu art. 8.2, "g":

Toda pessoa acusada de delito tem Direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem Direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: Direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Da mesma forma, não há compatibilidade com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - Decreto nº 592/92¹³ que dispõe em seu art. 14.3, "g": “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: “[...] De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

O Código de Processo Penal¹⁴ é uma lei infraconstitucional, sendo assim, não deveria apresentar um instituto que simplesmente ignora o que está disposto na Constituição da República e nos Pactos Internacionais, os quais são normas cogentes e, portanto, inderrogáveis.

Impor uma confissão, além de violar as normas legais, pode não ser benéfico ao investigado, tendo em vista que ao confessar o crime este tem o conhecimento e a aceitação dos fatos, mas não necessariamente quanto às suas consequências jurídicas. Pois, caso o investigado não cumpra todas as obrigações por ele assumidas, o Ministério Público poderá oferecer a denúncia, conforme preceitua o artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁵, §10º e §11º. Assim sendo, a denúncia a ser oferecida pelo MP pode trazer, como suporte probatório, inclusive uma confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do ANPP.

Além disso, quando o acusado não cumpre com o ANPP, o MP pode utilizar tal fato como motivo para não oferecer a suspensão condicional do processo conforme estabelece o art. 28-A, § 11 do CPP¹⁶.

Atualmente, no sistema processual penal, o réu não pode mais ser considerado coisa e a confissão não é mais considerada como a rainha das provas, deste modo ela deve ser valorada de acordo com a análise conjunta das demais provas existentes no processo, conforme preceitua o art. 197 do Código de Processo Penal¹⁷, no decurso da ação penal com a finalidade de garantir o exercício do contraditório e ampla defesa previsto no art. 5º, inciso LV, da CRFB/1988¹⁸.

¹² Ibidem.

¹³ PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

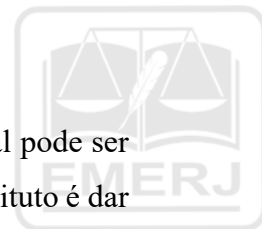
¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.



Percebe-se que a condição de confissão no Acordo de não persecução penal pode ser considerada um ato abusivo porque é desnecessário, uma vez que a finalidade do instituto é dar celeridade processual aos crimes de menor potencial ofensivo, somado a intenção de uma ressocialização do delinquente, fatos independentes da necessidade da manifestação compulsória do investigado. Além disso, trata-se de um acordo extraprocessual, em que não existe um exame de mérito, pois, segundo o art. 28-A, § 4º, do CPP¹⁹, cabe ao juiz apenas a análise da voluntariedade e da formalidade do acordo.

Portanto, apesar do ANPP ter sido criado com o objetivo de colaborar com o sistema criminal brasileiro, trouxe inconsistências pela maneira como foi elaborado, já que houve a supressão das garantias constitucionais, o que prejudica o consenso penal em razão da necessidade da paridade de armas, e conseqüentemente, do respeito ao Estado Democrático de Direito.

2. DELAÇÃO PREMIADA COMO MEIO ANTIÉTICO DE EXTORSÃO DA PROVA E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A delação premiada é um instituto do direito penal, que possui desdobramentos tanto no âmbito do direito material, quanto no direito processual penal. A palavra “delação” tem origem do *delatio* que tem como significado “acusar ou apontar”. Por outro lado, a palavra “premiada” é derivada do latim *praemium* e indica a “concessão de recompensa por algo”. Portanto, o conceito de delação premiada baseia-se na ideia de “recompensa ou concessão de prêmio em vista das informações dadas”.

A delação premiada tem por objetivo conceder uma vantagem a uma pessoa que está sob investigação, a qual durante a persecução penal, faz a confissão da autoria de um delito e atribui a terceiros, a participação ou o envolvimento na ação criminosa, ou concede informações importantes que auxiliem às investigações. O doutrinador Damásio de Jesus²⁰ ensina que a delação premiada se refere à incriminação de terceiro, a qual é realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no âmbito de seu interrogatório, ou outro ato processual. O legislador premia aquele que delatou, e concede a este benefícios como: redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando, etc.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰ JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 11 ago. 2021.



No ordenamento jurídico, não existe uma lei específica que regula as hipóteses de delação premiada, dessa forma inexistente uma padronização no tratamento do instituto, já que este tem previsão em várias leis especiais e no próprio Código de Processo Penal²¹, em seu artigo 159, § 4º, o qual preceitua: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Importante ressaltar que a delação somente será válida se houver provas que realmente corroborem as informações e estas forem prestadas de maneira voluntária, sem qualquer tipo de coação, conforme preceitua o art. 4º, caput, da Lei nº. 12.850/2013²². Caso contrário, as informações prestadas tornar-se-ão ilícitas, e serão decretadas nulas, tendo em vista que a presença de vícios no negócio jurídico firmado.

Observa-se que a delação premiada é um espaço de consenso que incita o agente a praticar uma conduta que é repelida pela humanidade, ou seja, a traição, a deslealdade. Já que consiste em um instituto por meio do qual o Estado oferece um benefício, seja de redução de pena ou até mesmo de perdão judicial, caso o indivíduo contribua com a justiça, prestando-lhe informações sobre o crime o que muitas vezes se trata de delatar um terceiro que participou do delito. É certo que o Estado não poderia se valer de meios antiéticos e muito menos poderia incentivar que os cidadãos se utilizem de expedientes contrários aos certames da moral.

A delação premiada traz valores que não estão consagrados na legislação brasileira, o que demonstra uma falta de congruência entre este instituto e os preceitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil²³.

O Direito nasceu para refletir os anseios da sociedade. Dessa forma o ordenamento jurídico é consagrado em meios aos valores morais da sociedade. A delação premiada do modo como é realizada, baseada na traição e em valores egocêntricos, é inconciliável com espírito da Constituição da República²⁴ a qual consagra valores outrora mitigados, como a humanização, a solidariedade e a compaixão.

Desse modo, a delação premiada não deveria ser admissível no direito pátrio, como forma de atenuar ou excluir a pena de quem pratica ou é partícipe de crime. Tendo em vista que a quebra da confiança gera desordem e desagregação, sendo a delação um ato antiético, já que a própria sociedade tem uma aversão à traição das relações sociais e pessoais.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² BRASIL. Lei nº 12850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 13 ago.2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁴ Ibidem.



Além disso, se a traição é tida como circunstância agravante ou qualificadora de crime conforme previsto no artigo 61, inciso II, letra "c" e artigo 121, § 2º, inciso IV, ambos do Código Penal²⁵, incentivá-la como forma de levar o agente a uma isenção ou a diminuição de pena não parece razoável.

A delação premiada desobedece ao princípio constitucional de *nemo tenetur se detegere*, o qual estabelece que o indivíduo tem o direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo um direito fundamental do acusado, uma vez que as técnicas utilizadas pelo Estado conduzem a uma verdadeira inquisição e consequente extorsão da verdade.

Sendo a delação premiada inconstitucional, a sua obtenção, como prova ilícita, é vedada pela Constituição da República²⁶:

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:

(...)

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Além disso, o instituto ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, por promover ao magistrado a faculdade de apreciar uma prova produzida sem a possibilidade de confronto e ciência da outra parte, e o princípio da dignidade da pessoa humana, ao submeter, na maioria das vezes, o réu a violações nos aspectos físicos e mentais de sua personalidade na busca por "alguma informação".

Nesse sentido, Bruno Lessa Pedreira²⁷ diz: “ao albergar em nosso sistema a delação premiada, estamos, pois, protegendo um instituto que afronta os princípios constitucionais, que vai de encontro ao espírito da Carta Política, restando-o como tal, inconstitucional”.

Ainda sobre o tema, o jurista brasileiro Bandeira de Mello²⁸ afirma que:

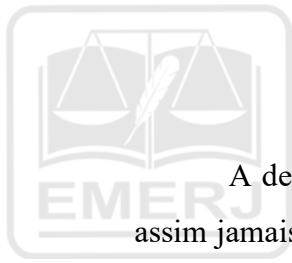
[...] é o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes dos componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

²⁵ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁷ SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. *A inconstitucionalidade da delação premiada*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731>. Acesso em: 14 ago. 2021.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.



A delação premiada é obtida por meios dubitáveis por parte do poder público. Sendo assim jamais poderia ter valor probatório, tendo em vista que se vislumbra perante uma farsa, pois não há a livre e espontânea vontade de colaborar com a justiça, mas sim uma coerção.

Apesar de a delação premiada não estar de acordo com as normas constitucionais, e o incentivo de prática imoral para colheita probatória não poderia jamais ser prática oficial de Estado, sua eficácia contra os crimes conhecidos como de “colarinho branco” é inquestionável. Contudo, vale a pena passar por cima dos princípios constitucionais para condenar pessoas a qualquer custo?

A resposta é não. Porque a Constituição da República tem que ser a base do profissional do Direito. É a partir dela que se deve aplicar o direito e alcançar a justiça com a finalidade de manter o Estado Democrático de Direito. O instituto da delação premiada incentiva a desonestidade afastando a ordem jurídica da retidão. Alberto Franco²⁹ esclarece que carece à delação premiada uma justificativa brevemente ética, porque ao ser examinada somente pelo motivo de sua utilidade, pode expor todo o sistema legal, o qual é construído com base na dignidade da pessoa humana.

3. TRANSAÇÃO PENAL E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A transação penal é um instituto despenalizador pré-processual. Consiste em um acordo feito entre o acusado e o MP, em que aquele aceita cumprir as determinações e as condições propostas pelo promotor de justiça de maneira imediata, sem ter sido condenado, já que nem a denúncia foi oferecida, em troca do arquivamento do processo. Dessa forma, o processo é encerrado sem análise da questão e o acusado continua sem registros criminais.

O instituto tem previsão na Constituição da República³⁰ em seu art. 98, inciso I, e no art. 76, da Lei n.º 9.099/95³¹:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor

²⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*: notas sobre a lei 8.072/90. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 7.

³¹ BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 31 ago.2021.

a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Apesar da transação penal ter previsão constitucional, faz-se necessário questionar a sua constitucionalidade assim como a sua eficácia como instrumento "despenalizador", uma vez que o seu procedimento viola claramente princípios constitucionais como o do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e a presunção de inocência.

A Carta Magna³² não regulamentou de que forma seria aplicada a transação penal. A regulamentação foi realizada pela Lei n.º. 9099/95³³, em seu art. 76, que determinou a aplicação da transação penal antes do início do processo.

Os principais fundamentos pelos quais questiona-se a constitucionalidade desse instituto é o fato de que o seu procedimento é aplicar a pena sem processo e sem reconhecimento de culpa, o que viola o inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal³⁴, ou seja, o devido processo legal, assim como há a ofensa à garantia da presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna³⁵.

A transação penal colide frontalmente com o princípio do devido processo legal, já que o acusado irá cumprir uma pena sem ao menos saber se é culpado, já que sequer é oferecida denúncia.

O princípio do devido processo legal é definido por Nestor Távora e Rosmar Antonni³⁶:

O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais.

Importante ressaltar que, no processo penal, a inocência é presumida, cabendo a quem acusa demonstrar a culpa do réu. Caso não fique cabalmente demonstrada a culpa do acusado, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

Na transação penal, o acusado recebe uma pena sem ter exercido o seu direito de defesa, e sem existir um processo em andamento ou uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

No momento da audiência preliminar, durante a homologação da transação penal, perante o magistrado e o MP, o acusado precisa fazer uma opção que será pela diminuição de

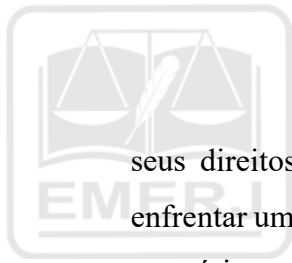
³² BRASIL, op. cit., nota 7.

³³ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁵ Ibidem.

³⁶ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivim, 2009, p. 52.



seus direitos, recebendo uma pena restritiva de direitos ou uma pena de multa, ou ainda enfrentar um processo, sem ao menos tendo sido ouvido ou produzido alguma prova em sentido contrário ao que foi registrado no Termo Circunstanciado de Ocorrência. Dessa forma, o réu pode se sentir constrangido e acabar aceitando a transação penal, mesmo sendo inocente por medo de enfrentar um processo.

Ressalta-se que a Carta Magna³⁷ não autorizou a aplicação da transação penal aos casos concretos dispensando-se o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e ignorando a presunção de inocência. É necessário que, a lei assegure, em todos os casos, os princípios constitucionais, caso contrário, as garantias constitucionais serão esvaziadas e não mais respeitadas, o que coloca em risco o Estado democrático de Direito.

Eugênio Pacelli de Oliveira³⁸, ao discorrer sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa, ensina que:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equívoco, único caminho para a imposição de sanção de natureza penal.

Antes da audiência preliminar, não é realizada nenhuma investigação, o que acaba fazendo com que a defesa não tenha elementos para avaliar se o instituto da transação penal realmente se constituiria em um benefício para o acusado, pois é bom lembrar que o processo penal pode resultar em uma absolvição inclusive por inexistência fática, conforme preceitua o art. 386, I do CPP³⁹.

No processo penal, o autor do fato não pode renunciar a uma garantia individual constitucional, indeclinável, que é a defesa técnica, pois ela é obrigatória, o acusado precisa se defender mesmo que não seja da sua vontade.

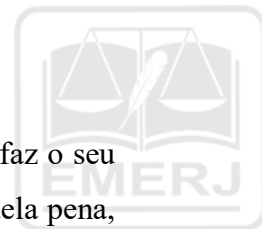
Outro ponto de inconstitucionalidade está no fato de que a homologação da transação penal ocorre antes que o MP ofereça a denúncia, configurando a existência de aplicação de pena sem processo, o que evidencia uma violação ao devido processo legal.

Além disso, o fato de a transação penal ocorrer antes do oferecimento da denúncia, não há como o réu sequer saber se ela seria recebida ou rejeitada pelo juiz. Dessa forma, é impossível para o acusado saber se a transação penal realmente seria um benefício.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 7.

³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.32.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.



Ainda falando sobre a denúncia, no momento em que o Ministério Público faz o seu oferecimento, quando não há transação penal, ele não pede a aplicação desta ou daquela pena, mas apenas apresenta pedido de condenação. Logo, percebe-se que não é papel do órgão acusador propor ao acusado que ele opte por uma pena restritiva de direitos em detrimento de uma pena privativa de liberdade como ele o faz na aplicação da transação penal.

Pode-se concluir que a transação penal somente seria constitucional se fosse aplicada ao final da audiência de instrução e julgamento pelo procedimento estipulado pela Lei nº. 9.099/95⁴⁰, pois dessa forma, estar-se-ia garantindo o contraditório e a ampla defesa ao acusado.

Assim, posteriormente as alegações finais, o acusado teria a oportunidade de fazer uma análise do conjunto probatório produzido e preferir aceitar a proposta de transação penal, obtendo alguns benefícios. Contudo, se com a análise das provas em conjunto com a sua defesa, o acusado preveja que não haveria oportunidade para a decretação de uma sentença condenatória, já que conseguiu contrastar a acusação, poderia fazer a opção pela sentença, pois nesse caso a absolvição lhe seria muito mais benéfica que a transação penal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se debruçou sobre a importante discussão acerca da análise da constitucionalidade dos espaços de consenso no processo penal. Tais institutos foram criados com o objetivo de substituir o modelo de uma solução meramente punitiva para uma solução mais construtiva (reparadora).

Contudo, os institutos da justiça negocial desvirtuam a essência do processo penal como instrumento de limitação do poder punitivo, ao violar os princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito ao silêncio, do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório.

Quando se tratou do acordo de não persecução penal foi constatada a violação ao princípio da presunção da inocência e do direito ao silêncio, já que o investigado tem a obrigação de confessar um fato criminoso ou não poderá ser beneficiado.

Na delação premiada, constatou-se que ela é baseada na traição e em valores egocêntricos, o que vai de encontro ao espírito da Constituição da República que consagrou valores como o da humanização, da solidariedade e o da compaixão. Viola o princípio de *nemo*

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 31.



tenetur se detegere, tendo em vista que as técnicas utilizadas pelo Estado conduzem a uma verdadeira inquisição e conseqüente extorsão da verdade.

Já na transação penal foi visto que o autor do fato celebra um acordo com o Ministério Público, antes que este ofereça a denúncia, para cumprir determinadas condições em troca do arquivamento do processo, uma nítida violação ao devido processo legal e a ampla defesa e o contraditório.

A Justiça negocial causa a distorção dos papéis dos atores da Justiça criminal, corrompendo, inclusive, a própria relação entre imputado e defensor técnico, o que corrobora para que sejam abertas brechas para abusos e arbitrariedades em meio ao cenário já intrusivo e seletivo da persecução penal.

Os espaços de consenso levantam a bandeira de que são a melhor alternativa para o acusado porque concedem a ele benefícios em vez de uma pena privativa de liberdade, mas mascaram que estão tirando dele os seus direitos fundamentais. Na verdade, os institutos da justiça negocial não distribuem benefícios, mas sim sanções.

Portanto, conclui-se que não restam dúvidas de que o cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência mundial. Contudo, no âmbito jurídico brasileiro sua aplicação ocasiona sérios riscos ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

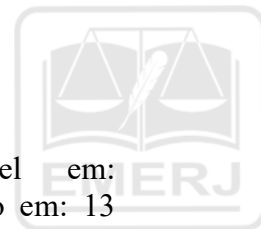
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. *Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 31 mar.2021.

_____. *Lei nº 13964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar. 2021.



_____. *Lei nº 12850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei nº 8.072/90*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACTO INTERNACIONAL sobre Direitos Civis e Políticos, de 06 de julho de 1992. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. A inconstitucionalidade da delação premiada. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731>. Acesso em: 14 ago. 2021.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivim, 2009.

UNICEF. *DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 05 mar. 2021.



CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSE SOBRE PROVA PERICIAL

Natália Leal Lima Eufrásio

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Serventuária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O trabalho focaliza a necessidade de reconhecimento acerca do cabimento do agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que verse sobre prova pericial. Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter firmado a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil, admitindo a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão quando da análise do recurso de apelação, os Tribunais Estaduais têm relutado acerca do cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre prova pericial. A ausência de reanálise imediata da decisão relativa à prova pericial pode gerar situação jurídica de impossível ou árduo restabelecimento futuro, além da possibilidade de ir de encontro ao princípio da economia processual e da duração razoável do processo, motivos pelos quais tal realidade deve ser alterada.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Taxatividade Mitigada. Cabimento. Decisão que verse sobre Prova Pericial.

Sumário – Introdução. 1. A relevância dos aspectos abordados no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT. 2. Imperatividade do agravo de instrumento para atacar decisões acerca da admissibilidade da prova pericial. 3. Cabimento do agravo de instrumento contra decisão relativa ao ônus financeiro da prova pericial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de recorribilidade imediata de decisões interlocutórias que versem sobre prova pericial, apesar de tal matéria estar fora do rol do art. 1.015, CPC. Procura-se demonstrar que a ausência de pronta reanálise da decisão relativa à prova pericial pode gerar situação jurídica de impossível ou árduo restabelecimento futuro, além da possibilidade de ir de encontro aos princípios da economia e da celeridade processuais.

O antigo CPC (Lei nº 5.869/1973) previa em seu artigo 522 que o agravo de instrumento seria cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, não apresentando qualquer restrição.

A Lei Federal nº 13.105/2015 restringiu, em seu art. 1.015, as decisões interlocutórias impugnáveis por meio de agravo de instrumento, criando um rol taxativo. Os casos não



constantes no aludido rol ou expressamente referidos em outra lei devem ser questionados, preliminarmente, na apelação ou em contrarrazões de apelação.

A significativa alteração causou uma agitação no mundo jurídico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacionais, havendo quem defendesse a impossibilidade de ampliar a aplicação do artigo 1.015 do CPC e quem se posicionasse favoravelmente à mitigação da taxatividade do dispositivo, de modo a abarcar contextos semelhantes.

O STJ, tentando pacificar a questão, no julgamento dos Recursos Especiais de nº 1.696.396 e de nº 1.704.520, apreciados sob o rito dos recursos repetitivos pelo tema 998, definiu, de forma inaugural, que o rol do artigo 1.015 do CPC ostenta taxatividade mitigada.

Nancy Andrichi, a ministra relatora, propôs a tese de que é possível a recorribilidade imediata de decisões não elencadas no art. 1.015 do CPC quando houver a necessidade de julgamento urgente, isto é, quando constatada a inutilidade do exame futuro.

O tema é controvertido, sendo necessário analisar até que ponto o STJ pacificou a questão acerca das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, tendo em vista que apesar da decisão relativa à prova pericial se enquadrar dentro do critério de urgência definido pelo STJ, a jurisprudência continua relutante com relação ao cabimento do agravo de instrumento na aludida hipótese.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a relevância dos aspectos abordados no julgamento dos Recursos Especiais de nº 1.696.396 e de nº 1.704.520, com o escopo de enquadrar a decisão relativa à prova pericial dentro do critério de urgência definido pelo STJ.

No segundo capítulo defende-se a necessidade de apreciação imediata da decisão de admissibilidade da prova pericial, pois a reforma apenas em sede de apelação se revela contraproducente, pois o deferimento equivocado de uma prova pericial provocaria desperdício de tempo e o indeferimento de uma prova pericial, que não seja inútil ou protelatória, pode gerar a nulidade do processo em decorrência do cerceamento de defesa.

O terceiro capítulo demonstra o cabimento do agravo de instrumento também em relação à decisão que fixa o ônus financeiro da prova pericial, tendo em vista a possibilidade da perda da prova no caso de não reanálise imediata da questão, em decorrência da impossibilidade de arcar com seu custo.

A pesquisa é 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 é 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 defesa.

1. A RELEVÂNCIA DOS ASPECTOS ABORDADOS NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.696.396/MT E Nº 1.704.520/MT

O Superior Tribunal de Justiça, tentando pacificar a questão do cabimento do agravo de instrumento, ao julgar os Recursos Especiais de nº 1.696.396/MT¹ e de nº 1.704.520/MT², apreciados sob o rito dos recursos repetitivos, definiu a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC³, fixando a seguinte tese: “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

O julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos constitui uma técnica que tem por escopo criar precedentes vinculantes os quais serão, como explica Alexandre Câmara⁴, “usados como padrões decisórios que terão de ser seguidos pelos órgãos jurisdicionais brasileiros quando do exame de casos nos quais se discutam as mesmas questões de direito já definidas, e diante de circunstâncias fáticas equivalentes”.

Deste modo, a tese da taxatividade mitigada mostrou-se eficiente para rechaçar correntes doutrinárias existentes acerca da natureza do rol de hipóteses que desafiam agravo de instrumento.

Uma primeira corrente sustentava que o rol de situações confrontáveis por agravo de instrumento era exemplificativo, sendo o art. 1.015 do CPC⁵ considerado *numerus apertus*,

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.696.396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.704.520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702719246>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 552.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

defendida por Rosemiro Pereira Leal⁶, Gabriel Araújo Gonzalez⁷ etc. Uma segunda corrente defendia a possibilidade de interpretações extensivas ou analógicas, apoiada por Daniel Amorim Assumpção Neves⁸, Teresa Arruda Alvim⁹ e vários outros. Uma terceira corrente defendia a absoluta taxatividade do rol de decisões agraváveis, esta era, inclusive, a posição da Segunda Turma do STJ¹⁰ e possuía como adeptos, por exemplo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹¹, Rodolfo Hartmann¹² e Luiz Rodrigues Wambier¹³.

Portanto, o julgamento por amostragem, que definiu a tese da taxatividade mitigada, prestou-se a findar as conflitantes posições doutrinárias e aparentemente intermináveis divergências jurisprudenciais acerca da natureza do rol do art. 1.015 do CPC¹⁴. O STJ, então, definiu o critério objetivo, como definido pela relatora Ministra Nancy Andrichi, da urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso da apelação para, em carácter excepcional, admitir o manejo do agravo de instrumento para casos não previstos no catálogo do art. 1.015 do CPC. Tal entendimento afastou todos os entendimentos das correntes supramencionadas.

Entretanto, não parece adequada a terminologia taxatividade mitigada adotada pelo STJ, tendo em vista a total incompatibilidade das duas palavras.

No entanto, os julgamentos dos citados recursos especiais repetitivos não se mostraram suficientes para apaziguar o tema de uma forma geral, isso porque a análise do requisito da urgência, critério fixado, dito objetivo, ficou a cargo de cada julgador, que de forma subjetiva, avaliará se o assunto trazido na decisão interlocutória necessita de reanálise imediata em decorrência da inutilidade de sua apreciação futura, quando do julgamento da apelação, ou não.

Nessa toada, diante da riqueza de situações as quais as partes reputarão urgentes, com o que concordarão alguns magistrados e outros não, a matéria está longe de estar pacificada. Sendo assim, entende-se que o STJ, ao fixar a aludida tese, não cumpriu seu mister de resolver

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário ao art. 1.015 do CPC. In: ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão; ALVIM, Angélica Arruda (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1175.

⁷ GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 370.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm: 2017, p. 1661.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.) *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1614.

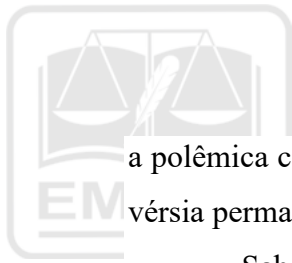
¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.700.308*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1700759&num_registro=201702446106&data=20180523&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 2333.

¹² HARTMANN, Rodolfo. *Curso completo do novo processo civil*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 678.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 2 (cognição jurisdicional). 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, cap. 25.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.



a polêmica com a aplicação da solução para todos os casos de forma indistinta, pois a controvérsia permaneceu no campo da subjetividade e da casuística.

Sabe-se que a vontade político-legislativa foi restringir ao máximo as hipóteses de impugnação imediata de decisões interlocutórias para tornar o processo mais ágil e conter a litigiosidade desenfreada, destarte, não se pode afastar desta diretriz. Contudo, não se deve deixar de pontuar que a enumeração legal das hipóteses que possibilitam o reexame imediato pelo Tribunal não constitui uma boa técnica, pois a realidade, quase sempre, supera a ficção.

Apesar do reconhecimento do esforço do STJ, principalmente da ministra relatora Nancy Andrichi, em tentar solucionar a polêmica com relação às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na fase de conhecimento, entende-se que a fixação de tese tão aberta se afigura arriscada, gera insegurança jurídica e pode ir de encontro com a escolha político-legislativa de restrição. Além do mais, frustra a pretensão de pacificar e uniformizar a aplicação do direito federal pela sistemática do recurso representativo da controvérsia.

Nos recursos representativos da controvérsia analisados pelo STJ a matéria em debate consistia na possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão que analisava a competência do juízo. A Corte, por maioria, decidiu que o agravo de instrumento deveria ser conhecido e regularmente processado pelo tribunal. Portanto, ficou pacificado o cabimento do recurso de agravo de instrumento para a hipótese de decisão interlocutória que verse sobre competência.

Todavia, as polêmicas não terminaram, pois não se sabe se outras tantas situações, em que a recorribilidade diferida seria também inapta para tutelar adequadamente o direito, poderiam ser objeto de agravo de instrumento. Não se mostra ideal que se aguarde o julgamento de outros repetitivos para definir as matérias consideradas urgentes e, portanto, agraváveis, pois se sabe que tal providência geraria, por ora, intranquilidade no mundo jurídico e, por vezes, perplexidade na sociedade, pois, certamente, haveria hipóteses semelhantes com soluções judiciais distintas, uma entendo pela urgência e a outra não.

O CPC¹⁵, ao disciplinar o julgamento das demandas repetitivas, objetivou, além da economia e da celeridade processual, garantir segurança jurídica ao jurisdicionado. O papel dos tribunais superiores é por meio de suas decisões moldar o ordenamento jurídico de forma objetiva, criando paradigmas a serem seguidos pelos demais tribunais e juízos singulares do país.

Relevante destacar que diversas gerações lutaram tanto pela democracia e por leis mais democráticas, então, quando elas são aprovadas pelos representantes do povo devemos segui-

¹⁵ Ibid.

las à risca, pois senão estará se colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito. Pontue-se que obedecer ao texto da lei não está relacionada à exegese, isso porque a interpretação tem limites, os quais estão no próprio texto.

Entretanto, impossível não pontuar que o legislador poderia ter disposto de forma diferente sobre o cabimento do recurso de agravo, até porque sua opção não tem se revelado, na prática, a melhor escolha, tendo em vista que hipóteses indiscutíveis deveriam compor o rol. Contudo, a possibilidade de os tribunais superiores agirem no lugar do legislador para tentar corrigir omissões também não se mostra muito adequada, pois gera muita insegurança jurídica, porém, afigura-se a medida palpável antes das oportunas e devidas mudanças legislativas.

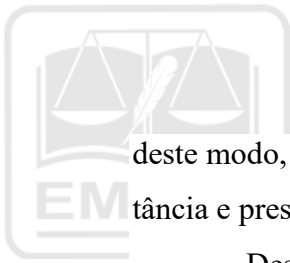
O CPC/2015¹⁶, ao disciplinar o julgamento das demandas repetitivas, objetivou, além da economia e celeridade processual, garantir segurança jurídica ao jurisdicionado, o que, de fato, não se obteve com a fixação da tese em análise.

O critério de urgência consagrado pelo STJ para a interposição do agravo de instrumento poderia gerar uma situação inusitada para os advogados, pois diante de uma hipótese de duvidável urgência, provavelmente, optariam por interpor o recurso, pois em sede de apelação o julgador poderia entender que aquela questão comportaria agravo de instrumento e diante de sua não interposição, entendesse pela preclusão da matéria, diante de sua não impugnação no momento oportuno. Contudo, o STJ, no mencionado julgamento, firmou posição no sentido de que decisões urgentes não previstas no rol do artigo 1.015 do CPC ou em lei extravagante não precluiriam, o que configurou uma acertada decisão em consonância com a segurança jurídica.

Alguns casos deveriam, obviamente, constar no rol do art. 1.015 do CPC, como por exemplo, a decisão que indefere o segredo de justiça, a decisão que analisa a competência, a decisão que versa sobre prova pericial etc., tendo em vista que a prestação jurisdicional somente seria efetiva, útil se comportasse a impugnação imediata, tendo em vista o dano gravíssimo que a parte suportará com a espera do julgamento de tal matéria em sede de apelo.

No entanto, não é aceitável que o Poder Judiciário possa adotar a empreitada de alargar as hipóteses de decisões interlocutórias agraváveis, notadamente porque foi evidente a opção político-legislativa do Congresso Nacional pelo *numerus clausus*. Desta forma, pretendeu-se acabar com a ampla e instantânea recorribilidade das decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento, o que não as tornam irrecuráveis, mas posterga a eventual irresignação quando da análise da apelação, prestigiando, assim, a razoável duração do processo e impedindo

¹⁶ Ibid.



deste modo, a proliferação de recursos, conferindo maior fluidez aos trâmites em primeira instância e preservando os poderes do juiz de primeiro grau na condução dos processos.

Desse modo, para que a segurança jurídica seja preservada, mister que a flexibilização de algumas poucas hipóteses de cabimento de agravo de instrumento seja feita pelo legislador ordinário, mediante a contemplação de situações indubitavelmente emergenciais.

Não há dúvidas de que não constitui tarefa fácil a elaboração de um rol taxativo de decisões interlocutórias agraváveis, tendo em vista a dificuldade em reunir em abstrato as situações nas quais deva ser admitido o agravo de instrumento, porém, é necessário que o legislador chegue a um meio-termo, pois somente a lei pode criar hipóteses recursais.

Frise-se que o STJ não pode pacificar a questão em consonância com o sistema que entende ser o melhor, qual seja, a urgência como critério para o cabimento do agravo de instrumento, mas deve ter como parâmetro o sistema estabelecido pelo Poder Legislativo, rol taxativo, pois se assim não for, será desrespeitada a vontade dos representantes do povo.

A prática já vem demonstrando que o sistema erigido pelo legislador de 2015 é insatisfatório, sendo assim, cabe aos representantes do povo no Poder Legislativo propor a modificação do sistema, não sendo este o papel do Poder Judiciário.

2. IMPERATIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA ATACAR DECISÕES ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL

O CPC¹⁷ não admite a interposição de agravo de instrumento para impugnar decisão interlocutória que defere ou indefere o pedido de realização de prova pericial e o STJ quando consolidou o entendimento de que o rol do artigo 1.015 do CPC¹⁸ ostenta taxatividade mitigada, modulou os efeitos para que a tese jurídica somente fosse aplicada às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão, proferido em 5/12/18 e publicado em 19/12/18.

Sendo assim, ainda não se sabe a posição do STJ com relação ao cabimento do agravo de instrumento com relação às decisões que tratem de prova pericial, pois os casos que tratam desta matéria até agora apreciados são relativos a decisões interlocutórias proferidas em momento anterior a publicação da tese firmada no repetitivo e nestes casos a Primeira Turma¹⁹, a

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp. 1.543.256/SP*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902065974&dt_publicacao=17/06/2020>. Acesso em: 30 set. 2021.



Segunda Turma²⁰ e a Terceira Turma²¹ têm entendido pelo não cabimento do agravo de instrumento em decorrência da modulação perpetrada no acórdão paradigma.

Todavia, a jurisprudência da Quarta Turma do STJ entende que a melhor interpretação quanto à taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC²² é no sentido de que a tese pode ser aplicada a decisões interlocutórias proferidas antes da publicação dos acórdãos repetitivos, pois entendimento contrário geraria uma situação peculiar, pois nos próprios recursos especiais (REsp 1.696.396/MT²³ e REsp 1.704.520/MT²⁴) seria impossível aplicar tal tese, pois, por óbvio, as decisões interlocutórias neles encartadas foram proferidas antes da sua publicação²⁵:

a melhor interpretação ao art. 1.015 do CPC/2015, prestigiando a tese firmada no 'Tema Repetitivo 988', é pela possibilidade de interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento no recurso de apelação, logo, não pode aquele julgado ser compreendido em prejuízo daquele que atuou em conformidade com a orientação emanada no Repetitivo, isso independentemente da data em que foi proferida a decisão interlocutória na fase de conhecimento.

Contudo, vislumbra-se uma tendência do STJ em não admitir agravo de instrumento para atacar decisões que deferem ou não prova pericial, pois possui jurisprudência firme no sentido de que o juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade de sua produção²⁶.

Afigura-se colidente o entendimento de que é aceitável interposição de agravo de instrumento para impugnar decisões interlocutórias não inclusas no art. 1.015 do CPC²⁷, desde que se constate a necessidade da pronta análise de questão urgente, e não admitir o cabimento do mencionado recurso para atacar decisão que aprecia a pertinência da prova pericial.

O STJ com o argumento de que a produção de provas é ato norteador de discricionariedade do julgador acaba por se omitir com relação à matéria que carece de

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1686924/MG*. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701800675>. Acesso em: 30 set. 2021.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1654587/BA*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000190185&dt_publicacao=12/02/2021>. Acesso em: 30 set. 2021.

²² BRASIL, op. cit., nota 3.

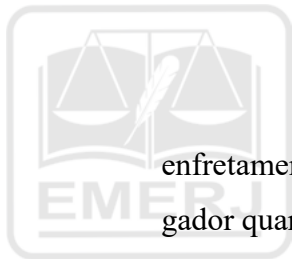
²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no AREsp. 1.472.656/SP*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1860712&num_registro=201900805706&data=20190925&peticao_numero=201900407906&formato=PDF>. Acesso em: 02 out. 2021.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no REsp. 1.362.696/PR*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300089462&dt_publicacao=23/06/2021>. Acesso em: 02 out. 2021.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.



enfretamento. Todavia, não se desconhece que a revisão pelo STJ de conclusões do órgão julgador quanto à imprescindibilidade da produção de prova pericial no curso da demanda, implicaria no reexame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Sendo assim, somente o legislador poderá, como é o certo, prevê a possibilidade de cabimento de pronto recurso para a decisão que defere ou não prova pericial.

É sabido que o julgador tem poder discricionário de escolher, dentro de certos limites, acerca da necessidade ou não da realização da prova pericial, porém, tal opção nem sempre é a mais acertada. O juiz, como ser humano que é, não está livre de cometer equívocos, razão pela qual existem os recursos, que são instrumentos processuais aptos a invalidar, reformar, prestar esclarecimento ou ainda integrar, no curso do processo, provimentos judiciais inadequados, possuindo, portanto, a finalidade de corrigir um desvio jurídico.

É sabido que toda pretensão está ligada a um fato que a fundamenta, porém, o juiz para formar sua convicção e decidir, corretamente, a causa deve perquirir se o fato alegado é verdadeiro, constituindo a prova pericial um importante instrumento para tanto, podendo o perito, por meios de seus conhecimentos técnicos, auxiliar no julgamento da causa de maneira justa.

Em determinadas demandas, a prova pericial mostra-se imprescindível, pois somente com o conhecimento técnico ou científico especializado de um ou mais perito será possível apurar os fatos da causa.

Entretanto, a perícia pode ser dispensável na hipótese de o ponto controvertido ser de pouca complexidade, sendo a prova técnica simplificada suficiente que, como explica Alexandre Câmara²⁸, “consiste, tão somente, na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico (art. 464, §3º)”.

No entanto, oportuno ressaltar que o art. 464 do CPC²⁹ já prevê, nos incisos I, II e III, as estritas hipóteses nas quais o juiz está autorizado a indeferir a prova pericial: quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas; e quando a verificação for impraticável. Sendo assim, já é possível concluir que o indeferimento fora das mencionadas conjecturas é ilegal, mas como acontece, não raramente, é necessário vislumbrar pronta solução.

Por vezes, magistrados indeferem a realização de prova pericial, sob o fundamento da prescindibilidade³⁰, afirmando que o convencimento foi firmado por meio de outros tipos de

²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 259.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no AgInt. no AREsp. 1.595.938/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902952297&dt_publicacao=29/09/2020>. Acesso em: 30 set. 2021.



provas, normalmente a documental. Todavia, em algumas ocasiões que envolve o Direito Tributário, a prova documental contábil exibida nos autos (balancetes, escrituração contábil fiscal, livros de entradas e saídas, entre outros) somente pode ser analisada de forma fidedigna por um profissional de contabilidade, uma vez que o magistrado, em regra, não possui conhecimento técnico. No entanto, comumente, o juiz, valendo-se do livre convencimento motivado, fundamenta sua decisão com base nas afirmações realizadas pelo Fisco³¹, em evidente prejuízo ao contribuinte, cerceando o seu direito de defesa.

De tal modo, afigura-se inadmissível a asseveração no sentido de que o julgador somente deve demonstrar as razões de seu convencimento, devendo a questão ser, na verdade, devidamente apreciada, não devendo se basear apenas no que é apresentado por uma das partes envolvidas, respeitando os direitos e as garantias fundamentais também da outra parte.

Há também hipóteses nas quais o julgador entende ser indevido o deferimento da produção da prova técnica em decorrência de entender ser impraticável, por exemplo, quando há o desfazimento do local de um acidente³². Acontece que em situações como a mencionada, a perícia, na maioria das vezes, é de suma importância para averiguar a causa do acidente e o especialista, em decorrência da sua *expertise*, poderá decifrar o quê ou quem deu causa ao incidente e, assim, o juiz poderá, com segurança, resolver a lide.

O melhor entendimento é de que a produção de provas deve estar pacificada, quando possível, antes da sentença, pois foge à razoabilidade exigir que a parte espere ser proferida a sentença para então arguir, em preliminar de apelação ou de contrarrazões, a necessidade ou não da produção da prova pretendida, devendo ser observado ainda que eventual acatamento da necessidade da perícia importará em nulidade do processo a partir do início da fase instrutória.

Assim, a melhor posição para um pronto atendimento de tal celeuma é permitir o agravo de instrumento para a decisão que defere ou indefere o pedido de produção de prova pericial, apesar de não estar incluída no rol das decisões interlocutórias agraváveis, devendo a regra da taxatividade mitigada ser aplicada a tal hipótese, pois, do contrário, serão impostos inaceitáveis atrasos à marcha processual, uma desnecessária repetição de atos processuais e

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC 0005007-79.2017.8.19.0031*. Relator: Desembargador Luiz Felipe Francisco. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000401EE8C18F10C8ED3DE3A8F1E2AC1C0F8C50C375F222F&USER=>>. Acesso em: 08 set. 2021.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0075720-07.2019.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000401EE8C18F10C8ED3DE3A8F1E2AC1C0F8C50C375F222F&USER=>>. Acesso em: 10 set. 2021.



desperdício da atividade jurisdicional, o que viola a norma disposta no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88³³.

Os advogados estão se utilizando de manobras processuais para se evitar eventuais prejuízos futuros com o indeferimento impróprio de uma prova pericial essencial para o deslinde da controvérsia, assim como forma de burlar a lei, eles pedem³⁴, a realização da prova técnica em sede de tutela de urgência, pois no caso de indeferimento, a matéria poderá ser levada, indevidamente, à segunda instância, com base no art. 1.015, I do CPC³⁵ que prevê o cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre tutela provisória. Tal artifício, se não afastado pelo Tribunal, acabará por inverter as fases processuais, o que não é recomendável, mas acaba por suprir ausência de previsão legal para recorribilidade de decisão interlocutória desta natureza. Contudo, o desembargador atento afastará o cabimento do agravo de instrumento, pois não é porque a parte intitula um pedido de prova pericial como tutela provisória que ela será.

Os critérios definidores da taxatividade mitigada defendida pelo STJ nos Recursos Especiais de nº 1.696.396/MT e de nº 1.704.520/MT, de fato, ainda não se coadunam com a preciosa segurança jurídica, sendo assim, cabe aos jurisdicionados, por meio de seus patronos, insistência e ímpeto de aventurar-se perante os tribunais locais, questionando as decisões interlocutórias indevidas que tratam de prova pericial, pois, certamente, em algum momento, vai se alterar a posição jurisprudencial para permitir o agravo de instrumento em tais hipóteses.

3. CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO RELATIVA AO ÔNUS FINANCEIRO DA PROVA PERICIAL

O art. 1.015 do Código de Processo Civil³⁶ merecia reforma para também abrigar o cabimento de agravo de instrumento como meio de impugnação de decisão atrelada ao arbitramento de honorários periciais, pois tal tema também apresenta risco de perecimento do direito.

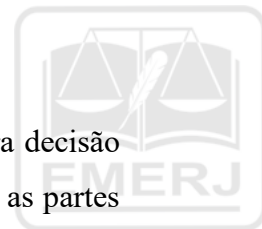
Providência mais rápida, apesar de não ser a mais ideal, poderia ser tomada pelo STJ, como fez ao enunciar o entendimento pelo cabimento de agravo de instrumento contra decisão

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2021.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0012060-68.2021.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C7D67D0950B09E3E4987EC2E9004FA67C50E54124229>>. Acesso em: 10 set. 2021.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶ Ibid.



que verse sobre as prejudiciais de mérito de prescrição ou de decadência³⁷ ou contra decisão interlocutória proferida nos processos de falência ou de recuperação³⁸. Desta forma, as partes prejudicadas com provimentos judiciais indevidos com relação à fixação ou à distribuição do ônus da prova pericial, teriam meio hábil para a recorribilidade imediata.

Quando há a fixação de honorários periciais de forma irrazoável e desproporcional à complexidade do trabalho e ao tempo a ser dispendido pelo profissional, as partes devem possuir meios de manifestar sua insatisfação contra tal pronunciamento judicial, provocando, assim, seu reexame. Não estar a se dizer que a referida decisão interlocutória é irrecorrível, pois sabe-se que pode ser impugnada em sede de preliminar da apelação ou das contrarrazões, no entanto, é imprescindível que possa ser atacada por recurso em separado, autônomo, imediatamente, ou seja, por agravo de instrumento.

No caso de a parte não possuir condições financeiras de arcar com os exorbitantes honorários periciais fixados, por exemplo, e não puder impugnar de pronto tal decisão, perderá a prova, sofrendo possível grande prejuízo, pois não terá meios para comprovar os fatos constitutivos do direito reclamado.

Dano irreparável também pode ser suportado pelo perito que aceita o encargo, pois concorda de antemão com o valor a ser pago pela realização de seu mister e, posteriormente à conclusão do laudo pericial e da prestação de todos os esclarecimentos necessários, vem a ser surpreendido, em sede de apreciação de futura apelação, com a redução drástica dos honorários homologados pelo juízo de primeira instância, em razão do questionamento do valor pela parte.

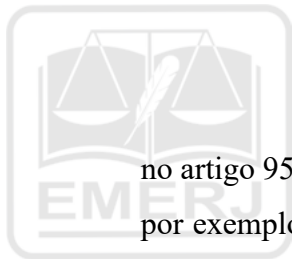
Outra complicação pode ainda derivar da situação tratada no parágrafo anterior, pois tratando-se os honorários periciais de verba de natureza alimentícia, eventual acolhimento da preliminar suscitada em sede de apelação, na qual se questiona o seu exacerbado valor, não terá utilidade alguma, tendo em vista que o perito não será obrigado a devolver qualquer quantia, em decorrência da irrepetibilidade da verba.

Frequentemente, magistrados também se equivocam³⁹ com relação a determinação do responsável pelo pagamento dos honorários periciais, em razão das diversas regras constantes

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.778.237/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1795567&num_registro=201802107879&data=20190328&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 02 out. 2021.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.717.213/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1951987&num_registro=201800001556&data=20201210&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 03 out. 2021.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0055874-33.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Francisco de Assis Pessanha Filho. Disponível em:



no artigo 95 do CPC⁴⁰, questão que também demanda contraste imediato pelo tribunal, pois se, por exemplo, o ônus recair, indevidamente, sobre a parte errada, esta pode perder a prova em razão da escassez de recursos para suportá-la. Destarte, a admissibilidade do agravo de instrumento decorre do interesse público no imediato exame da matéria, a fim de determinar o adequado deslinde da controvérsia para o processo caminhar para frente, dando sentido, assim, ao próprio significado da palavra.

Diante de tal imbróglio, da premente necessidade de soluções céleres e do não cabimento de agravo de instrumento, os patronos das partes tentam se socorrer de meios para salvaguardar o direito de seus clientes e uma das alternativas encontradas foi a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Entretanto, a referida ação constitucional não é o meio processual mais adequado para se rediscutir a decisão interlocutória, pois o uso do MS pressupõe a existência de um ato coator praticado por autoridade administrativa violador de direito subjetivo da parte impetrante, por ilegalidade ou abuso de poder, bem como a apresentação de prova pré-constituída⁴¹.

Ademais, quando a ilegalidade é proveniente de ato judicial, o cabimento do mandado de segurança se limita a casos excepcionais, em que não haja recurso hábil com efeito suspensivo a questionar o provimento judicial, devendo o impetrante elucidar sua teratologia⁴². De acordo com os termos do §1º do art. 1.009 do CPC⁴³, as questões decididas na fase de conhecimento que não comportarem agravo de instrumento não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, ou nas contrarrazões, diante desta constatação não há falar em cabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, conforme já pacificado pela jurisprudência⁴⁴.

A taxatividade mitigada trata-se de acurada técnica que tem por objetivo promover, de modo ainda mais refinado e consciente, a litigiosidade responsável e o uso adequado e racional

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044CFCB3739623CB516DB153F1D14694A1C50F391C0708>>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *MS 0025600-23.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luiz Henrique Oliveira Marques. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000423971370A9D667C3D4E85B08B7A1EEE9C50E5953452D>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *MS 0012070-83.2019.8.19.0000*. Relator: Desembargadora Sandra Santarém Cardinali. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043ADE2DDD580434932B40942826C12B79C50A25306407>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no RMS 62046/SP*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903063420&dt_publicacao=07/05/2020>. Acesso em: 02 out. 2021.



dos recursos públicos e da máquina judiciária, porém, aprimoramentos merecem ser realizados de forma a abarcar decisões interlocutórias relativas à prova pericial.

O que não pode é permanecer esta insegurança jurídica acerca da matéria, devendo o STJ firmar posição, de forma coerente, acerca do cabimento do agravo de instrumento nesta situação que transcende o rol do art. 1.015 do CPC⁴⁵, de forma a pôr fim às decisões conflitantes dos tribunais a respeito do tema.

Importante consignar que o Superior Tribunal de Justiça foi infeliz na sua tentativa de pacificar a questão do cabimento do agravo de instrumento, ao julgar os Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT, fixando a tese da taxatividade mitigada, isso porque já, por algumas vezes, a Corte foi constrangida a ir de encontro com a opção política consagrada no CPC para alargar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, em razão da urgência reclamada, e como se defende no presente artigo, vislumbra-se que no tocante a prova pericial tal medida também deverá ser tomada.

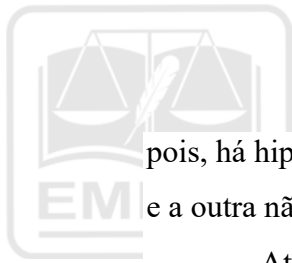
CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar a incompatibilidade do que foi estabelecido pelo STJ no tocante à taxatividade mitigada mediante o uso do requisito da urgência, decorrente da inutilidade futura da análise da questão do julgamento do recurso da apelação, e a não aplicação de tal entendimento para as decisões interlocutórias que tratem de prova pericial, apesar do devido enquadramento com o critério estabelecido.

Sendo assim, apesar da crença de que o STJ pacificou o tema acerca das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, a polêmica ainda é grandiosa, isso porque a análise do requisito da urgência, como visto, ficou a cargo de cada julgador, que de forma subjetiva, avalia se o assunto trazido na decisão interlocutória necessita de reanálise imediata em decorrência da inutilidade de sua apreciação futura. Deste modo, concluiu-se que o STJ, ao fixar a aludida tese, não cumpriu seu mister de resolver a polêmica, pois a controvérsia permaneceu no campo da subjetividade e da casuística.

Não se mostra ideal que se aguarde o julgamento de outro repetitivo para definir que a decisão interlocutória que trate de aspectos relativos à prova pericial constitui matéria urgente e, portanto, atacável por agravo de instrumento. A espera da posição do STJ com relação a tal questão tem gerado intranquilidade no meio jurídico e, por vezes, perplexidade na sociedade,

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.



pois, há hipóteses semelhantes com soluções judiciais distintas, uma entendendo pela urgência e a outra não.

Atestou-se que os Tribunais Estaduais têm preferido adotar a posição, mais fácil, de descabimento do agravo de instrumento para decisões relativas à prova pericial, sob os argumentos genéricos de que: a) a hipótese não se encontra elencada no rol do art. 1.105 do CPC; b) o caso não comporta urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação; c) e que o magistrado possui poderes instrutórios para deferir ou indeferir, a seu juízo, a produção de provas que julgar necessárias ou despiciendas, bem como para estabelecer o valor dos honorários periciais e o ônus do pagamento.

Chegou-se à conclusão de que o melhor entendimento é no sentido de que a produção de provas deve estar pacificada, quando possível, antes da sentença, pois foge, totalmente, à razoabilidade exigir que a parte espere ser proferida a sentença para então arguir, em preliminar de apelação ou em sede de contrarrazões, o reexame quanto à necessidade ou não da produção da prova pretendida. Se a prova pericial foi indeferida e o tribunal, quando do julgamento da apelação, entender que tal prova era necessária, isso importará em nulidade do processo a partir do início da fase instrutória. Se for ao contrário, ou seja, o tribunal entender que a prova pericial realizada era despicienda, terá sido imposto inaceitável perda de tempo e de dinheiro.

Examinou-se, ainda, que as partes devem possuir meio de manifestarem sua pronta insatisfação contra pronunciamento judicial que fixa o valor dos honorários periciais e atribui o ônus financeiro, pois se assim não for, a parte interessada na perícia poderá perder a prova, em decorrência de ausência de possibilidade de arcar com os honorários periciais, ou o perito pode ser prejudicado, no caso de minoração futura dos seus honorários.

Por fim, conclui-se pelo cabimento do agravo de instrumento como meio de impugnação de decisões interlocutórias atreladas à prova pericial, pois tal matéria se enquadra dentro do critério de urgência definido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando fixou a tese de taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC, não havendo, deste modo, razões lógicas para que os tribunais entendam de maneira diversa, tendo em vista a presença do interesse público no imediato reexame da matéria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2021.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1.696.396/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1.704.520/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702719246>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1.700.308*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1700759&num_registro=201702446106&data=20180523&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no AREsp. 1.543.256/SP*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902065974&dt_publicacao=17/06/2020>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 1.686.924/MG*. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701800675>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no AREsp. 1.654.587/BA*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000190185&dt_publicacao=12/02/2021>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no AREsp. 1.472.656/SP*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1860712&num_registro=201900805706&data=20190925&peticao_numero=201900407906&formato=PDF>. Acesso em: 02 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no REsp. 1.362.696/PR*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300089462&dt_publicacao=23/06/2021>. Acesso em: 02 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no AgInt. no AREsp. 1595938/RS*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902952297&dt_publicacao=29/09/2020>. Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.778.237/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1795567&num_registro=201802107879&data=20190328&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 02 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.717.213/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: _____ em:



<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1951987&num_registro=201800001556&data=20201210&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 03 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt. no RMS 62.046/SP*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903063420&dt_publicacao=07/05/2020>. Acesso em: 02 out. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0055874-33.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Francisco de Assis Pessanha Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=00044CF3B3739623CB516DB153F1D14694A1C50F391C0708>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC 0005007-79.2017.8.19.0031*. Relator: Desembargador Luiz Felipe Francisco. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=000401EE8C18F10C8ED3DE3A8F1E2AC1C0F8C50C375F222F&USER=>>>. Acesso em: 08 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0075720-07.2019.8.19.0000*. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=000401EE8C18F10C8ED3DE3A8F1E2AC1C0F8C50C375F222F&USER=>>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI 0012060-68.2021.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=0004C7D67D0950B09E3E4987EC2E9004FA67C50E54124229>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016.

HARTMANN, Rodolfo. *Curso completo do novo processo civil*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Comentário ao art. 1.015 do CPC*. In: ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão; ALVIM, Angélica Arruda (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo de acordo com a Lei 13.256/2016*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA

Paola Teixeira Bastos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – O objetivo da pesquisa, em um primeiro momento, é apresentar o acordo de colaboração premiada, explicando de forma não escassa esse mecanismo inserido no processo penal por meio da Lei nº 12.850/13, e realizar um estudo sobre validade dos §§º 2º e 6º, do art. 4º que dizem respeito à legitimidade do delegado de polícia para propositura do acordo de colaboração premiada. Propôs-se apresentar o modelo processual penal acusatório construído historicamente no Brasil, baseado na separação das funções estatais durante a persecução penal, pois a questão se apresentou como pauta principal da ação direta de constitucionalidade 5508, mencionada no presente estudo, que considerou constitucional a possibilidade de delegados de polícia realizarem acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial. Ocorre que, ainda com as alterações da Lei nº 13.964/19, o pacote anticrime, só foi reforçado o argumento a favor do dever do delegado de atuar nesse mecanismo de forma conjunta ao ministério público, como parceiros de combate à criminalidade, pautando-se pela nova ordem jurídica constitucional estabelecida.

Palavras-chave – Colaboração Premiada. Legitimidade. Modelo Processual Penal acusatório. Ação direta de constitucionalidade. Delegado de polícia. Pacote anticrime.

Sumário – Introdução 1. O Acordo de Colaboração Premiada como instrumento auxiliar do julgamento da ação penal e à fixação da pena 2. Aspectos do Sistema Acusatório frente à ADI 5508/DF e às alterações do pacote anticrime 3. A legitimidade do delegado de Polícia conforme a Lei nº 12.850/13. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica é uma análise sobre legitimidade do delegado de polícia nos acordos de colaboração premiada. Tem-se como principal fonte do estudo, a Lei de nº 12.850/13, lei das organizações criminosas, em que o acordo passou a ser regulamentado pela primeira vez no país e, atribuiu-se ao delegado a capacidade para realizá-los. Desta forma, busca-se confrontar os dispositivos normativos da lei com os princípios processuais penais constitucionais, por meio de uma interpretação extensiva, observando o atual contexto político-jurídico brasileiro.

Para tanto, é necessário pontuar que a divisão de competências na persecução penal é característica do sistema processual penal acusatório e que a atividade da polícia



judiciária para realização de acordos está em nítida concomitância aos preceitos constitucionais, apesar do acordo parecer ampliar os poderes investigativos.

O tema foi pauta no Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5508/DF, em que se questionou a validade dos dispositivos legais (§§ 2º e 6º, do art. 4º) da Lei nº 12.850/13. O julgamento, embora encerrado, tendo a maioria dos ministros se manifestado pela improcedência da ação, isto é, pela constitucionalidade dos dispositivos sobreditos, não foi totalmente enfrentado.

Logo, busca-se com o trabalho discutir as nuances acadêmicas a respeito do tema, de forma que se deixe claro que, a atuação do Delegado de Polícia na colaboração premiada desburocratiza o instituto, tornando-o mais ágil e eficaz, sem ferir os princípios processuais penais.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o conceito e as características da colaboração premiada, sem exaurir o tema, priorizando o instituto na lei das organizações criminosas. Importante se faz tecer, ainda no primeiro capítulo, a natureza jurídica da colaboração premiada, diferenciando meio de prova e meio de obtenção de prova, sendo, no entanto, formalmente prescindível para persecução penal.

No segundo capítulo, segue-se tratando do sistema acusatório, que foi o cerne da Ação Direta de constitucionalidade 5508, porquanto os dispositivos legais confrontados na ação, configurariam violação ao sistema. Assim, busca-se desmitificar a ideia restrita do termo “sistema acusatório”, levando em consideração que a lei, mesmo após sofrer alterações do pacote anticrime, preserva a característica principal desse, que é a garantia dos princípios processuais penais.

O terceiro capítulo analisa a atuação do Delegado de Polícia na celebração dos acordos de colaboração premiada à luz dos princípios constitucionais, como também, demonstra a inexistência de capacidade postulatória do delegado, com o fito de demonstrar a legitimidade do delegado de Polícia.

Com o fito de garantir a cientificidade do trabalho, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, baseado em premissas de altas possibilidades que são confrontadas pelo pesquisador de forma geral para seu particular, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa.

Para isso, 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, sem, no entanto, esgotar o tema, tendo ciência que o entendimento consolidado pela Suprema Corte pode ser superado a qualquer tempo.

1. O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO AUXILIAR DO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL E À FIXAÇÃO DA PENA

A colaboração premiada, em linhas gerais, é uma técnica especial de investigação criminal, em que por meio de um negócio jurídico personalíssimo, o colaborador fornece ao Estado informações sobre um fato delituoso, e ao mesmo tempo garante uma tese defensiva.

Traz-se à tona, consoante ao que já foi apresentado, a conceituação doutrinária de Renato Brasileiro de Lima.¹:

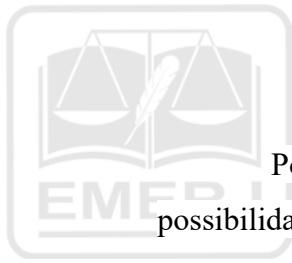
Espécie do Direito Premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal

A colaboração premiada é gênero, do qual a delação premiada é espécie. Naquela o colaborador, no curso da investigação policial, pode confessar a autoria do fato criminoso sem incriminar terceiros, fornecendo informações que os órgãos responsáveis não têm conhecimento, como, por exemplo, o tempo e o local do crime. Na delação premiada, além de admitir a autoria na prática criminosa, o agente revela a identidade e a atuação dos demais coautores e partícipes.

Conforme o conceito trazido acima, a colaboração gera um “prêmio” para o colaborador, que seria a essência do instituto, afinal o imputado confessa a prática do delito e fornece informações que ajudam na obtenção de provas contra os demais autores, que outrora, fizeram parte de uma mesma organização criminosa.

O Estado, com o acordo, celebrado ou não, pode conseguir elementos para prevenção de novos crimes, para recuperação de produtos ou proveitos de crimes, localizar a vítima com a integridade física ainda preservada e outros meios salutares para a investigação processual penal.

¹LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 728-729.



Por isso, a lei das organizações criminosas² não tratou de maneira escassa a possibilidade de premiar os colaboradores, trouxe assim:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados.

Importante se faz ressaltar, que o instituto do perdão judicial extingue a punibilidade do autor, e dependendo da relevância da sua colaboração para a persecução penal, esse é o prêmio mais vantajoso para se galgar num acordo de colaboração premiada.

A lei é clara em mencionar que o juiz é quem concede o perdão judicial, porém pode o Ministério Público ou o Delegado de Polícia requererem tal benesse. Desta forma, o Juiz não está vinculado ao requerimento, tampouco os demais órgãos auferiram o poder de determinar o perdão judicial.

Ademais, em que pese a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da colaboração premiada, não restam dúvidas dessa essência penal, que faz com que haja um incentivo à cooperação com o Estado em troca de uma diminuição da sanção penal, ou até mesmo de um perdão judicial.

No entanto, as informações fornecidas pelo colaborador podem ou não serem parte integrante da persecução penal, porquanto, consegue-se extrair a natureza jurídica da colaboração premiada por meio da Lei nº 12.850/13, artigo 3º, I³ que trata de forma expressa, o instituto como meio de obtenção de prova, um instrumento para se alcançar uma prova, e não um meio de prova.

A diferença principal dos termos é o fato de que a prova em si é utilizada para o convencimento do Magistrado, já o meio de obtenção de prova é um procedimento para se chegar a prova propriamente dita. É dessa forma que dispõe o artigo 4º §16 da lei supracitada⁴ “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

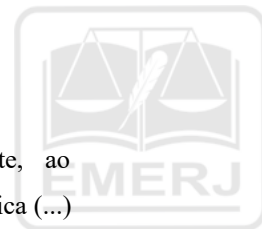
Badaró⁵, na mesma linha explica que:

²BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 26 agosto. 2021.

³BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴Ibidem.

⁵BADARÓ, Gustavo Henrique. *A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.130.



“Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (...) os meios de obtenção de provas são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador”.

Com isso, apesar da colaboração premiada se mostrar como um instituto que exige punibilidade rápida, ela por si só não é capaz de equacionar a persecução penal. Ela é um instrumento, com regulamentação embrionária no país, que otimizou a fase investigativa e, ainda, a fase processual.

Nessa toada, a lei das organizações criminosas trouxe em seu art. 3^o, que “em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova.”, elencando a colaboração premiada. Mas a ressalva do artigo, faz-se ao fato da possibilidade de obter-se em qualquer fase da persecução penal, isto é, a fase investigativa ou a fase processual, esse meio de obtenção de prova.

Via de regra, a produção de provas é feita na fase investigativa, abriu-se essa possibilidade ainda fase processual, sem prejuízo dos princípios e garantias processuais penais, pois acredita-se na agilidade do procedimento. Uma realidade que condiz com os anseios da população que busca por respostas rápidas e justas para elucidação de fatos criminosos.

Faz-se necessário destacar, que a declaração do colaborador por si só não constitui valor probatório para uma condenação, devendo ser corroborada com outras provas para assim ter o valor probatório.

Assim a colaboração consciente, informada e voluntária é mister para o processo penal. É uma técnica investigativa que apesar de destoar do procedimento previsto na legislação processual penal, preserva as características do sistema acusatório brasileiro.

2. ASPECTOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO FRENTE À ADI 5508/DF E AS ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME

O sistema acusatório tradicional é o principal argumento utilizado para afastar a possibilidade de celebração do acordo de colaboração pelo Delegado de polícia, pois esse

⁶BRASIL, op. cit., nota 2.



modelo requer distribuição dos poderes em distintos protagonistas no processo penal. Nesse contexto, o acordo de colaboração premiada acumularia poderes de investigação e acusação em uma única agência estatal.

São características do sistema acusatório a separação dos sujeitos processuais, a paridade de armas entre a acusação e defesa e a publicidade e oralidade do julgamento, como formas da garantia da imparcialidade do Juiz⁷. Portanto, com a adoção desse sistema as funções de investigar, processar e julgar foram bem definidas para cada uma das instituições, sendo assim, a polícia é a responsável pela investigação, o Ministério Público pela propositura da ação penal e o Juiz pelo julgamento.

Nesse sentido, a Constituição da República em seu artigo 144 §4^{o8} dispõe que a segurança pública deve ser exercida pela polícia, sendo o Delegado o agente expressamente responsável pela direção da atividade, isto é, possui atribuição exclusiva para presidir o inquérito policial, que apesar de ser dispensável, é o instrumento utilizado regularmente para se iniciar uma ação penal.

Não obstante a Constituição consagrar o modelo processual penal acusatório, conforme se observa no dispositivo supracitado, bem como em outros artigos, a Lei n^o 12.830/13⁹ trouxe a possibilidade do Delegado de Polícia firmar acordos de colaboração a serem homologados pelo Juiz e representar por concessão de perdão judicial, conferindo capacidade postulatória a um órgão com funções exclusivamente investigativa.

Por conceito, a capacidade postulatória é a aptidão para realizar os atos do processo de maneira eficaz¹⁰. Sendo essa capacidade conferida, via de regra, ao Ministério Público, a Defensoria Pública, a advocacia pública e ao advogado, conforme preceitua a Constituição da República nos artigos 127 a 135¹¹.

Por outro lado, a representação não se caracteriza como um pedido, pois, conforme o exposto acima, só quem pede são as partes do processo. O ato do Delegado de Polícia representar, destarte, funciona como uma recomendação, uma sugestão ou uma advertência ao Poder Judiciário.

⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.7.

⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Edição Forense, 2008, p. 91.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 8.

Em contrapartida, parte da doutrina afirma a legitimidade exclusiva do Ministério Público para propor acordo de colaboração premiada, partindo de um argumento que já deveria ter sido superado, a saber:

O Ministério Público é o titular, privativo, da ação penal pública, afastada a possibilidade de iniciativa e, portanto, de disponibilidade por parte do juiz (art. 129, I, da Constituição Federal). Não podendo, portanto, a lei, e muito menos uma interpretação extensiva dela, retirar-lhe o direito de pedir a prestação jurisdicional quando entende que deva exercê-la. Consagrado pela Constituição Federal o sistema acusatório, onde existe separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, não pode um usurpar a atribuição ou competência do outro.¹²

De acordo com o exposto, o Ministério Público teria o monopólio do acordo, o que ofenderia o equilíbrio e interdependência dos poderes, que devem atuar em harmonia, de forma que, no exercício de suas funções possam compartilhar interesses em comum e, no que couber, trabalharem em prol desses, a fim de elucidarem o fato criminoso.

Nesse viés, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508/18¹³, que além de questionar a Constitucionalidade dos Delegados de Polícia realizarem acordo de colaboração premiada, questiona especificamente o art.4º, parágrafo 2º da lei nº 12.850/13¹⁴, que diz que:

Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial.

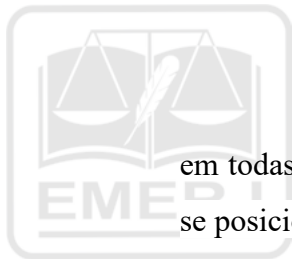
Na mesma ótica, prosperaria o argumento favorável a inconstitucionalidade do dispositivo que confere ao Delegado a possibilidade de requerer ou representar ao Juiz acerca do perdão judicial, pois caberia somente ao Ministério Público, dentro da sua capacidade para atuar no processo, representar ou requerer o instituto preservando, assim, o núcleo essencial do sistema acusatório.

Além de defender a inconstitucionalidade da legitimidade do Delegado de polícia pelos motivos já apresentados, o Procurador Geral da República, em sede da ADI 5508, trouxe à tona ser indispensável à presença do Ministério Público desde o início e

¹²MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 153.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.508/DF*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em: 11 de ago.2021.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 2.



em todas as fases de elaboração dos acordos, porém, por maioria de votos, os ministros se posicionaram pela improcedência da ação.

Destarte, o argumento sedimentado foi o de que, mesmo que o Delegado de Polícia propusesse ao colaborador a redução da pena ou o perdão judicial, a concretização desses benefícios, somente se dariam no âmbito judicial, pois se trataria de pronunciamentos privativos do judiciário.

No ano seguinte ao julgamento improcedente do pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508, foi promulgado o denominado pacote "anticrime"¹⁵ — Lei 13.964/2019 — que promoveu alterações na Lei de Organização Criminosa, mas manteve o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto, não se esperaria outra postura de uma lei focada no rigor ao combate e repressão da criminalidade.

Dentre as alterações, está a inclusão do artigo 3º-A na Lei 12.850/2013¹⁶, em que a norma estabeleceu que a natureza jurídica da colaboração premiada é de meio de obtenção de prova, conforme tratado no capítulo anterior, meio a partir do qual as provas devem ser produzidas.

Essa definição assente da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada denota que, não há produção de provas pelo delegado de polícia, mas sim dá-se um caminho mais eficaz até elas, que facilita a produção probatória da defesa e da acusação no bojo do processo.

Além de definir como meio de obtenção de prova, o mesmo artigo conceitua o acordo como um negócio jurídico processual, que como o próprio nome prevê, só pode ser formalizado por quem é parte no processo.

No entanto, para que esse negócio jurídico seja significativo para o processo, as informações trazidas pelo colaborador precisam ser ratificadas, cabendo ao juiz ou tribunal competente a avaliação sobre a eficácia da colaboração prestada antes de conceder os benefícios que a lei estabelece.

Assim, devidamente homologado e cumprido, o acordo deve vincular o processo, de forma que a nomenclatura “negócio jurídico processual” exprime essa

¹⁵BRASIL. *Projeto de lei Anticrime*. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 2.



intenção do legislador, pois o Acordo de colaboração premiada é um norte para toda a persecução penal.

Logo, as inovações trazidas pelo pacote "anticrime" não alteram o panorama jurídico acerca da legitimidade para a realização do acordo de colaboração premiada, que permanece nas mãos do delegado de polícia e do Ministério Público, e a estrita legalidade é a garantia do respeito aos princípios constitucionais processuais penais. ⁷

3. A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA CONFORME A LEI Nº 12.850/13

Com o advento da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013¹⁷, o acordo de colaboração premiada passou a ser pormenorizado e limitado. Por tratar-se de um meio de obtenção de prova que não possui previsão expressa no Código de Processo Penal, a lei foi o instrumento que conferiu legitimidade ao procedimento.

Nesse contexto, o Delegado de Polícia passou a propor o acordo de colaboração premiada, o que antes era função exclusiva do Ministério Público, fato que agiliza a persecução penal, mas que segundo doutrinadores viola princípios constitucionais do processo penal.

Apesar disso, a lei de organizações criminosas só legitimou o acordo, posto que a atuação do delegado de polícia está em conformidade com as prerrogativas dadas pela constituição à polícia judiciária.

A intenção do legislador, logo, foi a busca pela celeridade e autonomia da autoridade policial, pois a função da polícia judiciária é a busca de provas para formação do inquérito judicial, e a colaboração premiada é um meio para se chegar a uma prova.

Desta forma, a atuação do delegado descrita em lei, foi uma forma apenas de ilustrar a atribuição para condução da investigação criminal. Assim O art. 2º, §1º da Lei nº 12.830/13¹⁸, dispõe:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁸Ibidem.



De acordo com o dispositivo legal, a função de polícia judiciária é presidida pelo delegado, e como agente que atua com maior proximidade ao caso, assim, nada mais oportuno que atribuir a ele a realização do acordo de colaboração premiada.

Apesar do acordo ser um instituto com regulamentação nova, o procedimento já é praxe das autoridades policiais, sendo uma forma de galgar indícios de autoria e materialidade que por si só não são suficientes para condenação.

Nesse passo, analisou-se a atuação do delegado de polícia para realização de acordos de colaboração premiada em fase investigativa, sendo uma forma de buscar a autoria e materialidade para que se proceda o processo penal.

No entanto, a repercussão direta da colaboração premiada está na possibilidade de ser realizada durante o processo, no qual o delegado de polícia ao acertá-la, ultrapassaria os limites da investigação, deixando de observar o exercício da ação penal de iniciativa pública, privativa do Ministério Público, presente no inciso I do artigo 129 da Constituição Federal.¹⁹

Com o mesmo argumento, malgrado a convicção jurídica de alguns notáveis doutrinadores, o delegado de polícia judiciária pode conduzir, quando cabível, a proposta de colaboração feita ao investigado e levada em juízo com a tempestiva manifestação do Ministério Público, sem incorrer em ilegalidades, usurpações ou inconstitucionalidades.

Em fase processual, o delegado deixa de presidir e passa a colaborar com o titular da ação penal, sem que isso comprometa a função de cada órgão, não auxiliando apenas o Ministério público, mas também a defesa e o julgador, pois a função da polícia judiciária não é a de acusar, mas sim de dar subsídios para a persecução penal.

Esse entendimento é o que se extrai do artigo 13, I²⁰, do Código de Processo Penal que determina que à autoridade policial incumbe “fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos”.

Ademais, através do voto do Ministro Marco Aurélio na ADI 5508.²¹, objeto do estudo, considerou-se como questão constitucional de relevância jurídica, a necessidade de fixar as balizas concernentes à atuação da autoridade policial em instrumento jurídico destinado a viabilizar investigações, elucidando práticas delitivas relacionadas ao crime organizado.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁰BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm.>. Acesso em: 21 ago. 2021.

²¹BRASIL, op. cit., nota 13.

No voto do relator, utilizou-se de teorias para fundamentar a legitimidade do delegado, são elas: a teoria dos poderes implícitos, que entende que o Ministério Público tem poderes para fiscalizar a lei, oferecer denúncia e tem poder investigativo quando produz provas para o oferecimento da denúncia.

Também fez uso da teoria da supremacia do interesse público, de forma que em sede processual deve prevalecer o poder no Ministério Público, porém, não se pode prevalecer o interesse de uma corporação face ao universo de fatos delituosos de difícil elucidação que ocorrem no Estado, mas sim, deve prevalecer o interesse coletivo das instituições no combate as organizações criminosas.

Cumprido, ainda, extrair os princípios constitucionais que validam os parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13²².

Em paráfrase, o parágrafo segundo ressalva que “a qualquer tempo” o Delegado e o Ministério Público poderão requerer ou representar ao Juiz pela concessão do perdão judicial. Desde logo, encontra-se o princípio da eficiência (art. 37, CRFB)²³, pois a concessão do perdão judicial pode ser requerida ou representada sempre que for conveniente, sem que seja necessário esperar toda a persecução penal para isso.

Na mesma ótica temos presente o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CRFB.)²⁴, como uma maneira de enfatizar o princípio da eficiência, tendo em vista que o acordo faz com que muitas vezes se encurte a duração do processo, o que gera a tutela jurisdicional em um tempo mais justo.

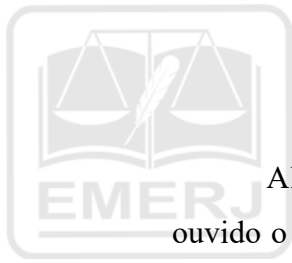
Apesar do acordo gerar a confissão, ela por si só não pode solucionar o processo, mas é uma prova que gera um julgamento mais célere e contribui com a verdade dos fatos.

Importante ainda enfatizar no parágrafo segundo, que tanto o Delegado como o Ministério público poderão requerer ou representar ao Juiz pelo perdão judicial. Com isso, o legislador não conferiu capacidade postulatória para o Delegado, mas trouxe à tona que ambos são capazes de mensurar o resultado útil do acordo de colaboração premiada para o processo e podem sugerir tal benesse, que, no entanto, pode ou não ser acatada pelo Juiz.

²²BRASIL, op. cit., nota 2.

²³BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁴Ibidem.



Além disso, a representação pelo perdão judicial, feita pelo delegado de polícia, ouvido o Ministério Público, não é causa impeditiva do oferecimento da denúncia pelo órgão, pois comprovada a eficácia do acordo, será extinta pelo juiz, a punibilidade do colaborador.

De mesmo modo, deve ser analisado o disposto no §6º²⁵, que dispõe que “a formalização do acordo ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

No parágrafo supracitado, em nenhum momento o ato normativo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada. O titular da ação penal continua tendo atuação precípua na acusação, mas a atribuição conferida ao Delegado de polícia desconcentra o poder do órgão acusador, garantindo ao acusado um julgamento mais democrático em vista da oportunidade da análise do caso por outra instituição.

Desta forma, fala-se do princípio da supremacia do interesse público, porquanto o acordo deixa de estar nas mãos do órgão que se preocupa em acusar, e passa a ser visto também, por um órgão que investiga para esclarecer um fato seja para absolver como para acusar.

Nesse contexto, é estabelecido que demasiada concentração de poder em um único órgão acaba por gerar instabilidade institucional gerando consequências democráticas para o processo.

Esse princípio do processo penal democrático, baseado na separação das funções estatais durante a persecução penal, impacta na aferição da competência constitucional e funcional da Polícia Judiciária para realização de acordos de colaboração. Pois existe a necessidade de equilíbrio na atribuição de poderes durante as diversas fases da persecução, que traduz que o poder de requerer medidas cautelares não deve se concentrar exclusivamente na parte acusadora.

CONCLUSÃO

²⁵BRASIL, op. cit., nota 2.



O objetivo desta pesquisa foi analisar a legitimidade do delegado de polícia para propor acordos de colaboração premiada. Para isso, buscou-se trazer os parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, que regulamentou o instituto, a fim de extrair a compatibilidade dos referidos com o ordenamento jurídico brasileiro.

Num primeiro momento, foi possível conceituar e dirimir certas confusões acerca da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada. Como também foi necessário diferenciar meio de prova de meio de obtenção de prova, de forma que a lei deixa claro que o instituto é um meio de obtenção de prova e como tal, o delegado encontra-se em total exercício de suas funções para realizá-lo. Restou evidenciado, também, que o país vem se inclinando para uma expansão do modelo negocial, e que isso não altera em nada na essência do modelo processual acusatório brasileiro, pois o acordo está em harmonia com os mandamentos constitucionais, e cada vez mais se torna necessário procedimentos como esse para desafogar as demandas judiciais e agilizar a prestação da tutela jurisdicional.

Além disso, buscou-se mostrar que a intenção do legislador não foi a acumulação dos poderes de investigar e de acusar em uma única agência estatal, porquanto, o ministério público continua sendo o titular da ação penal. Não obstante a lei possibilitar ao delegado, em fase processual, colaborar com ministério público na busca pela verdade processual, isso não compromete a função de cada órgão.

Logo, a função da polícia judiciária continua íntegra, pois por meio o acordo de colaboração premiada, tem-se indícios eficientes de autoria e materialidade que são os subsídios necessários para a processo penal. Muito embora, por si só não sejam capazes de condenar ou absolver um indivíduo.

Apesar do instituto não ser algo novo no Brasil, o procedimento trazido pela lei das organizações criminosas trouxe novos paradigmas ao processo investigativo, que não é apenas o de um modelo de justiça penal consensual, mas, ainda, de um modelo que deixa a visão corporativista de um trabalho e um órgão independente e passa a valorizar a atuação conjunta, como forma de presteza e democracia para o processo.

Importante foi trazer à presente pesquisa, o relatório sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508, em que por meio do voto do Ministro Marco Aurélio, considerou-se como questão constitucional de relevância jurídica, a fixação da atuação da autoridade policial como instrumento jurídico destinado a viabilizar investigações e elucidar práticas delitivas relacionadas ao crime organizado.



Por meio dessa análise, pode-se concluir que os artigos objeto de discussão sobre a constitucionalidade possuem previsões específicas da manifestação do Ministério Público em todos os acordos em esfera processual, sendo cediça a inexistência de usurpação de função.

Desta forma, conclui-se, o conhecimento da legitimidade do delegado de polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada diante da constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, conforme o julgamento improcedente do pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508 em 20 de junho de 2018.

O resultado desse julgamento é fruto da necessidade da inserção de novas técnicas no combate à criminalidade. Desde logo, as organizações criminosas obtiveram modernização e inteligência e o acordo de colaboração premiada é um útil instrumento para satisfazer as pretensões legítimas do Estado atual, desde que em estrita observância à legalidade, bem como as limitações das disposições contidas nos acordos. E a legitimidade tratada durante toda a pesquisa, nada mais é do que o exercício regular da função de polícia judiciária em que o delegado como titular, tem o dever de ser figura presente nesse mecanismo importante e atual de investigação criminal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 26 ago. 2021.

_____. *Projeto de lei Anticrime*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

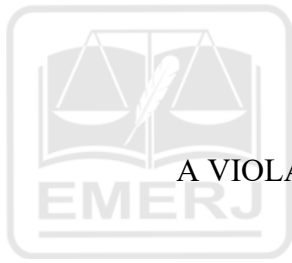
_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.508/DF*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Edição Forense, 2008.



A VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA APÓS A LEI Nº 13.964/2019 SOB A ÓTICA DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Patricia Magalhães Galdino

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – o presente artigo tem como objetivo discutir as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia, instituto inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, por meio do referencial teórico da Epistemologia Jurídica. Para isso, são analisados os argumentos defendidos pelas principais correntes doutrinárias sobre o tema. Além disso, é realizado um estudo com relação ao que a Epistemologia Jurídica preconiza sobre a exclusão de provas com fundamento em regras. Por fim, discute-se o que deve ser considerado uma boa decisão no âmbito do processo penal e de que forma a exclusão de uma prova cuja cadeia de custódia foi violada pode interferir na sua produção.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Epistemologia Jurídica. Cadeia de custódia. Pacote Anticrime.

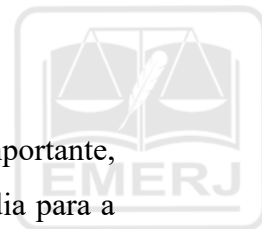
Sumário – Introdução. 1. Análise da controvérsia relativa às consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia da prova. 2. A eficácia da cadeia de custódia para a preservação da prova: uma visão desenvolvida a partir da Epistemologia Jurídica. 3. O critério definidor da qualidade de uma decisão e a desnecessidade de exclusão imediata da prova cuja cadeia de custódia foi violada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a violação da cadeia de custódia a partir do referencial teórico da Epistemologia Jurídica. Para entender esse tema e a sua relevância, deve-se destacar, inicialmente, a previsão normativa da cadeia de custódia.

A primeira aparição desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu na Portaria 82/2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Entretanto, a cadeia de custódia só foi efetivamente inserida no Código de Processo Penal com a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, que acrescentou os arts. 158-A a 158-F ao referido diploma legal.

É importante ressaltar que a regulamentação inserida nesses dispositivos do Código de Processo Penal possui a preocupação de mapear todo o manuseio da prova, desde a sua apreensão na cena do crime até a disposição final. A legislação apresenta o conceito do instituto, bem como as suas fases, o profissional que deve realizar os procedimentos necessários, os cuidados a serem tomados com o vestígio, o local no qual ele deve ser mantido – a saber, nas centrais de custódia – e a preservação do material após a perícia.



No entanto, a lei é omissa com relação à uma questão demasiadamente importante, que consiste nas consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia para a prova coletada. Ou seja, a lei prevê detalhadamente o procedimento a ser seguido, mas não aponta de que forma deve ser tratada a prova que foi objeto de um procedimento diferente daquele previsto em lei.

Diante da lacuna legislativa, há duas correntes doutrinárias principais. A primeira considera que a violação da cadeia de custódia torna a prova ilícita e, conseqüentemente, inadmissível. Por isso, deve ser retirada do processo. Já a segunda corrente afirma que deve ser considerado o grau de violação da cadeia de custódia, de forma a influenciar em sua valoração. Dessa maneira, quanto maior a violação, menor será o valor da prova colhida.

Nesse contexto, é possível perceber a importância de pesquisas científicas sobre o referido tema, visto que não há unanimidade na doutrina com relação ao tratamento dispensado à essas situações. Além disso, deve-se ressaltar que certas condições fáticas que cercaram a promulgação do Pacote Anticrime possibilitam o surgimento de muitos questionamentos relacionados à violação da cadeia de custódia na jurisprudência nacional.

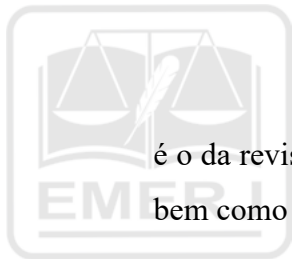
Entre essas condições, é importante destacar a reduzida *vacatio legis* da lei, que pode ter prejudicado a implementação do procedimento legal até o início de sua vigência. Nesse contexto, podem surgir diversos casos nos quais o Poder Judiciário terá que enfrentar a questão referente às consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia.

O primeiro capítulo consiste no estudo dos fundamentos das duas principais correntes doutrinárias que abordam as consequências da violação da cadeia de custódia. Nele, busca-se investigar se há ou não relação entre os fundamentos dos referidos entendimentos – e, conseqüentemente a visão que cada um deles possui sobre a finalidade desse instituto – e a Epistemologia Jurídica.

O segundo capítulo, por sua vez, é constituído por uma análise da importância da cadeia de custódia para a preservação da prova. Esse exame é orientado pelo referencial teórico da Epistemologia Jurídica, por meio do qual busca-se constatar se a cadeia de custódia é uma medida eficaz para obter a melhor reprodução dos fatos apurados.

O terceiro capítulo, por fim, tem como ponto de partida a resposta encontrada no capítulo anterior. Por meio dela, pretende-se inferir qual é a corrente considerada mais adequada, determinando-se quais devem ser as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação à metodologia, deve-se ressaltar que a abordagem usada na presente pesquisa é qualitativa, por meio de uma análise exploratória do tema abordado. O procedimento



é o da revisão bibliográfica, no qual é estudada a principal produção doutrinária sobre o tema, bem como a legislação e a jurisprudência referentes a ele.

1. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA RELATIVA ÀS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

A Lei nº 13.964/2019 trouxe diversas modificações para a legislação processual penal. Entre elas, destaca-se a inserção da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal. A partir da alteração legislativa, o instituto mencionado passou a ser regulamentado nos arts. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal; entretanto, essa regulamentação deixou de contemplar um elemento de extrema importância, que consiste na determinação das consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia da prova.

Em razão disso, se tornaram inevitáveis debates doutrinários sobre o tema. Isso porque, se, por um lado, não se pode mais ignorar a normatividade da cadeia de custódia no direito brasileiro¹, por outro, não há indicação legal sobre o que deve ser feito nos eventuais casos de desrespeito ao seu procedimento.

Nesse contexto, ganham destaque duas principais correntes que versam sobre as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia. Para que seja possível estabelecer um entendimento adequado sobre essas consequências, é imprescindível entender quais são os fundamentos das principais posições doutrinárias existentes. Dessa forma, entender-se-á melhor o instituto e tornar-se-á possível estabelecer qual é a sua relação com a Epistemologia Jurídica. A partir dessa relação, será desenvolvida a visão do instituto com base no mencionado referencial teórico.

A primeira posição, à qual se filiam, por exemplo, Geraldo Prado², Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa³, defende que a quebra da cadeia de custódia torna a prova inadmissível no processo em razão de sua ilegitimidade ou ilicitude; já a segunda, defendida por Gustavo Badaró⁴, Deltan Dallagnol e Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara⁵, entre outros,

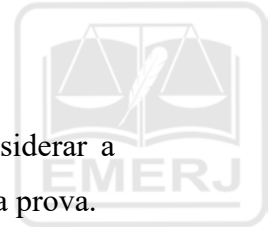
¹VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 3, nº 7, fev. 2020, p. 32.

²PRADO apud *ibid.*, p. 31.

³LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁴BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para o processo penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 535.

⁵DALLAGNOL e CÂMARA apud VIEIRA, op. cit., p. 31.



aponta que a entrada da prova no processo não é impedida, mas o juiz deve considerar a diminuição ou perda da fiabilidade em razão da violação no momento de valoração da prova.

Segundo a primeira corrente, a partir da inserção da cadeia de custódia no Código de Processo Penal, o desrespeito ao procedimento estipulado pelo legislador consiste em uma violação de uma norma legal. Sob esse aspecto, deve-se destacar o art. 158-B do Código de Processo Penal, que conceitua as dez fases do procedimento da cadeia de custódia.

Logo, se houver violação desse procedimento, a fonte de prova coletada e preservada por meio da cadeia de custódia é ilícita e deve ser desentranhada do processo⁶. Entende-se que a nova regulamentação da cadeia de custódia determina que a confiabilidade de uma prova dependerá do rastreamento do percurso do vestígio segundo os moldes legais, e não mais boa ou má-fé dos agentes que o manuseiam⁷.

Além disso, argumenta-se que a eficácia ou efetividade da cadeia de custódia está diretamente relacionada com a exclusão do elemento probatório adquirido por meio de uma cadeia de custódia irregular. Segundo Matida⁸, deve-se evitar que a cadeia de custódia se torne uma “cadeia de aproveitamento de irregularidades”.

Nesse sentido, entende-se que o não reconhecimento da ilicitude probatória leva “à relativização da própria orientação normativa e esvaziamento do propósito buscado pelo legislador”⁹. Como efeito, seria ocasionada a insegurança jurídica, pois a consequência da violação da cadeia de custódia dependeria da discricionariedade do julgador.

Ademais, deve-se destacar que esse entendimento considera que a possibilidade de o julgador poder valorar a prova obtida – ou seja, determinar a sua relevância para o processo – traz diversos perigos. Isso porque não se pode olvidar o potencial lesivo de um elemento probatório não custodiado corretamente, especialmente em razão da força persuasiva que tais fontes de prova possuem¹⁰. É possível que esse elemento probatório apoie uma hipótese fática

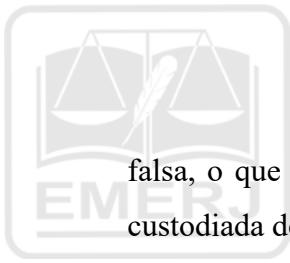
⁶BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Da Ilicitude da Prova em Razão da Quebra da Cadeia de Custódia. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, nº 1, p. 73-82, set. 2020, p. 79.

⁷MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, nº 331, p. 7-8, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁸Ibid.

⁹BORRI; SOARES, op. cit., 79-80.

¹⁰Via de regra, a cadeia de custódia tem como objeto vestígios que tem grande poder de convencimento. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de interceptação telefônica, exame de DNA ou prova pericial que comprova que a substância apreendida é uma droga ilícita. O poder de convencimento elevado é atribuído a esses elementos probatórios porque eles possuem uma alta carga de evidência, já que se relacionam diretamente com o fato histórico investigado.



falsa, o que pode trazer vários efeitos prejudiciais se o magistrado escolher valorar a prova custodiada de forma indevida no caso concreto¹¹.

Uma prova é, portanto, prejudicada de maneira irreparável quando o procedimento legal não é respeitado¹². Se a função do material probatório no processo é possibilitar “uma reconstrução dos fatos o mais próxima possível da realidade”¹³, o desrespeito à cadeia de custódia traz não só o risco de interferências irregulares sobre esses materiais, mas, também, o risco de ser realizada uma reconstrução equivocada dos fatos.

Com relação à segunda corrente, deve-se, inicialmente, realizar uma elucidação terminológica. De acordo com Badaró¹⁴, o que é chamado de “violação da cadeia de custódia” deve ser entendido como uma “violação da documentação da cadeia de custódia”. Já que a cadeia de custódia consiste na sucessão encadeada dos indivíduos que tiveram contato com o vestígio, é impossível que ela seja violada. O que é objeto de violação, segundo o autor, é a documentação que atesta essa sucessão de indivíduos¹⁵.

Dessa forma, se uma fonte de prova que foi obtida e preservada por meio da cadeia de custódia é adulterada, a violação é da própria prova e não da cadeia de custódia. Por outro lado, se houve uma irregularidade documental, o que se verifica é efetivamente uma violação da cadeia de custódia.

Segundo essa corrente, a existência de vícios na cadeia de custódia não deve levar, necessariamente, à ilicitude da prova. É necessário diferenciar os casos de omissões e irregularidades leves das situações que contêm vícios graves. O que distingue essas duas situações é a existência ou não de dúvida com relação à autenticidade e integridade da fonte de prova. Conforme Badaró¹⁶, essa dúvida deve ser fundamentada na probabilidade de adulteração, substituição ou modificação do vestígio, demonstrada por indícios no caso concreto.

Na ausência desses indícios, a questão referente à violação deve ser resolvida no momento da valoração da prova¹⁷. Se, mesmo no caso de vícios mais graves, o julgador optar por admitir a prova, isso deve ser feito por meio de um esforço argumentativo considerável, de

¹¹MATIDA, op. cit.

¹²MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, nº 1, p. 277-300, jan./abr. 2018, p. 294.

¹³MATIDA, op. cit.

¹⁴BADARÓ, op. cit., p. 524.

¹⁵Ibid., p. 534.

¹⁶Ibid., p. 536.

¹⁷Ibid., p. 535.



forma que seja demonstrado por quais razões é possível superar a dúvida e confiar na autenticidade e integralidade da fonte de prova¹⁸.

Esse entendimento reconhece os riscos causados pela admissibilidade da prova, entretanto, fundamenta-se no fato de que, apesar de a cadeia de custódia ter como função a garantia da autenticidade e integralidade da fonte de prova, esta e aquela não se confundem. Dessa forma, a cadeia de custódia não “se destina a demonstrar a veracidade ou a falsidade de afirmações sobre fatos que integram o *thema probandum*”¹⁹.

Ambas as visões aqui abordadas reconhecem a importância da cadeia de custódia para preservar a autenticidade – ou “mesmidade”²⁰ – e a integridade da prova, entretanto, colocam importâncias diferentes nessa garantia. Nesse contexto, é possível notar que o ponto nodal de conflito é a associação da quebra da cadeia de custódia com a qualidade da reprodução dos fatos construída pela fonte de prova coletada. É aqui que se observa a relação entre o instituto e a Epistemologia Jurídica, visto que esta última analisa, entre outras questões, o problema da reprodução dos fatos no contexto do processo judicial.

Aqueles que defendem que a prova deve ser inadmitida no processo entendem que, como a função da cadeia de custódia é garantir que a reprodução dos fatos históricos realizada durante a instrução probatória seja a mais próxima possível da realidade, a sua violação cria o risco de adulteração do material colhido²¹. Nesse contexto, a possibilidade de falsidade do elemento probatório torna irrelevante o seu conteúdo, que não poderá ser usado para fundamentar a decisão judicial.

Segundo a referida visão, esse risco é algo que não pode ser tolerado em um sistema acusatório. Afirma-se que as escolhas realizadas no contexto desse sistema são guiadas pela premissa de que, diante da impossibilidade da inexistência de erros judiciais, apresenta-se como mais suportável a absolvição de um culpado do que a condenação de inocentes. E, como a cadeia de custódia é vista como um mecanismo que visa transformar o sistema inquisitorial que ainda predomina no âmbito da investigação criminal em um sistema acusatório²², é essa ideia que deve conduzir os entendimentos referentes a ela.

Por outro lado, aqueles que defendem que a violação da cadeia de custódia não impede a admissibilidade da prova, mas é uma questão que deve ser levada em consideração na sua valoração, entendem que a prova não se confunde com a documentação da cadeia de custódia.

¹⁸Ibid., p. 536.

¹⁹Ibid., p. 535.

²⁰PRADO apud MATIDA, op. cit.

²¹Ibid.

²²Ibid.



É possível haver uma irregularidade documental sem que a fonte de prova – e, portanto, a reprodução dos fatos históricos – seja prejudicada. Entende-se que deve ser avaliada a gravidade do vício, bem como se há a presença de indícios que levem a crer que a irregularidade documental foi acompanhada por uma adulteração da prova.

Pode-se concluir que esta última visão interpreta de maneira diferenciada o problema da reprodução dos fatos no processo, visto que não há uma relação direta entre a qualidade dessa reprodução e a violação da cadeia de custódia. Ou seja, entende-se que a possibilidade de falsidade do elemento probatório não é uma consequência necessária da irregularidade na documentação, de forma que o elemento probatório pode continuar relevante, apesar da irregularidade. Em razão disso, a adulteração da própria fonte de prova deve ser demonstrada no caso concreto.

2. A EFICÁCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA PARA A PRESERVAÇÃO DA PROVA: UMA VISÃO DESENVOLVIDA A PARTIR DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Conforme estabelecido anteriormente, as correntes doutrinárias acerca das consequências da violação da cadeia de custódia – e, por extensão, o próprio instituto da cadeia de custódia – possuem relação com a Epistemologia Jurídica. Essa relação se consubstancia na preocupação que ambos os entendimentos possuem com a fiabilidade da prova, ou seja, com a aptidão que a prova possui para reproduzir adequadamente os fatos investigados. Nesse contexto, faz-se necessário analisar se a visão empregada pela Epistemologia Jurídica realmente é eficaz para a proteção da fiabilidade da prova.

É imprescindível destacar que a Epistemologia Jurídica – também chamada de “Direito Probatório”²³ – deve ser entendida como “a justificação das proposições sobre os fatos que interagem o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual”²⁴. Essa definição é embasada em uma acepção mais moderna da Epistemologia Jurídica, na qual considera-se que seu objeto não é a produção de um conhecimento teórico, mas, sim, do conhecimento de situações de fato que são relevantes para a decisão judicial.

²³SCHAUER, Frederick. Em defesa do direito probatório fundado em regras – e da epistemologia também. Tradução Lucas Miotto. *Teoria jurídica contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, n° 2, p. 319-335, jul./dez. 2016, p. 320.

²⁴HERDY, Raquel; MATIDA, Janaina. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo. *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209.



Considerar que a Epistemologia Jurídica tem como objeto o conhecimento dos fatos significa dizer, também, que ela denota uma preocupação com a verdade – que pode ser conceituada como a correspondência entre o objeto presente no mundo e o seu reflexo na mente do sujeito²⁵. Embora a descoberta da verdade não seja o objetivo do processo judicial, é possível dizer que ela possui um papel regulador no direito, de forma que a identidade entre a reprodução fática produzida no bojo do processo e os fatos históricos ocorridos é algo desejável, apesar de nem sempre ser possível²⁶.

Entende-se, portanto, que há um compromisso epistêmico no processo, visto que ele deve possuir uma preocupação com uma reprodução dos fatos, para que ela seja o mais próximo possível da realidade. É nesse contexto que pode ser encontrada uma discussão com relação às regras de exclusão de provas, que são regras jurídicas usadas como fundamento para excluir do processo – e, portanto, da apreciação do julgador com relação à conclusão que deve ser tomada após a instrução probatória – provas que tem grandes chances de estarem fundadas em premissas falsas²⁷.

Nesse sentido, sob a ótica da Epistemologia Jurídica, as consequências jurídicas da violação da cadeia de custódia devem ser abordadas no âmbito das regras de exclusão da prova. Devem ser ressaltadas duas posições principais sobre o tema.

Por um lado, é possível destacar epistemólogos que defendem que não há uma incompatibilidade entre a existência de regras excludentes de provas e a necessidade de uma reprodução fática confiável. A fundamentação principal para essa posição é a ideia de que inserir no processo prova que pode ter como fundamento fato falso prejudica a cognição do juiz. Por isso, apesar de a exclusão de uma prova diminuir o arsenal fático que o julgador possui à sua disposição para concluir o caso concreto, a qualidade das inferências probatórias produzidas será maior, o que possibilita o cumprimento do compromisso epistêmico do processo²⁸.

De acordo com Schauer²⁹, o direito é um sistema excludente por natureza, no qual o legislador estipula regras que excluem fatores que poderiam ser levados em consideração por tomadores de decisão que tem acesso a informações ilimitadas. Essas regras orientam o decisor

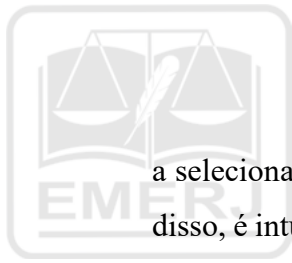
²⁵BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1985, p. 132.

²⁶HERDY; MATIDA, op. cit., p. 211.

²⁷A título exemplificativo, é possível citar a exclusão de confissão obtida mediante tortura. Parte-se da premissa segundo a qual a dor afligida ao réu o fará afirmar qualquer coisa, de forma que a falsidade da informação obtida é uma possibilidade. *Ibid.*, p. 222.

²⁸*Ibid.*, p. 221-222.

²⁹SCHAUER, op. cit., p. 329-330.



a selecionar apenas os fatos que podem ser usados na tomada de decisões jurídicas. Em razão disso, é intuitivo defender que a investigação factual realizada no contexto do processo judicial deve seguir esse raciocínio excludente, que fundamenta o próprio sistema jurídico.

Pode-se notar que a ótica segundo a qual é possível a coexistência harmônica entre regras que excluem provas e compromissos epistêmicos no processo possui uma fundamentação de natureza similar àquela usada para determinar a exclusão de prova nos casos de violação da cadeia de custódia, conforme a exposição realizada no capítulo anterior. Essa similaridade não se trata de coincidência, visto que a referida posição com relação à Epistemologia Jurídica é expressamente adotada por adeptos da corrente que preconiza a exclusão da prova que é objeto de cadeia de custódia violada.

Por outro lado, há epistemólogos que defendem a impossibilidade de compatibilização entre a exclusão de provas com fundamento em regras jurídicas e a necessidade de estabelecer uma reprodução fática confiável no processo judicial, visto que a finalidade da Epistemologia Jurídica é a aproximação entre a reprodução dos fatos em sede judicial e os fatos históricos ocorridos. Bentham³⁰, por exemplo, afirma que a tomada de decisão no âmbito do processo penal deve levar em consideração qualquer informação que seja relevante; atribuindo a cada uma delas o valor que correspondesse à sua fiabilidade. O que se observa é que o autor preconiza uma tomada de decisão similar àquela realizada por pessoas comuns, que não utilizam regras excludentes.

O que Bentham defende é um “sistema de prova livre”³¹, no qual a investigação probatória dos fatos não é guiada por regras que devem ser seguidas mesmo quando a sua aplicação leva a um resultado que contradiz o motivo pelo qual a regra foi instituída. Nesse sistema, a falta de fiabilidade de uma prova seria uma questão de grau, e não de exclusão. É possível, portanto, notar uma semelhança entre o raciocínio aqui desenvolvido com a posição defendida por Badaró³² com relação à valoração da prova cuja cadeia de custódia foi violada.

No que faz referência às semelhanças existentes entre a posição segundo a qual a Epistemologia Jurídica não deve se utilizar de regras excludentes e a posição doutrinária de Badaró com relação à quebra da cadeia de custódia, também é importante mencionar o argumento usado por Laudan³³. Segundo o epistemólogo, deve existir uma presunção de admissibilidade de toda prova confiável e não-redundante, e essa presunção só pode ser

³⁰BENTHAM apud *ibid.*, p. 321.

³¹*Ibid.*, p. 322.

³²BADARÓ, *op. cit.*

³³LAUDAN apud SCHAUER, *op. cit.*, p. 324-325.



superada se houver indícios no caso concreto de que a admissão da prova diminuiria a precisão da decisão.

Diante dessa divergência encontrada no âmbito da Epistemologia Jurídica e da similaridade entre os argumentos usados nesse campo de conhecimento e no contexto das discussões sobre as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia, é possível perceber a profundidade do conflito doutrinário. Apesar da divergência apontada, será usada, para analisar o objeto inicialmente proposto, o sistema de regras excludentes e não o de provas livres.

Essa escolha se dá em razão do fato de que, como apontado anteriormente, o sistema segundo o qual a exclusão de provas deve ser baseada em regras é aquele explicitamente defendido por partidários da exclusão da prova cuja cadeia de custódia foi violada. Por outro lado, o sistema de provas livres não é adotado de forma expressa pelo entendimento segundo o qual a violação da documentação da cadeia de custódia é uma questão a ser considerada no âmbito da valoração da prova.

Nesse âmbito, é importante destacar que a eficácia de uma regra excludente é um fator fundamental para a sua aplicação, pois, conforme Schauer³⁴, regras excludentes são aquelas que “[...] no decorrer do tempo, e para uma determinada população, produzam o maior número ou a maior porcentagem de boas decisões e o menor número ou menor porcentagem de decisões ruins”. Em outras palavras, uma regra que determina a exclusão de provas é considerada eficaz quando é capaz de maximizar as decisões vistas como adequadas e minimizar aquelas que são consideradas inadequadas.

O problema dessa proposição é que ela depende, para a sua aplicação, da aceitação de diversas premissas sobre o que é o direito e de que forma ele deve funcionar. A concepção do que é uma “boa” decisão, por exemplo, está condicionada pelas finalidades que são atribuídas ao direito. Trata-se, portanto, de verdadeira divergência teórica³⁵. Nesse contexto, as regras excludentes são fundadas, simultaneamente, em uma visão que é geral e abstrata, mas depende da aceitação de premissas específicas.

A consequência desse conflito é o fato de que a eficácia de uma regra excludente não pode ser verificada sob um ponto de vista meramente teórico. Ela depende da demonstração, na realidade fática, de que a sua aplicação aumentará o número de decisões boas e diminuirá o número de decisões ruins.

³⁴Ibid., p. 333.

³⁵SERRANO, Pablo Jiménez. *Epistemologia do Direito: para uma melhor compreensão da ciência do direito*. Campinas: Alínea, 2007, p. 33.



Ou seja, a Epistemologia Jurídica, isoladamente aplicada, não é capaz de garantir a eficácia de uma regra excludente. Entretanto, é importante existir uma preocupação com a eficácia das referidas regras, especialmente ao se considerar a concepção moderna da Epistemologia Jurídica, que, como mencionado inicialmente, possui uma preocupação com a realidade fática.

No caso da cadeia de custódia, a incapacidade de garantir a eficácia da exclusão da prova cuja cadeia de custódia foi contaminada significa que ainda é necessário avaliar outros aspectos relacionados ao instituto. Essa análise é uma condição necessária para que sejam alcançadas conclusões mais contundentes sobre a posição a ser tomada sobre as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia.

3. O CRITÉRIO DEFINIDOR DA QUALIDADE DE UMA DECISÃO E A DESNECESSIDADE DE EXCLUSÃO IMEDIATA DA PROVA CUJA CADEIA DE CUSTÓDIA FOI VIOLADA

O uso de uma regra que determina a exclusão de provas é legitimado pelo fato de que, apesar de haver a possibilidade de as consequências de seu uso serem inadequadas em casos isolados, a sua aplicação reiterada em um determinado local e em uma época específica tem a capacidade de maximizar o número de decisões boas e minimizar o número de decisões ruins. Entretanto, não é possível, por meio de um ponto de vista puramente embasado na Epistemologia Jurídica, determinar se uma regra excludente possui ou não esse atributo.

Em razão disso, é necessário analisar se existem indícios concretos de que a inadmissibilidade de uma prova em razão da violação da cadeia de custódia possui a referida capacidade. É importante, para isso, definir o que é uma decisão boa.

De acordo com Matida³⁶, um sistema acusatório parte da premissa de que, como é impossível que não ocorram erros judiciais, é preferível a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente. Sob essa ótica, a exclusão da prova cuja cadeia de custódia foi violada é algo que aumenta o número de decisões boas. Isso porque, com a retirada da referida prova, há dois resultados possíveis: o primeiro é a absolvição do réu pela ausência de provas suficientes da sua culpabilidade; e o segundo é a condenação com fundamento no restante do conjunto probatório.

³⁶MATIDA, op. cit.



É evidente que, entre os casos de absolvição nos termos do parágrafo anterior, estarão abarcadas situações nas quais o réu era culpado e a violação na documentação da cadeia de custódia não foi acompanhada por uma manipulação da prova e as situações nas quais o réu era inocente e a violação na documentação da cadeia de custódia denotou, também, uma adulteração da prova. Segundo a concepção explicada, a proteção deste último grupo é uma finalidade de tamanha importância que o fato de ela ter sido acompanhada pela absolvição do primeiro grupo não é algo preocupante.

No entanto, é importante destacar que essa não é a melhor forma de prestigiar o princípio da presunção de inocência. Deve-se ressaltar que a presunção de inocência impõe, no âmbito interno ao processo, que o juiz cumpra uma regra de tratamento, que consiste em tratar o réu como inocente durante a persecução penal; e uma regra de julgamento, consubstanciada na necessidade da absolvição do réu quando há dúvida sobre a sua culpabilidade³⁷.

No âmbito da regra de tratamento imposta pelo princípio da presunção de inocência, não se pode olvidar que o tratamento dispensado ao réu não deve possuir relação com a convicção pessoal do juiz. Dessa forma, mesmo que o juiz esteja intimamente convencido da culpabilidade do réu, deve tratá-lo como se fosse inocente. Em razão disso, o julgador possui um ônus argumentativo em suas decisões durante a persecução penal, visto que estas devem encontrar fundamentos diversos da possibilidade de prática do fato investigado.

Além disso, o fato de o dever de tratamento não estar relacionado à convicção do juiz significa que, no momento da sentença, já satisfaz a presunção de inocência tratar o réu processualmente como inocente – visto que, no momento da sentença proferida em primeira instância, ainda não ocorreu o trânsito em julgado – e, concomitantemente, condená-lo. Nesse contexto, a imposição trazida pelo princípio da presunção de inocência é formal, de modo que o respeito ao referido princípio não é afastado pelo conteúdo da sentença condenatória, desde que ela esteja devidamente fundamentada.

Com relação à regra de julgamento, deve-se destacar que seu uso somente encontra espaço nos casos em que há incerteza sobre os fatos considerados relevantes para a resolução da controvérsia³⁸. Nesse sentido, a regra imposta pelo princípio da presunção de inocência é a de que, no caso de dúvida razoável sobre a culpabilidade, o réu deve ser absolvido, pois é presumidamente inocente.

Disso se pode inferir que a aplicação do princípio da presunção de inocência no âmbito da regra de julgamento sempre terá como consequência a absolvição, mas a absolvição nem

³⁷LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96-97.

³⁸HERDY; MATIDA, op. cit., p. 225.



sempre será antecedida pela aplicação do princípio da presunção de inocência segundo a regra supramencionada. Essa circunstância é demonstrada pela própria organização do art. 386 do Código de Processo Penal³⁹, no qual estão elencadas as causas que fundamentam a absolvição.

Logo, o que a regra de julgamento impõe ao juiz é que ele analise o conteúdo fático-probatório produzido no bojo do processo, para que, apenas no caso de sua insuficiência, use o princípio da presunção de inocência para fundamentar a absolvição. É possível perceber que a fundamentação é imprescindível nesse contexto, porque é por meio dela que o juiz vai afirmar se o conjunto probatório é suficiente ou não.

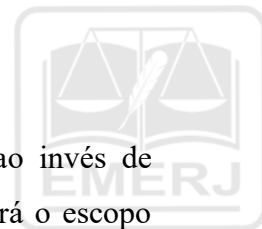
Dessa forma, pode-se notar que o cumprimento dos deveres impostos ao juiz pelo princípio da presunção de inocência ocorre por meio da fundamentação. É por isso que se mostra mais adequada a concepção de que uma decisão é considerada boa quando é devidamente fundamentada, conforme o art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁰. O fato de o legislador constituinte ter elegido a fundamentação de uma sentença como uma condição de sua validade demonstra que o uso desse critério é suficientemente adequado e objetivo para considerar uma decisão como adequada.

Partindo-se do pressuposto que decisão boa é aquela que possui uma devida fundamentação, a questão que se coloca é saber se a retirada da prova cuja documentação da cadeia de custódia foi violada possui ou não o potencial para aumentar o número de decisões devidamente fundamentadas. É importante ressaltar, nesse âmbito, o procedimento previsto de cadeia de custódia que passou a ser previsto no Código de Processo Penal.

As disposições relacionadas à cadeia de custódia, previstas no art. 158-A a art. 158-F do Código de Processo Penal, tem como característica marcante o profundo detalhamento. Exemplificativamente, pode-se citar o art. 158-B, que prevê dez fases diferentes para o procedimento de cadeia de custódia e determina no que consiste cada um, bem como os arts. 158-C e 158-D, que trazem regras sobre a coleta e o manuseio dos materiais. Em razão desse detalhamento, não se pode descartar a hipótese fática de violação do procedimento sem a existência de manipulação da prova.

³⁹É evidente a diferença, em termos do conteúdo fático-probatório encontrado no processo, de uma absolvição em razão da prova de inexistência do fato – prevista no art. 386, I do CPP – e da ausência de prova de existência do fato – conforme o art. 386, II do CPP. O mesmo ocorre com relação à diferença entre a presença de prova de que o réu não concorreu para a infração penal – art. 386, IV do CPP – e a ausência de prova de que o réu concorreu para a infração penal – art. 386, V do CPP. BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 set. 2021.



Além disso, entende-se que a exclusão imediata da prova coletada, ao invés de favorecer uma fundamentação intimamente relacionada ao caso concreto, reduzirá o escopo argumentativo da decisão. Isso porque, ao invés de ser realizada uma análise cuidadosa das circunstâncias do caso concreto, a informação será apenas excluída. Deve-se ressaltar que é nesse sentido o entendimento aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça com relação à quebra da cadeia de custódia de fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime⁴¹.

Ademais, o entendimento que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça anteriormente à promulgação do Pacote Anticrime é o de que a interferência no trâmite da prova em razão da quebra da cadeia de custódia acarreta a possibilidade – e não a obrigatoriedade – de sua imprestabilidade. Por isso, meras conjecturas com relação à adulteração da prova não são consideradas suficientes para a decretação de sua nulidade, de forma que a defesa deve demonstrar indícios concretos de que realmente houve modificação⁴².

Como o Pacote Anticrime entrou em vigor em 24 de janeiro de 2020⁴³, ainda não há jurisprudência expressiva nos Tribunais Superiores sobre a inovação legislativa. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente no sentido de que o regramento inserido pelo Pacote Anticrime pode ser imediatamente aplicado a investigações preliminares iniciadas após a sua entrada em vigor, por se tratar de norma processual.

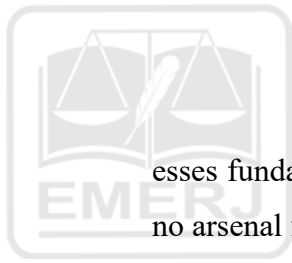
Apesar de a jurisprudência reconhecer que há diferenças entre os períodos anterior e posterior à entrada em vigor do Pacote Anticrime, não é possível afirmar categoricamente que a inovação legislativa trará uma modificação significativa na forma de decidir. Isso porque os fundamentos da posição do Superior Tribunal de Justiça continuam firmes, em especial, a necessidade de aplicar o art. 563 do Código de Processo Penal para determinar que somente com a demonstração da possibilidade de adulteração do elemento probatório haverá prejuízo e, conseqüentemente, a necessidade de exclusão da prova. Além disso, é importante ressaltar que

⁴¹Não é possível, segundo a Corte, usar o devido processo legal isoladamente, ou seja, sem nenhum critério de avaliação; porque isso transformaria o princípio em mero artifício de defesa e não em possibilidade de aplicação da justiça no caso concreto. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 141981*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n° 615321*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=14&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴³Segundo o art. 20 da Lei n° 13.964/2019, o Pacote Anticrime possui uma *vacatio legis* de 30 dias a partir da publicação da lei, ocorrida em 24 de dezembro de 2019. BRASIL. *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>. Acesso em: 10 mar. 2021.



esses fundamentos possuem o potencial de desenvolver decisões devidamente fundamentadas no arsenal fático-probatório, o que é de elevada importância para o direito penal.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, foi possível, inicialmente, compreender os fundamentos das principais correntes doutrinárias relacionadas com as consequências jurídico-processuais da violação da cadeia de custódia. A partir dos argumentos estudados, pôde-se entender que tanto o entendimento favorável à inadmissibilidade da prova quanto a posição que preconiza a admissibilidade da prova com valoração diferenciada estão conectadas com a preocupação referente à preservação da autenticidade da prova, visto que ela deve reproduzir corretamente os fatos históricos investigados.

Nesse sentido, cada um dos entendimentos analisados coloca uma importância diferente na preservação da cadeia de custódia para a proteção da fiabilidade da prova obtida. Para tentar dirimir essa controvérsia por meio da determinação de qual grau de importância deve ser dado à cadeia de custódia para o atingimento do fim ao qual ela se propõe – ou seja, a eficácia do instituto –, utilizou-se o referencial teórico da Epistemologia Jurídica.

Com a adoção do mencionado referencial teórico, destacou-se o argumento que aponta a exclusão de provas com base em regras jurídicas como uma forma de garantir que o material probatório que realmente influencia a decisão final do magistrado seja de maior qualidade. Entretanto, observou-se que essa posição não é unânime no âmbito da Epistemologia Jurídica. Além disso, foi demonstrado que esse argumento possui uma fundamentação que depende da realidade prática para a sua comprovação.

Como visto, a aplicação de uma regra excludente é embasada na sua capacidade de aumentar o número de decisões boas e diminuir o número de decisões ruins. Isso significa que a qualidade de uma regra dessa natureza não é medida pela obtenção de resultados positivos em todos os casos nos quais ela é aplicada. O que caracteriza uma regra de exclusão é o fato de sua aplicação, apesar de poder ser negativa em alguns casos isolados, é positiva na maioria das situações concretas. Por isso, a constatação de que uma regra excludente possui ou não esse atributo depende de uma análise prática.

Demonstrou-se que, no caso da cadeia de custódia, fazer essa análise é um desafio, pois ainda não há um arcabouço prático significativo sobre o instituto. Entretanto, partindo-se do pressuposto de que uma boa decisão é uma decisão que possui uma fundamentação



adequada, foi possível concluir que é mais aconselhável não excluir a prova com base apenas na violação da documentação da cadeia de custódia.

Dessa forma, o referencial teórico usado na presente pesquisa não foi considerado suficiente para a defesa da exclusão da prova, visto que a eficácia de uma regra excludente depende de aspectos que não podem ser demonstrados sob uma ótica meramente teórica. Por isso, adotou-se, no presente estudo, o entendimento de que a violação da cadeia de custódia é uma questão de valoração da prova.

Não é possível afirmar, porém, que essa posição possui caráter definitivo. A eventual análise futura de aspectos empíricos sobre a qualidade das sentenças judiciais e sua relação com a violação da cadeia de custódia ou de sua documentação pode fornecer os aspectos da realidade fática que demonstrem a eficácia da regra excludente. Nesse contexto, poderá ser considerada possível a modificação do entendimento aqui adotado.

No entanto, tendo em vista que tais aspectos empíricos não fazem parte do presente estudo, mostra-se mais aconselhável, conforme já mencionado, adotar o entendimento segundo o qual a violação da documentação da cadeia de custódia possui consequências jurídico-processuais no momento da valoração da prova e não de sua admissibilidade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para o processo penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 517-538.

BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1985.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Da Ilicitude da Prova em Razão da Quebra da Cadeia de Custódia. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, nº 1, p. 73-82, set. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 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>. Acesso em: 10 mar. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 141981*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 462087*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22CADEIA+DE+CUSTODIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=22&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 31 ago. 2021.

HERDY, Raquel; MATIDA, Janaina. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo. *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-239.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, nº 331, p. 7-8, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, nº 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

SCHAUER, Frederick. Em defesa do direito probatório fundado em regras – e da epistemologia também. Tradução Lucas Miotto. *Teoria jurídica contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, nº 2, p. 319-335, jul./dez. 2016.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Epistemologia do Direito: para uma melhor compreensão da ciência do direito*. Campinas: Alínea, 2007.

VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 3, nº 7, fev. 2020.

FEDERAÇÃO E PANDEMIA: PAPEL DOS ENTES NO COMBATE A PANDEMIA DA COVID-19

Paula Xavier Reis

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – No presente artigo científico, busca-se analisar a seguinte reflexão: o federalismo atua de forma a efetivar ou não o direito a saúde no cenário brasileiro da pandemia da covid-19? Para auxiliar a reflexão, se faz necessário apresentar um ensaio teórico sobre a temática do federalismo e do impacto da Covid-19 no contexto da coordenação federativa da política de saúde no Brasil. Para tanto, defende-se a ideia de que o federalismo se comporta de forma mais efetiva quando cooperativo, bem como se sustenta o emprego da descentralização como mais benéfico para a consecução do direito à saúde de forma a ser empregado como exemplo frente a outros problemas de concretização de direitos fundamentais enfrentados pelo país.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Federalismo. Direito à saúde. Pandemia Covid-19.

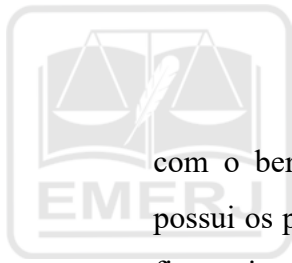
Sumário – Introdução. 1. Federalismo Brasileiro: uma relação entre entes mais predatória do que cooperativa. 2. Uma análise da lei do SUS: Estados e municípios efetivando o direito à saúde. 3. Como o federalismo impacta nas medidas de combate à pandemia da covid-19: uma análise da decisão do STF (ADI nº 6341 ou MP nº 926/2020). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a relação entre o federalismo e seus desdobramentos para o enfrentamento à pandemia da covid-19. O cenário pandêmico trouxe problemas nos sistemas sanitários e econômicos no mundo todo. No Brasil, não foi diferente. Porém, em nosso país, além das dificuldades observadas nos países afetados pela pandemia, instaurou-se uma crise federativa. Tal crise se deu porque estados, municípios e governo federal divergem em opiniões e adoção de medidas de combate e enfrentamento da pandemia.

No cenário brasileiro, são observadas divergências entre os chefes do Poder Executivo na adoção tanto das estratégias preventivas, quanto na erradicação da doença através da compra de vacinas. Os governos estaduais e municipais se valem, então, da autonomia a eles atribuída pelo modelo de estado adotado no Brasil: o federalismo. O grande problema se dá quando a essa autonomia legislativa e administrativa é limitada pela falta de autonomia financeira, implicação da coordenação federativa. Com isso inicia-se então uma nova crise, a federativa.

Em um primeiro momento, no primeiro capítulo, o trabalho pretende estabelecer a ideia de que o federalismo brasileiro é mais predatório do que cooperativo. Comparando-se



com o berço de tal sistema, o federalismo norte-americano, o federalismo brasileiro não possui os princípios fundamentais que regem o federalismo originário: a autonomia política e financeira dos demais entes federados em relação ao Governo Federal, apontado por Thomas Dye e a institucionalização das relações intragovernamentais, destacadas por Elazar. Os dois pontos são cruciais para a demonstração do porquê se vive uma crise federativa.

Após tal apontamento, o trabalho pretende demonstrar, em seu segundo capítulo, como se deu a lógica da descentralização do direito à saúde. Pretende-se aqui analisar a Lei nº 8080/90, conhecida como a Lei Orgânica da Saúde - que instituiu a descentralização, a regionalização e a hierarquização da rede e a participação popular na definição de diretrizes para a saúde. No que diz respeito à descentralização, a referida lei estabeleceu que os recursos e as responsabilidades fossem repassados para o governo municipal, não havendo direcionamento nacional. Segundo Arretche, a Lei nº 8.080/90 reforçou a atribuição municipal de planejamento e de execução dos serviços de saúde. Tal apontamento se mostra importante para se demonstrar como se chega a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6341), proposta pelo Partido Democrata Trabalhista (PDT), que determinou que os governos subnacionais possuem autonomia para estabelecerem as ações preventivas mais condizentes com suas realidades.

Ao final, durante o terceiro capítulo, a discussão finalmente chega à referida decisão do STF. O presente trabalho faz uma análise da ação, em que o plenário do STF, por unanimidade, alcançou o entendimento de que, apesar de o Governo Federal ter editado a Medida Provisória (MP) nº 926/20, tal fato não exclui a competência concorrente dos estados e municípios em relação a política de saúde, principalmente em relação ao exercício do poder de polícia. Nessa decisão, o aspecto relevante está em que a maioria dos ministros do STF também reconheceram que a União pode determinar as diretrizes, mas garantiram a autonomia dos demais entes da federação. Dessa forma, o artigo pretende então trazer uma reflexão de como deveriam ser compatibilizadas as ações dos entes, buscando trazer possíveis soluções para a crise federativa nacional.

Dessa forma, esse estudo propõe a seguinte reflexão: o federalismo atua de forma a efetivar ou não o direito a saúde no cenário da pandemia da covid-19? Para auxiliar a reflexão, se faz necessário apresentar um ensaio teórico sobre a temática do federalismo, da coordenação federativa e da política de enfrentamento à Covid-19 no contexto da descentralização, uma política de saúde aplicada no Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo, explicativo e bibliográfico, uma vez que se pretende compreender o federalismo e seus impactos por meio da coleta de dados



narrativos, com a intenção de encontrar evidências de sua tese e as respostas para as questões ou hipóteses formuladas, de forma argumentativa. 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 defesa.

1.FEDERALISMO BRASILEIRO: UMA RELAÇÃO ENTRE ENTES MAIS PREDATÓRIA DO QUE COOPERATIVA

O Federalismo é uma das formas político-administrativas de se organizar o Estado, nessa forma há a divisão de poder entre os entes federados. Tal organização federativa se dá através do pacto federativo, estando esse conceito relacionado com a distribuição de competências entre os entes da Federação. Ao mesmo tempo em que existe um governo que exerce funções de Estado centralizador, existe também a divisão de poder entre as unidades que formam o Estado. Quanto à divisão de poder, se viabiliza por meio da delegação, sendo o poder político central compartilhado por cada uma das unidades federativas. Conforme ensina Elazar¹:

O federalismo é uma forma de associação política e de organização que une diferentes políticas dentro de um sistema político mais abrangente de tal forma que permite que cada membro mantenha sua própria integridade política. Sistemas federativos fazem isso ao requerer que as políticas básicas sejam feitas e implementadas através de alguma forma de negociação, de maneira que todos os membros possam compartilhar o processo de produção e execução das decisões.

O Brasil adotou o federalismo com o advento do movimento republicano por influência e determinação de Rui Barbosa, que, sob influência do aparente progresso do sistema adotado nos Estados Unidos da América, transpôs para a constituição republicana aquele modelo de Estado, dissociado da experiência histórica vivenciada nas terras do Norte. Nesse sentido, reflete Comide Souza et al Pinto no artigo “O Federalismo Brasileiro em tempos de pandemia da COVID-19”²:

com o federalismo o que se propõe é uma combinação de forças, resguardando as autonomias dos entes federados, evitando a centralização de poder, mas permitindo a recentralização quando se fizer necessário para fortalecer políticas públicas prioritárias. Esse entendimento é compartilhado por Elazar (1994) e Grodzins (1966)

¹ ELAZAR, D. J. *Exploring federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 1987. p.1.

² PINTO, Comide Souza et al. *O Federalismo Brasileiro em tempos de pandemia da COVID-19*. Disponível em: <<http://www.gigapp.org/ewp/index.php/GIGAPP-EWP/article/view/198>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

que destacam a importância de o governo central tomar para si a incumbência de coordenar as atividades exercidas pelos diversos entes federais.

O que iniciou no trabalho de Rui Barbosa, conforme ensina Bonini,³ hoje se concretiza no preâmbulo e no artigo 1º da CRFB/88⁴. Neles, a Constituição traz o princípio federativo como um princípio estruturante da ordem jurídico-institucional do Estado Brasileiro, o tratando com *status* de cláusula pétrea, em seu artigo 60, parágrafo 4º, I: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado”.⁵

O federalismo brasileiro se organiza de maneira diferente do federalismo clássico, por meio de quatro entes: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Entes esses formam, no sistema constitucional vigente, uma união indissolúvel. Nesse mesmo sentido, a Constituição de 1988 elenca em seu artigo 23, parágrafo único, as competências comuns aos entes, que são de índole cooperativa, objetivando um equilíbrio comum, o desenvolvimento e o bem-estar em âmbito nacional (artigo 3, II, CRFB/88⁶).

Deve-se ter certa cautela com a implementação do federalismo. É necessário se observar a dimensão sociológica da organização política proposta, balizadora de um limite à descentralização. A descentralização deve se desenvolver de modo a não aumentar as desigualdades regionais, a preservar a diversidade cultural, econômica e social no interior do país, sem admitir a desintegração da estrutura institucional estabelecida. Tais limites são impostos por serem objetivos fundamentais explícitos da República Federativa do Brasil (artigo 3, III, CRFB/88⁷).

A cautela se dá porque o federalismo engloba as ideias de interdependência e autonomia. A partir dessa aparente antítese entre dependência e autonomia que o conceito traduz, se torna fundamental discutir o conceito da descentralização para se chegar a uma conclusão acerca da compatibilidade entre as ideias e o conceito de federalismo.

A descentralização se traduz na transferência orgânica e organizada e ou a conquista de autonomia fiscal e de gestão de políticas e autonomia, em termos de poder decisório.

³ BONINI, Luci Mendes de Melo. TORRES, Natália de Carvalho Ortega. SILVA, Paulo Leandro. *O papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891 e o exercício da competência normativa no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53090/o-papel-de-rui-barbosa-na-constituicao-de-1891-e-o-exercicio-da-competencia-normativa-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 09 nov.2021.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

Algumas características sobre a descentralização promovida pelo federalismo repercutem de forma positiva na literatura, como a ideia de que a descentralização favorece a aproximação do governo com o cidadão. Além disso, de que a descentralização contribui para a preservação de identidades locais, fomenta o surgimento de parcerias, ações integradas e articulação de atores, e propicia ao cidadão maior participação decisória e controle das ações dos governos.

Noutro giro, o que muito se critica acerca descentralização é que, na prática, ela tem fomentado uma ineficácia na realização de políticas públicas, além de promover atitudes patrimonialistas e clientelistas dos representantes dos poderes executivo e legislativo em âmbito local e regional. Embora a descentralização trazida pelo federalismo tenha um viés positivo, há também o lado negativo que precisa ser pontuado: o clientelismo, a corrupção, a perda de capacidade regulatória e de formulação de políticas públicas pelo governo central, além de poder atuar como elemento facilitador do acirramento de disparidades regionais.

Mesmo com a inovação da elevação dos municípios ao status de entes pela Constituição de 1988, há grandes discussões sobre a atuação deles como entes em comparação à atuação dos Estados e União, entes do federalismo clássico. Nesse sentido, o mestre Fernando Luiz Abrucio⁸ reflete:

nem sempre essa esfera de poder alcançou capacidade administrativa, capacidade técnica instalada, recursos técnicos, equipamentos, recursos humanos e conhecimento especializado necessários à descentralização, carecendo da ajuda expressa de níveis superiores de governo, a fim de modernizarem sua estrutura e seus modelos de gestão. Neste sentido, torna-se necessário “abandonar a falsa e estéril dicotomia entre centralização e descentralização”.

Apesar da elevação do status municipal a ente, o objetivo dessa promoção não foi concretizado na prática, o que se pretendia era desconcentrar o poder, mas o que na verdade a Constituição brasileira fez foi apenas o descentralizar. Acrescentando ainda à essa discussão sobre a dicotomia entre desconcentração e descentralização, Fernando Luiz Abrucio⁹ enuncia:

Tobar aponta para um distanciamento qualitativo entre as duas categorias. Enquanto a descentralização implica redistribuição do poder, a desconcentração é a delegação de competência sem, necessariamente, o deslocamento do poder decisório. A

⁸ ABRUCIO, Fernando Luiz; FILIPPIM, Eliane Salette. *Quando descentralizar é concentrar poder: o papel do governo estadual na experiência catarinense*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552010000200003> Acesso em: 04 abr. 2021.

⁹ Idem.



desconcentração significa um “conjunto de procedimentos funcionais para a racionalização, modernização e reprodução ampliada do sistema a modificar” (Tobar, 1991, p. 5). Neste sentido, a adoção da descentralização ou da desconcentração produzirão diferentes resultados na sua implementação.

Verdade seja dita, por mais que a Constituição elenque competências concorrentes, ela não especificou como ela se regulamentaria suficientemente, alavancando um o protagonismo do judiciário ao ter que resolver questões controversas sobre extrapolação de competências. Tal incompletude fez do federalismo brasileiro mais predatório do que cooperativo, culminando na crise federativa atual.

2. ANÁLISE DA LEI DO SUS: ESTADOS E MUNICÍPIOS SÃO AUTÔNOMOS

A saúde é uma das matérias de competência concorrente entre os entes (art. 24, XII, CRFB/88¹⁰) e hoje esse direito é garantido através do Sistema Único de Saúde (SUS). Tal sistema é regulamentado pela Lei nº 8080/90¹¹, conhecida como a Lei Orgânica da Saúde, que instituiu a descentralização, a regionalização e a hierarquização da rede de saúde.

De acordo com o que o SUS objetiva, o poder e a responsabilidade são distribuídos entre os três níveis de governo, buscando uma prestação de serviços com mais eficiência e qualidade e também aumentando a fiscalização e o acesso ao direito pela sociedade. Jean Keiji Uema¹² reflexiona sobre a atuação descentralizada do SUS:

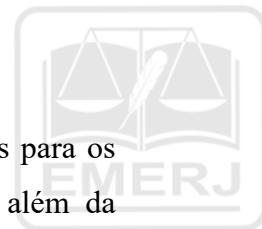
assim, o SUS vai do tratamento inicial na unidade básica de saúde municipal até o transplante de alta especialidade em hospitais de referência, passando por tratamentos complexos de doenças graves, como o câncer. Abrange a prevenção e a promoção da saúde; a pesquisa, a produção e o sistema de incorporação de novos medicamentos e tecnologias; o controle sanitário de alimentos, agrotóxicos e medicamentos; a fiscalização do sistema privado suplementar; a gestão e formação de recursos humanos de saúde, entre outras tantas prestações e ações do SUS, como a da vacinação tão premente no momento.

A referida lei tem como princípios e diretrizes: a utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; e a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹¹ Brasil. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022

¹² UEMA, Jean Keiji. *O SUS, a crise da Covid-19 e a responsabilidade dos entes da Federação*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/uema-sus-covid-19-responsabilidade-entes-federacao> >. Acesso em 14 ago.2021.



Na prestação desse direito, há uma ênfase na descentralização dos serviços para os municípios, uma regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; além da conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população. A capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência mais a organização dos serviços públicos se faz necessária para evitar a duplicidade de meios para fins idênticos. Nesse mesmo sentido, Jean Keiji Uema¹³ elucida:

A pirâmide normativa que rege esse sistema multidimensional tem no seu topo os princípios constitucionais do SUS e abaixo leis e atos infralegais, como decretos e portarias ministeriais. Essa teia normativa disciplina o conjunto de competências, processos, subsistemas (como os da saúde indígena e o do atendimento e internação hospitalar), órgãos específicos (Anvisa, ANS, Hemobrás, Fiocruz, entre outros), programas e políticas (o PNI e o Mais Médicos, por exemplo), tudo de forma a garantir a organicidade do sistema, dando-lhe coerência federativa com a descentralização e a regionalização da rede SUS e garantindo a integralidade do direito à saúde

Ademais, o que se extrai da lei e da estrutura organizacional utilizada é de que um dos Princípios Organizacionais do SUS é a descentralização: a descentralização política administrativa, com direção em cada esfera de governo (federal, estadual e municipal) e a descentralização dos serviços para os municípios (regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde).

Tal forma de organização dá aos municípios o poder de administrar os serviços de saúde locais, porque conseguem enxergar demandas específicas em escalas menores. Há a proposta de uma redistribuição das responsabilidades quanto as ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo.

Além disso, não só organizacionalmente as responsabilidades são repartidas, mas também as finanças, na lei há a previsão de transferências de recursos financeiros de forma regular e automática dos Fundos de Saúde (nacional, estaduais e municipais).

A jurisprudência também caminha nesse sentido. O STF, por exemplo já decidiu que é de responsabilidade solidária a obrigação de promover os atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados. No RE nº 855178¹⁴, a Corte entendeu que:

¹³ Idem.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 855178. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793#>>. Acesso em: 13 fev.2022.



“[o]s 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, o SUS se revela compatível com o modelo federalista de estado proposto na constituição, prevê descentralização e distribuição de competências entre todos os entes, materializando na prática o direito a saúde. Porém, a grande questão surge quando se discute sobre a pandemia da covid-19 no Brasil é que leis federais foram editadas para que se pudesse agir com a rapidez que a situação de pandemia exigia, mas ao mesmo tempo se retirou a autonomia local para atuar. Nesse sentido, Mazzuoli e Frazão¹⁵ verificam a problemática aqui enfrentada:

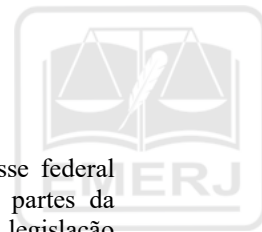
sob esse aspecto, o problema que existe no Brasil é em tudo semelhante. A lei federal brasileira que regula as ações contra o novo coronavírus é a Lei n. 13.979/2020, a qual, no art. 3º, § 7º, destaca que medidas de isolamento social e quarentena só podem ser impostas pelo Ministro da Saúde ou por alguém por ele autorizado nas hipóteses que estabelece. Também, prescreve o art. 3º, § 9º – introduzido pela Medida Provisória n. 926/2020 – que somente o Presidente da República poderá decidir sobre o funcionamento das atividades essenciais. Contudo, na prática, essas regras não impediram os governadores e prefeitos brasileiros de estabelecerem medidas restritivas, o que, em verdade, está causando um enorme conflito federativo em nosso País.

Ao federalizar o problema, a Lei nº 13.979/20 anulou a autonomia federativa prevista na Constituição e não se fez eficaz, uma vez que o Brasil é um país de dimensões continentais, com peculiaridades, que não são atingidas quando se pensa apenas na dimensão nacional. A Lei Orgânica da saúde justamente previu esses tipos de problema, e por isso deu poder aos municípios de atuação, o que poderia ter sido mantido com um necessário direcionamento nacional, principalmente com relação ao enfrentamento da pandemia. Nessa orientação, Mazzuoli e Frazão¹⁶ acrescentam:

Lei n. 13.979/2020 (nem após seu texto original ter sido alterado por medida provisória) não se presta a estabelecer regras de cooperação entre todos os entes federativos, nem cria uma gestão verdadeiramente unitária e uniforme de combate

¹⁵ Trecho do artigo Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Frazão, Hugo Abas. *Papel do Federalismo em Situações de Crise: o caso da pandemia da Covid-19*. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/download/2568/2420/>>. Acesso em 31 ago. 2021

¹⁶ Idem.



ao vírus. Na verdade, seu propósito é tão somente disciplinar o interesse federal *stricto sensu*, desconsiderando a importância dos demais entes como partes da coordenação estratégica. Desse modo, o viés empregado pela citada legislação prejudica o desempenho da política pública sanitária em território nacional. Assim, tem-se uma lei federal que não é, propriamente, nacional – pois não atinge todo o País – no enfrentamento do tema.

A discussão sobre a lei ser nacional e não atender às demandas locais durante a pandemia reacende a discussão de que a não cabe mais uma submissão dos Estados e Municípios em relação à União. Dessa forma, a ideia de reforço ao pacto federativo deve ser considerada principalmente pensando na dimensão não realizada do federalismo cooperativo idealizado na Constituição de 1988.

Por essas razões, propõe-se um novo pacto federativo que deve ser baseado no resgate de maior autonomia dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, aliado à abertura de novos âmbitos de integração democrática com os cidadãos e às estratégias de solidariedade entre os entes, formando o pacto cooperativo, não apenas em sentido formal, mas também material. Nessa perspectiva Marco Aurélio Marrafon¹⁷ também destaca os problemas que um novo pacto federativo irá enfrentar:

no entanto, movimentos recentes demonstram que os resquícios de ambos os lados (estadualistas por parte dos governadores e centralistas do lado da União) não tem permitido o avanço federativo necessário. As dificuldades de análise e aprovação de propostas de reforma no Parlamento são provas da preponderância de interesses econômicos imediatos de parte de todos os atores envolvidos. Tal situação expõe a lógica predatória e não cooperativa na relação dos entes federativos. É possível considerar que, talvez pela primeira vez, abre-se uma janela de oportunidade em que a descentralização não signifique predomínio de formas neocoronelistas das elites locais e regionais, permitindo que se instaure as condições necessárias para a cooperação federativa.

Portanto, deixar de lado interesses econômicos imediatos por parte dos entes e focar no desenvolvimento do pacto federativo é a estratégia a se seguir para um federalismo mais cooperativo e mais eficiente.

Ao observar o caso da pandemia, o governo brasileiro ao atuar de forma cooperativa, trazendo a ideia da descentralização proposta pelo federalismo cooperativo e de atuação local conjunta, obteve como consequência uma maior efetividade para o combate ao coronavírus e maior acesso ao direito fundamental e material à saúde. Tal atuação deve ser vista como berço para resolução de outros problemas enfrentados pelo país, principalmente quando se trata da concretização de direitos elencados na Constituição.

¹⁷ Trecho do artigo MARRAFON, Marco Aurélio. *Novo pacto federativo para aprimorar a democracia brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-21/constituicao-poder-pacto-federativo-aprimorar-democracia-brasileira>> Acesso em: 10 nov. 2021.



3. COMO O FEDERALISMO IMPACTA NAS MEDIDAS DE COMBATE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF (ADI nº 6341 vs. MP nº 926/2020)

Como visto, mesmo tendo uma relação mais predatória na prática pela falta de autonomia financeira, há a possibilidade de uma atuação mais cooperativa dos entes, como a prevista na Lei do SUS e utilizada no enfrentamento da pandemia atual. Portanto, o que se pretende é com a promoção de um federalismo mais cooperativo é o aumento da eficiência da promoção de direitos materiais previstos como fundamentais, de forma mais urgente como agora em tempos de crise.

Ao observar a Constituição Federal, temos que as relações federativas de cooperação estão expressas em seus artigos 23 e 24¹⁸, em que há a definição das competências comuns e concorrentes entre os entes federados, cujo direito material será tema para a elaboração e implantação de políticas públicas.

O funcionamento do Estado Federal perpassa o interesse de todos os governantes em cooperar e da capacidade do governo central em estimular ou impor regras e programas que impliquem alguma forma de coordenação entre as atividades de Estados e Municípios.

Tal apontamento se mostra importante para se demonstrar como se chega a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6341¹⁹), proposta pelo Partido Democrata Trabalhista (PDT), que determinou que os governos subnacionais possuem autonomia para estabelecerem as ações preventivas mais condizentes com suas realidades. O STF referendou a decisão em liminar do Ministro Marco Aurélio para que estados e municípios pudessem determinar quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União possa interferir no assunto.

A decisão no STF foi unânime. O PDT pedia a declaração de inconstitucionalidade por entender que a norma editada através de MP nº 926²⁰ desrespeita o preceito constitucional da autonomia dos entes federativos e que foi editada com a finalidade política de atingir os governadores.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6341*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

²⁰ BRASIL. *MP 926 convertida em Lei nº 14.035*, 11 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14035.htm>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Na decisão²¹, os ministros entenderam que deve ser feita uma leitura conforma a constituição no trecho em que se lê que “o presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais” para preservar as atribuições de cada esfera de governo, ou seja, lê-se chefe do poder executivo, podendo ser governador ou prefeito. Assim, há validade nos decretos de governadores e prefeitos que forem mais restritivos que as medidas do governo federal. Nesse sentido, Ana Pompeu e Luiz Orlando Carneiro²² citam em reportagem:

[...] o ministro Alexandre de Moraes enfatizou que, se há excessos por parte dos estados e municípios é porque não há, até o momento, uma coordenação geral da União sobre o combate à pandemia, como por exemplo quanto ao isolamento social. Para ele, o julgamento não se refere a questões meramente burocráticas, administrativas, mas a um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, o federalismo e suas regras de distribuição.

Tal decisão do STF foi acertada, por mais que se tenha a autonomia dos entes federados para que se haja decisões com maior efetividade, não se põe a União inerte para agir, mas sim, para traçar um plano nacional de combate a pandemia.

O que muito se discutiu no cenário político do país durante 2020 era se os ministros teriam ou não retirado os poderes de atuação da União, e na verdade o que ocorreu foi uma maior proteção ao direito material da saúde. Decisões de cortes constitucionais como essa são polêmicas porque tratam justamente dos limites de atuação em outro poder.

A separação de poderes enquanto princípio organizatório estrutural, preconiza que as funções estatais sejam repartidas e distribuídas a diferentes órgãos, de modo a evitar os arbítrios e abusos que a concentração de poder potencializa. Essa repartição de tarefas é arquitetada de modo equilibrado, impedindo que um Poder avance sobre as atribuições dos demais e extrapole os limites postos pela Constituição sem que haja contenção. Há, pois, um controle recíproco entre os diferentes Poderes, baseado no sistema de freios e contrapesos. Nessa perspectiva, Mazzuoli e Frazão²³:

A tutela do federalismo pelo Tribunal Constitucional é, na prática, uma tarefa que visa a auxiliar na governabilidade do Estado em situações de crise. Porém, tal tutela judicial deve ser realizada com bastante cuidado, pois a função governativa não

²¹ BRASIL. op. cit.

²² POMPEU, Ana. CARNEIRO, Luiz Orlando. *STF reafirma competência de estados e municípios para tomar medidas contra Covid-19*. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-reafirma-competencia-de-estados-e-municipios-para-tomar-medidas-contr-covid-19-15042020>>. Acesso em 10 nov. 2021.

²³ MAZZUOLI, op. cit.



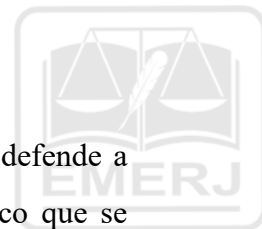
cabe, a priori, aos juízes. Por isso, eles podem, certamente, decidir mal acerca do papel do Executivo. Também preocupa o risco de a decisão judicial substituir o sentido público do princípio por um conceito dissociado dos demais princípios constitucionais e dos compromissos assumidos à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por mais que o federalismo realmente trabalhe com esses limites de atuação dos poderes, definir tais limites é extremamente importante para o exercício do estado democrático de direito. A cooperação dos entes transforma a autonomia do sistema em um modelo ideal de Estado. Dessa forma, evoluir nas formas de cooperação, sobretudo diante da urgência que a pandemia requer, significa também avançar com o modelo federativo brasileiro, e conseqüentemente, efetivar o acesso ao direito fundamental à saúde. Acrescenta nessa lógica Mazzuoli e Frazão²⁴:

Já no aspecto ou plano das ações, deve prevalecer a atuação mais descentralizada, exercida pelos diversos centros de poder existentes. Embora se espere que as medidas colocadas em prática pelos governos subnacionais observem as diretrizes prescritas pelo governo central, certo é que, excepcionalmente, podem os governadores e prefeitos adotar ações específicas, inovadoras ou mais rigorosas que as do governo central, desde que ocorram o aumento da gravidade e a variação dos efeitos da crise nas áreas dos seus respectivos territórios. Mesmo nessas atuações menos protocolares, o caráter cooperativo do princípio federalista impõe ao governante o dever de informar o seu modo de atuação ao governo central e aos demais governos subnacionais. Trata-se de uma maneira de compartilhar essa resposta diversa com outros centros de poder que passam por problemas semelhantes. Isso permite que, de um modo geral, todo o Estado nacional aprenda com boas práticas gestadas dentro do seu próprio território, além de auxiliar o governo nacional a revisar e aperfeiçoar, parcialmente, o plano estratégico da crise.

Em síntese, são essenciais as seguintes características a uma federação: a descentralização no exercício do poder político, com a conseqüente identificação de entes federados, dotados de autonomia e não subordinados entre si; a indissolubilidade do vínculo federativo, com a conseqüente inexistência do direito à secessão, sob pena de a entidade que deu origem ao movimento separatista ser submetida ao processo interventivo; a repartição constitucional de competências; a existência de um Tribunal Constitucional apto a dirimir os confrontos que possam advir da relação entre os entes; e a previsão de um órgão legislativo que represente os poderes regionais (Câmara dos Deputados), fazendo com que as vontades parciais participem da formação da vontade nacional.

²⁴ Idem.



O Federalismo é instrumento de garantia da democracia. Celso Bastos²⁵ defende a ideia de que o federalismo, assim como a democracia, não é um esquema jurídico que se transforma em realidade “tão-só pela sua enunciação no Texto Constitucional” [...] “mas um processo que necessita constante aperfeiçoamento e adaptação a novas realidades”, e “serve ao mesmo princípio de que o poder repartido é mais difícil de ser arbitrário”.

Portanto, exercer tais características é justamente o que pretende a decisão tomada pelo STF, uma vez que se trata de uma corte constitucional com o objetivo de defesa a Constituição e que dirime conflitos de interpretação, e o federalismo, uma cláusula pétrea. Tal decisão não é só acertada, mas também emergencial, para que se pudesse enfrentar a situação pandêmica da melhor forma possível, eficiente e rápida, estancando problemas locais e nacionais simultaneamente.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que, mesmo que tendo uma relação mais predatória do que cooperativa entre os entes, se observado em uma perspectiva geral, no federalismo brasileiro o direito à saúde é mais efetivo quando descentralizado e por isso deve ser utilizado como parâmetro para a concretização de outros direitos fundamentais.

Da reunião das fontes de conhecimento externadas, observou-se que por mais problemática a relação entre União, Estados e municípios, principalmente frente a questão da autonomia financeira, sua independência administrativa se faz primordial para a efetivação do direito à saúde. Dessa forma, ao analisar o estado de crise causado pela pandemia, a preservação da separação de competências foi primordial para o seu enfrentamento, principalmente se olhada uma perspectiva local.

Além disso, a pesquisa procurou analisar os pontos positivos e negativos das leis criadas durante o período pandêmico. A ideia de uma organização nacional de enfrentamento nunca foi objeto de verificação pelo STF no julgamento da ADI nº 6341, mas sim o cerceamento de atuação dos Estados e Municípios. A ideia de que a União não deveria comandar o planejamento de enfrentamento da crise nunca foi ponderada pelos ministros.

Esse artigo científico pretende o reforço ao pacto federativo considerando principalmente a dimensão não realizada do federalismo cooperativo idealizado na

²⁵ BASTOS, Celso. R. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo. Saraiva, 2001, p. 249.



Constituição de 1988, a fim de efetivar mais direitos fundamentais não concretizados ou plenamente concretizados, a partir da ideia de que eles são normas programáticas, dotadas de imperatividade e normatividade, e por isso, autoaplicáveis.

Sob esse enfoque que se fez necessário analisar o caso do direito à saúde no contexto da pandemia para que se conseguisse alcançar um modelo de cooperação entre os entes de sucesso a fim de implementá-lo no futuro a outros direitos previstos na Constituição. A discussão perpassou a importância do STF e de suas decisões para limitar a atuação de cada esfera de poder.

Aferiu-se que a promoção do federalismo cooperativo além de efetivar direitos materiais previstos na Constituição, também fomenta o Estado Democrático à medida que o modo federalista de organização do Estado Brasileiro é considerado cláusula pétrea.

Conclui-se, pelas razões estudadas, que a promoção de decisões como a proferida pelo STF que descentralizaram a atuação diante da pandemia da Covid-19, é necessária para o desenvolvimento de um federalismo mais cooperativo, mais próximo do previsto pelo poder constituinte originário e que mais materializa direitos fundamentais. No entanto, foi importante destacar que tal decisão em nada cerceou o direito da União de ação, de traçar um planejamento nacional, mas sim somou esforços para a materialização do direito no âmbito local.

Desse modo, é necessário permitir que o eixo de governo varie, em diferentes níveis de intensidade, entre a centralização e a descentralização, a depender dos aspectos da crise do momento.

A proposta é que se aplique o modelo de combate da pandemia da covid-19, modelo este mais cooperativo de federalismo para o enfrentamento de outras crises. É certo, pois, que o estudo do tema vai além das proposições aqui analisadas, tendo em vista a sua complexidade e contemporaneidade. Trata-se de uma proposta descentralizada e colaborativa de Estado mais eficaz.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. FILIPPIM, Eliane Salete. *Quando descentralizar é concentrar poder: o papel do governo estadual na experiência catarinense*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552010000200003>. Acesso em 14 ago.2021.

BASTOS, Celso. R. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo. Saraiva, 2001, p. 249.



BONINI, Luci Mendes de Melo. TORRES, Natália de Carvalho Ortega. SILVA, Paulo Leandro. *O papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891 e o exercício da competência normativa no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53090/o-papel-de-rui-barbosa-na-constituicao-de-1891-e-o-exercicio-da-competencia-normativa-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 09 nov.2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Brasil. *Lei nº 8080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022

BRASIL. *MP 926 convertida em Lei nº 14.035*, 11 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14035.htm>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 6341*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 855178*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793#>>. Acesso em: 13 fev.2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. FRAZÃO, Hugo Abas. *Papel do Federalismo em situações de crise: o caso da pandemia da Covid-19*. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/download/2568/2420/>>. Acesso em 14 ago.2021. Acesso em 14 ago.2021.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Novo pacto federativo para aprimorar a democracia brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-21/constituicao-poder-pacto-federativo-aprimorar-democracia-brasileira>>. Acesso em 14 ago.2021.

PINTO, Comide Souza. RODRIGUES, Tainá. Martins, Simone. OLIVEIRA, Ramón Canal. *O Federalismo Brasileiro em tempos de pandemia da COVID-19*. Disponível em: <<http://www.gigapp.org/ewp/index.php/GIGAPP-EWP/article/view/198>>. Acesso em 14 ago.2021.

UEMA, Jean Keiji. *O SUS, a crise da Covid-19 e a responsabilidade dos entes da Federação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/uema-sus-covid-19-responsabilidade-entes-federacao>>. Acesso em 14 ago.2021.



O DIREITO DE USO DE PARTES COMUNS DE CONDOMÍNIO EDILÍCIO PELO POSSUIDOR INDIRETO

Paulo Vitor Flores Macedo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Veiga de Almeida.

Resumo - os condomínios edilícios são uma realidade na dinâmica social brasileira. O crescimento desse tipo de empreendimento decorre principalmente da escassez de terra disponível para habitação de milhares de pessoas, que optam em se concentrar nas grandes metrópoles nacionais buscando uma melhor qualidade de vida. Em tempos recentes, os condomínios edilícios estão conferindo inúmeras vantagens comuns aos condôminos visando o bem estar daquela coletividade. Ocorre que, diante dessa situação, as administrações condominiais impõem regras que muitas vezes afrontam o direito fundamental de propriedade. A essência deste trabalho é abordar a principal característica do condomínio edilício, que é a junção de áreas comuns com áreas particulares, frente aos direitos assegurados ao proprietário e possuidor indireto do bem imóvel que integra o condomínio edilício.

Palavras-chave: Direito das coisas. Direito de propriedade. Possuidor indireto. Condomínio edilício.

Sumário Introdução. 1. Relação entre o condomínio edilício e o possuidor indireto no Código Civil. 2. O instituto da posse e o direito de uso das partes comuns de condomínio edilício pelo possuidor indireto 3. Análise da constitucionalidade das convenções condominiais que limitam direitos do proprietário e possuidor indireto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a extensão do direito de propriedade do possuidor indireto nos condomínios edilícios, principalmente no que tange ao uso das áreas comuns. Os condomínios edilícios passam por uma fase de modernização, agregando diversos benefícios aos condôminos. É um fenômeno recente a implementação de academias, piscinas, saunas, transportes comunitários, pequenos mercados, cinemas, restaurantes e outros serviços visando que o condômino diminua suas idas diárias ao meio urbano. Destaca-se que tal comportamento começou em razão da violência urbana existente nas cidades porém a pandemia da COVID-19, que trouxe como consequência para a sociedade o isolamento social, potencializou a criação desses benefícios internos.

Em contrapartida, os condomínios edilícios encontram enorme dificuldade em



regularmentar o uso das áreas comuns de deleite, principalmente por conta da necessidade de quórum específico para realizar as adequações na Convenção Condominial e no Regimento Interno. Com isso, a realidade fática dificilmente encontra amparo nos regramentos internos condominiais.

Não obstante, existe um verdadeiro vácuo legislativo com relação ao direito de uso das áreas comuns pelo possuidor indireto, que permanece com o vínculo de propriedade sobre a coisa. Identifica-se, portanto, uma insegurança jurídica para solucionar eventual conflito entre o possuidor indireto, que deseja usar as áreas de deleite e a administração do condomínio edilício, que prima em aceitar o uso das área comuns apenas por aqueles que detém a posse direta sobre o bem imóvel.

Diante de tal situação, o trabalho apresentado aborda o direito de uso de partes comuns de condomínio edilício pelo proprietário e possuidor indireto. O objetivo do presente estudo é identificar as formas de interpretação de dispositivos constitucionais e legais no intuito de orientar a pacificação de potencial conflito de interesses.

Inicia-se o primeiro capítulo fazendo-se uma abodagem do direito positivo quanto ao tema proprietário e possuidor, sendo contextualizado os efeitos nocivos provocados pela ausência de conceituação do vocábulo condômino no Código Civil.

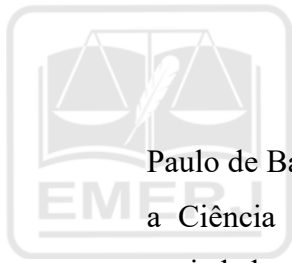
Segue-se realizando a interpretação da figura do condômino, revelando-se os direitos inerentes ao direito de propriedade que exerce sobre a coisa.

O terceiro capítulo aborda a prevalência da constituição sobre normas particulares que regem os condomínios edilícios.

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.

1. RELAÇÃO ENTRE O CONDOMÍNIO EDILÍCIO E O POSSUIDOR INDIRETO NO CÓDIGO CIVIL

O Direito é uma ciência social que estuda as normas que disciplinam a conduta humana dentro de uma sociedade organizada. Muito embora a ciência seja dirigida a todos os membros que compõem a sociedade, a compreensão do Direito não é uma tarefa simples.



Paulo de Barros Carvalho¹ identifica que a existência da dicotomia entre o Direito Positivo e a Ciência do Direito é um dos principais problemas da compreensão do Direito pela sociedade.

Segundo referido autor, o Direito Positivo é tido como os textos de lei enquanto a Ciência do Direito retrata a interpretação que juristas realizam das leis que foram editadas. Embora pertencentes a mundos equidistantes, o Direito Positivo e a Ciência do Direito precisam estar, de certa forma, interconectados para que seus objetivos encontrem eco na realidade social.

Sobre o tema, destaca Aurora Tomazini de Carvalho²:

A linguagem do direito positivo caracteriza-se por ter função prescritiva, isto porque, a vontade daquele que produz é regular o comportamento de outrem a fim de implementar certos valores. Diferentemente, a Ciência do Direito aparece como linguagem de função descritiva, porque o *animus* daquele que a emite é de relatar, informar ao receptor da mensagem como é o direito positivo.

No cenário nacional, dentro do estudo do Direito das Coisas, observa-se claramente a existência de uma zona de tensão entre o Direito Positivo, a Ciência Jurídica e a realidade social. A sociedade, de forma geral, encontra severa dificuldade em compreender que existe sensível diferença entre propriedade, posse direta e posse indireta, havendo maior dificuldade nos conceitos metafísicos criados pela doutrina no instituto da posse.

Frisa-se que a confusão entre os institutos é de grande relevo e não deveria existir em uma sociedade onde a propriedade privada é tida como direito fundamental, com relevante repercussão na ordem econômica.

A definição de propriedade encontra-se precisamente descrito na legislação pátria. O Art. 1.228 do CC³ prevê com clareza que propriedade nada mais é do que o poder de senhoria, onde o proprietário pode usar, gozar, dispor e reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha. Quanto ao tema, a Ciência do Direito age em sinergia com o Direito Positivo e se preocupa tão somente em interpretar as expressões contidas no texto legal.

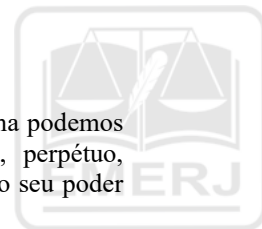
Destaca sobre o tema Marco Aurélio Bezerra de Melo⁴:

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário: Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2018, p.139.

² CARVALHO, Aurora Tomazini. *Teoria Geral do Direito: o construtivismo Lógico-Semântico*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>>. Acesso em: 13 abr.2021, p.86.

³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 ago. 2021.

⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.87.



a propriedade é definida segundo as suas características, e sob esse prisma podemos dizer que a propriedade é um direito subjetivo, absoluto, elástico, perpétuo, complexo e limitado, pelo qual uma pessoa submete determinado bem ao seu poder e interesse.

Da mesma forma, o conceito de posse encontra lições no Código Civil. O Art. 1.196 do CC⁵ leciona que possuidor é todo aquele que tem de fato ou não um dos poderes inerentes a propriedade. É notório que o cidadão comum, aquele que não está familiarizado com a Ciência do Direito, consegue visualizar a posse de forma fácil pois é observada aos olhos nus. O simples uso, gozo ou fruição do bem pressupõe que o sujeito possui sua posse.

Ocorre que, a Ciência do Direito e sua dogmática criou o denominado desdobramento da posse, uma situação peculiar no qual duas ou mais pessoas exercem poderes de ingerência sobre a coisa. Criou-se por meio de tal teoria a figura do sujeito que possui o contato físico com a coisa (possuidor direto) e a figura do sujeito que tem o poder jurídico sobre a coisa sem ter o contato físico (possuidor indireto).

Trata-se, como já dito, de uma situação metafísica criada pela Ciência do Direito. O possuidor indireto, na realidade, não tem nenhuma posse sobre a coisa se for considerada unicamente a etimologia da palavra posse; tal situação decorre unicamente do ordenamento jurídico. Para tornar as coisas mais complexas, o Direito Positivo não esclarece, em qualquer momento, o que seria a figura do possuidor indireto. Existe tão somente uma breve citação na parte final do Art. 1.197 do CC⁶ onde não há qualquer tipo de esclarecimento.

Ou seja, em uma sociedade que é adepta ao sistema românico-germânico cuja codificação é a base fundamental, a figura do possuidor indireto está presente no Direito Positivo de forma superficial e, por consequência, o sujeito que não possui familiaridade com a Ciência do Direito encontra dificuldade de compreender o instituto.

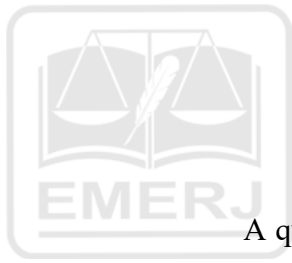
Nesse contexto, oportuno observar que o Direito Civil Alemão possui maior esclarecimento quanto a figura do possuidor indireto, onde por meio de uma simples leitura do texto legal é possível extrair um conceito básico e o cidadão comum pode realizar a simples subsunção do fato à norma. Salienta Bezerra de Melo⁷:

A posse direta também é chamada de imediata e a indireta de mediata, sendo essa nomenclatura a preferida pelo direito civil alemão que, no §868, diz que “se alguém possuir uma coisa como usufrutuário, credor pignoratício, arrendatário, locatário, depositário, ou em virtude de uma relação semelhante, por efeito da qual ele, ante um outro, autorizado ou obrigado, por um certo tempo, à posse, será o outro também

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶ Ibid.

⁷ MELO, op. cit., p.34.



possuidor (posse mediata).”

A questão torna-se ainda mais sensível quando observado o Código Civil no capítulo que dispõe sobre o condomínio edilício. Nesse tópico, o legislador trouxe a figura do condômino, sem indicar a situação fática que leva uma pessoa a assumir tal posição. Sabe-se que sujeito que exerce poderes dominiais sobre um bem só pode proprietário ou possuidor, quer seja direto ou indireto. No entantanto, a lei civil trata o condômino ora como proprietário ora como possuidor, sendo impossível realizar uma interpretação sistemática.

Ilustrando tal conclusão, o Art. 1.335 II do CC⁸ preconiza que o condômino possui o direito de dividir as áreas comuns do condomínio edilício com compossuidores. Como compossuidores são aqueles que dividem a mesma posse, pode ser concluído que o termo condômino se refere a possuidor. Por outro lado, o Art. 1.337 do CC⁹ utiliza a expressão condômino ou possuidor ao se referir ao comportamento antissocial. Ao individualizar as duas qualificações, deduz-se que a expressão condômino contida no referido dispositivo legal foi aplicada no sentido de proprietário.

Percebe-se, portanto, que por meio do Direito Positivo vigente é impossível identificar se o condômino na qual a lei civil se refere é o proprietário da coisa ou mero possuidor, seja direto ou indireto. A falta de clareza só gera incertezas e, por certo, o aumento de conflitos propostos perante o Poder Judiciário pois a lei, que é a principal fonte de pacificação social, revela-se insuficiente nesta temática.

2. O INSTITUTO DA POSSE E O DIREITO DE USO DAS PARTES COMUNS DE CONDOMÍNIO EDILÍCIO PELO POSSUIDOR INDIRETO

O Direito Positivo e a Ciência do Direito tiveram suas concepções severamente alteradas a partir da segunda metade do século XX. O Positivismo Jurídico, corrente filosófica até então predominante, tinha dogmática no sentido de que o direito objetivo era completo, sem lacunas, sem antinomia, sem ambiguidades e coerente¹⁰. Referida corrente filosófica começa a ser revista após o término da Segunda Guerra Mundial já que sua linha de pensamento serviu como fonte de legitimação dos regimes políticos totalitários e das demais atrocidades praticadas contra a pessoa humana.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹ Ibid.

¹⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2018, p.102.

Emergiu então a corrente filosófica de pensamento denominada neopositivismo onde é apresentada uma nova forma de interpretação e de aplicação do direito, calcada pela Constituição. Quando duas ou mais interpretações possíveis surgem, deve-se priorizar a que assegure maior eficácia, aplicabilidade e estabilidade às normas constitucionais em atenção ao Princípio da força normativa da constituição¹¹.

Sobre o tema, destaca Marinoni¹²:

[...] as Constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo), fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais [...].

Para os filósofos do neopositivismo, a norma não se confunde com o texto. Interpretar é determinar o significado objetivo de um texto: antes da interpretação, não há norma, apenas um texto. Não há significado interno ou intrínseco ao texto, que prescindia da interpretação; por isso, interpretar não é declarar algo já existente (latente e pronto a ser descoberto) no texto, mas resultante da decisão do intérprete que, com o uso da linguagem, constrói versões de significado¹³.

Traçadas as premissas basilares, torna-se imperiosa a realização da interpretação do vocábulo condômino contida no Código Civil, a luz da filosofia neopositivista já que o legislador trouxe tal figura jurídica sem indicar qual seria a condição no plano fático que levaria um sujeito de direitos a assumir tal posição.

O condomínio edilício e suas peculiaridades são situações modernas no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916 não trazia qualquer previsão sobre o tema, que ficou a cargo de algumas legislações esparsas. Reconhecendo a demanda trazida pela modernidade, o Código Civil de 2002 passou a regular a matéria nos artigos 1.331 a 1.358¹⁴.

Com relação ao regime jurídico das titularidades no condomínio edilício, leciona Bezerra de Melo¹⁵:

[...] essa modalidade de condomínio, temos um misto de propriedade exclusiva com propriedade condominial propriamente dita. Dessa forma, não ha relação entre o

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 461.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo:RT, 2006, p. 93.

¹³ ÁVILA apud CAMBI, op. cit., p.108.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵ MELO, op. cit., p. 240.



bem principal e o acessório, uma vez que a unidade imobiliária é principal e o solo em que se edificou também [...].

Extraí-se das lições do ilustre jurista que diante de um condomínio edilício, os sujeitos de direito possuem dois vínculos jurídicos distintos e concomitantes com a coisa, a saber: a propriedade exclusiva e a propriedade condominial, que nada mais é do que o domínio sobre as áreas comuns do edifício.

Assim, para interpretar a posição jurídica do condômino, torna-se imperioso ter como parâmetro o *status* constitucional do direito de propriedade.

A propriedade é um direito individual e inviolável, conforme estabelecido no artigo 5º, caput e inciso XXII, da CRFB/88¹⁶. Constitui, ainda, princípio geral da atividade econômica de acordo com o artigo 170, inciso III, da CRFB/88¹⁷.

Anteriormente tido como um direito absoluto, a Carta Cidadã trouxe um requisito limitador desse direito, determinando que o proprietário deve obedecer a função social da propriedade. A limitação ao direito de propriedade objetiva otimizar o uso da coisa e evitar eventuais abusos na prática desse direito. Sobre o tema, destacou o E. STF¹⁸:

[...] o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade [...].

Diante do texto constitucional, resta claro que o vocábulo condômino deve contemplar a figura jurídica do proprietário pois é esse sujeito que possui a relação dominial com a coisa. Ademais, o fato do proprietário se tornar um possuidor indireto por meio de negócios jurídicos diversos não é capaz de desconstituir ou de mitigar seu vínculo jurídico sobre a coisa, observando que a perda da propriedade ocorre apenas nas situações enumeradas no artigo 1.275 do CC¹⁹ e a mitigação da propriedade só pode ocorrer quando a coisa não estiver direcionada ao cumprimento da sua função social.

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 ago. 2021.

¹⁷Ibid.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.213-MC*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13775/false>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 3.



Corroborando com essa conclusão, o C. STJ firmou entendimento que, nas hipóteses de descumprimento de regra condominial, a responsabilidade pela violação do dever jurídico primário deve solidária entre o possuidor indireto e o possuidor direito. Muito embora esteja sob outro contexto fático, o acórdão de lavra do Ministro Relator Barros Monteiro, nos autos o Resp nº 254520/PR interpretou a expressão condômino como proprietário e possuidor indireto, atribuindo a este sujeito a responsabilidade pelos danos provocados em razão das ações do locatário, possuidor direto da coisa.

Transcreve-se referido entendimento²⁰:

[...] o vocábulo transgressor, aí empregado, não diz respeito apenas àquele que pessoalmente infringiu os cânones da convivência social. Alcança também o possuidor indireto, ou seja, o proprietário locador, uma vez que a este é conferida a obrigação de vigilância sobre os acontecimentos relacionados com o imóvel de sua propriedade. O vocábulo transgressor, aí empregado, não diz respeito apenas àquele que pessoalmente infringiu os cânones da convivência social. Alcança também o possuidor indireto, ou seja, o proprietário locador, uma vez que a este é conferida a obrigação de vigilância sobre os acontecimentos relacionados com o imóvel de sua propriedade [...]

Assim, carece de fundamento jurídico o impedimento de uso de área comum de condomínio edilício pelo proprietário caso exclusivamente fundamentado pelo fato deste ser possuidor indireto. As administrações condominiais devem permitir o uso de piscina, de academia, de salão de festas, de churrasqueiras e das demais áreas de deleite comuns aos proprietários, independentemente de sua condição de possuidor direito ou indireto pois o ordenamento jurídico pátrio não sustenta esse tipo de limitação ao direito de propriedade.

Em reforço, destaca-se que o artigo 1.339 do CC²¹ preconiza que os direitos às partes comuns do condomínio edilício são inseparáveis da propriedade exclusiva do condômino, ou seja, o direito ao uso da área comum somente poderá ser limitado nas hipóteses em que o condômino perder a sua propriedade exclusiva. O dispositivo legal não atrela o direito de uso das áreas comuns a eventual desdobramento da posse.

Conclui-se, portanto, que quando o Código Civil utiliza a palavra condômino nos artigos 1.331 à 1.358²², o legislador referiu-se ao proprietário e possuidor, seja ele direto ou indireto. Por sua vez, o vocábulo possuidor é utilizado pelo legislador quando refere-se ao possuidor direto, aquele que possui o contato físico com a coisa. Atribuir interpretação

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 254520/PR. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=1542643&num_registro=200000337447&data=20001218&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2021.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²²Ibid.



diversa seria afronta ao direito de propriedade que não encontra amparo constitucional.

3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS CONVENÇÕES CONDOMINIAIS QUE LIMITAM DIREITOS DO PROPRIETÁRIO E POSSUIDOR INDIRETO

Como visto anteriormente, a Ciência do Direito evoluiu e as Constituições dos Estados Modernos passaram a ser o ponto de partida para a realização da interpretação dos ditames legais. Em razão disso, é característica do direito moderno a construção de soluções que busquem a harmonia entre direitos individuais e coletivos. Trata-se de uma evolução do positivismo jurídico, que primava pela apresentação de respostas herméticas para as demandas da sociedade.

O Poder Constituinte Originário, ao promulgar a CRFB/88, optou em elevar a propriedade como direito fundamental e em razão disso toda sociedade deve respeitar a posição constitucional do vínculo jurídico estabelecido entre o sujeito e a coisa. Ocorre que, na dinâmica da vida moderna, muitas vezes esse direito é desprestigiado pelas administrações dos condomínios edilícios sempre com argumentos rasos e infundados.

Porém, o presente artigo não possui a presensão de criar interpretações distantes da realidade social. Por certo, a implementação de benefícios comuns nos condomínios edilícios geram despesas que são programadas para um certo número de usuários. Reconhecer o direito de uso destes benefícios comuns ao proprietário e possuidor indireto pode acarretar em um desajuste econômico desastroso.

Enfatiza-se, por oportuno, a colocação da Diego Sabóia e Silva sobre as interpretações do ordenamento jurídico e o conceito filosófico de justiça:²³

[...] é inviável pensar em justiça no Direito decorrente apenas da consciência do intérprete, pois cada indivíduo encontra-se influenciado por valores nem sempre condizentes com a justiça social. Não se quer fazer crer, com isso, que haja padronização objetiva de tal monta que abarque as complexas exigências das sociedades multfragmentadas, cuja justiça, a despeito de se verificar a posteriori, compreenda-se, nas situações de uso, exige mínimo consenso, sob pena de casuismo ilimitado. [...]

Em linhas gerais, a Análise Econômica do Direito torna-se um elemento primordial na busca de soluções para o conflito de interesses ora colocado. Nesse sentido, elucidada

²³SILVA, Diego Sabóia e. *A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à análise econômica do direito: a reciprocidade jurídico-econômica*. Disponível em <<https://core.ac.uk/download/pdf/94928187.pdf>>. Acesso em: 02 set.2021.

Bodart²⁴:

[...] as teorias devem ser descritas com rigor formal, de maneira que todas as premissas e consequências sejam explícitas e coerentes. Em seguida, as formulações hipotéticas são testadas pela observação empírica, o que permite refinar ou eliminar hipóteses cujas consequências não sejam confirmadas pelos fatos. Trata-se do mesmo método observado nas ciências naturais, sem o qual inúmeros avanços na Física, Química, Medicina e outras áreas não seriam possíveis. A análise econômica do Direito é uma linha que propõe transportar o método científico para o estudo das mais diversas expressões do comportamento humano que sejam relevantes para questões jurídicas. [...]

Em total sinergia com a Análise Econômica do Direito, a CRFB/88 preconiza que conferir destinação economicamente útil à propriedade, em nome do interesse público, é o único limite imposto ao proprietário da coisa. Trata-se de uma quebra da trindade indivíduo/propriedade/liberdade vigente desde a época da Revolução Francesa. O atendimento à função social da propriedade é a única fonte legítima que pode limitar o direito do proprietário sobre a coisa.

Sobre o tema, leciona André de Carvalho Ramos²⁵:

[...] a Constituição consagrou, expressamente, a relatividade do direito de propriedade, que não é mais absoluto e sagrado (como constava, por exemplo, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art.17), devendo o proprietário cumprir a função social da propriedade (art.5º, XXIII, da CF). Assim, o direito de propriedade não é mais um liberal ou de abstenção tradicional, no qual o titular pode exigir a ausência de turbação ao seu exercício; é um direito que exige do proprietário e do Estado conduta ativa (o cumprimento da função social) em prol dos interesses da comunidade [...]

Constata-se, assim, que proibir o proprietário e possuidor indireto de usufruir áreas comuns e de outros benefícios do condomínio edilício apenas em razão de não estar com o domínio físico sobre a coisa é conduta que padece de constitucionalidade e deve ser repudiada. De outro lado, nada impede que a administração do condomínio, por meio do seu instrumento jurídico próprio, imponha restrições gerais e abstratas a todos os condôminos, em prol do equilíbrio das suas finanças. Tal conduta revela-se adequada frente ao comando constitucional de atendimento à função social da propriedade.

Temos como exemplo o uso de uma academia. Sua implementação implica elevados gastos com compra de aparelhos de musculação e contratação de profissional habilitado para ministrar as aulas. A administração condominial pode restringir o uso da academia para 5

²⁴ BODART apud PINHEIRO, Bruno. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 108.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.750.



(cinco) pessoas por unidade autônoma desde que demonstre o equilíbrio econômico da medida adotada.

Referida medida revela-se como uma limitação ao direito de propriedade lícita e constitucionalmente adequada pois devidamente justificada e aplicada a todos os proprietários, independente de sua condição de possuidor direto ou indireto.

Imperioso destacar que tais limitações devem ser tomadas por meio de Convenção Condominial. Referido instrumento normativo encontra-se previsto no Art.1.333 do CC²⁶ e é considerada de forma leiga como lei que rege o comportamento dos condôminos e de terceiros. A bem da verdade, a convenção é um ato de natureza privada que não pode contrariar as normas-regra vigentes no ordenamento jurídico.

Quanto a natureza jurídica da convenção condominial destaca Marco Aurélio Bezerra de Melo²⁷ que “o ato-regra é ato de natureza privada, que cria direitos e deveres para os que integram o grupo ou nele venham a se integrar [...]”.

Corroborando com a tese de limitação dos poderes do condômino por meio da convenção condominial, aponta Melo²⁸:

[...] dois critérios podem ser utilizados para resolver o impasse entre a legalidade e ilegalidade de eventual proibição ou restrição contida nos autos normativos do condomínio. O primeiro diz respeito à permissão de todas as regras restritivas que busquem a harmonização da vida condominial e não ofendam diretamente o direito de propriedade ou, nas precisas palavras do Desembargador José Roberto Neves Amorim: “as limitações devem estar de acordo com os direitos inerentes à propriedade, que não podem ser feridos, assim como a afinidade ao sem fim social”. O segundo critério é apresentado por Marco Aurélio S. Viana na perspectiva de ser proibida qualquer “restrição que ofenda direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, como impedir a ocupação por pessoas desse ou daquele credo religioso, dessa ou daquela raça, por exemplo [...]

Caso a administração condominial tenha a intenção de limitar o direito de uso das áreas comuns é importante observar as regras de alteração da Convenção Condominial contidas no Código Civil. Preconiza o Art. 1.351 do CC²⁹ que a mudança do instrumento normativo condominial demanda a aprovação por um quórum qualificado de 2/3 dos condôminos. Muitas vezes, a alteração mostra-se como um processo dificultoso por conta do quórum qualificado, razão pela qual a implementação de benefícios nas áreas comuns deve ser muito bem planejada pois, como já observado, trata-se de uma limitação de um direito

²⁶BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁷MELO, op. cit., p.247.

²⁸Ibid., p.249.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

fundamental assegurado pela CRFB/88.

Destarte, é importante que as administrações dos condomínios edifícios respeitem o direito de propriedade dos sujeitos que cedem a sua posse direta por meio de negócios jurídicos, assegurando-lhes acesso a todas as áreas e benefícios comuns por ser consectário do direito de propriedade.

As limitações criadas por meio de convenção condominial devem respeitar a lei e, principalmente, a CRFB/88, que autoriza mitigar o direito de propriedade para o atendimento da função social que deve ser atribuída a coisa desde que em prol do equilíbrio financeiro do condomínio edilício e respeitados os requisitos formais contidos no Código Civil.

CONCLUSÃO

Em termos conclusivos, podemos afirmar que o condomínio edilício é uma realidade complexa cujo arcabouço legal vigente, por si só, revela-se como uma fonte insuficiente para dirimir todos os conflitos que podem existir em suas áreas comuns.

No passado, as áreas comuns de um condomínio edilício serviam essencialmente como passagem dos usuários e a principal zona de conflito era a utilização de vagas de garagem, questão que o legislador ao editar o atual Código Civil fez questão de regulamentar de forma mais específica no Art.1.331§1º do CC³⁰. Atualmente os condomínios edifícios titularizam diversas relações jurídicas nas áreas comuns, que surgem em prol do deleite e bem-estar daquela coletividade mas que podem gerar inúmeros conflitos em razão da falta de clareza nas disposições legais ordinárias.

A sociedade tem como um dogma a orientação de que a Convenção Condominial e o Regimento Interno de um condomínio edilício possuem força de lei entre as partes. Trata-se de um entendimento que deve ser relativizado pois tais instrumentos internos não podem conflitar com o ordenamento jurídico vigente, devendo respeito, principalmente, a Constituição da República, que traz em seu rol de direitos fundamentais o direito de propriedade, que só pode ser mitigado quando o proprietário não atende a função social da propriedade.

Por certo, existe uma dificuldade de entendimento da matéria em razão da própria redação do Código Civil, que introduziu a figura jurídica do condômino sem esclarecer quem seria esse sujeito. A imprecisão dessa figura jurídica gera margem de dúvida para os

³⁰ Ibid.



aplicadores do Direito.

O conceito de condômino previsto no Código Civil deve ser interpretado à luz da doutrina do direito das coisas, que aponta essencialmente três qualificações para o sujeito que se relaciona com a coisa: ou ele é detentor, ou possuidor ou proprietário. Resta claro que o vocábulo condômino deve contemplar a figura jurídica do proprietário pois é esse sujeito que possui a relação dominial com a coisa. O fato do proprietário se tornar um possuidor indireto por meio de negócios jurídicos diversos não é capaz de desconstituir ou de mitigar seu vínculo jurídico sobre a coisa.

Destarte, evidente que as administrações dos condomínios edilícios não podem impedir os proprietários e possuidores indiretos de usufruírem dos benefícios e das áreas comuns apenas em razão do fato de não possuírem mais o contato físico com a coisa. O poder de regulamentar, nessa hipótese, não pode se basear em razão dos negócios jurídicos que são firmados pelos proprietários até porque, em razão do ordenamento jurídico vigente, esse sujeito não deixou de ser possuidor.

De outro lado, deve ser reconhecido o impacto econômico da introdução dos benefícios coletivos. Tendo como parâmetro a função social da propriedade, considera-se legítima a limitação imposta pelas administrações dos condomínios edilícios quando editam regras gerais, abstratas e genéricas, independente dos negócios jurídicos travados entre o proprietário e terceiros. A fixação de um número limitado de carteira de acesso por unidade imobiliária para uso de academias, piscina, ônibus, etc. revela-se como um exemplo legítimo de limitação do uso das áreas comuns pelo proprietário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 ago.2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 254520/PR*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=1542643&num_registro=200000337447&data=20001218&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.213-MC*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13775/false>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário: Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Teoria Geral do Direito: o constructivismo Lógico-Semântico*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHEIRO, Bruno. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Diego Sabóia e. *A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à análise econômica do direito: a reciprocidade jurídico-econômica*. Disponível em <<https://core.ac.uk/download/pdf/94928187.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.



A GRAVE AMEAÇA NA CONDUTA DO AGENTE QUE PRÁTICA APENAS AMEAÇA VERBAL PARA OBTER BEM MÓVEL ALHEIO

Pedro Barcellos Maia

Bacharel em Direito pela Universidade
Cândido Mendes. Advogado.

Resumo: são uma realidade das grandes cidades brasileiras os altos índices de criminalidade, dos quais merecem destaque os crimes contra o patrimônio. Ocorre que, por vezes, a depender da conduta do agente, torna-se árdua a tarefa do Promotor Público e, também, a do Magistrado em capitular devidamente, entre os crimes de furto e roubo, a conduta do agente que subjuga sua vítima apenas com ameaças verbais, a fim de obter seu bem móvel. A essência desse trabalho é tentar demonstrar critérios mais claros, buscados tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, para auxiliar os agentes do direito e trazer mais segurança jurídica aos acusados.

Palavras-chave: Direito Penal. Furto (art. 155 do Código Penal). Roubo (art. 157 do Código Penal). Ameaça Verbal. Grave Ameaça.

Sumário: Introdução. 1. Possível dúvida na capitulação da conduta entre o crime de roubo ou furto. 2. Entendimento doutrinário a respeito da grave ameaça. 3. Jurisprudência e critérios utilizados nas decisões sobre o tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A falta de oportunidades e a desigualdade social e econômica vêm majorando um problema antigo em nossa sociedade, a criminalidade. Tal fato ocorre de forma ainda mais contundente nas grandes cidades do país, trazendo verdadeira sensação de insegurança a todos.

Desta feita, é certo que a criminalidade traz prejuízos não só às vítimas dos crimes, como também a toda sociedade, que se vê obrigada a conviver e a se precaver de alguma forma dessa violência que assola todo o Brasil. Estando entre os delitos que mais ocorrem no país, ganham destaque neste trabalho os crimes contra o patrimônio.

Dentre esses, os crimes mais frequentes são o furto e o roubo. Que, apesar de estarem capitulados em sequência no código penal por protegerem o bem jurídico do patrimônio, se diferenciam quanto a presença ou não de violência ou grave ameaça na conduta do agente.

Ocorre que certas vezes a tarefa do promotor público e do magistrado em analisar a presença da violência ou da grave ameaça na conduta do agente se torna árdua. Tal fato se dá, principalmente, nos casos em que o agente apenas diz “passa o celular”, normalmente se aproveitando de alguma fragilidade da vítima.



Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as possíveis dúvidas que podem pairar a respeito da devida capitulação da conduta do agente que pratica apenas ameaça verbal a fim de obter bem móvel alheio. E as várias circunstâncias em que o crime pode ser praticado, o que também influencia na caracterização da grave ameaça ou não em cada caso.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o entendimento doutrinário a respeito dos critérios que diferenciam a grave ameaça da ameaça simples. O que é determinante para caracterizar a conduta do agente como crime de roubo ou crime de furto. Destaca-se que a pena do furto simples é de 1 a 4 anos de reclusão e multa, enquanto a do roubo simples é de 4 a 12 anos de reclusão e multa. Tornando-se evidente o mal que uma decisão errônea pode gerar à vida do acusado, impactando em um de seus maiores bens jurídicos, qual seja, a liberdade.

Dessa forma, diante da possível dificuldade na devida capitulação da conduta, nas circunstâncias ora analisadas, e o entendimento doutrinário a respeito do tema, no terceiro capítulo, busca-se demonstrar como os tribunais de todo o país vêm decidindo as ações sobre o tema e que critérios são utilizados pelos mesmos. Com destaque para os julgados do Ilustre Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que criam verdadeiras referências para todos os julgadores das diversas instâncias do Poder Judiciário pátrio.

A pesquisa será desenvolvida pelo método qualitativo, descritivo, explicativo, bibliográfico e comparado, uma vez que o pesquisador pretende analisar os diversos entendimentos doutrinários a respeito do tema, as decisões em casos em que há similitude na conduta dos agentes e os critérios utilizados nas mesmas, procurando identificar suas razões e suas causas. Será utilizada uma cadeia de raciocínio baseada na previsão legal e no entendimento jurídico doutrinário para se demonstrar critérios objetivos diferenciadores e resolutivos para o problema tratado. Permitindo, assim, que se alcance uma correta e uniforme tipificação criminal para a conduta ora analisada.

1. POSSÍVEL DÚVIDA NA CAPITULAÇÃO DA CONDOTA ENTRE O CRIME DE ROUBO OU FURTO

O número de roubos e furtos registrados no país é alarmante. Apenas no primeiro semestre, do ano de 2020, tivemos 222.079 roubos a transeuntes registrados, segundo dados



do Anuário Brasileiro de segurança pública.¹

Com relação ao número de furtos a transeuntes, apenas no estado do Rio de Janeiro, registrou-se 12.010 casos, no mesmo período (figura 5)². Importante esclarecer que esses números sofreram grande queda em relação aos anos anteriores, devido à pandemia do Corona Vírus, que fez com que as pessoas transitassem menos pelas ruas, ficando menos vulneráveis a tais delitos. Porém, tais estatísticas continuam sendo impressionantes e demonstram a importância do estudo ora feito.

Com isso, grande parte desses casos registrados se tornam ações penais públicas e, conseqüentemente, demandam uma decisão em resposta ao ato criminoso por parte do Estado. Ocorre que, em alguns casos, a missão do Promotor Público no momento da denúncia, e a do Juiz de Direito, na sentença, se torna árdua. Pois, a depender de como o agente aborda a vítima e das circunstâncias de sua conduta, torna-se difícil realizar a devida capitulação entre os crimes de roubo ou furto.

Isso ocorre, principalmente, nos casos em que o agente aborda a vítima realizando apenas ameaças verbais. Como nos casos em que o agente tão somente diz: “passa o celular”, mas não apresenta qualquer objeto que auxilie a sua conduta, como uma arma ou uma faca.

Primeiramente, mister se faz demonstrar as origens históricas dos dois crimes no ordenamento pátrio. Como bem ensina André Estefam:

Em nosso país, o roubo encontrava-se definido no Livro V das Ordenações Filipinas, mais precisamente no título LXI (“Dos que tomão alguma coisa por força”). O código Penal do Império (1830) cuidava da figura no art. 269, confundindo-a com a noção de furto. O código Penal de 1890 e a Consolidação das Leis Penais (1932) tipificavam o delito no art. 356, o qual abrangia a subtração cometida mediante violência contra a pessoa ou contra a coisa.³

Atualmente, segundo Dámasio de Jesus:

Furto é a subtração de coisa alheia móvel com fim de assenhoreamento definitivo (CP, art. 155, caput). Já o roubo, é conceituado pelo autor como “a subtração de coisa móvel alheia mediante violência, grave ameaça ou qualquer meio capaz de anular a capacidade de resistência da vítima (CP, art. 157, caput). Constitui também roubo o fato de o sujeito, logo depois de tirada a coisa móvel alheia, empregar violência contra pessoa ou grave ameaça, com o objetivo de conseguir a

¹ BRASIL. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

² BRASIL. *Impacto da covid-19 nos crimes no estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/impacto-covidNosCrimes2021.html>. Acesso em: 15 jun. 2021.

³ ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte especial*, 9 arts. 121 a 234-B. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

impunidade do fato ou continuar na detenção do objeto material (§1º).⁴

Em seguida, faz-se necessário trazer as diversas classificações doutrinárias a respeito dos dois crimes, para que se possa estabelecer as semelhanças e as diferenças entre os delitos em questão. Segundo ensinamento de Rogério Greco⁵, o crime de furto classifica-se como:

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; material; de dano; de forma livre (podendo ser praticado, inclusive, através de animais adestrados, ou de inimputáveis que são utilizados como instrumentos pelo agente, que será considerado, nesse último caso, como autor mediato); comissivo (em que pese a possibilidade de ser praticado omissivamente, nos casos em que o agente vier a gozar do status de garantidor); instantâneo (não sendo descartada a hipótese de crime instantâneo de efeitos permanentes se for destruída a *res furtiva*); permanente (pois que na modalidade de furto de energia elétrica, por exemplo, a consumação se prolonga no tempo, enquanto durar o comportamento do agente); monossubjetivo, plurissubsistente; não transeunte (como regra, pois que será possível, na maioria dos casos, o exame pericial).

Por sua vez, o crime de roubo é classificado pelo mesmo autor⁶ como:

Crime comum, tanto em relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade culposa); material; comissivo (podendo ser praticado omissivamente, caso o agente goze dos status de garantidor); de forma livre; instantâneo (podendo também, em alguns casos, ser considerado como instantâneo de efeito permanente, caso haja destruição da *res furtiva*); de dano; monossubjetivo; plurissubsistente (podendo-se fracionar o *iter criminis*, razão pela qual é possível o raciocínio da tentativa).

Portanto, pode-se perceber que os crimes são muito semelhantes, destacando-se como o principal fator que diferencia uma conduta da outra a presença ou não da violência ou da grave ameaça na conduta do agente. Mas o que seria essa grave ameaça prevista em nossa legislação?

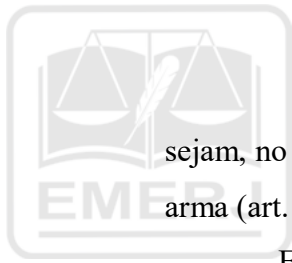
No Código Penal brasileiro, o legislador utilizou a expressão “grave ameaça” diversas vezes, em vários artigos do mesmo. Contudo, reservou o termo isolado “ameaça” para pouquíssimos artigos. Sendo esta comparação um bom caminho para entender o que diferencia tais previsões, de maneira a nos auxiliar no presente trabalho.

É certo que o Código Penal utiliza a expressão “ameaça” em três artigos, diferentemente dos dizeres presentes no caput do art. 157 (roubo) “grave ameaça”. Quais

⁴ JESUS, Damásio. *Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio* – arts. 121 a 183 do CP. Atualizado ESTEFAM, André. 36. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva Jus, 2020.

⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 2. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

⁶ *Ibidem*.



sejam, no art. 147⁷ (crime de ameaça), na causa de aumento de pena do roubo exercido com arma (art. 157, §2-A, I, CP)⁸ e no art. 329 (crime de resistência).⁹

Extrai-se do preceito secundário do artigo 147 do CP, que prevê apenas a pena de detenção de 1 a 6 meses ou multa, que se está diante de um crime de menor potencial ofensivo e de menor gravidade. Por isso, o legislador preferiu utilizar somente o termo “ameaça”, que pode ser exercida inclusive por qualquer meio.

Já no art. 157, §2-A, I, do CP, causa de aumento por uso de arma de fogo no próprio crime de roubo, entende-se estar diante de um erro material do legislador. Pois este utilizou a expressão “grave ameaça” no caput do referido artigo e em todas as outras causas de aumento do mesmo, tendo usado “ameaça” de forma incorreta. O que acaba por não nos ajudar na diferenciação ora buscada.

A respeito da previsão do art. 329, no crime de resistência, estamos diante de um crime que protege o patrimônio jurídico da incolumidade pública. Motivo este que torna suficiente somente a presença da ameaça de forma simples, uma vez que se protege interesse de toda a coletividade.

Desta feita, segundo o próprio código analisado de forma comparada, é certo que para restar caracterizado o crime de roubo, a ameaça à vítima deverá ser de grau mais elevado que nas previsões supracitadas. Devendo esta afetar de fato a sua sensação de segurança, a ponto de entregar o seu bem móvel ao agente, por temor grave e real, não sendo suficiente uma ameaça simples e sem austeridade.

Portanto, há de se analisar o que pode ser considerado grave ameaça ou não, para fins de cumprir a elementar do crime de roubo e com isso capitular a conduta do réu devidamente. O que deve ser considerado como grave ameaça? Toda vez que a vítima entregar o bem restará configurado o crime de roubo? E caso a vítima não entregue o bem e, com isso, o crime não venha a se consumar, estaremos sempre diante de uma tentativa de roubo? É possível se falar em crime impossível em alguma circunstância? E, por fim, existe algum caso em que deve ocorrer a desclassificação do crime de roubo para o crime de furto, como reiteradamente alega a defesa dos réus?

Tais respostas só se tornam possíveis ao se analisar o que entende a doutrina penal

⁷ Art. 147, CP: Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2021.

⁸ Art. 157, CP: Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 2º-A: A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços) – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo. *Ibidem*.

⁹ Art. 329, CP: Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena - detenção, de dois meses a dois anos. *Ibidem*.

brasileira e como os diversos Tribunais pátrios vêm decidindo a matéria. Fatos estes que serão tratados nos próximos capítulos do presente trabalho.

2. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO A RESPEITO DA GRAVE AMEAÇA

Segundo ensina Victor Eduardo Rios Gonçalves, o roubo pode ser executado de duas formas distintas. A primeira forma se caracteriza pelo emprego de violência contra pessoa, também conhecida como *vis absoluta* ou *vis corporalis*. Segundo o autor:

Se caracteriza pelo emprego de uma forma qualquer de agressão ou de força física contra a vítima. São exemplos: agredir a vítima com socos, pontapés ou pauladas; derrubá-la no chão com empurrões ou rasteiras; amarrar ou agarrar a vítima a fim de imobilizá-la etc. Para que a violência física configure crime de roubo, é necessário, de acordo com o próprio texto legal, que esta seja empregada contra pessoa (o próprio dono do bem ou terceiro), e nunca apenas contra a coisa. Quem quebra vidro de um carro para levar objetos de seu interior comete furto qualificado pelo rompimento de obstáculo.¹⁰

Já a segunda forma de execução é caracterizada pela grave ameaça, também chamada pela doutrina de *vis relativa* ou *vis compulsiva*. Victor Eduardo Rios Gonçalves¹¹ a define com excelência, como sendo:

A promessa de um mal injusto e grave a ser provocado no próprio dono do bem ou em terceiro que o acompanha. Assim, existe crime de roubo quando o ladrão ameaça matar o dono do carro para que ele entregue o veículo ou quando, visando a mesma subtração, diz ao dono do automóvel que matará sua esposa, que se encontra no banco do passageiro.

Portanto, feita essa diferenciação, fica claro que a forma de execução mais relevante para o presente estudo é a segunda, conhecida como *vis relativa*. Uma vez que não há maiores dificuldades em diferenciar um crime de furto e um crime de roubo exercido pela *vis absoluta*, pois, nesta, a violência é sempre facilmente perceptível na conduta do agente no ato de subjugar a vítima para obter o seu bem.

Desta feita, o que seria essa “grave ameaça” imprescindível para caracterização do crime de roubo pela *vis relativa*? Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a expressão “mediante grave ameaça” constitui forma típica da violência moral; é a *vis compulsiva*, que exerce força intimidativa, inibitória, anulando ou minando resistência da vítima. Na verdade, a ameaça também pode perturbar, escravizar ou violentar a vontade da pessoa, como a violência material.

¹⁰ GONÇAVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 a 183). 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹¹ *Ibidem*.



A violência moral pode materializar-se em gestos, palavras, atos, escritos ou qualquer outro meio simbólico. Mas somente a ameaça grave, isto é, aquela que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se à sua liberdade de querer e de agir. O mal ameaçado pode consistir em dano ou em simples perigo, desde que seja grave, impondo medo à vítima, que, em razão disso, sintam-se inibida, tolhida em sua vontade, incapacitada de opor qualquer resistência ao sujeito ativo.¹²

Já para Luiz Regis Prado¹³, a grave ameaça é a violência moral, promessa de fazer mal à vítima, intimidando-a, atemorizando-a, viciando sua vontade, devendo ser grave, de modo a evitar a reação contra o criminoso. Ainda para o autor, a eficácia da ameaça depende das circunstâncias do caso concreto, uma vez que sua análise é subjetiva.

Compartilha da mesma ideia André Estefam¹⁴. Segundo este autor, deve-se avaliar, caso a caso, se houve meio executório capaz de intimidar o ofendido ou não. E, ainda, completa:

Cumpra salientar que o estigma da violência, a grassar em todos os quadrantes hodiernos, passa a entranhar o subconsciente do homem médio, levando a todos um sentimento de insegurança e presas de fácil atemorização às investidas cada vez mais comuns e estereotipadas. Conclui-se então que não se deve exigir aprioristicamente do lesado o incomum comportamento de galhardia ou ousadia para a reação de plano.

Portanto, extrai-se dos ensinamentos dos autores supracitados que, apesar de se dever analisar se a grave ameaça era capaz de trazer o temor necessário à vítima para configuração do roubo no caso concreto, tal análise não pode ser feita com a expectativa de incomum coragem da vítima, pois, como já exposto no capítulo anterior do presente trabalho, a população já vive naturalmente alarmada e temerosa com a violência noticiada todos os dias.

Ademais, essa ideia é confirmada por Cezar Roberto Bitencourt¹⁵ ao afirmar que não se deve excluir a priori a idoneidade da ameaça, ainda que, de plano, pareça mirabolante, pois há pessoas, dominadas por credices, que são facilmente impressionáveis. Dessa forma, a idoneidade intimidativa da grave ameaça na conduta do agente deve ser considerada, de certa forma, presumida quando há a entrega do bem ao agente, só podendo ser excluída em casos comprovadamente inidôneos. Até porque não haveria motivo outro para a vítima entregar seu bem móvel, além do medo ou receio de que o mau prometido

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁴ ESTEFAM, op. cit.

¹⁵ BITENCOURT, op. cit.



venha a ocorrer.

Diverge, em partes, desse entendimento Rogério Greco que afirma ser necessário se procurar um ponto de equilíbrio nessa análise, pois, caso contrário, o agente sempre irá responder pelo delito de roubo, mesmo quando não tivesse a intenção de subtrair os bens da vítima, mas tão somente pedir uma ajuda, uma esmola. O autor segue dando o exemplo de que há pessoas com aparência sinistra, assustadora. Isso não quer dizer que todas as vezes que formos abordados por elas estaremos prestes a figurar no rol das vítimas do crime de roubo.¹⁶

Afirma-se ainda que, segundo entendimento pacífico na doutrina, para que fique demonstrada a grave ameaça, não é sequer necessário que o agente possa ou queira cumprir o mau prometido; basta que sua conduta cause temor à vítima. Portanto, qualquer ato que possa causar temor a vítima, ao ponto de fazer a mesma entregar seu bem ao criminoso, é suficiente para que reste configurado o crime de roubo.

Esclarece-se que a grave ameaça pode ser exercida de diversas formas e maneiras. Não sendo, de forma alguma, os meios apresentados neste trabalho absolutos e nem *numerus clausus*, como bem assevera Bitencourt.¹⁷ Sendo impossível prever todos os meios inventivos usados pelos criminosos para intimidar suas vítimas. Por isso, tal crime é classificado pela doutrina como de forma livre, admitindo-se qualquer meio de execução.

Há de se fazer uma crítica, sempre de forma respeitosa, às obras dos doutrinadores penais pátrios que nada falam em seus manuais sobre o que ocorreria caso a grave ameaça empregada pelo agente, no dolo de cometer o roubo, fosse considerada inidônea.

Será que isso resultaria em uma absolvição por crime impossível, prevista no artigo 17 do Código Penal¹⁸, caso o agente não conseguisse lograr êxito em sua conduta criminosa, ou seja, não havendo a entrega por parte da vítima ao criminoso? Ou poderia se falar em desclassificação do crime de roubo para o crime de furto, caso o agente conseguisse obter o bem da vítima, mas depois o tribunal considerasse a ameaça exercida como inidônea para causar o temor necessário?

Essa resposta quem vai dar é a jurisprudência, que é chamada a resolver esse tipo de dilema todos os dias, pois há diversas teses defensivas tentando desclassificar a conduta de agentes que empregam apenas ameaças verbais contra suas vítimas. Isso ocorre na

¹⁶ GRECO, op. cit.

¹⁷ BITENCOURT, op. cit.

¹⁸ BRASIL. *Código Penal*: Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Crime impossível (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).



tentativa de obter a desclassificação para o crime de furto, que tem penas muito mais brandas, ou com o intuito de ver reconhecida a tese de crime impossível.

Essa discussão será demonstrada e analisada no próximo capítulo do presente trabalho em que serão analisados os critérios e as soluções jurisprudenciais sobre o tema.

3. JURISPRUDÊNCIA E CRITÉRIOS UTILIZADOS NAS DECISÕES SOBRE O TEMA

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro¹⁹, reconheceu a assertiva da correta capitulação como furto e não roubo na conduta do agente que se limita a puxar a bolsa que estava no ombro da vítima. Seguindo o entendimento de que a violência contra a coisa – o bem móvel alheio – não configura o crime de roubo e sim o delito de furto.

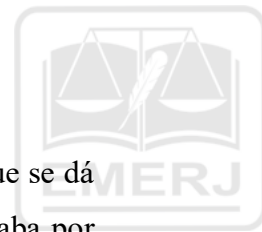
Contudo, em um caso no qual a vítima estava dirigindo seu carro e parou no trânsito, sendo abordada pelo agente que falou “passa o celular”, de forma abrupta, aplicando socos no vidro do carro e se debruçando para dentro do mesmo para obter o celular da vítima, o Ministro Sebastião Reis Junior, também do Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela incidência do crime de roubo e não o de furto. Tal decisão usou a justificativa de que a forma como o acusado se debruçou pela janela do carro caracterizou a grave ameaça, necessária para configuração do crime de roubo, como pode se extrair do seguinte trecho:

Ao contrário do que quer fazer crer a defesa, ficou devidamente comprovado ter o apelante ameaçado a vítima. FERNANDO atuou de maneira brusca, incisiva e intimidatória, quebrando o vidro do veículo, causando intenso temor na vítima, tendo ainda se debruçado para dentro do carro, ordenando que M. lhe passasse o celular, o que é apto a configurar grave ameaça. Assim, não restam dúvidas de que ficou configurada a prática do roubo.²⁰

Importante esclarecer que, como visto no capítulo anterior, a violência somente contra a coisa não é suficiente para que reste configurada a violência do crime de roubo. Contudo, a decisão ora analisada considerou que tal violência, somada ao fato de o agente ter imposto a entrega do bem à vítima e por ter o mesmo se debruçado de forma abrupta

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no 1.604.296 – MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1955033&num_registro=201903129172&data=20200623&peticao_numero=202000086347&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2021.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça *REsp. n° 1837426-SP*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=104793366&tipo_documento=documento&num_registro=201902717880&data=20191218&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2021.



para dentro do carro, ficou demonstrada a grave ameaça na conduta do agente.

Há ainda uma importante diferenciação feita pelos Tribunais Superiores, que se dá nos casos em que, apesar de a violência ser empregada contra a coisa, a vítima acaba por ser atingida. Como se pode ver no julgado da Excelentíssima senhora Ministra Rosa Weber²¹, do Supremo Tribunal Federal, em que a vítima teve seu cordão arrancado do pescoço – violência contra a coisa – mas que por conta da força empregada em tal movimento, a mesma sofreu dores e escoriações na região – atingimento da vítima.

Segundo a Ministra, nesse caso, não há que se falar em furto, mas sim em roubo consumado. Como se pode extrair do seguinte trecho do julgado:

No caso, a violência foi idônea e suficiente para caracterizar o crime de roubo. A dinâmica dos fatos denota o efetivo emprego de violência com vias de fato, mediante uso da força física para a subtração do bem, ocasionando dores na região do pescoço da vítima.²²

Por seu turno, com relação à grave ameaça, segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria do Excelentíssimo Ministro Rogério Schietti: “Ameaça nada mais é que a intimidação de outrem, que, na hipótese de crime de roubo, pode ser feita com emprego de arma, com sua simulação, ou até mesmo de forma velada”.²³

Já no julgado da mesma casa, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, extrai-se o seguinte trecho: “O anúncio de assalto dos agentes, feito em circunstâncias suficientes para intimidar a vítima, pode configurar a grave ameaça, suficiente para tipificar o crime de roubo.”²⁴

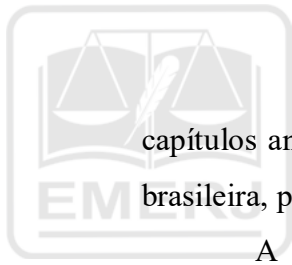
Ainda, em análise de julgado, agora do Supremo Tribunal Federal, no RT 638/378, de relatoria de Octávio Galloti, infere-se o entendimento de que o fato dos agentes abordarem a vítima gritando que é um assalto e exigindo a entrega de bens constitui roubo, ainda que não se tenha sido mostrada qualquer arma e não tenha sido proferida ameaça expressa, já que, em tal situação, a vítima se sente atemorizada pelas próprias circunstâncias da abordagem. Esse entendimento segue em partes o que foi tratado nos

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n° 107.147 – MG. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4023750>>. Acesso em: 17 set. 2021.

²² Ibidem.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp.* n° 1.294.312 – SE. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66592296&num_registro=201102871185&data=20161117&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2021.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no Aresp* n° 1.059.203 – MG. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1606145&num_registro=201700384352&data=20170526&peticao.numero=201700182921&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2021.



capítulos anteriores a respeito do temor geral que já circunda o pensamento da população brasileira, principalmente a que vive nos grandes centros urbanos.

A despeito dos entendimentos supracitados, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, para anular acórdão do Superior Tribunal de Justiça e restabelecer, na íntegra, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que desclassificou o crime de roubo para o delito de furto.

O relator do caso à época foi o Eminentíssimo Ministro Luiz Fux²⁵, hoje presidente do Supremo Tribunal Federal, e proferiu decisão diametralmente oposta às outras citadas neste trabalho. No caso, o réu foi denunciado e condenado pela prática do crime de roubo, por ter subtraído um aparelho celular. Narrava a denúncia que a vítima se encontrava na carroceria do veículo, estacionado em frente a um supermercado, quando foi abordada pelo denunciado que, aos gritos, determinou-lhe que passasse todos os seus pertences. Intimidada, a vítima entregou ao acusado o seu aparelho de telefone celular, que se encontrava nas suas mãos.

Segundo o Ministro²⁶:

Destarte, consoante destacou a Corte Estadual, o paciente não ameaçou a vítima, não fez uso de nenhum tipo de arma, bem como não praticou qualquer agressão física; ele apenas gritou com a vítima para que ela lhe entregasse seus pertences. Por conseguinte, na hipótese sub examine, não restou caracterizada a grave ameaça inerente ao crime de roubo.

Portanto, extrai-se do referido julgado que, por vezes, é sim possível a desclassificação da conduta do réu que obtém o bem móvel alheio apenas impondo à vítima a entrega do mesmo, sem exercer qualquer outro tipo de ameaça. Pois, o tipo penal do roubo exige que a ameaça exercida seja grave. O que, a depender das circunstâncias do caso concreto, não será possível observar.

Já em sede do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no acórdão de relatoria da Desembargadora Marcia Perrini Bodart, adotou-se o entendimento de que bastaria a entrega dos bens por parte da vítima, para que reste configurada a grave ameaça e, conseqüentemente, o roubo, mesmo no caso do agente dizer apenas “passa tudo”. Como se pode observar no seguinte trecho do julgado: “Ao contrário do que alega a Defesa, o fato de o acusado abordar a vítima dizendo “passa tudo”, em tom intimidador, causou temor na

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 117.819/mg*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4407570>>. Acesso em: 17 set. 2021.

²⁶ *Ibidem*.



mesma, se assim não fosse, ela não teria entregue seu telefone celular”.²⁷

Contudo, em julgado do mesmo Egrégio Tribunal, agora da Sexta Câmara Criminal, com relatoria do Desembargador José Muiños Piñeiro Filho²⁸, apesar de reconhecer-se o temor da população devido aos autos índices de criminalidade em nosso Estado, adotou-se outros critérios para definir se houve ou não grave ameaça na conduta do acusado que apenas falou “perdeu, perdeu, passa o celular agora, porra”. Critérios esses que levaram o julgador a desclassificar o crime de roubo, anteriormente imputado, para o delito de furto. Como se pode ver no trecho que segue:

“Todavia, é de se admitir que qualquer pessoa mediana e dado que se vive em uma cidade com altos índices de crimes patrimoniais, que influenciada por um pânico bastante justificado se sinta ameaçada ante a aproximação de um provável rapinador que mesmo ante a expressão de palavras genéricas, já se permite entregar o bem pretendido. Rigorosamente tem-se uma prova e a própria denúncia o diz expressamente, em que o acusado se dirige a vítima afirmando “perdeu, perdeu, passa o celular agora, porra”. Evidente que se vê sinceridade na vítima ao se sentir ameaçada, entretanto, ao rigor de um exame do que restou provado não se pode concluir peremptoriamente que o réu ameaçou a vítima, não sendo ele pessoa corpulenta a impor um temor natural e nem foi descrito nada que excepcionasse a situação.(...) Claro está que cada um deve responder pelas consequências dos seus atos, no entanto, dada a plausibilidade de adequação típica dos fatos descritos na denúncia ao crime de furto, considerando que a própria peça acusatória não expressa, rigorosamente, uma ameaça e sim uma suposta ameaça grave, entende esta relatoria de reclassificar a condenação para a de furto, havendo possibilidade do sursis processual caso se confirme o não envolvimento do acusado em outros fatos criminosos.”²⁹

Nota-se, portanto, que apesar de se reconhecer o sentimento de ameaça suportado pela vítima, afastou-se a grave ameaça na conduta do réu. E, para isso, usou-se inclusive de características físicas do réu para afirmar que ele não seria capaz de impor temor natural à vítima, por não ser “pessoa corpulenta”.

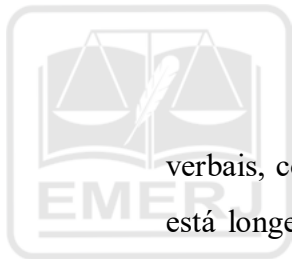
Portanto, fica claro que a jurisprudência pode variar muito de acordo com os casos e as circunstâncias específicas de cada conduta criminosa. Sendo certo que a situação que mais traz dificuldades para os magistrados pátrios, na diferenciação entre roubo e furto, é o caso do agente que apenas disfez ameaças verbais à vítima.

Por fim, pode-se afirmar, mas não sem cautela, que existe uma predominância pelo reconhecimento do crime de roubo nos casos de crimes praticados apenas com ameaças

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0095650-08.2019.8.19.0001*. Relatora: Des(a). Márcia Perrini Bodart. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A855AAAD1A72819B4B41EC0B832283DBC50E213F4E25>>. Acesso em: 17 set. 2021.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0017211-85.2016.8.19.0001*. Relator: des(a). José Muiños Piñeiro Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040FD7D536C7794E8F3394C4BBE8B032B2C50E07520F14>>. Acesso em: 17 set. 2021.

²⁹ *Ibidem*.



verbais, concluindo pela presença da grave ameaça nos mesmos. Mas é certo que tal tema está longe de ser pacífico, podendo-se sim desclassificar certas condutas para o crime de furto, a depender das circunstâncias, lugar e, por vezes, até as características físicas dos envolvidos no crime.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, os diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da devida capitulação das condutas dos agentes que, com o intuito de obter bem móvel alheio, apenas exercem ameaças verbais às vítimas. Foi demonstrado que se deve analisar as condutas e circunstâncias específicas de cada atividade delituosa, para que se possa estabelecer a subsunção devida do fato à norma penal.

De um lado, há doutrinares que acreditam que a mera entrega da coisa por parte da vítima ao acusado, já seria suficiente para caracterizar o crime de roubo. Pode-se dizer que restou demonstrado no presente trabalho que tal entendimento já foi seguido em alguns julgados.

Porém, os que defendem tal objetividade esquecem que o legislador exigiu que a ameaça prevista para o crime de roubo seja grave. O que, como ficou evidente no primeiro capítulo deste estudo, não se deu aleatoriamente, sendo verdadeira intensão do legislador punir mais gravemente os agentes que atemorizam suas vítimas de forma intensiva.

De outro lado, estão os doutrinadores que defendem - de forma apropriada - a verdadeira análise da presença da grave ameaça de acordo com as circunstâncias e fatos presentes no caso concreto. Por força da pesquisa necessária à realização deste trabalho, pode-se dizer que esse pensamento é o que prevalece no nosso sistema judiciário.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo da presente pesquisa, chega-se à conclusão de que o tema está longe de ser pacífico em nossa jurisprudência. Porém, constatou-se que na grande maioria dos casos, o agente que emprega ameaça verbal contra a vítima foi punido nas penas do roubo.

Contudo, há julgados reconhecendo a possibilidade da desclassificação da conduta do acusado para furto, quando este somente afirma “passa o celular”. Tal precedente pôde ser analisado no terceiro capítulo desta pesquisa, inclusive em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo seu relator o atual presidente da corte.

Por fim, pôde-se constatar que a doutrina pouco debate o tema, que se mostra relevantíssimo ao analisar o índice de criminalidade envolvendo os dois delitos trabalhados



nesta pesquisa. Com isso, muitas decisões acabam por definir critérios discutíveis e mal estabelecidos, trazendo verdadeira insegurança jurídica para o sistema e, principalmente, para os acusados.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: tabela 14, página 46. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. *Impacto da covid-19 nos crimes no estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/impacto-covidNosCrimes2021.html>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nº 1.604.296 – MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1955033&num_registro=201903129172&data=20200623&peticao_numero=202000086347&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2021

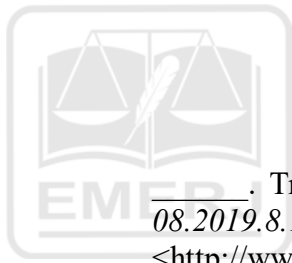
_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1837426-SP*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=104793366&tipo_documento=documento&num_registro=201902717880&data=20191218&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 107.147 – MG*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4023750>>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.294.312 – SE*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=66592296&num_registro=201102871185&data=20161117&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Aresp nº 1.059.203 – MG*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1606145&num_registro=201700384352&data=20170526&peticao_numero=201700182921&formato=PDF>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 117.819/mg*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4407570>>. Acesso em: 17 set. 2021.



_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0095650-08.2019.8.19.0001*. Relatora: Des(a). Márcia Perrini Bodart. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A855AAAD1A72819B4B41EC0B832283DBC50E213F4E25>>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0017211-85.2016.8.19.0001*. Relator: des(a). José Muiños Piñeiro Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040FD7D536C7794E8F3394C4BBE8B032B2C50E07520F14>>. Acesso em: 17 set. 2021.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. V. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇAVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio. Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio – arts. 121 a 183 do CP, v. 2, parte especial, editora Saraiva Jus, atualizado por ESTEFAM, André. *Direito Penal v. 2*. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO, NA LINHA DA DECISÃO DO STF

Pedro Bravo Domenici Pequeno

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado

Resumo – O presente trabalho tem como objetivo analisar os pontos entrelaçados sobre a descriminalização do aborto, haja vista a legislação atual e a importância dada ao assunto pelos doutrinadores e pela jurisprudência. Para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, e a abordagem do tema será necessariamente qualitativa, em que se utilizarão principalmente entendimentos científicos, doutrinários jurídicos, além da norma vigente e da jurisprudência para defender a tese. Dentre as principais conclusões da pesquisa, destaca-se a falta de políticas públicas para enfrentar a gravidez indesejada – grande causa dos procedimentos abortivos -, a omissão do legislador para com a atualização da lei, a necessária quebra de cultura religiosa enraizada em parte da sociedade e representantes políticos e a necessária atuação do Poder Judiciário para evitar violações aos direitos das mulheres, numa função contramajoritária. Dessa forma, impõe-se a imediata descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação.

Palavras-chave – Direito Constitucional-Penal. Direito à vida. Aborto. Descriminalização.

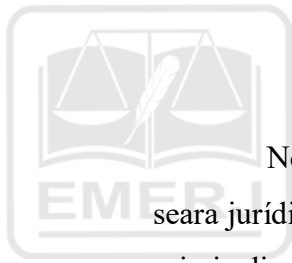
Sumário – Introdução. 1. Análise sobre o início da vida e o crime de aborto no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Questões jurídicas, morais, religiosas, saúde pública e gasto financeiro que envolvem a criminalização do aborto. 3. ADPF nº 54 e Habeas Corpus nº 124.306/RJ: ativismo judicial exacerbado ou necessário? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca debater de forma sucinta a descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação e seus efeitos perante a sociedade e a saúde pública. Procura-se demonstrar os aspectos morais, jurídicos e religiosos que estão entrelaçados, e ponderar direitos e princípios.

O tema aborto nunca deixa de estar em voga e é sempre muito debatido não só no mundo jurídico como na sociedade como um todo, o que não é para menos, pois o que se está em jogo são duas vidas – da gestante e do feto -, além do direito sobre o próprio corpo da mulher.

Dessa maneira, o primeiro capítulo do presente artigo visa analisar quando se inicia a vida, apresentando algumas controvérsias, bem como falar sobre o que é considerado crime de aborto e o que não é nos dias atuais de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.



No segundo capítulo, a intenção é trazer à baila questões que envolvem o tema na seara jurídica, religiosa, moral, sem se esquecer da saúde pública e os gastos financeiros que a criminalização traz ao Estado.

Observe-se que a discussão vai muito além dos protagonistas, gestante e filho, tendo em vista o dinheiro público que é e deve ser investido.

Seguindo, no terceiro capítulo é apresentada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua evolução quanto ao crime de aborto, como a famosa ADPF nº 54 e o Habeas Corpus nº124.306/RJ, sendo este o pilar motivacional para o presente artigo. Além disso, decisões estrangeiras, a recente legalização do aborto na Argentina e breve análise sobre o ativismo judicial no Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, haja vista 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 de bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. ANÁLISE SOBRE O INÍCIO DA VIDA E O CRIME DE ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Definir a palavra vida é um dos exercícios mais difíceis, tanto que nos dicionários há inúmeras tentativas. Contudo, é necessário pontuar as vertentes científicas sobre o seu início.

Entre grandes divergências, a renomada revista Super Interessante cita três correntes científicas sobre o tema, sendo a primeira corrente¹ aquela que entende que a vida humana se inicia com a fecundação, também chamada de concepção, quando o espermatozóide encontra o óvulo. Este processo de união dura de 12 a 24 horas. Porém, entende-se que o ciclo completo da fecundação pode levar até quinze dias.

A segunda corrente apresentada² compreende que a vida se origina na gastrulação – estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião chega ao útero da mãe. Boa parte dos abortos espontâneos ocorrem nesse período.

¹MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 12 fev. 2021

² Ibid.

Por sua vez, a terceira tese trazida pela revista³ defende que para saber o que é vida, basta entender o que é morte, a qual se dará com a morte encefálica. Analogamente, a vida surgiria com os primeiros sinais de atividade cerebral, que, a depender da tese, se dará na oitava semana de gestação, quando o feto possui a base do sistema nervoso, ou a partir da vigésima semana, quando o tálamo já está formado.

Há também quem defenda que só haverá vida quando o bebê puder sobreviver fora do organismo da mãe, o que aconteceria normalmente no sétimo mês de gestação. No entanto, com o avanço da medicina, há casos de bebês que sobrevivem nascendo antes.⁴

Vale citar, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em São José, Costa Rica, a qual o Brasil incorporou ao ordenamento jurídico, tendo status de emenda constitucional.

Dispõe a referida Convenção⁵ em seu artigo 4, item 1, que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Como se vê, não há qualquer consenso, nem a própria ciência consegue determinar com unanimidade o marco inicial da vida humana. Contudo, se observa tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto no Código Civil brasileiro⁶, em seu artigo 2º, que o nascituro já tem direitos protegidos desde a concepção.

É oportuno esclarecer que o aborto ou, mais corretamente, o abortamento é a interrupção da gestação antes do início do período perinatal, definido pela OMS (CIE 10) a partir de 22 semanas completas (154 dias) de gestação, quando o peso ao nascer é normalmente de 500 g. Costuma-se classificar o aborto como precoce quando ocorre antes de 13 semanas da gravidez, e como tardio quando se dá entre as 13 e 22 semanas.⁷

No Brasil, a prática abortiva é considerada ilícito penal desde o Código Criminal do Império de 1830.⁸ No Código Penal brasileiro atual, o aborto está elencado nos artigos 124 a 127, podendo ser praticado pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem o

³ Ibid.

⁴MIRANDA, Giuliana. *Cientistas defendem 5 momentos para início da vida humana*. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/ciencia/2010/10/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml>>. Acesso em: 19 mar. 2021

⁵CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021

⁶BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021

⁷UFRJ. *Abortamento*. Disponível em: <<http://www.me.ufrj.br/images/pdfs/protocolos/obstetricia/abortamento.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2021

⁸BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021



consentimento daquela. No entanto, ele traz duas hipóteses, as quais não existiam nos códigos anteriores, em que o aborto não será punido, que constam no seu artigo 128, são elas: para salvar a vida da gestante (aborto necessário) e nos casos de gravidez resultante de estupro (aborto humanitário).⁹

Interessante mencionar, a título de comparação, como alguns países da América do Sul enfrentam o aborto. No Uruguai, Guiana e Argentina o procedimento abortivo é legalizado até a décima segunda semana de gestação. Após esse período, apenas seria cabível em caso de estupro, risco de vida da mulher ou má-formação do feto.¹⁰

Na Bolívia, Peru, Equador e Colômbia somente motivos de saúde ou terapêuticos admitem a prática.¹¹

Já Paraguai, Venezuela e Chile seguem a mesma diretriz encontrada no Brasil. Exclusivamente, o Suriname tem uma legislação mais rígida e não permite o aborto em qualquer hipótese.¹²

Percebe-se que o tema é muito controvertido e a depender do lugar, da época, do período de gestação e dos motivos as práticas abortivas serão ou não aceitas. Tanto é que em 2012 o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF nº 54¹³, que tratava sobre a interrupção da gestação de um feto com anencefalia, algo que trinta anos atrás seria inviável. Esse julgado será tratado no terceiro capítulo com mais detalhes.

Cabe lembrar que por muitos anos a mulher não tinha voz tanto na sociedade como dentro de seu matrimônio. Dessa forma, a vontade de seu marido era, por muitas vezes, a que predominava, tendo em vista a perpetuação do machismo. Com isso, a escolha de ter ou não um filho era quase sempre do homem. Assim, a esposa tinha apenas a função de cuidar da casa, gerar filhos e tomar conta destes.

Com o passar dos anos, o movimento feminista foi crescendo e, com isso, mulheres foram ganhando direitos e espaço no mercado de trabalho. Assim, a decisão sobre ter filho ou não e de quando ter começou a passar também pela mulher.

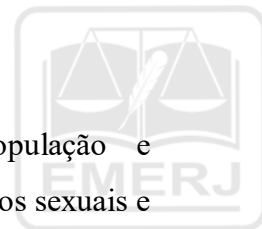
⁹BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2021

¹⁰OTOBONI, Jéssica. *Quais países da América do Sul legalizaram o aborto?* Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/12/10/quais-paises-da-america-do-sul-legalizaram-o-aborto-argentina-vota-questao-hoje>>. Acesso em: 20 mar. 2021

¹¹Ibid.

¹²Ibid.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 jul. 2021.



Nessa linha, em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, 184 países, entre eles o Brasil, reconheceram os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.¹⁴

Sob a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e na ótica dos direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares. De um lado, direciona a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Nesse sentido, consagra-se a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se. Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva.¹⁵

Dessa forma, a criminalização do aborto vai de encontro aos direitos supracitados, violando, por consequência, a própria Constituição da República, pois tem como um dos seus fundamentos a dignidade humana. Ademais, pode-se considerar como um atraso para a modernização da legislação.

Fica claro que a criminalização ou não do aborto não afeta somente o feto, a mãe e o pai, mas também toda a sociedade e o Estado, tendo em vista a necessidade de investir em políticas públicas, conscientização e propaganda. Tal tema será tratado a seguir no próximo capítulo.

2. QUESTÕES JURÍDICAS, MORAIS, RELIGIOSAS, SAÚDE PÚBLICA E GASTO FINANCEIRO QUE ENVOLVEM A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

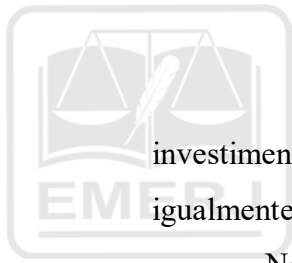
O Brasil é um país em desenvolvimento, e como todo país nesse patamar há diversas falhas em inúmeros setores do serviço público. Não diferente é com o SUS (Sistema Único de Saúde), sistema de enorme importância na vida da sociedade brasileira que, no entanto, é esquecido pelas autoridades políticas.

É fato notório que os investimentos na área da saúde poderiam ser maiores e melhores, no entanto, o orçamento para ser utilizado tem diminuído cada vez mais.¹⁶ Esses

¹⁴PIOVESAN, Flávia. *O que são Direitos Reprodutivos?* Disponível em: <<https://feminismo.org.br/o-que-sao-direitos-reprodutivos/523/>>. Acesso em: 2 abr. 2021

¹⁵Ibid.

¹⁶BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016*. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>>. Acesso em: 12 ago. 2021.



investimentos não dizem respeito apenas a material humano ou a equipamentos, mas igualmente com publicidade e campanhas.¹⁷

No que diz respeito ao acompanhamento de mulheres quanto à gravidez e suas formas de se evitá-la, o Brasil peca, e muito. Isso porque o principal método informado e oferecido pela rede pública de saúde é o preservativo (camisinha) e a pílula anticoncepcional, métodos que já se mostraram não serem suficientes para conterem a gravidez indesejada.

Mais de 55% das brasileiras que tiveram filhos não haviam planejado a gravidez, segundo uma pesquisa da Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz que ouviu 24 mil mulheres entre 2011 e 2012.¹⁸ O percentual está acima da média mundial, de 40% de gestações não planejadas.¹⁹

Além disso, mais de 500 mil abortos clandestinos são realizados todos os anos no Brasil, como resultado de gestações indesejadas, de acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto, dos professores Débora Diniz (Universidade de Brasília), Marcelo Medeiros (UnB) e Alberto Madeiro (Universidade Estadual do Piauí).²⁰

Em tese, outros métodos são dispostos ao público, como o diafragma, o injetável, o DIU (Dispositivo Intrauterino) de cobre e a laqueadura. Contudo, na prática, a dificuldade para agendar a colocação do DIU é grande e, em alguns Estados, esse método sequer é oferecido. Também falta injeção trimestral em postos de saúde e a espera para fazer vasectomia e laqueadura é longa, principalmente no Norte e Nordeste, de acordo com pacientes, funcionários de saúde e especialistas ouvidos pela BBC News Brasil.²¹

O obstáculo, em outros casos, é religioso. Um exemplo é o do Hospital Santa Marcelina, entidade filantrópica de São Paulo (SP) que atende pacientes do SUS e conveniados, mas não realiza o procedimento de laqueadura.²²

O México, que é um país em desenvolvimento como o Brasil, reduziu para 36% o percentual de gestações não planejadas depois de um programa que aumentou para 15% o percentual de mulheres com DIU ou implantes. No Brasil, só 2% das mulheres usam métodos de longa duração e a taxa de gravidez não programada é de 55,4%.²³

¹⁷FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

²⁰Ibid.

²¹Ibid.

²²Ibid.

²³Ibid.



Como se vê, o pouco investimento em políticas públicas para se evitar a gravidez traz consequências no campo humanístico e financeiro. A prática de abortos (em diversos casos, clandestinos) está muito ligada à falta de informação e acesso aos métodos contraceptivos e, assim, acaba-se gastando mais com a gravidez do que se fosse para evitá-la.

Essa situação exposta está inteiramente relacionada à criminalização do aborto, bem como o elevado número de procedimentos abortivos clandestinos, como dito acima. Quanto maior o número de gravidezes indesejadas, maiores serão os números de aborto e, sendo este proibido, será procurado de forma irregular.

Por conta da criminalização do aborto são gastos R\$ 40,4 milhões com procedimentos emergenciais decorrentes de complicações após abortos ilegais mal feitos.²⁴

É inegável o alto custo financeiro com a criminalização do procedimento abortivo, sem mencionar os danos às mulheres que acabam por se submeterem a tal prática sem o mínimo de segurança.

Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), uma brasileira morre a cada dois dias por conta de procedimentos mal feitos e um milhão de abortos clandestinos seriam feitos no país todos os anos.²⁵

Quanto às questões morais e religiosas, essas são o primeiro embate que se contrapõe à legalização do aborto. Políticos religiosos completamente contrários à prática misturam política com religião e acabam por regredir os avanços social e legal.

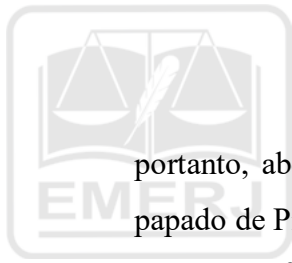
Anos de poderio da Igreja já demonstraram o quanto devastador para a evolução humana isso pode ser. Não é mais cabível em um Estado Democrático de Direito envolver religião na política. Como se retira do artigo 19, I, da Carta Magna²⁶, o Estado é laico e não pode se envolver com qualquer credo. Dessa forma, a legislação também deve seguir neutra e avançando na medida em que a sociedade caminha.

A verdade é que nem mesmo a Igreja entra em um consenso. Durante muito tempo, o aborto era permitido até o quadragésimo dia de gestação. No entanto, no ano de 1588, o papa Sixto 5º condenou a interrupção da gravidez, sob pena de excomunhão. Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto. Contudo, o sucessor de Sixto, Gregório 9º, voltou atrás na lei e determinou que o embrião não formado não poderia ser considerado ser humano e,

²⁴AOS FATOS. *SUS atende 100 vezes mais casos pós-aborto do que faz interrupções legais*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/03/10/sus-atende-100-vezes-mais-casos-pos-aborto-do-que-faz-interruptoes-legais.htm?cmpid=tw-uolnot>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁵SENRA, Ricardo. *Aborto já é livre no Brasil. Proibir é punir quem não tem dinheiro*, diz Drauzio Varella. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_drauzio_aborto_rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.



portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. Essa visão perdurou até 1869, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição.²⁷

O fato é que nem todas as religiões pensam da mesma forma e impor a interpretação de uma para a sociedade brasileira, que é eclética, é, no mínimo, desrazoável.

Um contraponto muito interessante, indicado pelo médico Drauzio Varella²⁸, é: “se a doação de órgãos em caso de inatividade cerebral tem aceitação popular, por que a retirada de um feto igualmente sem atividade cerebral é criticada?” O questionamento de Varella demonstra que não há um pensamento bem elaborado daqueles contrários à legalização, apenas repetem o que se ouve em igrejas e seus respectivos cultos.

Importante apontar, também, como culturas, na maioria religiosas, eram impostas na legislação brasileira, mas que com o passar dos anos foram sendo rejeitadas. A proibição de casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a união estável são grandes exemplos da imposição da evolução social em face do cristianismo enraizado na lei brasileira.

Outro aspecto significativo é o de que nem todos os métodos contraceptivos são 100% eficazes. Assim, por mais que as pessoas se cuidem, ainda há uma chance de acontecer a gravidez. Dessa forma, a velha máxima “engravidou porque quis” já está mais do que ultrapassada. O tema que necessita ser debatido é: deve-se obrigar uma mulher ter um filho que ela evitou ao máximo ter naquele momento de sua vida, seja por questões psicológicas, financeiras ou qualquer outra, porque a “moral” e a sociedade entendem que ela deva ter?

Nesse sentido, verifica-se que tanto a “moral” quanto a religião não têm espaço quando o assunto é ter ou não um filho e a (des)criminalização do aborto.

No que concerne às questões jurídicas, o aborto no Brasil, como já dito neste trabalho, é permitido apenas em duas hipóteses: para salvar a vida da gestante ou resultante de estupro²⁹. Entretanto, nos últimos anos é possível notar uma mudança de entendimento entre os juristas, principalmente no Supremo Tribunal Federal, conforme será apresentado no capítulo 3.

A mudança mencionada se dá, porque claramente a proibição do aborto não é fator que impeça a mulher de abortar, mostrando que a norma não é mais eficiente como já fora. Ademais, a legalização não quer dizer que mulheres irão descontroladamente abortar, tendo em vista que não é uma obrigação, mas uma faculdade. A descriminalização, então, visa dar

²⁷MUTO; NARLOCH, op. cit.

²⁸SENRA, op. cit.

²⁹BRASIL, op. cit, nota 9.



maior liberdade de escolha e liberdade sobre o próprio corpo, e de que se tenha maior segurança, caso o procedimento seja escolhido.

Como bem já dispôs o Ministro Luís Roberto Barroso³⁰ “criminalizar o aborto não é uma política eficiente para evitar que interrupções de gestações aconteçam - apenas impede que os abortos sejam feitos com segurança. Ou seja, a criminalização não protegeria nem a ‘vida do feto’ nem a da mulher.”

No próximo capítulo, debatem-se as recentes decisões do STF a respeito do abortamento.

3. ADPF Nº 54 E *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/RJ: ATIVISMO JUDICIAL EXARCEBADO OU NECESSÁRIO?

Como visto no capítulo anterior, há uma tendência no Supremo Tribunal Federal de se flexibilizar a proibição do aborto. Tanto é que em abril de 2012, a Suprema Corte se manifestou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54³¹ quanto à interrupção da gravidez quando o feto tem anencefalia.

Importante um parêntese para explicar que anencefalia é uma má formação do tubo neural, estrutura responsável pela formação do sistema nervoso. O feto não desenvolve o encéfalo nem a calota craniana, e o cerebelo e a meninge são reduzidos. A expectativa de vida de um bebê anencéfalo é de algumas horas ou dias, embora haja registro no Brasil de um caso raríssimo de sobrevivência de um infante que viveu por quase dois anos.³²

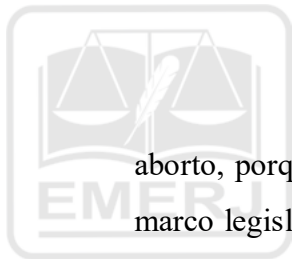
Voltando à ação proposta, os argumentos contrários a procedência da ADPF se pautavam na premissa de que o feto já pode ser considerado um ser humano, devendo ter seu direito à vida assegurado, mesmo quando pequenas as chances de sobrevivência extrauterina. Alegou-se também a ideia de que a legalização do aborto de fetos anencefálicos representaria um primeiro passo para legalização no Brasil.

Já os principais argumentos levados a favor da mudança de paradigma se pautavam no fato de que como o feto em tais casos não desenvolve o cérebro, não teria qualquer condição de sobrevivência extrauterina, de tal maneira que obrigar uma gestação que apenas resultaria em morte somente prolongaria o sofrimento da gestante. Ademais, não haveria nem mesmo

³⁰PASSARINHO, Nathalia. *Quais os próximos passos na disputa sobre o aborto no STF*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45088795>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

³¹BRASIL, op. cit, nota 13.

³²ANENCEFALIA: o que é, causas e mais! Disponível em: <<https://www.stoodi.com.br/blog/biologia/anencefalia-o-que-e/>>. Acesso em: 26 ago. 2021.



aborto, porque o feto anencefálico é desprovido de cérebro e, segundo a Lei nº 9.434/97³³, o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral.

Diante dos argumentos, o Supremo Tribunal Federal, em plenário, com efeito *erga omnes*, por 8 votos a 2, entendeu que não é crime interromper a gravidez de fetos anencefálicos e, então, julgou procedente o pedido e declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal³⁴. Dessa maneira, tanto os médicos que realizam a cirurgia, quanto as gestantes que decidem interromper a gravidez, não cometem crime de aborto de feto anencéfalo.³⁵

Frisa-se que durante a imensa discussão, que fora debatida por inúmeros estudiosos e por toda a sociedade, algo sempre mencionado foi a liberdade sexual e reprodutiva e os direitos fundamentais.

Não diferentes são os argumentos colocados à mesa sobre a interrupção da gravidez nos três primeiros meses. Aqui, não há discussão sobre qualquer anomalia que atinja o feto que o faça ter a expectativa de vida curta, mas apenas o puro e simples exercício do direito de decidir ter ou não o filho. Aliás, mais do que “somente” dar a luz, é decidir passar ou não por todo o período gestacional, que implica tempo, cuidados, dinheiro, acompanhamento médico e nutricional; e toda a mistura de sentimentos e sensações: enjôos, desejos, mudança drástica no corpo, mudança de humor etc.

Como já dito neste trabalho, o número de gravidezes indesejadas e durante a adolescência no Brasil – algumas, durante a infância, inclusive – é elevadíssimo. Uma menina de 13 anos, por exemplo, não está preparada fisicamente – e na maioria das vezes, psicologicamente – para ter uma gestação. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro não pune o aborto quando para salvar a vida da gestante, porém, em muitas ocasiões, a gravidez não põe em risco a vida da grávida, mas põe em risco sua integridade física e sua saúde mental lhe trazendo sequelas irreversíveis. Para este tipo de situação o Código Penal continua a punir o autor do procedimento abortivo e quem lhe deu autorização.

Recentemente, no ano de 2020, foi exposto pela mídia um caso de uma menina de 10 anos de idade que era estuprada desde os 6 anos por um tio seu. Nessa situação, a legislação autoriza a prática abortiva, no entanto, a menor teve atendimento negado pelo hospital em sua

³³BRASIL. Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

³⁴BRASIL, op. cit, nota 9.

³⁵BRASIL, op. cit, nota 13.



cidade no Espírito Santo, o qual alegou que não tinha a capacidade para realizar o procedimento.³⁶

A criança teve que, então, ir para Recife para conseguir o procedimento. Não obstante todo o sofrimento passado por ela, o caso se tornou público e inúmeros conservadores, leia-se religiosos, foram às portas do hospital para impedir o ato, bloquearam acessos ao hospital, insultaram funcionários e chamaram o médico que realizaria o abortamento de “assassino”. Fizeram, ainda, uma roda de oração para que a menina levasse adiante a gravidez.³⁷

Vislumbra-se, portanto, que o tema é sensível e de extrema importância tanto é que o Supremo foi posto diante de um dos casos mais polêmicos que o Brasil já teve.

Em novembro de 2016, a Primeira Turma do STF, ao analisar o *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ³⁸, revogou a prisão de cinco médicos e funcionários de uma clínica de aborto e, por três votos a dois, considerou que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não configura crime.

Um dos julgadores do caso que mais enfatizou a descriminalização do aborto nas doze semanas iniciais foi o Ministro Luís Roberto Barroso. Em seu voto o Ministro³⁹ declara:

em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade.

Citando pesquisas internacionais, ele também considerou que punir com prisão não diminui o número de abortos, classificando como “duvidosa” a ideia de que a criminalização protege a vida do nascituro. Pontuou, ainda, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gravidez durante a fase inicial desta como crime, incluindo Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.⁴⁰

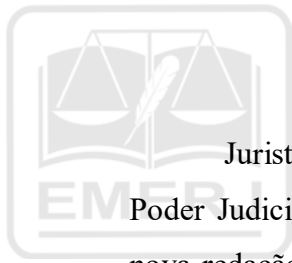
³⁶JIMÉNEZ, Carla. *Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em 27 ago. 2021.

³⁷Ibid.

³⁸RAMALHO, Renan. *Turma do STF abre precedente para descriminalizar aborto até terceiro mês*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/turma-no-supremo-derruba-prisao-de-equipe-medica-de-clinica-de-aborto.html>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

³⁹RICHTER, André. *Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁴⁰RAMALHO, op. cit.



Juristas e parlamentares criticaram o Tribunal, pois acredita-se que não é papel do Poder Judiciário analisar casos tais, sendo dever do Poder Legislativo discutir ou não uma nova redação para a lei. É verdade que de um lado, o Judiciário deve tomar cuidado com o ativismo judicial, uma vez que o exagero de decisões, as quais deveriam ser tomadas pelos representantes do povo, pode trazer instabilidade na democracia e entre os três Poderes. De outro, se vê encurralado diante da súplica da sociedade por respeito a direitos e garantias fundamentais e pela omissão do Poder Público nas políticas públicas e na atualização da legislação.

Em 2018, o Ministro Luiz Fux⁴¹ declarou o seguinte:

eu tenho a impressão de que algumas questões são judicializadas porque o Parlamento não quer pagar o preço social de tomar a decisão adequada. Mas, na verdade, o lugar próprio de decidir sobre a descriminalização do aborto é o Parlamento e não o Supremo Tribunal Federal.

A frase de Fux é corretíssima, contudo, diante da inércia do Poder Legislativo, cumpre ao Poder Judiciário atuar para proteger os direitos fundamentais e promover tal descriminalização.

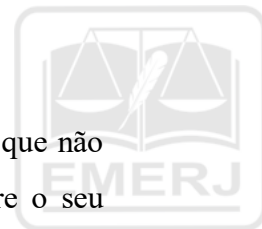
CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a problematizar a criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro, com base no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ. Como se viu, o Poder Legislativo se mostra inerte em relação ao assunto, enquanto que o Poder Judiciário é cada vez mais procurado.

Nesta pesquisa, ficaram demonstradas as inúmeras controvérsias que o tema aborda seja para a definição do começo da vida humana, seja se o aborto deve ser proibido em qualquer situação ou se em algumas delas ou se até determinado período da gestação o procedimento abortivo pode ser descaracterizado como crime.

Apontou-se, a título de comparação, como países sul-americanos enfrentam o abortamento, e ficou claro que a depender do local e da época a ideia sobre o aborto será alterada.

⁴¹PASSARINHO, op. cit.



A presente obra ponderou quais direitos estariam vinculados, e verificou-se que não só o direito à vida do feto estaria em jogo, mas também o direito da mulher sobre o seu próprio corpo e a liberdade de reprodução.

Foi posto em debate, também, como a falta de investimentos para o combate à gravidez indesejada é diretamente proporcional ao número de casos de abortos. Nesse sentido, a criminalização da prática abortiva não diminui a procura para a cessação antecipada da gestação. Pelo contrário, mostrou-se que mulheres arriscam suas vidas seja indo para países onde a prática é permitida, seja buscando pessoas que efetuem o aborto clandestinamente no Brasil, fazendo com que o número de procedimentos emergenciais decorrentes de complicações após abortos ilegais mal feitos aumente, e como consequência, o número de mortes dessas mulheres também.

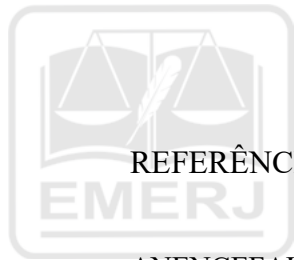
Além disso, demonstrou-se que não apenas questões de saúde pública e gasto financeiro envolvem o aborto, mas que também ainda há uma cultura religiosa que bloqueia o avanço da mentalidade de parte da sociedade e que reflete diretamente na legislação para permitir a prática abortiva, pois, muitos dos representantes legislativos estão agarrados em suas religiões.

Nessa esteira, denotou-se a omissão do Poder Legislativo para com os novos anseios da população, o que impulsionou o Poder Judiciário tomar à frente sobre o tema como se viu na exposição da ADPF nº 54, na qual o STF entendeu, em decisão de efeitos *erga omnes*, não ser crime a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, bem como no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, que considerou, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da criminalização da prática de aborto nos três primeiros meses de gestação.

Com a exibição dos casos, verificou-se uma tendência de mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a favor da descriminalização. Os fundamentos dos votos também chamaram atenção, vez que adentraram nos direitos da autonomia e liberdade da mulher sobre seu próprio corpo e direitos sexuais e reprodutivos, bem como na confirmação de falta de eficácia da norma jurídica atual.

Por fim, apuraram-se as críticas feitas tanto por doutrinadores, como por legisladores quanto ao ativismo judicial, e que decisões como essas poderiam violar o princípio da Separação dos Poderes. No entanto, ratificou-se que o Judiciário tem papel contramajoritário de proteção aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a constitucionalidade da descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação é medida que deve ser declarada o mais rápido possível para que violações aos direitos das mulheres não se reiterem.



REFERÊNCIAS

ANENCEFALIA: o que é, causas e mais! Disponível em: <<https://www.stoodi.com.br/blog/biologia/anencefalia-o-que-e/>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

AOS FATOS. *SUS atende 100 vezes mais casos pós-aborto do que faz interrupções legais*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/03/10/sus-atende-100-vezes-mais-casos-pos-aborto-do-que-faz-interruptoes-legais.htm?cmpid=tw-uolnot>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2021.

_____. Conselho Nacional de Saúde. *Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016*. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. *Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CIDH. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

JIMÉNEZ, Carla. *Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em 27 ago. 2021.

MIRANDA, Giuliana. *Cientistas defendem 5 momentos para início da vida humana*. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/ciencia/2010/10/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.



OTOBONI, Jéssica. *Quais países da América do Sul legalizaram o aborto?* Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/12/10/quais-paises-da-america-do-sul-legalizaram-o-aborto-argentina-vota-questao-hoje>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PASSARINHO, Nathalia. *Quais os próximos passos na disputa sobre o aborto no STF.* Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45088795>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *O que são Direitos Reprodutivos?* Disponível em: <<https://feminismo.org.br/o-que-sao-direitos-reprodutivos/523/>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

RAMALHO, Renan. *Turma do STF abre precedente para descriminalizar aborto até terceiro mês.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/turma-no-supremo-derruba-prisao-de-equipe-medica-de-clinica-de-aborto.html>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

RICHTER, André. *Turma do STF decide que aborto nos três primeiros meses de gravidez não é crime.* Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/turma-do-stf-decide-que-aborto-nos-tres-primeiros-meses-de-gravidez-nao-e>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

SENRA, Ricardo. *'Aborto já é livre no Brasil. Proibir é punir quem não tem dinheiro', diz Drauzio Varella.* Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_drauzio_aborto_rs>. Acesso em: 12 ago. 2021.

UFRJ. *Abortamento.* Disponível em: <<http://www.me.ufrj.br/images/pdfs/protocolos/obstetricia/abortamento.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2021.



DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 6.204/19, DO SENADO FEDERAL

Pedro Furtado de Mendonça Bellas

Especialista e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Advogado.

Resumo - a execução civil se caracteriza como uma das mais fundamentais etapas do processo civil, tendo em vista que ela torna real o direito material alcançado no processo. Assim, ela é a verdadeira concretização da prestação jurisdicional. Tendo em vista esse fato, de modo a melhorar essa fase processual – notadamente em razão de sua demora no contexto atual -, foi elaborado o Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal, que busca criar a execução civil extrajudicial, com a finalidade de melhorar sua prestação. Entretanto, tal pretensão deve ser vista de modo cauteloso, uma vez que há alguns empecilhos para a execução que tramita fora da esfera judicial, sobretudo o rompimento com o processo sincrético e limitações como constrição patrimonial, apresentação de defesa pelo executado e recursos.

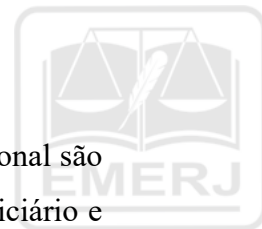
Palavras-chave – Execução Civil. Processo Civil. Extrajudicial.

Sumário – Introdução. 1. Princípio da duração razoável do processo e execução civil. 2. Processo sincrético e sua importância para a execução civil. 3. Execução civil extrajudicial e suas limitações judiciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a viabilidade da execução civil extrajudicial tendo em vista a redação do Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal. O objetivo é explicar como ele possui a pretensão de trazer a solução para os problemas da execução civil no Brasil, mas que acaba por fazê-la de modo defeituoso, uma vez que não leva em consideração a sistemática do processo civil brasileiro, nem a importância dos atos judiciais para a efetivação de um crédito.

Nesse contexto, importante destacar que a execução civil é uma das etapas mais importantes do processo civil. Isso porque ela garante a viabilidade fática da prestação jurisdicional conseguida em juízo. Desse modo, ela contribui para o alcance da efetividade da justiça, o que reflete sua fundamental importância, razão pela qual o Estado deve cuidar da execução civil de modo muito cauteloso. Como uma forma de alcançar esse objetivo, o ordenamento jurídico dotou o Poder Judiciário de diversos mecanismos para que um credor alcance o seu almejado crédito.



Nada obstante, os obstáculos enfrentados na efetivação da prestação jurisdicional são inúmeros, tais como demora no atendimento ao direito creditício, custo do Poder Judiciário e falta de certeza no recebimento de um crédito legítimo. Em razão disso, o legislador busca formas de minimizar esses problemas.

Nesse contexto, surgiu o Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal, objetivando criar a execução civil extrajudicial, como forma de superar os referidos entraves típicos de uma execução tradicional. Entretanto, o referido projeto de lei possui uma série de problemas que são objeto de análise nos capítulos do presente trabalho.

No primeiro capítulo, é analisada a falta de celeridade da execução civil no Brasil, o que afronta o princípio da duração razoável do processo. Nesse bojo, busca-se esclarecer se a execução civil extrajudicial poderia sanar esse problema.

Por sua vez, no segundo capítulo, os trabalhos serão focados no fato de que o aludido projeto de lei rompe com o chamado processo sincrético, trazido pelo CPC/15. Importante destacar que essa característica processual é relevante, tendo em vista juntar, em só processo, as fases de conhecimento e execução. Então, mudar esse aspecto possui, a princípio, uma relevância significativa, uma vez que haveria um rompimento com a atual sistemática processual, afetando garantias processuais do exequente.

Já no terceiro capítulo, foca-se na questão do trâmite da execução civil fora da esfera judicial e de como esse fato afeta, conseqüentemente, diversos aspectos, dentre eles a possibilidade de constrição patrimonial, fundamental para uma execução litigiosa bem-sucedida. Assim, indaga-se se a execução civil judicial não seria a mais adequada em determinados casos, sobretudo naqueles em que há um conflito entre as partes.

Por fim, destaca-se que a presente pesquisa é desenvolvida a partir de questionamentos hipotéticos oriundos de observações acerca do objeto do trabalho, os quais se espera comprovar ou rejeitar com base nas fontes consultadas.

De modo a alcançar esse objetivo, o presente trabalho tem seu objeto analisado de modo qualitativo, tendo em vista a análise da bibliografia compatível com a temática ora desenvolvida.

1. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E EXECUÇÃO CIVIL

De notável importância para o processo como um todo, o princípio da duração razoável do processo se encontra positivado no art. 5º, LXXVIII, CRFB/88, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os



meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”¹, inserido no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental desde o advento da Emenda Constitucional n° 45/04. Esse direito se configura como um importante pilar para o processo brasileiro, sobretudo o direito processual civil, tendo em vista que estabelece que a prestação jurisdicional deve ser dada em tempo hábil de modo a se tornar útil e prestativa para o jurisdicionado que a requer.

Associado à expressa previsão constitucional, o art. 4º, CPC/15 – “[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”²-, traz regramento semelhante, ao determinar que as partes têm direito a serem contempladas com a resolução da demanda em tempo razoável. A norma estabelece, ainda, que esse tempo para a resolução abrange não só a sentença de mérito, como inclui a atividade satisfativa. Assim sendo, percebe-se a nítida relação entre a duração razoável do processo e a execução civil³, uma vez que é nessa etapa processual que ocorre o atendimento fático do direito, com a entrega da prestação reconhecida no processo de conhecimento anterior à execução.

Em relação à quantificação do tempo necessário, nota-se uma contínua discussão acerca de sua determinação. Dadas as peculiaridades de cada caso, não é possível estabelecer um parâmetro objetivo para a sua duração. Autores como Samuel Miranda Arruda⁴ buscam alguns critérios, como complexidade da demanda, papel do magistrado e conduta das partes. Entretanto, mesmo ao tentar trazer algum tipo de estabilidade à questão, percebe-se que as classificações não escapam às nuances de cada demanda, que acabam determinando um tempo específico para cada processo.

Não obstante essas indefinições, algo é certo quando se estuda esse tema: a justiça no Brasil apresenta uma lentidão que impossibilita que o direito fundamental ora em estudo seja contemplado em sua totalidade. Nessa seara, Flávia Pereira Ribeiro⁵, autora da tese de doutorado que deu origem ao Projeto de Lei n° 6.204/19, do Senado Federal - que trata da desjudicialização da execução civil e que é abordada em detalhes ao longo do presente trabalho – constata que há um verdadeiro “colapso no processo executivo brasileiro”. De fato, números

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

² BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 8.

⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 510-511.

⁵ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução Civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 15.



recentes do Conselho Nacional de Justiça⁶ demonstram que, em 2019, os percentuais referentes às execuções cíveis sem solução final – a chamada taxa de congestionamento – ficaram em 82,4% para execuções extrajudiciais não fiscais e 70,6% para execuções judiciais não criminais. A demora processual que não traz benefícios às partes ou à prestação jurisdicional precisa ser vista como algo intolerável⁷, devendo ser combatida.

Diante desse cenário, algumas providências devem ser tomadas para que haja a reversão ou, ao menos, a atenuação desse problema. Uma dessas possíveis soluções reside na própria redação do art. 5º, LXXVIII, CRFB/88⁸, tendo em vista que o aludido dispositivo determina não só que todos têm direito à duração razoável do processo, mas também que devem ser assegurados os “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Isso significa que não só o Poder Judiciário, mas também os demais poderes da República devem trabalhar para que esse direito seja atendido, o que inclui o Poder Legislativo⁹.

Desse modo, o Estado brasileiro deve atuar de modo a criar leis que atendam ao direito fundamental à duração razoável do processo. Nesse ponto, importante reforçar que deve haver garantia empírica do direito, não permitindo que ele resida apenas em um mero formalismo¹⁰ que não traga benefícios para a coletividade. O Poder Legislativo, portanto, deve acompanhar as mudanças que a sociedade experimenta ao longo do tempo¹¹, sob pena de os direitos constitucionalmente previstos não serem plenamente garantidos. Diante disso, o Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal, anseia em resolver a problemática da realização do direito à duração razoável do processo, atendendo ao comando constitucional de garantir os meios para que haja uma tramitação mais veloz do processo, papel esse que, como visto, também é do Poder Legislativo.

No que se refere especificamente ao referido projeto de lei, a solução trazida para morosidade processual reside na privatização da atividade executiva, criando-se a figura do “agente de execução”, função que se pretende atribuir ao tabelião de notas, consoante art. 3º,

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*: ano-base 2019. CNJ, 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 65-66.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ ARRUDA, op. cit., p. 510.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 435.

¹¹ RIBEIRO, op. cit., p. 27.



Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal¹². Por mais que a atividade notarial seja proveniente do Estado, conforme lembra Flávia Pereira Ribeiro¹³, esse ofício é eminentemente privado, tendo em vista o ato de delegação do Estado ao particular. Segundo a mencionada autora, esse trabalho, uma vez feito pelo tabelião, tornaria a execução cível mais rápida e mais segura. No que pesem eventuais custos adicionais que o Tabelionato de Notas possa gerar – se comparado ao que hoje se gasta com uma execução no Poder Judiciário –, eles não se qualificam como um obstáculo para que o cidadão busque a tutela extrajudicial de sua execução, tendo em vista que algumas atividades que já ocorrem extrajudicialmente, tais como inventários e divórcios, já possuem grande demanda da sociedade¹⁴.

Por mais que seja atraente a ideia de trazer mais celeridade ao processo, não se pode perder de vista que o processo, por si só, já é algo que tem o uso do tempo em sua natureza. Isso porque o processo deve seguir uma série de ritos e procedimentos para que sejam respeitados direitos e garantias fundamentais, sem os quais não se pode ter a prestação da tutela jurisdicional justa e eficiente. Todas essas etapas – tais como produção de provas, apresentação de defesa e recursos, discussões sobre os fatos do processo –, consoante bem lembrado por Alexandre Freitas Câmara¹⁵, levam tempo. Assim, o atendimento ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CFRB/88¹⁶) demanda esse tempo para ocorrer, não se cogitando sacrificar direitos fundamentais processuais apenas para que haja uma marcha processual mais rápida. Até porque o processo não teria por utilidade ser célere caso isso o tornasse injusto e arbitrário.

2. PROCESSO SINCRÉTICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A EXECUÇÃO CIVIL

Consoante afirmado no capítulo anterior, a desjudicialização da execução civil é um tema em discussão no meio legislativo brasileiro, já sendo objeto do Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal. De acordo com seus atuais termos, o referido projeto retira a fase executiva do processo civil da esfera judicial, atribuindo à figura do “agente de execução” – operacionalizado pelo tabelião de notas – a condução da fase executiva do processo.

Como se percebe, essa intenção do legislador está contrária à sistemática processual civil constante CPC/15, qual seja, a de que estabelece uma regra de sincretismo processual para

¹² BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.204/19*, do Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049470&ts=1594037651957&disposition=inline>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹³ RIBEIRO, op. cit., p. 37

¹⁴ Ibid., p. 33-34.

¹⁵ CÂMARA, op. cit., p. 8.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

o processo civil pátrio. Nessa toada, importante afirmar que o processo sincrético consiste na junção das fases de conhecimento e de execução em um processo único e contínuo¹⁷, sem que haja um segundo processo próprio para a execução, o que era conhecido como ação autônoma de execução. Portanto, pela atual sistemática de processo civil, a execução de um título judicial emanado de uma fase de conhecimento – como, por exemplo, uma sentença que condene o réu a pagar quantia certa -, será cumprida no mesmo processo, através da chamada fase de cumprimento de sentença.

Nesse bojo, cumpre destacar que a ação autônoma de execução era regra no processo civil, de um modo geral, até o advento da Lei nº 11.232/05, que transformou a até então exceção das ações sincréticas em regra processual para as ações de execução por quantia certa. A mudança decorreu de um acentuado declínio da efetividade da autonomia da execução, consoante exposto por Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁸:

[c]om a alteração legislativa empreendida pela Lei 11.232/2005, a regra e a exceção se inverteram. Verificando-se na praxe forense as dificuldades criadas pela autonomia do processo de execução, que costuma arrastar ainda mais alguns anos a satisfação do direito, o legislador resolveu definitivamente colocar a técnica de lado ao prever de forma genérica a ideia da ação sincrética, limitando a utilização do processo autônomo de execução tão somente àquelas hipóteses nas quais não é possível a adoção do procedimento de cumprimento de sentença.

A regra de nosso sistema passou a ser a execução imediata, por mera fase procedimental, enquanto somente em situações excepcionais o título executivo será executado por meio de um processo autônomo. [...].

Desse modo, portanto, percebe-se que a evolução natural do processo civil aponta para uma direção de prezar pela continuidade entre as fases de conhecimento e de execução. Tal medida visa a atender dois objetivos, quais sejam, o alcance da efetividade processual e o atendimento ao princípio da economia processual.

Nesse contexto, a ideia de efetividade processual passa por um ponto importante do processo civil, que se consubstancia no fato de que o processo deve ser entendido como um instrumento para o alcance de uma tutela satisfativa fruto de um direito material. Ou seja, aquilo que não é alcançado de modo amistoso entre cidadãos, deve encontrar no processo civil um instrumento para efetivação de direitos¹⁹.

Nessa toada, deve o processo, portanto, prezar por uma efetividade para o alcance da direito material reconhecido em seu bojo. Deve-se lembrar que o princípio do devido processo

¹⁷ CÂMARA, op. cit., p. 185.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 967.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 23.



legal (art. 5º, LIV, CRFB/88²⁰) implica na busca pela efetividade do processo. Assim, há um preceito constitucional que implica no atendimento da efetividade pelos magistrados. Nesse ponto, Fredie Didier Jr.²¹ afirma que “[o] dever de eficiência impõe-se na escolha do meio a ser utilizado para a execução da sentença (art. 536, § 1º, CPC). O meio executivo deve promover a execução de modo satisfatório, [...]”. Portanto, uma execução eficiente é parte fundamental da atuação do juiz.

De modo a alcançar esse objetivo, o processo sincrético facilita certos atos judiciais, o que só é possível pela junção das fases de conhecimento e execução em um único processo. Um exemplo dessa situação pode ser extraído da doutrina de Nelson Nery Junior²², o qual afirma que, devido a unicidade processual promovida pelo processo sincrético, não é necessário citar o devedor para cumprimento de sentença, bastando uma simples intimação processual. Por outro lado, o art. 10, *caput*, Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal²³, prevê que o “agente de execução” citará o devedor para o pagamento do valor do título, o que rompe com ideia de simples intimação e, conseqüentemente, acarreta novas diligências que podem comprometer a efetividade processual. Assim, conforme se percebe desse singelo apanhado doutrinário, a efetividade processual encontra abrigo no processo sincrético.

Já a economia processual, por sua vez, se caracteriza por dar as partes uma prestação jurisdicional igualmente efetiva, mas com o foco no mínimo de gastos possível. Está diretamente relacionada à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CFRB/88²⁴), uma vez que a prestação jurisdicional, realizada de modo econômico, confere às partes uma agilidade maior no alcance dos objetivos do processo. A economia processual é, portanto, uma forma fundamental de se evitar que os processos perdurem por anos, impedindo que a prestação jurisdicional atrasada se caracterize como uma injustiça²⁵. Tendo em vista a necessidade dessa economia, a ligação entre as fases de conhecimento e de execução em um mesmo processo visa reduzir gastos, vide o já citado exemplo da simples intimação ao invés da citação.

Por outro lado, a já mencionada Flávia Pereira Ribeiro²⁶, em defesa da desjudicialização da execução civil no Brasil, afirma que os prazos para o futuro “agente de execução” seriam peremptórios e fariam com que toda a atividade executiva durasse apenas 90

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 01.

²¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. V.I. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 103.

²² NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1362-1363.

²³ BRASIL, op. cit., nota 12.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 65.

²⁶ RIBEIRO, op. cit., p. 154-155.



(noventa) dias, com prazos a serem respeitados rigorosamente, divididos em três fases distintas. Desse modo, restaria combatida a questão da morosidade do Judiciário, uma vez que estar-se-ia combatendo os prazos impróprios dos juízes.

Nada obstante, deve-se lembrar que o “agente de execução”, por não fazer parte do Poder Judiciário, teria poderes limitados. Um dos que chamam a atenção é a impossibilidade de julgar embargos à execução, que continuaria com a titularidade de um juiz togado. Nesse ponto, portanto, é razoável pensar que o fato de a execução estar fora do Judiciário pode, na realidade, deixar ainda mais morosa uma execução.

Portanto, deve-se ter cautela no que diz respeito a alguns aspectos atinentes ao rompimento do processo sincrético na desjudicialização da execução civil, quais sejam, a real efetividade trazida ao processo e se de fato existe notória economia processual realizada. Esse último ponto - principalmente acerca da questão da ainda dependência do Poder Judiciário para determinadas questões - possui uma relevância importante para se estabelecer se a desjudicialização, do modo como está apresentada, é o melhor caminho para a execução civil no Brasil.

3. EXECUÇÃO CIVIL EXTRAJUDICIAL E SUAS LIMITAÇÕES JUDICIAIS

Como já visto ao longo do presente trabalho, o Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal, busca trazer a execução civil para o campo da extrajudicialidade. Nesse bojo, ficaria a cargo do “agente de execução” a realização dos atos executivos, encargo que pertenceria ao tabelião de notas. Entretanto, por transitar fora do Poder Judiciário, os poderes do “agente de execução” podem ficar muito limitados e dependerem com alguma frequência dos juízes togados.

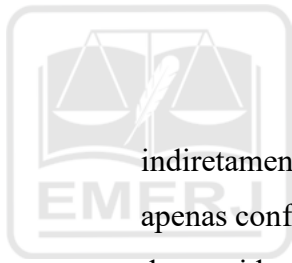
Nesse passo, importante destacar que o “agente de execução”, caso o aludido projeto de lei seja aprovado como se encontra, possuiria amplos poderes, tais como o de examinar o requerimento de execução civil, consoante art. 4º, I, do Projeto de Lei nº 6.204/19²⁷, e até mesmo o de decretar penhoras, conforme art. 19 do mesmo diploma²⁸.

No que diz respeito a esse último aspecto, é necessária uma análise mais profunda. Pela atual sistemática processual civil, na esteira da lição de Alexandre Freitas Câmara²⁹, “[p]enhora é o ato de apreensão judicial dos bens que serão empregados, direta ou

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 12.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ CÂMARA, op. cit., p. 381.



indiretamente, na satisfação do crédito exequendo”. Assim, esse ato de limitação patrimonial é apenas conferido ao próprio juízo, inserido no Poder Judiciário. Essa regra não está desprovida de sentido, tendo em vista o fato de que a propriedade se caracteriza como um direito fundamental (art. 5º, *caput*, CRFB/88). Portanto, é razoável que apenas o Poder Judiciário possa exercer tal prerrogativa.

Nesse bojo, por mais que os tabeliães realizem serviço público por delegação (art. 236, *caput*, CRFB/88³⁰), não atenderia à proporcionalidade uma restrição a um direito tão fundamental feito por esse servidor. Importante destacar que os poderes de constrição patrimonial pelo “agente de execução” são significativos, consoante apontado por Flavia Pereira Ribeiro³¹:

[...] De lege ferenda, compete ao agente de execução forçar o deslocamento de bens do patrimônio do executado para o do exequente. O agente de execução invade a esfera patrimonial do devedor para de lá extrair o bem ou o valor com o qual se dará o cumprimento forçado da prestação, a fim de satisfazer o direito do credor.

Nada obstante, é importante lembrar que os tabeliães possuem poderes de intervenção em certas atividades e mera formalização jurídica da vontade das partes.³² Desse modo, cogitar que esses servidores públicos realizem a penhora deve ser visto com cautela, pois esse ato construtivo, apesar de não possuir natureza de medida cautelar, ao individualizar os bens do devedor inadimplente, possui como consequência a limitação da disponibilidade desses mesmos bens dessa pessoa específica³³, o que afeta diretamente o direito fundamental à propriedade.

Ademais, no que diz respeito à litigiosidade em torno da execução civil extrajudicial, o Projeto de Lei nº 6.204/19 não consegue eximir do Poder Judiciário de suas atribuições. Isso porque, caso haja conflito em torno da execução, é dado ao devedor a oposição de embargos à execução, consoante art. 18 do aludido projeto de lei³⁴. Nesse ponto, importante lembrar que os embargos à execução possuem natureza de ação, razão pela qual não se poderia cogitar que o

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

³¹ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 181.

³² MOLINARO, Carlos Alberto; PANSIERI, Flávio; SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO et al, *op. cit.*, p. 2162.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. rev., atual. e ampl. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 439-442.

³⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.



“agente de execução” realizasse seu julgamento³⁵, uma vez que ele não faz parte do Poder Judiciário e não possui função jurisdicional.

Nessa seara, os embargos à execução, consoante ensina Fredie Didier Jr.³⁶, formam um novo processo de conhecimento, tomando forma de demanda – apesar de se constituírem como uma defesa. Portanto, a conclusão de que o “agente de execução” não pode julgá-lo se faz patente, tendo em vista que essa classificação de processo de conhecimento sujeita os embargos de devedor a toda sorte do processo comum – como produção de provas, audiências e concessão de tutela provisória -, algo inimaginável para um tabelião. Nesse ponto, conforme aponta Flávia Pereira Ribeiro³⁷, por mais que se possa cogitar a penhora a ser realizada por um terceiro legitimado – o que, conforme visto, deve ser observado com cuidado, por afetar direitos patrimoniais do devedor -, a função de julgamento dos embargos à execução só se pode dar unicamente pelo magistrado.

Além dessa questão, outro tema importante que diz respeito à necessidade de análise pelo juízo é a possibilidade de concessão de gratuidade de justiça. Como se sabe, a gratuidade de justiça é importante mecanismo de acesso à justiça, previsto constitucionalmente (art. 5º, LXXIV, CRFB/88³⁸), pois possibilita ao jurisdicionado não se submeter a gastos para ter acesso à justiça pelos quais não pode arcar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Ou seja, é uma garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito que não poderia deixar de ser concedido na execução civil extrajudicial.

Atento a isso, o art. 5º, do Projeto de Lei nº 6.204/19³⁹, previu que a gratuidade de justiça está presente na nova modalidade executiva. Desse modo, a gratuidade é concedida pelo próprio “agente de execução”, caso não tenha sido deferida em processo judicial de onde emanou o título ou, ainda, caso se trate de execução de título extrajudicial feita diretamente no tabelionato.

Nesse ponto, se o “agente de execução” tiver dúvidas acerca da concessão da gratuidade de justiça, ele deve consultar o juízo, conforme art. 20, *caput*, do aludido projeto de lei⁴⁰. Nesse ponto, Marco Aurélio Ventura Peixoto e Renata Cortez Vieira Peixoto⁴¹ lembram

³⁵ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Limitações ao Poder Decisório do Tabelião na Execução Desjudicializada. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 670.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 761.

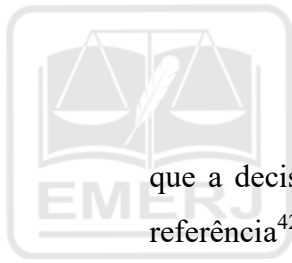
³⁷ RIBEIRO, op. cit., p. 22.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ MEDEIROS NETO, op. cit., p. 666-667.



que a decisão que julga essa consulta é irrecurável, conforme art. 20, § 2º, do projeto em referência⁴², o que se revela diferente da solução dada judicialmente. Nessa toada, caso fosse um processo de execução judicial, haveria a possibilidade de recorribilidade imediata via agravo de instrumento, pela aplicação do art. 1.015, V, CPC/2015⁴³. Desse modo, segundo os referidos autores, haveria um cerceamento do direito de defesa, uma vez que a execução civil extrajudicial teria essa desvantagem de privar o jurisdicionado da ampla defesa acerca da questão da gratuidade, que pode ser vital para a manutenção de um processo.

Portanto, conclui-se que a execução civil extrajudicial encontra diversos obstáculos em sua pretensão de retirar do juízo a execução civil. Ao prever, por exemplo, a penhora e a concessão de gratuidade de justiça como funções do “agente de execução”, o Projeto de Lei nº 6.204/19 pode encontrar diversos questionamentos judiciais, seja pela constrição patrimonial realizada no primeiro caso, seja pela diminuição da ampla defesa daquele que recorre ao Poder Público para ter suas pretensões atendidas. Por outro lado, andou bem o referido projeto de lei ao manter os embargos à execução a cargo do Poder Judiciário, tendo em vista seu caráter eminentemente judicial. Porém, não se pode perder de vista que o fato de necessitar de um magistrado para resolver a defesa em um processo executivo – ou seja, fazer o procedimento transitar da esfera extrajudicial para a judicial - acarreta um indiscutível atraso na prestação jurisdicional.

CONCLUSÃO

Conforme visto no presente trabalho, a execução civil no Brasil possui uma série de percalços, sobretudo a lentidão de sua prestação, o que é comprovado através de números do CNJ. De modo a solucionar essa questão, está em trâmite o Projeto de Lei nº 6.204/19, do Senado Federal, que busca trazer a execução civil para fora do Poder Judiciário. De modo a concretizar essa ideia, o aludido projeto de lei deixa a responsabilidade por uma bem sucedida execução civil a cargo do tabelionato de notas, na figura do “agente de execução”. A ideia de que uma lei venha a resolver a morosidade de uma execução civil, dentro da esfera do direito fundamental à duração razoável do processo, é bem-vinda, uma vez que é também papel do Poder Legislativo a contribuição para o aperfeiçoamento dessa questão, dentro da órbita de divisão de poderes do pacto federativo.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 2.



Entretanto, cumpre lembrar que quaisquer leis que mexem com a execução civil devem ser vistas com bastante cautela. Isso porque essa etapa do processo civil se configura como a mais relevante para o jurisdicionado, tendo em vista que ela representa a materialização empírica do direito reconhecido judicialmente. Portanto, o ponto final do processo reside na execução civil, devendo o seu procedimento ser cuidadoso e cauteloso acerca dos direitos e deveres de quem deve pagar e de quem deve receber.

Nessa seara, conforme o artigo ora em conclusão apresentou, alguns aspectos da atual sistemática processual civil são efetivamente afetados pelo Projeto de Lei nº 6.204/19. Um deles é o conceito de processo sincrético, que reúne em um único processo as fases de conhecimento e execução. Um dos problemas detectados nesse ponto foi a necessidade de nova citação para que se comece a execução civil extrajudicial. Nesse bojo, vale lembrar que a execução civil de uma sentença judicial dentro do processo, na atual sistemática, começa como uma simples intimação, eis que o processo segue o mesmo. Desse modo, percebe-se que, pela maior complexidade de uma citação em face de uma simples intimação, a morosidade processual – que a nova lei busca combater – acaba sendo, nesse ponto, reforçada.

Outro aspecto observado no presente trabalho foi a questão da relativa dependência que a execução civil extrajudicial tem em relação ao Poder Judiciário, conforme redigida no Projeto de Lei nº 6.204/19. Nesse cenário, percebe-se que algumas determinações da nova lei exigem uma reflexão maior do meio jurídico. Uma delas é a possibilidade de penhora de bens do devedor por parte do “agente de execução”, o que é delicado porque atribui poderes de limitação de uma propriedade específica de alguém a um agente que se enquadra fora do Poder Judiciário. Outra regra questionável é a atribuição da concessão de gratuidade de justiça pelo “agente de execução”, o que pode ocasionar o cerceamento do direito de defesa para nos casos em que o aludido servidor não a concede, uma vez que não é possível a interposição de agravo de instrumento para a execução civil extrajudicial, diferentemente do que ocorre na esfera judicial.

Nessa mesma temática, outra situação abordada foi a total necessidade da execução civil extrajudicial em fazer uso do Poder Judiciário nos casos em que o executado apresenta defesa, uma vez que não é dado ao “agente de execução” julgar os embargos à execução – notória defesa do devedor em execução – dada a natureza jurídica de ação da referida peça. Considerando que o direito fundamental à ampla defesa é significativo na sistemática processual, não se pode perder de vista o fato de que a execução civil extrajudicial tem seu trâmite desacelerado em muitos casos nesse cenário, tendo em vista a necessidade de o Poder



Judiciário tomar conhecimento de tudo o que ocorre na execução civil extrajudicial para poder julgar os embargos à execução.

Portanto, o que se pode extrair do presente artigo é que a ideia de tornar a execução civil uma modalidade extrajudicial – assim como já o são alguns inventários, divórcios, dentre outros procedimentos – está de acordo com obrigação estatal do Poder Legislativo em combater a chaga da lentidão processual brasileira. Nada obstante, algumas regras estabelecidas no Projeto de Lei n° 6.204/19 contribuem para levar a execução civil para um caminho oposto, de maior morosidade, o que deve ser evitado. Assim, a execução civil extrajudicial, do modo como está apresentada no mencionado projeto de lei, deve ser vista com olhos cuidadosos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. CNJ, 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Projeto de Lei n° 6.204/19*, do Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049470&ts=1594037651957&disposition=inline>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. V.1. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020.



NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

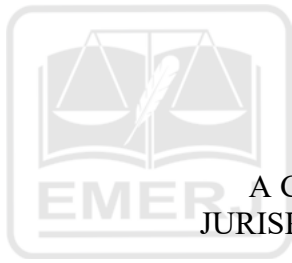
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da Execução Civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. rev., atual. e ampl. V.I. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. rev., atual. e ampl. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



A CRIMINALIZAÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL E A CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NOS TRIBUNAIS ACERCA DA MATÉRIA

Pedro Moreira Aguiar de Brito

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.
Advogado.

Resumo – a conduta batizada de estelionato judicial, consistente em utilizar o processo judicial de maneira fraudulenta para ludibriar o juiz e, assim, obter uma vantagem ilícita, é considerada atípica pela maior parte dos tribunais brasileiros. Diante disso, busca-se no presente trabalho evidenciar a prejudicialidade desse entendimento dominante na jurisprudência. Para tanto, faz-se uma análise dos principais argumentos exarados nas decisões dos tribunais superiores, a fim de se demonstrar que a criminalização do estelionato judicial é medida que se impõe, adequando-se à melhor técnica jurídica e aos institutos e princípios do Direito Penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes Patrimoniais. Estelionato. Estelionato Judicial.

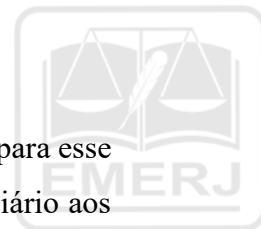
Sumário – Introdução. 1. Subsunção do Estelionato Judicial à norma incriminadora do art. 171 do Código Penal. 2. A compatibilidade entre a natureza dialética do processo judicial e o crime de Estelionato. 3. Adequação do Estelionato Judicial ao princípio da intervenção mínima. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica, através de uma abordagem crítica da jurisprudência dominante nos tribunais, enfoca a temática da tipicidade do estelionato judicial, ou seja, a possibilidade de se enquadrar no crime de estelionato (art. 171 do Código Penal) a prática cada vez mais frequente de se utilizar o processo judicial, de maneira fraudulenta, como um instrumento para a obtenção de uma vantagem ilícita. Essa prática acaba por extrapolar os prejuízos patrimoniais à parte contrária no processo, atentando contra o próprio funcionamento do Poder Judiciário, estrutura essencial para um Estado Democrático de Direito.

Trata-se de uma nova modalidade de fraude, que vem ganhando notoriedade no Brasil, principalmente a partir da primeira década do século XXI. O Poder Judiciário, desde então, enfrenta um número crescente de demandas, em especial no campo previdenciário, tributário e trabalhista, nas quais a parte se vale de documentos falsos, ou qualquer outro meio ardil, a fim de obter vantagens ilícitas por meio de um provimento judicial.

Não obstante a reiteração cada vez maior dessa prática, denominada estelionato judicial, a jurisprudência pátria tem consolidado o entendimento, consagrado em diversos julgados dos tribunais superiores, no sentido da atipicidade dessa conduta.



Em face disso, o processo judicial vem se tornando um instrumento atraente para esse comportamento criminoso, o que acarreta um verdadeiro desprestígio do Poder Judiciário aos olhos dos jurisdicionados, e, conseqüentemente, acaba por ameaçar o próprio direito fundamental de acesso à justiça.

O tema é complexo e demanda a análise de três questões principais: apesar da conduta conhecida como estelionato judicial não contar com previsão legal específica na legislação penal, definindo-a como crime, seria possível o seu enquadramento, em tese, no art. 171 do Código Penal, que prevê o crime de estelionato? A natureza dialética do processo judicial torna a via judicial um meio inidôneo para prática do crime de estelionato? Como o estelionato judicial é combatido através do Código de Processo Civil, que prevê a multa por litigância de má-fé, ou até, por meio de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Advocacia, deveria o Direito Penal, em atenção ao princípio da intervenção mínima, se preocupar com essa conduta?

Através da análise minuciosa desses pontos essenciais, busca-se criticar a posição dominante na jurisprudência pátria no sentido de não admitir a prática do delito de estelionato por meio do processo judicial, evidenciando a prejudicialidade e atecnia desse entendimento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação dos aspectos elementares do crime de estelionato, a fim de se demonstrar que, apesar da ausência de previsão específica na legislação penal a respeito do estelionato judicial, a conduta se amolda perfeitamente ao tipo legal previsto no art. 171 do Código Penal.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se comprovar que o juiz não está insuscetível ao erro, de forma que o processo judicial, apesar das suas características próprias, trata-se de meio apto e eficaz para ludibriar o magistrado e obter-se uma vantagem ilícita.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se defender a compatibilidade da criminalização do estelionato judicial com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, por meio de uma análise a respeito da insuficiência dos outros ramos do Direito para reprimir a conduta em questão e proteger os bens jurídicos por ela ameaçados.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, na medida em que se utilizará da bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentação da tese.

O desenvolvimento da pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais se apresentem mais viáveis e adequadas para análise do objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.



Dessa forma, através da metodologia apontada e de um recorte epistemológico que confira sistematicidade e cientificidade, busca-se garantir que a pesquisa desenvolvida contribua para a comunidade científica e instigue os operadores do Direito a explorarem o tema.

1. SUBSUNÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL À NORMA INCRIMINADORA DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL

O tipo penal do estelionato vem disposto no artigo 171 do Código Penal¹. Trata-se de figura delituosa na qual o autor do fato, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, induz ou mantém alguém em erro, obtendo, assim, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio.

Por sua vez, a conduta conhecida como estelionato judicial, ou estelionato processual, consiste na utilização do processo judicial de maneira fraudulenta, de modo a ludibriar o juiz e, com isso, obter vantagem ilícita através de um provimento judicial favorável. Nas palavras de Luiz Regis Prado²:

tem sido admitida pela doutrina estrangeira a possibilidade do estelionato processual, sobretudo no processo civil, quando uma parte, com sua conduta fraudulenta ou enganosa, realizada com ânimo de lucro, induz o juiz em erro e, este último, como consequência, profere sentença injusta que causa prejuízo patrimonial à parte contrária ou a terceiro.

Percebe-se, portanto, que a única peculiaridade entre o delito de estelionato, tipificado no Código Penal, e o estelionato judicial é que este último caracteriza-se pela utilização do processo judicial como instrumento para emprego da fraude.

A fim de se demonstrar que a conduta denominada estelionato judicial se amolda perfeitamente ao tipo penal do estelionato, inicia-se uma análise dos elementos indispensáveis para configuração desse delito.

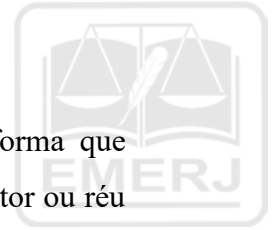
Segundo Rogério Greco³, os elementos que integram a figura típica do estelionato são:

a) conduta do agente dirigida finalisticamente à obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; b) a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiro; c) a vítima é induzida ou mantida em erro; d) o agente se vale de um artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para a consecução do seu fim.

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. rev., atual. e ampl. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 410.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 12. ed. V. 3. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 237.



De início, cumpre destacar que o estelionato é um crime comum, de forma que qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do delito, inclusive aquele que é autor ou réu em processo judicial.

Enfatiza-se, ainda, como bem aponta Cleber Masson⁴, que tanto a pessoa responsável pela fraude, como aquela que dela se beneficiou, podem figurar como autores do crime. Em regra, essas condições se reúnem em uma mesma pessoa, mas como o tipo penal permite que a vantagem ilícita seja obtida em proveito de outrem, nada impede, por exemplo, que tanto a pessoa que figura como parte em processo judicial, como seu advogado, apareçam sozinhos, ou em coautoria, como sujeitos ativos do estelionato.

Quanto ao sujeito passivo do estelionato, será aquela pessoa induzida em erro, que sofreu o desfalque patrimonial. No entanto, no estelionato judicial o juiz é induzido em erro, ao passo que a parte contrária no processo é quem sofre o prejuízo econômico, razão pela qual questiona-se se o estelionato judicial poderia se enquadrar no tipo descrito no artigo 171 do Código Penal.

Nesse ponto, Gilaberte⁵ deixa claro que no estelionato a pessoa enganada e a pessoa que sofre o prejuízo podem ser pessoas distintas, o que acontece, por exemplo, quando o estelionatário engana o empregado de um estabelecimento para obter mercadoria a que não tinha direito, situação na qual embora a pessoa induzida a erro seja o funcionário, quem sofreu o prejuízo decorrente do crime foi o proprietário do estabelecimento.

A lei não exige que tais condições se reúnam em uma só pessoa. Aliás, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal⁶ entende que no crime de estelionato o sujeito passivo pode ser tanto quem é enganado pela fraude, quanto quem suporta o desfalque patrimonial, ainda que um desses seja ente público:

pensão recebida após o falecimento da pensionista. Recursos sob a administração militar. Competência da justiça militar. Estelionato. Sujeito passivo. Estelionato praticado por pessoa que, mediante assinatura falsa, se fez passar por pensionista falecida para continuar recebendo os proventos de pensão militar depositados no Banco do Brasil. (...). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o sujeito passivo, no crime de estelionato, tanto pode ser a pessoa enganada quanto a prejudicada, ainda que uma seja ente público. Ordem denegada.

⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte especial* (arts. 121 a 212). 13. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2021, p. 526.

⁵ GILABERTE, Bruno. *Crimes contra o patrimônio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 263.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84735*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358056>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



Com isso, evidente que não se pode afastar o crime de estelionato apenas pelo fato de o magistrado ser a pessoa enganada, mas a parte adversária no processo ser quem sofre o prejuízo.

Outro aspecto indispensável do estelionato é a vantagem ilícita obtida através da fraude. Muito se discute na doutrina a respeito da natureza dessa vantagem ilícita exigida pelo tipo penal. Enquanto alguns, como Regis Prado⁷, sustentam que essa vantagem ilícita consubstancia-se em qualquer benefício contrário ao direito, ainda que sem cunho patrimonial, outra parte da doutrina, a exemplo de Rogério Greco⁸, discorda, exigindo para configuração do estelionato que a vantagem ilícita seja passível de apreciação econômica.

Não obstante essa controvérsia, ainda que se adote a corrente que exige o cunho econômico da vantagem obtida, é indubitável que uma sentença judicial tem natureza patrimonial, em especial quando se está diante de uma sentença condenatória. Não à toa, o artigo 291 do Código de Processo Civil⁹ determina que toda petição inicial atribua valor certo a causa.

Simultaneamente, o estelionato também exige que a essa vantagem ilícita corresponda um prejuízo da vítima. Por óbvio, no processo judicial contencioso, em razão de sua natureza adversarial, quando o autor do estelionato judicial obtém uma sentença favorável, essa mesma sentença será desfavorável, no todo ou em parte, para parte contrária no processo. Com efeito, evidente o prejuízo do sujeito passivo no estelionato judicial, seja na qualidade de autor da demanda, situação em que deixará de obter um direito ao qual fazia jus, ou na qualidade de réu, hipótese em que terá que arcar com o ônus de uma condenação judicial.

Por fim, como bem explica Luiz Regis Prado¹⁰, o estelionato exige um duplo nexo de causalidade para a sua configuração, “já que inicialmente o agente ludibria a vítima, através da fraude, figurando esta como causa e o engano como efeito e, a seguir, aflora um segundo nexo entre o erro, como causa, e a obtenção da vantagem ilícita e o conseqüente dano, como efeito”.

É exatamente o que acontece no estelionato judicial, isto é, o agente faz uso do processo judicial para veicular a fraude e, em razão dessa fraude, o magistrado é induzido em erro, ou seja, levado a uma falsa percepção dos fatos, o que o faz proferir uma decisão judicial injusta, favorável ao autor do estelionato judicial, acarretando prejuízo à parte contrária no processo.

⁷ PRADO, op. cit., p. 413.

⁸ GRECO, op. cit., p. 238.

⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁰ PRADO, op. cit., p. 412.



No entanto, aqui reside o principal argumento que justifica a resistência da jurisprudência majoritária em enquadrar o estelionato judicial no tipo penal do estelionato. Conforme dispõe Gilaberte¹¹, em sua obra, o estelionato “trata-se de crime de forma livre, admitindo uma variada gama de meios fraudulentos, tão vasta quanto à capacidade humana de imaginar formas de locupletamento ilícito, jamais superestimada”. Dessa forma, presume-se que, ao menos em tese, o processo judicial deveria ser admitido como meio fraudulento apto para prática do estelionato. Contudo, esse não é o entendimento da maciça maioria dos tribunais brasileiros, que entendem que o processo judicial, por efeito da sua natureza e características peculiares, não seria um meio idôneo para induzir o juiz em erro e, conseqüentemente, configurar o crime previsto no artigo 171 do Código Penal.

Em razão disso, essa controvérsia merece atenção especial, motivo pelo qual o assunto deve ser tratado em capítulo autônomo.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE A NATUREZA DIALÉTICA DO PROCESSO JUDICIAL E O CRIME DE ESTELIONATO

Analisando-se o tipo penal do estelionato, destacou-se que se trata de um crime de forma livre, de modo que o delito poderia ser praticado por qualquer meio capaz de ludibriar a vítima. Conforme aponta Luiz Regis Prado¹²:

além da enumeração exemplificativa – artifício ou ardil – o legislador utiliza-se da fórmula genérica qualquer outro meio fraudulento, dando margem ao emprego de interpretação analógica. (...). Destarte, qualquer conduta dolosa do agente, revestida de fraude, que tenha levado o sujeito passivo a incorrer ou a manter-se em erro, com a obtenção da vantagem ilícita e a conseqüente lesão patrimonial, amolda-se ao tipo em epígrafe [...].

Entretanto, a posição majoritária nos tribunais nacionais afirma que o processo judicial, pelas características a ele inerentes, seria um meio incapaz de induzir o juiz em erro. Os argumentos que sustentam esse entendimento podem ser elucidados com a leitura do seguinte trecho do acórdão proferido pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça¹³:

¹¹ GILABERTE, op. cit., p. 264.

¹² PRADO, op. cit., p. 415.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* n° 1101914/RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802339830&dt_publicacao=21/03/2012>. Acesso em: 29 ago. 2021.



em decorrência do exercício do direito de ação, tem-se que o processo é dialético, possibilitando o controle pela parte contrária, através do exercício da defesa e do contraditório, bem como da interposição dos recursos previstos na Constituição e na lei processual. E, mais, que o magistrado não está obrigado a atender os pleitos formulados, não estando a eles vinculados. Tais circunstâncias são incompatíveis, penso, com a ideia de ardil, ou de indução em erro do julgador em feito judicial.

Percebe-se, portanto, que essa corrente predominante na jurisprudência reconhece o estelionato judicial como um crime impossível, compreendido, nos termos do art. 17 do Código Penal¹⁴, como aquele que, por absoluta impropriedade do meio ou do objeto, não pode atingir sua consumação.

Segundo Cleber Masson¹⁵, “dá-se a ineficácia absoluta quando o meio de execução utilizado pelo agente é, por sua natureza ou essência, incapaz de produzir o resultado, por mais reiterado que seja seu emprego”.

Em resumo, essa corrente baseia-se na característica dialética do processo judicial, que permite o contraditório e a interposição de recurso, para sustentar que a via processual é um meio totalmente ineficaz para enganar o juiz.

Ocorre que a análise da aptidão do processo para ludibriar o magistrado não pode ser feita de forma genérica, sob pena de ignorar imensa diversidade de técnicas fraudulentas que podem ser empregadas dentro de uma demanda judicial. Nessa perspectiva, vale novamente ressaltar as lições de Masson¹⁶:

a inidoneidade do meio deve ser analisada no caso concreto, e jamais em abstrato. O emprego de açúcar no lugar de veneno para matar alguém pode constituir-se em meio absolutamente ineficaz em relação à ampla maioria das pessoas. É capaz, todavia, de eliminar a vida de um diabético, ainda quando ministrado em pequena dose.

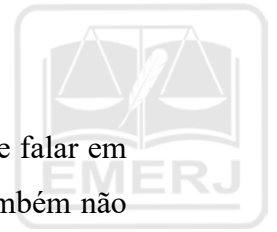
A mesma lógica aplica-se aqui, ao estelionato judicial. Isto é, não se pode equiparar a conduta de alguém que invoca causa de pedir remota inexistente para alcançar êxito em um litígio judicial com a de uma pessoa que falsifica documentos. Por óbvio, o potencial ludibriante da segunda conduta é muito maior, já que enquanto a primeira pode ser facilmente rechaçada através do contraditório e da produção de outras provas, a segunda muitas vezes só consegue ser descoberta através de uma perícia técnica.

Importante frisar, nesse ponto, que o magistrado, como qualquer outro ser humano, está suscetível ao equívoco, bem como a ser levado ao equívoco por uma distorção da realidade

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ MASSON, Cleber. *Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 14. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2020, p. 313.

¹⁶ Ibid.



provocada pela fraude. Dessa forma, como bem dispõe Nilo Batista¹⁷, não há que se falar em inidoneidade presuntiva do juiz para ser ludibriado. Aliás, caso assim não fosse, também não poderia se falar nos crimes de falso testemunho do art. 342 do CP e fraude processual do art. 347 do CP.

Em vista dessas críticas, os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça deram início a uma flexibilização no entendimento da atipicidade do estelionato judicial, posicionando-se no sentido de que a conduta apenas será atípica se for possível ao magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizam a fraude. Nesse sentido, destaca-se o trecho de precedente da sexta turma¹⁸, julgado em maio de 2021:

As nuances de cada caso tem de ser verificadas, pois nem sempre o uso do processo se revela como meio absolutamente impossível à obtenção de sentença e de vantagem ilícita pelos agentes do estelionato; (...). Por isso: quando não é possível ao magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizam a fraude, é viável a configuração do crime de estelionato (...). (...) consta da própria denúncia que os magistrados das Varas Cíveis desconfiaram dos advogados e oficiaram à Presidência do Tribunal de Justiça, que em correição extraordinária analisou os processos e determinou investigações, por meio das quais foram descobertas as falsificações de procurações. Assim, a inidoneidade do meio empregado (ajuizamento de ações indenizatórias) está reconhecida na própria exordial acusatória.

Não obstante essa evolução no posicionamento da jurisprudência dos tribunais superiores, a imprecisão técnica permanece. Ao condicionar a tipicidade do delito de estelionato judicial à possibilidade do magistrado, durante o processo, ter acesso às informações caracterizadoras da fraude, na verdade, o Superior Tribunal de Justiça está fazendo uma confusão entre os conceitos de crime impossível e tentativa.

Como ensina Rogério Sanches¹⁹, o Código Penal brasileiro adota a teoria objetiva temperada ou intermediária, de modo que a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que fique caracterizado o crime impossível, com a consequente atipicidade da conduta. Sendo apenas relativa a impropriedade, resta configurada a tentativa, punida nos moldes do art. 14, II, do CP.

Para entender melhor essa questão, cumpre traçar um paralelo com o estelionato cometido dentro de um restaurante equipado com câmeras de vigilância eletrônica, no qual o cliente adultera a comanda para pagar menos. Em tese, o proprietário tem no dispositivo de

¹⁷ BATISTA, Nilo. Estelionato judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, V. 638, p. 255-259, dez. 1988.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC nº 100912/RJ*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801840731&dtpublicacao=26/05/2021>. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral* (arts. 1 ao 120). 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 366.



vigilância um instrumento para impedir que seja ludibriado pela fraude. Contudo, a simples existência das câmeras no local não faz da situação uma hipótese de crime impossível. O fato de o proprietário resolver checar as filmagens antes do agente obter a vantagem ilícita, apesar de impedir a consumação do delito, não faz com que a conduta seja atípica, mas apenas com que o crime seja punido na modalidade tentada. Isso, porque o meio empregado era, a princípio, apto a ludibriar a vítima, não tendo o crime se consumado por circunstâncias alheias a vontade do agente. Basta pensar que se, por um acaso do destino, o dono do estabelecimento não tivesse checado a câmera de segurança, o crime teria se consumado.

Dessa forma entende Cleber Masson²⁰, dizendo ser possível a tentativa de estelionato em três situações distintas, sendo a primeira aquela em que o sujeito emprega o meio fraudulento, mas não consegue enganar a vítima. Para o autor, nessa hipótese, só não se caracterizará o *conatus* se a fraude era totalmente inapta a ludibriar o ofendido, em face da absoluta ineficácia do meio de execução.

Quanto a isso, importante mencionar que uma parte da doutrina considera como início da execução do estelionato o momento em que a vítima é induzida em erro, de forma que antes de ludibriado o sujeito passivo, todos os atos praticados seriam apenas atos preparatórios, não havendo que se falar em tentativa. Como defensores dessa corrente, pode-se citar Cezar Roberto Bitencourt²¹, que afirma categoricamente que:

no estelionato, crime que requer a cooperação da vítima, o início da sua execução se dá com o engano da vítima. Quando o agente não consegue enganar a vítima, o simples emprego de artifício ou artil caracteriza apenas a prática de atos preparatórios, não se podendo cogitar de tentativa de estelionato.

De todo modo, ainda que se adote esta última corrente, a impropriedade técnica na jurisprudência das cortes superiores se mantém. A única diferença é que, para essa corrente, a confusão não se dará entre crime impossível e tentativa, mas sim entre crime impossível e atos preparatórios.

Ou seja, retornando-se ao exemplo anterior, das câmeras de vigilância. Mesmo que se adote a posição de Cezar Bitencourt, não se chega à conclusão de que a conduta será atípica pela mera possibilidade da vítima ter acesso a instrumentos que poderiam evidenciar a fraude. De fato, no caso do proprietário efetivamente checar as câmeras, evitando que seja ludibriado, a conduta não será punida, nem mesmo na forma tentada. Isso, porém, não ocorreria por se estar

²⁰ MASSON, op. cit., 2021, p. 533-534.

²¹ BITENCOURT apud ibid., p. 534.

diante de crime impossível, e sim, porque essa corrente doutrinária considera que apenas teriam ocorrido atos preparatórios, já que o início da execução do delito de estelionato se daria com o efetivo engano da vítima. Tanto é assim, que se a filmagem não fosse checada e o dono do estabelecimento fosse levado ao erro, poderia vir a se consumir o crime com a obtenção da vantagem ilícita, razão pela qual também não há que se falar aqui em crime impossível por absoluta inidoneidade do meio de execução.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado quando se está diante do estelionato judicial. Inquestionável que no processo judicial o juiz conta com mecanismos, tais como a perícia técnica, a expedição de ofício e o contraditório das partes, que permitem, ao menos na maior parte das vezes, que tenha acesso aos elementos que caracterizam a fraude. Contudo, a mera possibilidade, em tese, do juiz, através de uma atuação diligente, desmascarar a conduta fraudulenta, não torna impossível a consumação do estelionato. Em outras palavras, embora isso torne a via processual um meio mais difícil para ludibriar o magistrado, não o torna absolutamente inidôneo para tal.

Condicionar a tipicidade do estelionato judicial à possibilidade do juiz ter acesso às informações da fraude durante o curso do processo retoma a ideia do juiz infalível, superhumano, na medida em que considera que todas as vezes que o magistrado se depara com uma fraude, por mais complexa que seja, despertará sua desconfiança e tomará as medidas necessárias para evidenciá-la, impedindo a consumação do delito. Tal visão, evidentemente, é meramente utópica e não se coaduna com a realidade prática do Poder Judiciário, sobrecarregado de demandas judiciais.

Com efeito, não importa qual a corrente adotada, no que diz respeito ao momento em que se inicia a execução do estelionato, pois por todos os ângulos a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema não se sustenta.

3. ADEQUAÇÃO DO ESTELIONATO JUDICIAL AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Existe, ainda, um outro argumento basilar adotado pela jurisprudência dos tribunais superiores para afastar a tipicidade do estelionato judicial. Trata-se do princípio da *ultima ratio*, também chamado de princípio da intervenção mínima.

Segundo Bitencourt²², esse princípio pode ser definido como aquele que:

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Dessa forma, entende o Superior Tribunal de Justiça que a conduta conhecida como estelionato judicial é suficientemente combatida através da aplicação de multa por litigância de má-fé, prevista no Código de Processo Civil, bem como através de punições administrativas no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), razão pela qual dispensa a atenção do Direito Penal. A exemplo disso, vale citar passagem de mais um acórdão proferido pela sexta turma²³:

destaque-se, por fim, que o Direito Penal é a *ultima ratio*, não devendo se ocupar de questões que encontram resposta no âmbito extrapenal, não sendo demais lembrar que o Código de Processo Civil prevê a punição para a litigância de má-fé nos artigos 14 a 18 [artigos que referem-se a o Código de Processo Civil de 1973], sem se falar na possibilidade de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

No entanto, esse não é o melhor entendimento. Como se passará a expor, o estelionato executado por meio do processo judicial clama por uma atenção especial do Direito Penal.

Em primeiro lugar, como em todo estelionato, é inegável que um dos bens jurídicos ameaçados pelo estelionato judicial é o patrimônio. Esse interesse jurídico tem tanta relevância no ordenamento pátrio, que algumas das maiores penas cominadas em abstrato estão dentro do título II do Código Penal, que trata dos crimes contra o patrimônio.

A conduta, porém, não se esgota na lesão ao patrimônio. A prática atenta contra a própria Administração da Justiça, prejudicando a lisura do processo judicial e, conseqüentemente, o provimento jurisdicional.

Ressalta-se, nesse ponto, que há todo um capítulo no Código Penal destinado a delitos que tem como função precípua tutelar, única e exclusivamente, a Administração da Justiça, como é o caso do falso testemunho e da fraude processual, previstos nos seus artigos 342 e 347, respectivamente.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 50737/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402100384&dt_publicacao=09/03/2015>. Acesso em: 01 set. 2021.



Sendo assim, percebe-se que o estelionato judicial é uma conduta que atinge não apenas um, mas dois bens jurídicos de extrema relevância para o Direito Penal.

É por isso, aliás, que pode-se dizer com tranquilidade que a conduta não só se enquadra no tipo penal do estelionato, como se enquadra perfeitamente na sua forma majorada, prevista no §3º do art. 171 do Código Penal²⁴, a qual dispõe que “a pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência”.

Rogério Greco²⁵ aponta que essa causa de aumento confere uma maior reprovabilidade ao comportamento, levando em conta o sujeito passivo do delito. Para o autor, apesar da vítima ser uma entidade determinada, como estas prestam um serviço essencial à sociedade, os prejuízos causados a esses entes acabam, por via reflexa, atingindo a própria coletividade.

É justamente o que acontece no estelionato judicial. Embora o ludibriado seja o magistrado, como este é um órgão de apresentação estatal, responsável por exercer uma função própria de Estado, as fraudes cometidas dentro do processo acabam por afetar, em última instância, o próprio acesso à justiça.

A propósito, esse posicionamento vem encontrando respaldo em alguns julgados mais recentes de certos tribunais brasileiros, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁶:

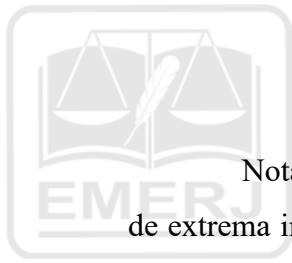
por certo não se desconhece a existência de corrente doutrinária e jurisprudencial sustentando que o denominado “estelionato judicial” é conduta atípica, entretanto, posiciono-me no sentido de que a conduta de advogados que, valendo-se de práticas fraudulentas, ajuízam ações indenizatórias, induzindo a erro o Poder Judiciário, com o fim de se apropriarem indevidamente de indenizações, configura o tipo legal constante no artigo 171, § 3º, do Código Penal, visto que o Magistrado é passível de ser induzido em erro dolosamente gerado.

Deve-se recordar, aqui, conforme visto no capítulo I desse trabalho, que é pacífico na jurisprudência e na doutrina a possibilidade de tanto a pessoa enganada como a pessoa que sofreu o desfalque patrimonial serem sujeitos passivos do estelionato, ainda que uma dessas seja uma pessoa jurídica de direito público.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ GRECO, op. cit., p. 252-253.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0150706-02.2014.8.19.0001*. Relator: Desembargador Antonio Jose Ferreira Carvalho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E93AC63175BDA48A57FA3C4FF72A6522C50E2020442E>>. Acesso em: 01 set. 2021.



Nota-se, portanto, que o estelionato judicial, além de tutelar dois interesses jurídicos de extrema importância no ordenamento pátrio, insere-se na forma majorada do delito do art. 171 do Código Penal.

Soma-se a isso, o fato de que é notório que nem todas as fraudes perpetradas no processo judicial podem ser satisfatoriamente combatidas apenas através de sanções cíveis ou administrativas, necessitando de reprimenda também na seara penal.

Nélson Hungria²⁷ ajuda a entender melhor o tema ao traçar a distinção entre delito civil e delito penal:

no que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. (...). A única diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença unicamente de grau ou quantidade. A este critério relativo, e somente a ele, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade formal de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual.

Por conta disso é que Regis Prado²⁸ assevera que está na política criminal a explicação para que sobre um ato fraudulento recaia uma sanção meramente civil, e sobre outro, também revestido de fraude, incida uma reprimenda penal, cabendo ao Estado juiz, no caso concreto, determinar a diferenciação entre a fraude penal e a civil.

Há, então, que se discernir práticas que podem ser coibidas através de uma simples aplicação de multa civil, de outras que merecem atenção especial do Direito Penal. Ou seja, não pode a jurisprudência igualar a prática de uma pessoa que faz alegações falsas no processo, ou usa do recurso como forma de protelar a decisão final, com a conduta de alguém que, por exemplo, falsifica declaração de união estável para obter, perante o Poder Judiciário, meação a qual não tem direito.

No exemplo acima, enquanto a multa por litigância de má-fé cumprirá o papel de reprimir e desencorajar a conduta no primeiro caso, não se pode dizer o mesmo no segundo caso, que evidentemente caracteriza uma fraude com maior potencial lesivo, capaz de afetar o próprio funcionamento da justiça, devendo, assim, ser coibida de forma mais severa.

Como bem dispõe Magalhães Noronha²⁹:

o mundo moderno oferece clima propício ao estelionato, pela multiplicidade de relações jurídicas que a expansão econômica e o desenvolvimento das atividades

²⁷ HUNGRIA apud GRECO, op. cit., p. 237.

²⁸ PRADO, op. cit., p. 418.

²⁹ NORONHA apud CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 340.

humanas impõem. Ora, o equilíbrio e a harmonia social exigem que essas relações se assentem sobre o pressuposto da boa-fé, e daí o objetivo particular da lei de tutelá-la, ameaçando com a pena as violações da lisura, da honestidade que, como imperativo constante, deve reinar nas relações jurídicas, em torno das quais a vida hodierna se agita. Esse interesse é eminentemente social [...].

Logo, se o Direito Penal se preocupa com a lealdade nas relações jurídicas do cotidiano moderno, como na situação em que um motorista engana o frentista do posto para abastecer seu veículo, não tendo nenhuma pretensão de pagar o valor correspondente, com muito mais certeza deverá se preocupar quando a fraude atenta contra a lisura do processo judicial, instrumento essencial para execução da função jurisdicional.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, a pesquisa apresentada buscou evidenciar a necessidade de uma transformação no posicionamento dos tribunais brasileiros quanto à tipicidade do estelionato cometido através do processo judicial.

Verificou-se que a conduta conhecida como estelionato judicial, apesar de não contar com tipo penal próprio no ordenamento jurídico pátrio, se enquadra perfeitamente no delito previsto no art. 171 do Código Penal.

Assim, não há necessidade de inovações legislativas para que a prática seja coibida e os autores dessa conduta sejam responsabilizados criminalmente, bastando, apenas, uma mudança na jurisprudência, abandonando-se a posição antiquada que ainda predomina nas cortes do país.

Como se constatou, a ideia ultrapassada de que o processo judicial seria um meio ineficaz para ludibriar o magistrado, a qual remete à ideia de um juiz infalível, sobre-humano, traz consequências nocivas que não podem ser ignoradas.

Ademais, viu-se que a conduta em questão atinge não só um, mas dois bens jurídicos de extrema importância no sistema jurídico nacional, os quais necessitam de uma proteção do Direito Penal, uma vez que a mera aplicação de multa civil e sanção administrativa não se mostram suficientes.

Destacou-se, ainda, que a convicção sustentada neste trabalho vem encontrando respaldo em julgamentos esparsos nos tribunais, mas que ainda se apresentam como uma tímida corrente face a maioria esmagadora da jurisprudência, que se posiciona em sentido contrário ao aqui defendido.



Com efeito, conclui-se que a farta criatividade da mente humana para tramar os mais diversos tipos de fraude, aliada a um número expressivo de processos que assoberba o Poder Judiciário e à parca repressão do autor do estelionato judicial, não pode continuar sendo desprezada pelo Estado-juiz.

Afinal, o alastramento da prática do estelionato judicial, se não combatido, inevitavelmente acarretará na desconfiança do jurisdicionado frente às decisões judiciais, com a consequente desmoralização do próprio Poder Judiciário, instituição essencial para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Estelionato judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, V. 638, p. 255-259, dez. 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

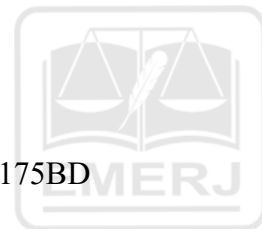
_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84735*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358056>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1101914/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802339830&dt_publicacao=21/03/2012>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC n° 100912/RJ*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801840731&dt_publicacao=26/05/2021>. Acesso em: 29 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 50737/RJ*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402100384&dt_publicacao=09/03/2015>. Acesso em: 01 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0150706-02.2014.8.19.0001*. Relator: Desembargador Antonio Jose Ferreira Carvalho. Disponível em:



<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E93AC63175BDA48A57FA3C4FF72A6522C50E2020442E>>. Acesso em: 01 set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral (arts. 1 ao 120). 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. *Manual de Direito Penal*: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

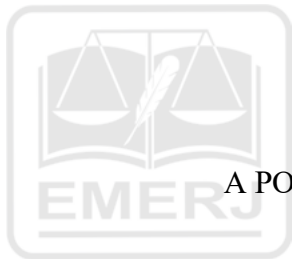
GILABERTE, Bruno. *Crimes contra o patrimônio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 12. ed. V. 3. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 14. ed. V. 1. São Paulo: Método, 2020.

_____. *Direito Penal*: parte especial (arts. 121 a 212). 13. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. rev., atual. e ampl. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



A POSSIBILIDADE DE CONTAGEM DOS TEMPOS FICTOS NO REGIME PREVIDENCIÁRIO DO MILITAR ESTADUAL

Pedro Sgorlon Moreira

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC. Advogado.

Resumo – o presente trabalho visa defender a possibilidade de contagem de tempos fictos no regime previdenciário do militar estadual. Para tanto, faz-se uma análise dos dispositivos constitucionais a respeito do tema e separa-se o regime previdenciário dos servidores públicos civis e o regime dos servidores públicos militares estaduais. Mostra-se a recente alteração legislativa no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a qual demonstra a técnica normativa equivocada para tratar do tema. Ao estudar os julgados referentes à matéria, verifica-se a inexistência de um entendimento linear dos julgadores. Nesse momento, defende-se a necessidade de unificação do posicionamento dos Tribunais. Por fim, conclui-se pela possibilidade de contagem dos tempos fictos pelos militares estaduais dentro do cenário normativo atual.

Palavras-chave – Direito Previdenciário. Regime Próprio da Previdência Social. Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Tempo de Contribuição Fictício.

Sumário – Introdução. 1. Diferenciação básica entre o Regime Próprio da Previdência Social e o Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. 2. A análise do decreto 24-A, de 01 de outubro de 2018. 3. Da insegurança jurídica gerada pelas decisões judiciais que não seguem uma linearidade de entendimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de contagem dos tempos fictos no regime previdenciário dos militares estaduais. Procura-se demonstrar a possibilidade de contagem dos mencionados períodos por meio de uma análise acerca dos dispositivos constitucionais e legais que tratam da temática.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se as regras atinentes ao Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) também se aplicam ao Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A CRFB/88 separa categoricamente o RPPS do Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Apesar disso, parte da doutrina e da jurisprudência sustenta a tese de que o direito previdenciário deve ser entendido como um sistema de regras, razão pela qual os dispositivos atinentes à temática se entrelaçam, o que permitiria, em tese, a aplicação das normas específicas de um instituto ao outro.



O tema assumiu importante papel na atualidade, especialmente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com a edição e publicação do Decreto Estadual nº 24-A, de 1º de outubro de 2018, que afetou o Estatuto dos Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 880, de 25 de julho de 1985).

O referido Decreto atribui eficácia vinculante e normativa ao Parecer nº 07/2010-FBM, consoante proposição da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, e passou a deixar de contabilizar os tempos fictos no regime previdenciário dos Bombeiros Militares do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, voltou à tona a discussão acerca da diferenciação dada pela própria Constituição Federal sobre o Regime Próprio de Previdência Social (art. 40 da CRFB) – que não permite a contagem dos tempos fictos para fins previdenciários – e o Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42 da CRFB) – que não faz referência à aplicação dessa norma a essa modalidade previdenciária.

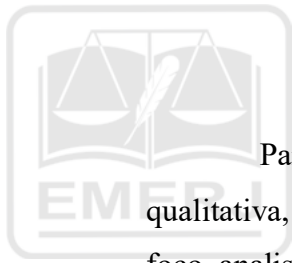
Dessa maneira, mostra-se de suma importância a análise e diferenciação acerca dos dois institutos, especialmente em relação à possibilidade de contagem dos tempos fictos ao Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, o que ganhou especial relevância atualmente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com a edição e publicação do Decreto Estadual nº 24-A, de 1º de outubro de 2018.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando as diferenças básicas atinentes ao RPPS e ao Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, com enfoque na delimitação dos dispositivos constitucionais aplicáveis a cada modalidade de regime.

No segundo capítulo, pondera-se a recente alteração legislativa no âmbito do Estado do Rio de Janeiro acerca do tema, o que demonstra a técnica legislativa inadequada e a inobservância dos dispositivos constitucionais a respeito da matéria.

O terceiro capítulo busca fazer uma análise sobre a jurisprudência a respeito do tema, em que se verifica a presença de entendimentos controvertidos dentro dos próprios tribunais, o que demonstra uma grande sensação de insegurança jurídica a respeito do tema.

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, para sustentar a sua tese.

1. DIFERENCIAÇÃO BÁSICA ENTRE O REGIME PRÓPRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Nesse primeiro momento, o estudo visa demonstrar as diferenças básicas inerentes ao Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) e ao Regime Previdenciário dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, com enfoque na delimitação dos dispositivos constitucionais aplicáveis a cada modalidade mencionada.

Cumpre salientar, inicialmente, que na concepção de Hely Lopes Meirelles¹, a relação entre cargo, órgão e agente, como pessoa física, se dá da seguinte maneira:

O cargo integra o órgão, enquanto o agente, como pessoa física, unicamente titulariza o cargo para servir ao órgão. Órgão, função e cargo são criações abstratas correspondentes, para ser provido e exercido (ou seja, encarnado) por um titular. Quanto à função administrativa, é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a administração atribui a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços.

Também é interessante mencionar a evolução do conceito de servidor público segundo os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

O termo servidor público foi adotado pela Constituição de 1988, sendo que desde então deixou-se de usar a expressão funcionário público, usada na Constituição anterior, embora ainda haja na legislação ordinária referência neste sentido.

Hely Lopes Meirelles³ complementa, ainda, a classificação dos servidores públicos em sentido amplo e sentido estrito, conforme se vê a seguir:

[...] servidor público, em sentido amplo são todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública, direta e indireta, do Estado, sob regime jurídico (a) estatutário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), de natureza profissional empregatícia.

[...] servidor público, em sentido estrito, ou chamados de estatutários, são os titulares de cargos público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou particular e integrantes da Administração direta, das Autarquias e das fundações públicas com personalidade de Direito Público.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 430.

³ MEIRELLES, op. cit., p. 392 e 393.



Diante do exposto acima, verifica-se que os principais autores do Direito Brasileiro propõem definições e classificações para especificar a relação entre a Administração Pública e os indivíduos que consigo possuem relação de trabalho.

Pela própria análise da importância dada pelos doutrinadores a respeito do tema, é possível concluir que o Estado não pode existir sem os agentes que o integram e o gerem. Por isso, se mostra absolutamente necessária a adequada separação normativa desses agentes para o fim de regular suas atuações dentro das peculiaridades inerentes a cada classe.

Assim ensina José dos Santos Carvalho Filho⁴, o qual, claramente, distingue os três grupos de servidores, quais sejam, servidores públicos civis; militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, e os militares das Forças Armadas, integrantes da União. Veja:

É a Constituição Federal que separa os dois agrupamentos, traçando normas específicas para cada um deles. As regras aplicáveis aos servidores públicos civis se encontram entre os arts. 39 a 41, CF. De acordo com o novo sistema introduzido pela EC nº 18/98, há o grupo dos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42 e parágrafos, CF), e o dos militares das Forças Armadas, integrantes da União Federal (art. 142, § 3º, CF).

Historicamente, a CRFB/88, em sua redação originária, no capítulo VII (Da Administração Pública), já distinguia os Servidores Públicos Civis (Seção II – art. 39 a 41⁵) e os Servidores Públicos Militares (Seção III – art. 42).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 1998, a seção III, que antes abrangia os Servidores Públicos Militares, assim entendidos como os integrantes das Forças Armadas e Servidores Militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal (policiais militares e bombeiros militares) passou a englobar apenas esses, e não mais aqueles.

Nesse sentido, os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, continuaram a ser abraçados pelo art. 42, CRFB/88⁶; enquanto que a questão previdenciária dos militares integrantes das Forças Armadas, passou a ser regulada pelo art. 142, CRFB/88, o qual, pela mesma Emenda Constitucional nº 18, teve incluído o §3º à sua redação originária.

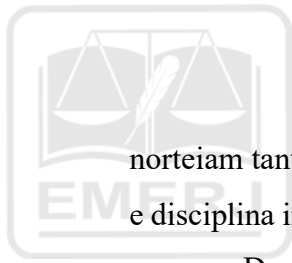
Fato é que a Constituição Federal, desde sua origem, distinguia de maneira clara e setorizada a seção dos Servidores Públicos Civis e a seção dos Servidores Públicos Militares, o que não poderia ser diferente.

De uma maneira geral, os militares são uma classe de servidores públicos especial, regida por leis e regulamentos próprios, dos quais advém direitos e deveres específicos, que

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 618.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁶ Ibid.



norteiam tanto a sua conduta pública quanto particular. Há, nessa classe, uma rígida hierarquia e disciplina institucional, a qual é capaz de afastar diversos direitos inerentes aos civis em geral.

Dentre essas restrições, pode-se elencar o afastamento de direitos trabalhistas de ordem constitucional, como o direito de greve, de sindicalização, de limite de jornada de trabalho; bem como direitos políticos, como o de filiação partidária, de incompatibilidade da candidatura do militar sem estabilidade e de transferência compulsória à reserva remunerada no caso de eleição do militar estável no momento de sua diplomação.

Não obstante as diferenças elencadas acima, está a questão do regime previdenciário dos Servidores Públicos Militares e dos Servidores Públicos Civis, especialmente dos militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal, que é o objeto principal desse estudo.

O art. 40 da Constituição Federal⁷ elenca as regras inerentes ao Regime Próprio da Previdência Social, o qual, como já mencionado anteriormente, encontra-se inserido dentro da seção dos servidores públicos civis (Seção II – art. 39 a 41, CRFB/88).

Por outro lado, o art. 42, §1º, da CRFB/88⁸, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, estabelece as regras constitucionais aplicáveis aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Dentre essas regras, encontra-se o art. 40, §9º, CRFB/88:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Sendo assim, mostra-se de suma importância para esse trabalho, destacar que o Art. 40, §10, CRFB/88⁹, que passou a impedir a contagem de tempo de contribuição fictício pelos servidores públicos civis, não se estende aos militares estaduais, pelo que dispõe o Art. 42, §1º, CRFB/88. O que demonstra uma clara opção do Poder Constituinte Reformador nesse sentido, uma vez que ambos os dispositivos foram alterados pela EC nº 20/98:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Ou seja, interpreta-se da situação acima que o Poder Constituinte separa de maneira categórica os regimes dos servidores públicos civis e dos servidores públicos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Apesar disso, por interesse do próprio Poder Constituinte Reformador, se aplica ao regime dos servidores públicos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios apenas uma, das tantas regras inerentes ao regime dos servidores públicos civis, que é a do Art. 40, §9º, CRFB/88¹⁰.

Em suma, quando o constituinte desejou aplicar normas constantes do Art. 40, CRFB/88¹¹ aos militares, fez a reprodução dessas disposições de maneira expressa na seção seguinte.

A fim de ilustrar a dicotomia mencionada acima, a Câmara dos Deputados Federais, ao realizar o Estudo Técnico nº 32, de 2019¹², analisou a possibilidade de “promover a equiparação dos militares com os servidores civis quanto ao regime previdenciário mediante incorporação daqueles ao regime próprio de previdência dos servidores civis – RPPS”.

Para o desenvolvimento desse estudo, apresentaram apontamentos precisos e didáticos sobre as normas atuais do RPPS e as disposições fixadas para os militares, especialmente quanto às regras de contribuição e de elegibilidade.

Da análise desse Estudo Técnico elaborado pelo Poder Legislativo¹³, fica evidente a distinção entre essas duas categorias (militares e servidores civis). O militar ao ser transferido para a reserva passa a uma condição que não se pode confundir com a aposentadoria. Na reserva remunerada, o militar ainda está sujeito às rígidas normas disciplinares e deve permanecer em condições de retornar imediatamente à atividade em caso de convocação.

O que se poderia chamar de aposentadoria para o militar, na verdade é uma situação de inatividade, que pode ser a reserva remunerada ou a reforma.

Sobre reserva e reforma remunerada, o seguinte texto de Roberto Carlos Rocha Kayat¹⁴ descreve tais institutos:

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira. *Estudo Técnico nº 32*, de 10 de junho de 2019. Disponível em: <et32_2019-previdencia-dos-militares (camara.leg.br)>. Acesso em: 8 abr.2021.

¹³ Ibid.

¹⁴ KAYAT, Roberto Carlos Rocha. Forças Armadas: reforma, licenciamento e reserva remunerada. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, n. 27, 2010, p. 154.



Reforma é a situação em que o militar passa definitivamente à inatividade, na maioria das vezes por idade, doença ou acidente. Em regra, não é possível o retorno ao serviço ativo, como se dá na reserva.

Na reserva permanece o vínculo com as atividades militares, eis que o militar da reserva pode ser convocado a retornar ao serviço ativo. Outra distinção entre os institutos é que a reserva pode ou não ser remunerada; e a reforma é sempre remunerada.

Ou seja, na reserva remunerada, o militar deve estar sempre pronto para ser convocado a voltar à atividade, enquanto na reforma essa possibilidade não existe mais. Porém, nessas duas hipóteses, o militar ainda continua com forte vínculo à força militar, com diversos deveres que ainda deve cumprir, inclusive podendo sofrer sanções disciplinares.

Em sentido diverso, o servidor público civil que se aposenta tem a extinção do vínculo com o ente estatal, conforme determina o art. 37, §14 da CRFB¹⁵:

Art. 37, § 14, da CRFB. A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição. (Incluído pela EC nº 103, de 2019)

A característica mais importante na distinção entre esses dois regimes de previdência está no caráter contributivo do RPPS, enquanto que no regime previdenciário militar o equilíbrio financeiro e atuarial não é exigido. Destaca-se que não há contribuição para o pagamento dos proventos na inatividade, que são considerados encargos financeiros da própria União.

Nesse sentido, veja-se como se posiciona José Afonso da Silva¹⁶:

A Emenda Constitucional 18/1998 modificou a Seção III DO Capítulo VII do Título III da Constituição, que compreende apenas o art. 42. Determinou que a rubrica da Seção, que era ‘Dos Servidores Públicos Militares’, passasse a ser ‘Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios’. (...) A intenção confessada foi a de tirar dos militares o conceito de ‘servidores públicos’ que a Constituição lhes dava, visando com isso a fugir ao vínculo com os servidores civis, que esta lhes impunha. Sua organização e seu regime jurídico [dos militares], desde a forma de investidura até as formas de inatividade, diferem fundamentalmente do regime dos servidores civis.

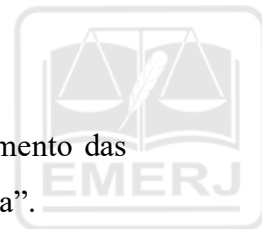
Esse entendimento se funda no Decreto-Lei nº 667/69¹⁷, no artigo 24-C, § 1º, que foi incluído pela Lei nº 13.954¹⁸, de 16 de dezembro de 2019, e determina que: “compete ao ente

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 377-378.

¹⁷ BRASIL. *Decreto-lei nº 667*, de 2 de julho de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0667.htm>. Acesso em: 16 set. 2021.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 13.954*, de 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13954.htm>. Acesso em: 16 set. 2021.



federativo a cobertura de eventuais insuficiências financeiras decorrentes do pagamento das pensões militares e da remuneração da inatividade, que não tem natureza contributiva”.

Pela exposto acima, fica evidente que as normas destinadas ao RPPS não são aplicáveis aos militares, motivo pelo qual essas regras encontram-se muito bem separadas na Lei Maior.

2. A ANÁLISE DO DECRETO 24-A, DE 01 DE OUTUBRO DE 2018

Superada a diferenciação entre esses dois regimes, que se mostram bastante distintos, passa-se a ponderar a recente alteração legislativa no âmbito do Estado do Rio de Janeiro acerca do tema, o que demonstra a técnica normativa inadequada e a inobservância dos dispositivos constitucionais a respeito da matéria.

Conforme analisado, aplica-se aos Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios o disposto no art. 42, da CRFB¹⁹, que estabelece em seu parágrafo primeiro, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, especificamente o seguinte:

§1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

Verifica-se, portanto, que a legislação estadual é capaz de regulamentar de maneira específica a disciplina, sem prejuízo do disposto no art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, todos da CRFB/88²⁰.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a matéria é regulada pela Lei nº 880/85 (Estatuto dos Bombeiros-Militares do Estado do Rio de Janeiro)²¹ e pela Lei nº 443/81 (Estatuto dos Policiais-Militares do Estado do Rio de Janeiro)²². Ambas as Leis encontram-se em vigor até a presente data.

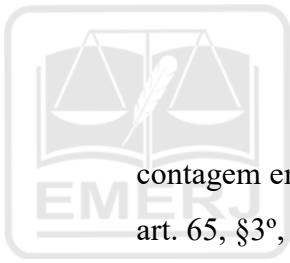
Nota-se que as duas legislações possuem previsões no sentido de possibilidade de contagem de tempos fictos aos militares do Estado do Rio de Janeiro, como por exemplo a

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Estatuto dos Bombeiros-Militares do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/7905bbf78dc320270325680100674ffd?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²² BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Estatuto dos Policiais-Militares do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bc008ecb13dcfc6e03256827006dbbf5/b491b877b18a3c79032565a6005def48?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2021.



contagem em dobro do licença especial adquirida e não gozada (art. 62, §3º, Lei nº 880/85²³ e art. 65, §3º, Lei nº 443/81²⁴).

Os dispositivos mencionados acima, apesar de elaborados antes da atual Constituição, não estão em descompasso com a mesma, tendo em vista que a norma constitucional que veda a contagem de tempos fictos possui previsão adstrita somente aos servidores públicos civis, conforme já analisado e expresso no art. 40, §10, CRFB/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98. Diga-se de passagem, a mesma Emenda Constitucional que alterou o art. 42, CRFB/88, e não estendeu aos militares estaduais a referida disposição.

Sendo assim, plenamente aplicável as disposições previstas nas legislações infraconstitucionais colacionadas, tendo em vista que o próprio Poder Constituinte Reformador, apesar de não tratar de maneira específica do tema em relação aos militares estaduais, dá liberdade ao legislador estadual de regular a matéria, o que se fez nas mencionadas normas.

Apesar da nítida e evidente diferenciação de regimes previsto na Constituição, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro defende tese no sentido de que a inexistência de remissão ao art. 40, § 10, CRFB/88, na normatização específica do regime previdenciário dos militares não implica em autorizar a contagem de tempo fictício. Dessa maneira, a vedação de cômputo de tempo fictício para fins de reconhecimento de direito ao benefício previdenciário se integraria à norma que institui o princípio constitucional da contributividade previdenciária.

Por conseguinte, a PGE/RJ fixou, no Parecer FBM nº 07/2010²⁵, o entendimento de que aplicar-se-ia aos militares estaduais a vedação de contagem de tempo fictício para quaisquer fins previdenciários.

Salienta-se que o próprio Parecer sustenta que há divergência de entendimento a respeito da matéria dentro da própria Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (páginas 2 e 3)²⁶, o que demonstra a fragilidade do entendimento firmado:

II - ENTENDIMENTOS DIVERGENTES NO ÂMBITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

Nada obstante a referência da manifestação da douta Assessoria Jurídica da Secretaria de Segurança (ASJUR/SESEG) se referir a dois pareceres desta Procuradoria Geral no sentido de afastar a possibilidade de contagem de tempo fictício para a inativação de militares (fls.102), o tema não é pacífico no âmbito deste Órgão Central do Sistema Jurídico.

²³ BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 23.

²⁵ BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer FBM nº 07/2010*. Disponível em: <<https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/en/search/47436?exp=%22VANTAGENS%22%2Fassunto>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁶ Ibid.



Nesse sentido, seguindo o disposto no referido Parecer, em 1 de outubro de 2018, o Interventor Federal da Área de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, General de Exército Walter Souza Braga Netto, editou o Decreto nº 24-A²⁷, que atribui eficácia vinculante e normativa ao Parecer nº 07/2010-FBM, consoante proposição da Procuradoria-Geral do Estado.

É de suma importância salientar que até o dia primeiro de novembro de 2018, quando foi publicado o Decreto nº 24-A de 1º de outubro de 2018, o Estado do Rio de Janeiro permitia aos militares estaduais a contagem dos tempos fictos, mesmo aqueles adquiridos após a EC nº 20 de 1998, pois entedia-se que o §1º do art. 42 da CRFB possuía um silêncio eloquente ao não incluir o §10 do art. 40 em sua redação.

Dessa forma, por quase vinte anos a administração pública desse Estado possibilitou aos seus militares estaduais a contabilidade de tempos fictos de contribuição para fins de passagem à inatividade.

Tal fato demonstra que o Estado do Rio de Janeiro, mesmo com a edição do Decreto nº 24-A, não interpreta de maneira equivocada a disposição constitucional, uma vez que considera válidos todos os tempos fictos adquiridos até a publicação da mencionada norma estadual.

Se a questão fosse de cunho constitucional, não haveria a contagem de tempos fictos aos militares estaduais desde a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, o que não é o caso.

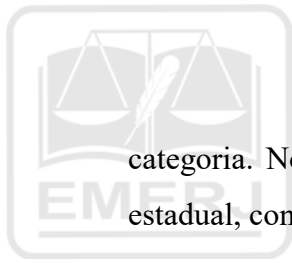
Por conseguinte, constata-se que se passou a deixar de considerar os tempos fictos previstos em Lei Ordinária Estadual por determinação oriunda do mencionado Decreto emanado do Interventor Federal.

Nessa perspectiva, verifica-se que houve a revogação de dispositivos legais por via de decreto, o que fere a hierarquia das normas, fundamentada na teoria da Pirâmide de Kelsen. Veja-se o entendimento do STF a respeito do tema ²⁸, “Ementa: agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Impossibilidade de decreto suspender a eficácia de lei. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”

Sendo assim, percebe-se que a Constituição não impõe a limitação prevista na seção dos servidores civis aos militares estaduais, a qual impede a contagem de tempos fictos àquela

²⁷ BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. *Decreto nº 24-A*, de 1 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/215884723/doerj-poder-executivo-01-11-2018-pg-6>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Rg. no RE nº 582.487/ES*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=104331513&ext=.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2021.



categoria. No entanto, dá liberdade de regulação da relação desses servidores ao legislador estadual, conforme jurisprudência do STF a respeito do tema²⁹:

EMENTA: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 13.954/2019. ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PARA INATIVIDADE E PENSÃO. POLICIAIS E BOMBEIROS MILITARES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA ESTABELEECER NORMAS GERAIS. ART. 22, XXI, DA CF/88. EXTRAVASAMENTO DO CAMPO ALUSIVO A NORMAS GERAIS. INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

[...]

5.Cabe à lei estadual, nos termos do art. 42, § 1º, da Constituição Federal, regulamentar as disposições do art. 142, § 3º, inciso X, dentre as quais as relativas ao regime de aposentadoria dos militares estaduais e a questões pertinentes ao regime jurídico. [...]

Portanto, cabe somente à lei estadual, em seu sentido estrito, a regulação das relações do ente estadual com os servidores militares. As Leis Estaduais existem e estão em pleno vigor, foram aprovadas pela assembleia legislativa e sancionadas pelo chefe do poder executivo do Estado do Rio de Janeiro. Não podem, dessa maneira, ter suas normas revogadas por ato unilateral do Interventor Federal, consubstanciada no Decreto nº 24-A/2018.

3. DA INSEGURANÇA JURÍDICA GERADA PELAS DECISÕES JUDICIAIS QUE NÃO SEGUEM UMA LINEARIDADE DE ENTENDIMENTO

É incontroverso que a contagem dos tempos fictos não é mais possível no RPPS para todos os servidores públicos civis, porém, o Poder Judiciário não possui até o momento uma posição uniforme a respeito dessa vedação para os militares estaduais que possuem leis que possibilitam a contagem de tempos fictícios.

Conforme exposto anteriormente, a EC nº 20/98 deu nova redação ao art. 40 da CRFB, o que trouxe o caráter contributivo para o regime próprio dos servidores públicos em uma norma constitucional. Essa mesma Emenda Constitucional também alterou o §10 do art. 40, determinando que as leis não podem estabelecer qualquer forma de contagem de tempo fictício para fins previdenciários.

A partir dessa alteração constitucional todos os servidores públicos civis deixaram de adquirir tempos fictos de contribuição, mesmo que houvesse lei infraconstitucional nesse sentido, pois essas normas não foram mais recepcionadas pelo ordenamento constitucional.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO n° 3.396*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754130379>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Por outro lado, relembra-se que os militares estaduais possuem regime previdenciário próprio, com assentamento constitucional no art. 42, devendo ser destacado que a EC nº 20, que instituiu o caráter contributivo para o RPPS, não estendeu a vedação do §10 do art. 40 a essa categoria especial de servidores públicos. Isso porque, no sistema previdência dos militares não existe esse caráter contributivo (art. 201, §9º-A, da CRFB e art. 24-C, § 1º, do Decreto-Lei nº 667/69³⁰).

Até a publicação do Decreto nº 24-A/2018, o Estado do Rio de Janeiro permitia aos militares estaduais a contagem dos tempos fictos, mesmo aqueles adquiridos após a EC nº 20 de 1998, pois entedia que o §1º do art. 42 da CRFB possuía um silêncio eloquente ao não incluir o §10 do art. 40 em sua redação.

Dessa forma, por quase vinte anos a administração pública desse Estado possibilitou aos seus militares estaduais a contabilidade de tempos fictos de contribuição para fins de passagem à inatividade.

Com a alteração promovida pelo Decreto nº 24-A, diversos militares desse Estado buscaram a via judicial para manterem o direito de contagem de tempos fictos estabelecidos na Lei nº 880 de 25 de julho de 1985.

Diante dessas demandas, uma grande parcela da jurisprudência entende que os militares estaduais possuem um regime próprio de previdência, que é denominada de Sistema de Proteção Social dos Militares, com assentamento constitucional no art. 42. Esse sistema próprio dos militares não se confunde com o RPPS e somente o §9º do art. 40 é aplicável a esses militares, por determinação expressa no §1º do art. 42.

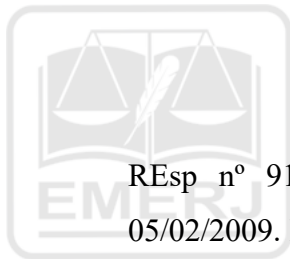
Nesse Sistema de Proteção Social dos Militares, a contribuição não é fator de equilíbrio financeiro ou atuarial, pois compete ao Tesouro, dentro desse modelo não contributivo, o pagamento da remuneração do militar ativo e inativo, bem como dos proventos da pensão militar.

Assim, para essa grande parcela da jurisprudência, aos militares estaduais do Estado do Rio de Janeiro é possível o acréscimo de tempos fictos aos anos de serviço para fins de passagem à inatividade.

Nesse sentido: STF, Plenário. ADO nº 28/SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 16/04/2015. Data de Publicação no DJE: 03/08/2015³¹; e STJ, Quinta Turma.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 17.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 28/SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307323877&ext=.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2021.



REsp nº 913.582/CE. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do Julgamento: 05/02/2009. Data de publicação no DJE: 09/03/2009³²;

Veja-se, especificamente, o entendimento recentíssimo do TJ/RJ³³ a respeito do tema:

REMESSA NECESSÁRIA/APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. BOMBEIRO MILITAR. INDENIZATÓRIA. LICENÇA ESPECIAL NÃO GOZAGA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA AQUISIÇÃO DO PERÍODO DE LICENÇA ESPECIAL NÃO USUFRUÍDA. VEDAÇÃO DA CONTAGEM EM DOBRO QUE ENCONTRA RESPALDO EM NORMA CONSTITUCIONAL QUE MENCIONA APENAS OS CIVIS E QUE, PORTANTO, NÃO PODE SER INTERPRETADA EXTENSIVAMENTE PARA RETRINGIR DIREITOS. POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO EM DOBRO CONTEMPLADA NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL EM VIGOR EM RELAÇÃO AOS MILITARES. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Para uma outra parcela da jurisprudência, a previdência social é única e a norma do art. 40, §10, da CRFB criou o caráter contributivo para o sistema previdenciário que deve alcançar também os militares estaduais. Esses magistrados entendem que a vedação desse dispositivo é geral e as características próprias do Sistema de Proteção Social dos Militares não são capazes de afastar a aplicação dessa norma.

Seguindo essa segunda corrente: ³⁴STJ, Primeira Turma. Ag. Int. no RMS nº 37.995/RJ (2012/0098634-7). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 09/03/2017. Data de publicação no DJE: 20/03/2017; e ³⁵TJ/RJ, Vigésima Câmara Cível. Apelação nº 0119227-49.2018.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Mônica de Faria Sardas. Data de julgamento: 26/08/2020.

Em suma, pela análise do exposto acima, é possível perceber que a questão, apesar de antiga, não se encontra pacificada, o que gera grande sensação de insegurança jurídica nos pleitos que tratam do tema. Nesse cenário, é patente a necessidade de se adotar um

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 913.582/CE*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=913582&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 2 set. 2021

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Remessa Necessária/Apeleção Cível nº 0123749-51.2020.8.19.0001*. Relator: Desembargador Jaime Dias Pinheiro Filho. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004757AD233FA97C94A04891B8290BB3F18C50E1F63591C&USER=>>>. Acesso em: 2 set. 2021.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ag. Int. no RMS nº 37.995/RJ*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=37995&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 2 set. 2021.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0119227-49.2018.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Mônica de Faria Sardas. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=4188678&PageSeq=0>>. Acesso em: 2 set. 2021.



posicionamento unificado a respeito da questão apresentada a fim de se evitar decisões contraditórias como vem ocorrendo na atualidade.

Pela análise das divergências apontadas e dos institutos pertinentes, o presente trabalho visa demonstrar que os argumentos sustentados pelos adeptos da segunda corrente mencionada nesse capítulo são frágeis e fruto de uma interpretação equivocada da Constituição Federal que não revelam o real interesse do Poder Constituinte Reformador ao editar as normas sobre o tema.

Afere-se, portanto, que o melhor entendimento é no sentido da primeira corrente, que conclui que não se aplica aos militares estaduais a vedação constitucional que impossibilita a contagem de tempos fictos elencada no capítulo dos servidores civis.

Tal posicionamento se extrai do fato de que os fundamentos utilizados por essa doutrina são os mais objetivos possíveis, evidenciam a vontade do Poder Constituinte Reformador e se adequam às demais normas constitucionais e legais que normatizam o Sistema de Proteção Social dos Militares, um sistema previdenciário completamente distinto do RPPS.

CONCLUSÃO

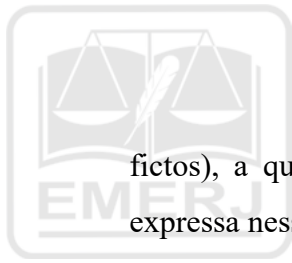
Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que no cenário das disposições constitucionais e da legislação vigente a respeito do tema estudado, é possível a contagem de tempos fictos pelos servidores públicos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Verificou-se que as normas constitucionais separam de maneira categórica os servidores públicos civis e os servidores públicos militares estaduais. Desse modo, as regras atinentes a uma categoria não se estendem à outra. Por outro lado, quando o Poder Constituinte optou por aplicar as normas de uma categoria à outra, o fez de forma expressa.

Assim, somado a todos os fundamentos que demonstram a impossibilidade de equiparação de uma categoria à outra, não se mostra possível estender a disposição constitucional que veda a contagem de tempos fictos aos servidores públicos civis à categoria dos servidores públicos militares.

A relevância da pesquisa é evidenciada nos direitos que toca.

De um lado, parcela da doutrina e jurisprudência entendem que a previdência social é única, e a EC nº 20/98, ao estabelecer o caráter contributivo do sistema previdenciário dos servidores civis, estatuiu a norma do art. 40, §10, da CRFB (que veda a contagem de tempos



fictos), a qual deve alcançar também os militares estaduais, ainda que não haja previsão expressa nesse sentido.

Noutra beira, sustenta-se que o Poder Constituinte Reformador, no mesmo momento em que editou a regra que veda a contagem de tempos fictos aos servidores públicos civis, também alterou a seção que trata dos servidores públicos militares estaduais, oportunidade em que reservou à lei estadual específica tratar da matéria previdenciária a respeito dessa categoria. Além disso, quando optou por estender normas referentes à seção dos servidores públicos civis, o fez de forma expressa.

Da conjugação das fontes de conhecimento apresentadas, é possível perceber que a questão, apesar de antiga, não se encontra pacificada, e que a jurisprudência corrobora tal percepção ao apresentar julgados em sentidos diametralmente opostos, o que cria uma grande sensação de insegurança jurídica.

A pesquisa possibilitou perquirir o reconhecimento de que a tese sustentada pela doutrina que defende a impossibilidade de contagem dos tempos fictos pelos militares estaduais apresenta fundamentos mais frágeis e fruto de uma interpretação equivocada da Constituição Federal, que não revelam o real interesse do Poder Constituinte Reformador ao editar as normas a respeito do tema.

Cristalina é a interpretação no sentido de que quando o Poder Constituinte Reformador optou por estender normas referentes à seção dos servidores públicos civis aos servidores públicos militares estaduais, o fez de forma expressa.

Além disso, irrefutável é o entendimento de que o Poder Constituinte, quando quis realizar a vedação à contagem de tempos fictos, o fez de maneira expressa, seja no RPPS (Art. 40, §10, CRFB), ou no Regime Geral de Previdência Social (Art. 201, §14, CRFB). Dessa maneira, não é possível estender a norma que veda a contagem de tempos fictos aos servidores públicos militares.

Mais acertada, contudo, é a possível solução exposta no capítulo final, no sentido de que é patente a necessidade de se adotar um posicionamento unificado a respeito da questão apresentada, a fim de se evitar decisões contraditórias como vem ocorrendo na atualidade.

Outrossim, caso se objetivasse a extinção dos tempos fictos, bastaria a edição de uma Lei Estadual em seu sentido estrito que passasse a vedar a contagem desses períodos pelos militares estaduais, o que atenderia à disposição constitucional a respeito do tema.

Conclui-se, assim, que o Estado do Rio de Janeiro, em 2018, ao editar o Decreto nº 24-A, que passou a impossibilitar a contagem de tempos fictos pelos militares do Estado a partir de sua publicação, não atende à determinação constitucional que estabelece a forma legislativa



de Lei em seu sentido estrito. Além disso, por via transversa, acaba por revogar disposições legais (*strictu sensu*) que permitem a contagem desses períodos pelos militares do Estado.

Imperiosa foi a tarefa de compreender os diversos desdobramentos do tema apresentado, sendo certo que o estudo da matéria vai além, e que sua compreensão está em evolução dada a sua complexidade. No entanto, não há como concluir de forma diferente que, no cenário atual, mostra-se plenamente possível a contagem de tempos fictos pelos militares estaduais do Estado do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Estatuto dos Bombeiros Militares do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/7905bbf78dc320270325680100674ffd?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Estatuto dos Policiais-Militares do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bc008ecb13dcfc6e03256827006dbbf5/b491b877b18a3c79032565a6005def48?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira. *Estudo Técnico n° 32*, de 10 de junho de 2019. Disponível em: <[et32_2019-previdencia-dos-militares](http://camara.leg.br/et32_2019-previdencia-dos-militares) (camara.leg.br)>. Acesso em: 8 abr.2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. *Decreto-lei n° 667*, de 2 de julho de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de10667.htm>. Acesso em: 16 set. 2021.

_____. Governo do Estado do Rio de Janeiro. *Decreto n° 24-A*, de 1 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/215884723/doerj-poder-executivo-01-11-2018-pg-6>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. *Lei n° 13.954*, de 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13954.htm> Acesso em: 16 set. 2021.

_____. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Parecer FBM n° 07/2010*. Disponível em: <<https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/en/search/47436?exp=%22VANTAGENS%22%2Fassunto>>. Acesso em: 30 ago. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag. Int. no RMS nº 37.995/RJ*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=37995&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 913.582/CE*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=913582&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 2 set. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. *ACO nº 3.396*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754130379>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 28/SP*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307323877&ext=.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Rg. no RE nº 582.487/ES*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=104331513&ext=.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0119227-49.2018.8.19.0001*. Relatora: Desembargadora Mônica de Faria Sardas. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=4188678&PageSeq=0>>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Remessa Necessária/Apelação Cível nº 0123749- 51.2020.8.19.0001*. Relator: Desembargador Jaime Dias Pinheiro Filho. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004757AD233FA97C94A04891B8290BB3F18C50E1F63591C&USER=>>>. Acesso em: 2 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

KAYAT, Roberto Carlos Rocha. Forças Armadas: reforma, licenciamento e reserva remunerada. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, n. 27, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FACE À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS ALTERNÂNCIAS DE ENTENDIMENTO DO STF

Petronilho Lima Carneiro

Graduado pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, Advogado.

Resumo – A possibilidade de prisão do acusado antes da ocorrência do trânsito em julgado é tema controverso no ambiente jurídico-acadêmico, notadamente pelo fato de que, se, para alguns, tal ocorrência feriria o princípio de não-culpabilidade por afronta ao texto normativo constitucional, para outros, o início da execução da pena seria plenamente válido, funcionando como elemento indispensável à garantia da efetividade da Lei Penal. A tônica da discussão do tema reside, sobretudo, no alcance da aplicabilidade da presunção de inocência, sua abrangência e limites. Diante desse contexto, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira tem sofrido diversas alternâncias de entendimento, ora entendendo como possível a prisão em segunda instância, ora imputando inconstitucionalidade a tal prática. Fato é que, a partir do advento da CRFB/88, o tema ainda não é pacífico; dessa forma, gerando muita expectativa toda vez em que é revisitado pelo STF.

Palavras-chave – Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Entendimentos do STF. Constitucionalidade. Trânsito em julgado. Não-culpabilidade

Sumário – Introdução. 1. O princípio da presunção de inocência: abrangência e limites. 2. A (in)constitucionalidade da prisão antes da ocorrência do trânsito em julgado. 3. Evolução histórica da jurisprudência do STF acerca da execução provisória da pena a partir da CRFB/1988. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende discutir a constitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de processo judicial. Visa-se demonstrar a postura da Suprema Corte brasileira no enfrentamento dessa questão nos últimos anos, bem como evidenciar os impactos jurídicos e sociais causados por sua constante mudança de entendimento acerca do tema, sobretudo, em casos de grande evidência.

Para embasar essa problemática o trabalho traz calorosas divergências doutrinárias em que o princípio da presunção de inocência, por um lado, se impõe como direito fundamental à dignidade da pessoa humana, e por outro, é confrontado pela pretensão punitiva do Estado.

O tema denota extrema relevância jurídica em virtude do apelo que possui todas as vezes em que é objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. O placar das decisões dos ministros do STF a respeito do tema, comumente “estrito”, traz a sensação de insegurança



jurídica diante de possível mudança de entendimento em decisões futuras, o que impede que o tema se torne pacífico e sedimentado na jurisprudência nacional.

O primeiro capítulo busca analisar amplamente o princípio da presunção de inocência e estabelecer os seus limites, trazendo à tona o seguinte questionamento: até que ponto o esgotamento das instâncias recursais e a impossibilidade de prisão senão após o trânsito em julgado, se revela legítimo exercício de direito à ampla defesa?

Adiante, o segundo capítulo versa sobre as constantes mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema e os consequentes impactos jurídicos e sociais causados.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa se dedica a expor argumentos favoráveis e contra o início da execução da pena, antes da ocorrência de trânsito em julgado.

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.

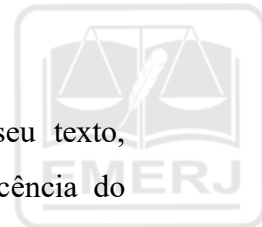
Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ABRANGÊNCIA E LIMITES

O estado de inocência tem por base solidificada nos postulados jurídicos, filosóficos, doutrinários e políticos do Iluminismo e se revela importantíssima conquista histórica dos cidadãos em sua constante luta contra os abusos do Estado. O marco legal de seu surgimento advém da previsão expressa do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

Mais tarde, outra conquista legislativa no sentido de reconhecimento do princípio da não-culpabilidade ganhou notoriedade na Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, como reação aos abusos cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas cometidos durante o período da Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto de pós-guerra, como resposta as barbáries cometidas pouco tempo antes, e a partir de uma necessidade mundial de afirmação dos direitos fundamentais do ser



humano, a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, trouxe em seu texto, especificamente no artigo 11 uma importante exposição sobre o direito de inocência do indivíduo perante o Estado.

Estabelece esse dispositivo que todo ser humano acusado de crime, sem exceção, possui direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento no qual lhe tenham assegurado todas as garantias necessárias à sua defesa.

A partir de então, movimentos legislativos em diversas partes do mundo testemunharam o fortalecimento do postulado da presunção de inocência, que também se mostrou presente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, art. 8º, item 2, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 678/92), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 592/92.

Beccaria¹, inspirado pelo movimento iluminista, em 1764, afirmava que um homem não poderia ser considerado culpado antes da sentença do juiz. Além disso, a sociedade apenas lhe poderia retirar a proteção Estatal depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Nesse sentido, não se pode aplicar uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.

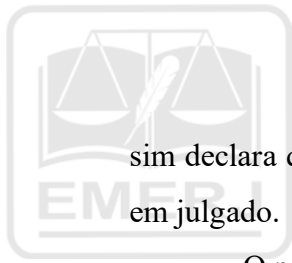
Para Pacelli², a Constituição brasileira não só presume a inocência do acusado, mas a afirma como valor a ser protegido por toda a persecução penal.

Nas lições de Fábio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos³, todavia, tal princípio não possui terminologia adequada, atribuindo melhor denominação como princípio da não-culpabilidade, uma vez que a Magna Carta, segundo eles, não presume a inocência, e

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 37.

² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 497.

³ BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. *Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.



sim declara que ninguém será considerado culpado, antes de sentença condenatória transitada em julgado.

O princípio do estado de inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88, o qual dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Tratado como cláusula pétrea pelo legislador Constituinte Originário de acordo com o art. 60 §4º, inciso IV da CF, desdobra-se em três aspectos importantes: (I) instrução (o ônus da prova incumbe à acusação); (II) valoração (em benefício do acusado - *in dubio pro reo*); (III) excepcionalidade da prisão⁴.

O texto normativo da Carta Constitucional de 1988 evidencia caráter extremamente protetivo aos direitos de liberdade e inocência do ser humano, não só os reconhecendo recorrentemente em diversos dispositivos, como também, lhes conferindo status de direitos fundamentais.

Neste sentido, merecem destaques uma série de garantias esposadas no art. 5º da CRFB/88 conferidas ao ser humano como desdobramentos do postulado da presunção de inocência, como por exemplo os mandamentos de que ninguém será privado de liberdade ou seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV) e que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII).

A Carta Maior ainda prevê que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (inciso LXI), além de esclarecer que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inciso LXV) e que ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVI);

A conjugação sistemática de todos esses dispositivos que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, denota que a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória⁵, sendo inegável que o legislador previu como regra a preponderância da inocência do indivíduo em detrimento da possibilidade de restrição de sua liberdade.

Há de se ressaltar, entretanto, que esse princípio, assim como todos os demais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluto, e a sua essência implica especificamente na

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 94.

⁵ CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. São Paulo, 2015. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-05022016-090727/pt-br.php>>. Acesso em: 01 mai. 2021.



necessidade de comprovação da culpa na forma da lei. Desse modo, pertinente é a constatação de que em nenhum dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, há previsão expressa da exigência de que a inocência somente possa ser afastada por meio do trânsito em julgado.

A presunção de inocência requer, na verdade, em caso de condenação, que essa tenha sido alcançada com o estrito respeito ao sistema acusatório, ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o princípio traz em si uma presunção e não uma certeza.

Gilmar Mendes⁶ esclarece que, apesar de a Constituição estabelecer que ninguém deverá ser considerado culpado, não há uma delimitação precisa do que seria esse tratamento, o que, em sua reflexão, dependeria de uma atuação do legislador. Ele aponta igualmente que, a previsão constitucional não impede um tratamento tanto mais gravoso quanto mais afirmada a culpa do acusado, ressaltando que o regulamento legal opera nesse sentido.

Embora a literalidade da redação constitucional adotada aqui no Brasil possa levar à conclusão de que a execução provisória da pena estaria vedada, impende-se destacar que a interpretação meramente literal reduz a efetividade do sistema, atravanca o seu funcionamento operacional e impede a efetividade de outros princípios. Portanto, é salutar que se privilegie uma interpretação sistemática.

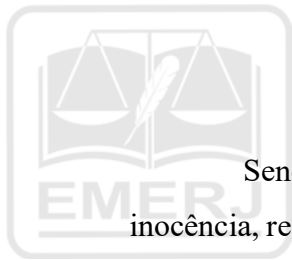
Dentro de um cenário de um processo penal acusatório, portanto, não se mostra absurdo defender que após a imputação de responsabilidade penal por meio de um devido processo legal desenvolvido com a observância das garantias (constitucionais) do sistema acusatório, permita-se a execução da pena imposta e revista no segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento.

Destarte, há que se ponderar se há razoabilidade na preservação quase que absoluta do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, em sacrifício de tantos outros, igualmente reconhecidos pela Lei Maior de 1988, como o da efetividade de Lei Penal, bem como todo o sistema de a estrutura de órgãos de persecução penal previsto em seu texto, que tem a finalidade correcional de seus órgãos prejudicada em homenagem ao prestígio exacerbado de um postulado.

Nesse sentido, corrobora as lições de Bitencourt⁷, que ensina a necessidade da correção do argumento de que a execução provisória da pena importe em um “jogar no lixo” dos “direitos assegurados a todo cidadão brasileiro que responde a um processo criminal”.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 457.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.



Sendo assim, impõe-se necessária a instituição de limites ao princípio da presunção de inocência, relativizando-o, sob pena de tornar ineficaz o próprio sistema processual penal como instrumento hábil à punição Estatal.

2. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ANTES DA OCORRÊNCIA DO TRÂNSITO EM JUGADO

A discussão acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena provoca no meio jurídico um verdadeiro campo de batalha.

Para doutrinadores como os eminentes Nestor Távora e Afrânio Silva⁸ não pode ocorrer a prisão antes do trânsito de sentença penal condenatória pelo fato de que ninguém pode ser considerado culpado. Acrescentam que a admissão da execução da pena em momento anterior ao da formação da coisa julgada, fundamentada em eficiência do sistema penal e ou em confirmação de condenação em outro tribunal, afronta não só a CRFB/88, como também colide no art. 283, do CPP.

No mesmo sentido Aury Lopes⁹ consigna que a execução provisória da pena nada mais é do que a antecipação do tratamento de culpado ao réu durante a persecução criminal. Salienta ainda que a fase recursal é fase processual, motivo pelo qual a presunção de inocência não pode ser afastada enquanto houver possibilidade recursal, do contrário, se atribui ao réu condição análoga a de culpado.

Acerca do tema, José Afonso da Silva¹⁰ preleciona que o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado afronta a ordem normativa constitucional, de modo que é inadmissível o órgão guardião da Constituição emitir decisão que permita tal fato, tendo em vista o tamanho grau de confronto com a CRFB/88.

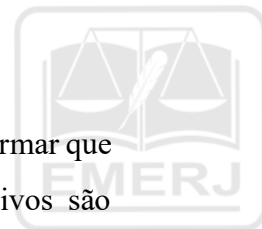
O Ministro Marco Aurélio¹¹ em seu voto no julgamento do habeas corpus nº 126.292, exemplifica em sua análise do caso concreto, sua preocupação com a execução provisória da pena, consubstanciada no caso de uma pessoa inocente ser levada a cárcere e posteriormente venha a ser posta em liberdade. Nesse caso, não mais seria possível devolver a liberdade ao indivíduo que lhe foi tirada precocemente.

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 70.

⁹ LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 15.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Parecer Jurídico, anexado ao HC 152.752*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 out. 2021.



Na mesma ocasião se posicionou o Ministro Celso de Melo¹² de sentido de afirmar que a presunção de inocência não vai se esgotando ao passo que os recursos defensivos são utilizados. É dizer, o marco temporal para a desconsideração do princípio da não culpabilidade é o trânsito em julgado, não havendo, portanto, um esvaziamento paulatino da presunção de inocência.

Como demonstração da importância do princípio positivado no art. 5º, LVII da CRFB, José Afonso da Silva¹³ aduz que nem mesmo o poder constituinte derivado poderia alterar essa norma, uma vez que tal norma goza de caráter absoluto, eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Noutro giro, tem-se a favor da tese que pugna pela constitucionalidade da execução provisória da pena o fato de que a prisão ocorrida após acórdão proferido em segunda instância, atende plenamente ao art. 5º LVI que prevê a necessidade de ordem escrita e fundamentada por autoridade competente para a sua ocorrência.

Nesse sentido, O Ministro Luís Roberto Barroso¹⁴ em seu voto no habeas corpus nº 126.292, aduz que o pressuposto para a execução da pena não é o trânsito e julgado de decisão, mas sim a ordem fundamentada de autoridade judicial competente.

Desse modo, tem-se que, após o exaurimento acerca do conteúdo fático e probatório de determinado caso em concreto, havendo sucessivas condenações em diferentes instâncias à luz do duplo grau de jurisdição, poderia ser iniciada a execução da pena caso haja o esgotamento dos recursos em sede de segunda instância.

Esse raciocínio decorre da lógica sistemática recursal tanto do Recurso Especial, quanto do Recurso Extraordinário, por possuírem apenas efeito devolutivo, sem contar no fato de poder discutir matéria de fato e de provas.

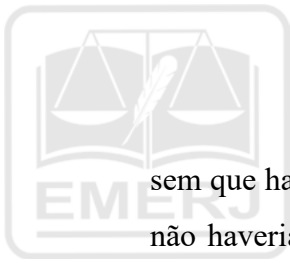
Além disso, ressalta-se que a própria função dos Tribunais Superiores, que é de uniformização jurisprudencial, justifica a constitucionalidade da execução provisória da pena, uma vez que esses não devem fazer as vezes de uma instância ordinária. Prova cabal dessa lógica, é a necessidade prévia de repercussão geral da matéria para que o tribunal superior avalie o caso concreto, o que evidencia que esses tribunais não se prestam ao julgamento de matérias de *inter partes*, mas de interesse da coletividade.

Além do exposto, pesa a favor da defesa da constitucionalidade da execução provisória da pena o seguinte, uma vez existindo a possibilidade de um indivíduo ser preso cautelarmente,

¹² BRASIL, op. cit., nota 18.

¹³ SILVA, op. cit, p. 9.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 out. 2021.



sem que haja sentença penal condenatória, estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, não haveria motivo que justificasse a vedação da prisão em segunda instância, já que nesse momento, os fatos e as provas já teriam sido apreciados pela primeira instância e confirmados por um tribunal.

Noutras palavras, de um lado tem-se a permissão para prender alguém antes mesmo do regular desencadeamento do processo de primeiro grau, enquanto, por outro lado, não se pode realizar o recolhimento do indivíduo no caso de os fatos e as provas, duplamente avaliadas pelo judiciário, condenarem o réu.

Além disso, defende-se que a impossibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado acaba por beneficiar o réu que, por meio do intrincado e completo sistema jurisdicional recursal adotado no Brasil, acaba tendo a sua conduta alcançada pelo instituto da prescrição da pretensão punitiva estatal, se furtando muitas vezes do cumprimento de pena de crime hediondo indubitavelmente por ele cometido.

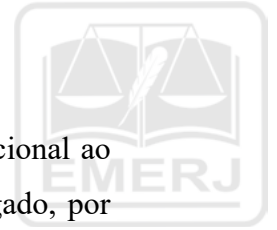
Se de um lado tem-se o princípio da presunção de inocência como norma Constitucional impositiva, do outro, deve ser sopesado o interesse Constitucional na efetividade da Lei Penal no sentido de regular as condutas sociais. Nesse sentido, ambos os valores possuem escopo constitucional de modo que devem procurar, conjuntamente, a sua coexistência.

Toda a sistemática penal não pode ser completamente esvaziada em homenagem a um princípio que, assim como todos os outros, não é absoluto. Frise-se que a aplicação efetiva da pena cumpre papel inestimável na sociedade, colaborando com a sensação de paz, prevenindo delitos e desestimulando a sua prática.

Portanto, a quem entende constitucional a execução provisória da pena, impende destacar a necessidade de ponderação entre tais valores axiológicos, de modo a se identificar substancial redução de valor à presunção de inocência ao passo em que a persecução criminal se desencadeia e as condenações ocorrem em diferentes graus de jurisdição.

Nesse diapasão, acerca dos institutos recursais tem-se que o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não possuem o condão de revisitar provas e fatos, de modo que se possam rever as condenações. Ao contrário, tais institutos se dirigem a causas já decididas em única ou última instância, conforme se extrai do art. 102, III e 105, III da CRFB/88.

Sustenta-se, ainda, que considerar inconstitucional a execução provisória, seria autêntica transformação dos tribunais superiores em instâncias ordinárias, uma vez que um condenado em segunda instância, ciente da possibilidade e da necessidade de recorrer da decisão para não ser preso, fatalmente irá se valer dos recursos de todas as formas, inclusive de maneira protelatória, para tentar alcançar a prescrição da pretensão punitiva.



É fato a predominância doutrinária no sentido de atribuir caráter inconstitucional ao início da execução da pena antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, por força normativa da CRFB/88, todavia, diante dos argumentos expostos, demonstra-se o quão o tema desperta pontos de vista distintos.

Não por acaso é assunto provocador de constantes mudanças de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA CRFB/1988

A temática foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal pouco tempo após a promulgação da Constituição Cidadã vigente, mais precisamente no ano de 1991.¹⁵ Nessa ocasião, por meio do julgamento do habeas corpus nº 68.726-DF, o STF firmou entendimento no sentido de reconhecer a possibilidade de ser iniciada à execução provisória da pena logo após a confirmação, em segundo grau, da sentença condenatória do juízo de piso¹⁶, *in verbs*:

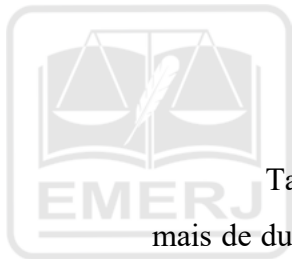
HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. não conflita com o art. 5, inciso lvii, da constituição. de acordo com o par.2 do art. 27. da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelará em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (BRASIL, 1992, STF, HC: 68726/DF).

Nesse diapasão, o cenário do Judiciário à época era de plena aplicação da execução provisória porquanto houvesse pendência de interposição de recurso defensivo de apelação. Isso ocorria, sobretudo, em virtude de expressa autorização de condenação antecipada por parte do art. 637 do Código de Processo Penal, que prevê em sua redação a ausência de efeito suspensivo em relação aos Recursos Especial e Extraordinário.

Assim, não haveria necessidade de espera do trânsito em julgado para da sentença penal condenatória para que um réu fosse levado à prisão.

¹⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 842.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.726/DF*. DJe: 20/11/1992. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>>. Acesso em: 01 jul. 2021.



Tal posicionamento sedimentou-se na jurisprudência da Suprema Corte por um pouco mais de duas décadas desde a inauguração da nova ordem constitucional, até que, em 2009, a partir do julgamento do habeas corpus nº 84.078/MG, houve radical mudança no entendimento da casa.¹⁷

Fixou-se por meio do julgamento do Pleno do STF que haveria inconstitucionalidade no instituto da execução provisória da pena, tese essa construída pelo Ministro e relator do processo Eros Grau¹⁸, enfatizando que o desejo de vingança daqueles que são a favor da execução provisória da pena, os tornam delinquentes.

O Ministro fundamentou seu entendimento na Lei de Execuções Penais que, além de norma tida como mais harmoniosa em relação texto constitucional, também era lei mais nova em detrimento do Código de Processo Penal e seu art. 637.

Ademais, defendera que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória só poderia ser decretada, se fundamentada e diante de uma das hipóteses de prisão cautelar.¹⁹

Por conseguinte, ressaltou em sua tese que o princípio da não-culpabilidade alcançava todas as fases processuais, inclusive recursais de natureza extraordinária, motivo porque não deveria ser afastado em quaisquer graus de jurisdição.

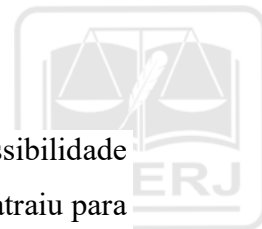
Impende significativa importância trazer à baila a ementa da referida decisão:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP0104.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. V. Único. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2016, p. 1250.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. DJe: 05/02/2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.534.



Sete anos após a mudança de posicionamento do STF no sentido da impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, em 2016 o tema foi revisitado e atraiu para si os holofotes midiáticos.

A Corte Constitucional brasileira, por meio do julgamento do habeas corpus nº 126.292, cujo paciente foi o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e o relator foi o Ministro Teori Zavascki²⁰, fixou o entendimento anterior, retomando a possibilidade de execução provisória da pena, nos termos da ementa a seguir *in verbs*:

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.

Tal julgamento alterou o entendimento acerca da execução provisória da pena, por sete votos a quatro. Os Ministros Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármem Lúcia e Gilmar Mendes votaram a favor da execução provisória da pena. Em sentido contrário votaram os Ministros Rosa Webber, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

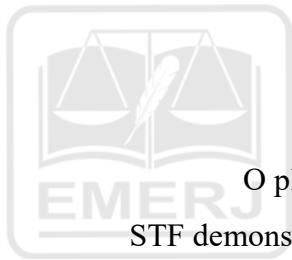
Fato é que em 2019 o tema foi reacendido aos debates no meio jurídico por meio de revisão do tema por parte do STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54²¹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se discutiam a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Como fica evidenciado, o tema é constantemente objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, que ao longo do tempo modificou o seu entendimento por diversas vezes, não tendo conseguido pacificar um posicionamento por um período significativo de tempo.

As recorrentes modificações de entendimento acerca da possibilidade ou não de iniciar-se provisoriamente a execução da pena acaba por acarretar instabilidade jurídica aos operadores do direito, além do fato de aparentar excessiva volatilidade do Poder Judiciário perante a sociedade.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 964.246/SP*. DJe: 11/11/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 01 jul. 2021.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 54*. DJe: 07/11/2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/decisoes-229725616>. Acesso em: 01 jul. 2021.



O placar ajustado na maioria das vezes em que o assunto é analisado pelo plenário do STF demonstra o equilíbrio de opiniões dos Ministros da casa, não sendo difícil imaginar que a partir de nomeações de próximos Ministros, o tema seja entendido novamente de maneira diversa pela Suprema Corte.

Toda essa conjuntura traz a sensação de que a qualquer momento, a possibilidade de prisão em segunda instância será revisitada, motivo que leva à conclusão que este é um instituto jurídico atualíssimo no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A partir do estudo desenvolvido nota-se o caloroso confronto doutrinário que rodeia a execução provisória da pena de prisão diante do princípio da presunção de inocência, bem como a dificultosa sedimentação de entendimento jurisprudencial acerca do assunto.

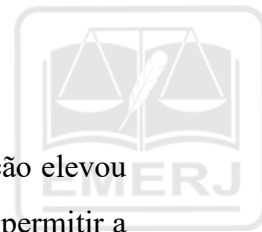
Por um lado, majoritariamente é defendido que não se pode olvidar a valoração do referido princípio, já que o próprio ordenamento jurídico pátrio optou por atribuir-lhe status constitucional.

Desse modo, ao analisarmos tal postulado no contexto do surgimento dos direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo do tempo pela sociedade, a aplicação de qualquer medida ou instituto jurídico que toque a “soberania” da presunção de inocência, é e sempre será alvo de apontamento de inconstitucionalidade.

Por outro lado, sabe-se que nenhum direito é absoluto, sendo assim, a despeito da relevância inexoravelmente valiosa do postulado da presunção de não-culpabilidade para a sedimentação dos direitos dos povos de todo o mundo, é necessário se fazer a ponderação de interesses e o sopesamento de direitos e princípios diante de cada caso em concreto.

Essa ideia alberga razoabilidade, sobretudo porque em diversos casos, antes mesmo de iniciar-se a instrução processual, já é possível a autoridade competente emanar ordem fundamentada de prisão processual de natureza cautelar, determinando que qualquer pessoa imputável seja recolhida ao sistema prisional e tenha a sua liberdade privada, sem qualquer ventilação de possibilidade de lesão a presunção de inocência.

Por conseguinte, sugere certa desproporcionalidade a possibilidade de um processo em que tenha sido analisada a autoria e materialidade do delito sob o crivo do contraditório e ampla defesa e respeitado o duplo grau de jurisdição, possa-se afirmar absolutamente afronta à ordem constitucional por desrespeito ao princípio da não culpabilidade.



Desse modo, embora não se deva ignorar o princípio que a própria legislação elevou ao patamar de Direito e Garantia Fundamental, o ordenamento também não deveria permitir a utilização do referido princípio, simplesmente como meio protelatório ao devido cumprimento da pena por parte do condenado em primeira e segunda instância, o que reiteradamente é feito pela defesa técnica.

Ademais, uma vez confirmada uma decisão condenatória por meio do duplo grau de jurisdição, assegurando a autoria e materialidade delitiva de um acusado, não se estaria mais discutindo a culpabilidade dele.

Noutras palavras, não se discutiria mais se aquele a quem se imputa a conduta delitiva é ou não é inocente, uma vez que o recurso especial e extraordinário não se presta a tratar sobre essas questões de autoria e materialidade.

Nesse sentido, o uso pleno e infinito do princípio da presunção de inocência sob a justificativa de exercício da ampla defesa ao acusado, em muitos casos, pode acabar configurando, um enfraquecimento da própria sistemática da persecução penal, de modo a inviabilizar a pretensão punitiva do Estado.

Isso porque, o esgotamento das vias recursais por parte da defesa, pode significar, ao fim de um processo, a impunidade de alguém que, comprovadamente cometeu um delito, e que deixou de ser apenado por conta de um esvaziamento de poder do Estado, o que invariavelmente provoca a opinião pública pelo embate entre o rigor da Lei e a busca pela justiça, esta última, muitas vezes desprestigiada diante da sensação de impunidade.

Desse modo, por conta dificultosa tarefa de encontrar mecanismos capazes de assentar a subsistência mútua do instituto da execução provisória da pena e o postulado da presunção de inocência, sem de qualquer modo, ser apontada possível inconstitucionalidade, é que o STF constantemente modifica suas decisões acerca do assunto.

Portanto, acredita-se que as alternâncias de entendimento da Suprema Corte brasileira acerca do objeto da presente pesquisa, está longe do fim, notadamente pela força política e midiática dos casos de grande repercussão, que são costumeiramente exitosos do ponto de vista jurídico ao fazer com que o tema seja revisitado com certa frequência, além do fato que os placares das votações do STF ao tratar do assunto, historicamente ocorrem com pouca diferença de votos, o que sugere a possibilidade factível de mudança de posicionamento jurisprudencial nos próximos anos.



REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 54*. DJe: 07/11/2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/decisooes-229725616>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 964.246/SP*. DJe: 11/11/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 68.726/DF*. DJe: 20/11/1992. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.078/MG*. DJe: 05/02/2009. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Julgado em 17.02.2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 24 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. São Paulo. 2015. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-05022016-090727/pt-br.php>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. *Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 10 jul. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. de. *Manual de processo penal: V. Único*. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2016.

LOPES Jr. Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



SILVA, José Afonso da. *Parecer Jurídico, anexado ao HC 152.752*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/277543/parecer-do-jurista-jose-afonso-da-silva-contraprisao-de-lula-e-protocolado-no-stf>>. Acesso em: 26 out. 2021.

TÁVORA, Nestor, *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.



OS IMPACTOS DA PANDEMIA NOS ALUGUÉIS COMERCIAIS E O DEVER DE RENEGOCIAR SOB A ÓTICA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Rachel Moraes Valença Moreira

Graduada em Direito pela Faculdade Mackenzie Rio. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – O fenômeno pandêmico do coronavírus acarretou grandes mudanças na esfera jurídica, o que gerou o desequilíbrio superveniente de diversos contratos de locação comercial, em decorrência da onerosidade excessiva em desfavor de uma das partes. Tendo em vista que a legislação não apresenta, necessariamente, a solução adequada para todos os casos concretos, torna-se preciso pensar em artifícios capazes de fazer com que as partes retornem a seu *status quo ante*. Assim, o presente trabalho possui o objetivo de analisar, sob o manto do princípio da conservação dos contratos, com fundamento na boa-fé objetiva, a prevalência do dever de renegociar.

Palavras-chave – Locações. Coronavírus. Imprevisibilidade. Boa-fé objetiva. Renegociação.

Sumário – Introdução. 1. Medidas restritivas e o possível desequilíbrio contratual superveniente dos contratos de aluguéis comerciais. 2. Resolução contratual como solução legal em contraponto ao princípio da função social do contrato. 3. O dever de renegociar tendo como fundamento normativo a boa-fé objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática do desequilíbrio contratual econômico superveniente nos contratos de aluguéis comerciais provocados pela COVID-19. Serão abordados o agravamento excessivo do sacrifício econômico assumido por um dos contratantes e a necessidade de renegociação do contrato de aluguel, com fundamento na boa-fé objetiva, como regra, e no bom senso levando-se em conta a pandemia instaurada.

Para tanto, visa-se discutir se o dever de renegociar prepondera, sob o manto do princípio da conservação dos contratos, como solução para os inquilinos endividados, em meio à inexistência de normas emergenciais que especifiquem quanto às consequências dessa alteração econômico-financeira.

No contexto atual, o fenômeno pandêmico do coronavírus tem acarretado grandes mudanças na esfera jurídica em razão das medidas tomadas para a contenção da doença. A determinação de *lockdown* em diversas cidades impede a abertura de estabelecimentos e, em virtude da recomendação de permanência dos consumidores em suas residências, inviabiliza a obtenção regular de lucro de muitas atividades comerciais.



Desse modo, com a suspensão das atividades de forma presencial, o comprometimento de inúmeras relações contratuais fica abalado, especialmente para os locatários, os quais ficam impedidos de atuar e, por conseguinte, honrar seus compromissos.

Com o propósito de que não seja gerada a frustração do fim do contrato e da grave inobservância de sua função social, já que ocasionaria o fechamento de empresas e desempregos em massa, faz-se necessário o presente estudo.

Assim sendo, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apontando que o advento da pandemia tem ocasionado sérios prejuízos econômicos aos comerciantes em virtude das normativas restritivas, o que leva à onerosidade excessiva dos respectivos contratos de aluguéis dos estabelecimentos.

Já no segundo capítulo, é importante exteriorizar que a resolução desses contratos de aluguéis com desequilíbrio econômico, apesar de prevista em lei, não é a solução mais viável e vantajosa para as partes envolvidas, visto que não atende aos fins sociais do contrato.

Por sua vez, no terceiro capítulo, será demonstrado que o dever de renegociar, para o presente caso, é o artifício mais plausível no sistema brasileiro em decorrência da insuficiência legislativa, em obediência à cláusula geral da boa-fé objetiva e ao princípio da conservação dos contratos, surgindo como uma releitura das relações contratuais.

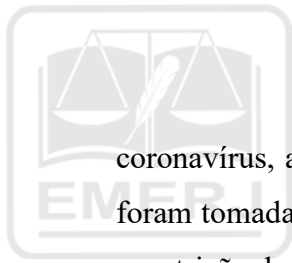
Com relação à metodologia a ser desenvolvida no presente trabalho será usado o método hipotético-dedutivo. A partir disso, há a possibilidade de desenvolvimento de um conjunto de situações hipotéticas viáveis, passando pela formulação de hipóteses e por um processo de inferência dedutiva, para posterior comprovação ou rejeição de argumentos.

Esse método será empregado na forma da abordagem qualitativa, a fim de que seja analisado o objeto de forma adequada, relacionando-se as informações àquilo que será pesquisado.

Para tanto, o pesquisador se valerá da pesquisa explicativa, por meio de considerações bibliográficas, basicamente, permitindo que se tome conhecimento de material relevante, lançando mão do que já foi publicado em relação ao tema, para que se possa chegar a conclusões que sirvam de embasamento para pesquisas futuras.

1. MEDIDAS RESTRITIVAS E O POSSÍVEL DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL SUPERVENIENTE DOS CONTRATOS DE ALUGUÉIS COMERCIAIS

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde, por meio de seu diretor geral, declarou a elevação do estado da contaminação por Covid-19, doença causada pelo novo



coronavírus, a pandemia¹. Com isso, para o enfrentamento dessa patologia, diversas medidas foram tomadas pelos estados brasileiros² logo nos meses seguintes, tendo como consequência a restrição da circulação de pessoas e o fechamento de grande parte do comércio.

Em vista disso, determinados contratos tornaram-se efetivamente impossíveis de serem cumpridos, tais como os contratos de transporte de pessoas por aviação, em razão das barreiras criadas, e outros tiveram seu cumprimento limitado temporariamente, como é o caso dos contratos de aluguéis comerciais.

Nas palavras de Anderson Schreiber³:

Pense-se, ainda, no amplo universo das locações de imóveis para fins comerciais, como, por exemplo, na locação de uma loja de rua. O locatário havia celebrado o contrato com escopo de explorar o comércio, mas, no âmbito das medidas de contenção adotadas no combate à pandemia, o Poder Público pode ter ordenado o fechamento da loja, como ocorreu, por exemplo, na cidade do Rio de Janeiro, em que o Decreto Municipal n. 47.282/2020 determinou a “suspensão (...) do funcionamento dos estabelecimentos que pratiquem o comércio de bens [...]”

Em que pese a determinação do fechamento do comércio, é preciso destacar que a prestação do contrato de locação não se trata, de fato, do funcionamento das atividades comerciais, mas sim da cessão do uso e gozo da coisa imóvel, com a contraprestação do pagamento do aluguel⁴. Logo, tecnicamente, ambas as prestações continuariam sendo possíveis durante as restrições impostas.

No entanto, não há como negar que houve comprometimento nos polos das relações contratuais, em especial para o locatário empresarial, o qual observou a queda na receita auferida e no fluxo de consumo com as medidas restritivas aplicadas. Salienta-se, dessa forma, que a discrepância entre o cenário previsto no momento da contratação e a realidade vivenciada no ato do cumprimento, dá ensejo à existência do desequilíbrio contratual econômico superveniente.

Conforme salienta Schreiber⁵, o desequilíbrio contratual superveniente equivale ao agravamento excessivo do sacrifício econômico assumido por um dos contratantes, à luz do

¹AGÊNCIA BRASIL. *Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

²Idem. *Veja as medidas que cada estado está adotando para combater a covid-19*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/veja-medidas-que-cada-estado-esta-adotando-para-combater-covid-19>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

³SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e o dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 456.

⁴Ibid.

⁵Ibid., p. 448.

benefício econômico derivado do contrato, ou do sacrifício econômico originariamente assumido, em virtude de fato posterior à celebração do contrato.

Pela análise do art. 478 do Código Civil⁶, os requisitos para a configuração do referido desequilíbrio superveniente seriam: a existência de contrato de execução continuada ou diferida; excessiva onerosidade; acontecimento extraordinário e imprevisível após a formação do contrato; e extrema vantagem para a outra parte.

Destaca-se que é necessária a existência de parte efetivamente lesada, pois, caso a alteração superveniente não acarrete prejuízos, será ela irrelevante⁷. Além disso, não pode a desproporção ser parte do negócio jurídico, como ocorre nos contratos aleatórios⁸, pois não há como se considerar fato imprevisível, devendo este ser um elemento acidental da avença.

Para que seja constatada a ocorrência do desequilíbrio contratual superveniente, faz-se necessário ainda verificar de que modo se dará a aferição, se ela estará centrada em aspectos subjetivos ou objetivos.

No que tange aos aspectos subjetivos, em regra, não devem ser considerados para a aferição da excessiva onerosidade, pois não dizem respeito ao objeto do contrato, refletindo o estado do sujeito contratante. Desse modo, encontrar-se o contratante na iminência de uma insolvência não torna sua prestação excessivamente onerosa, nem autoriza eventual revisão do contrato com base na tutela do equilíbrio contratual.

Inclusive, de acordo com o Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil do CJF/STJ⁹, “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”, ou seja, a onerosidade excessiva não pode ser alegada diante de uma simples oscilação econômica.

Já no tocante aos aspectos objetivos, tem-se que estes estão vinculados ao próprio objeto do contrato, com foco na prestação, confrontando-se os valores entre os momentos de conclusão e execução e considerando-se a irregularidade acentuada em relação ao equilíbrio originário¹⁰.

No presente caso, para os contratos de aluguéis comerciais, ainda que não tenham vinculação direta aos aspectos objetivos do contrato, as medidas restritivas que foram adotadas

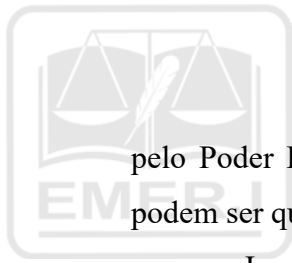
⁶BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

⁷EISAQUI, Daniel Dela Coleta. *Revisão judicial dos contratos: a teoria da imprevisão no Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p. 118.

⁸Contratos previstos no art. 458 e seguintes do CC/02. São aqueles cujas partes estão subordinadas a uma álea, à sorte, podendo deixar de existir em virtude de acontecimento incerto.

⁹BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/486>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁰EISAQUI, op. cit., p. 119.



pelo Poder Público, se resultarem em excessivo sacrifício econômico para uma das partes, podem ser qualificadas como acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Isso se dá porque o benefício econômico derivado do contrato original — no caso, o contrato de locação — ficou prejudicado a partir do momento em que os comerciantes de serviços não essenciais foram obrigados a fechar suas portas, sofrendo uma grave queda em seu faturamento.

Com o fim de reforço a respeito dos acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, pode-se citar as palavras do professor Sílvio de Salvo Venosa¹¹, que esclarece:

um fato será extraordinário e anormal para o contrato quando se afastar do curso ordinário das coisas. Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem. Não podemos atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência. Esses acontecimentos devem refletir-se diretamente sobre a prestação do devedor. Não são motivo de revisão os fatos, por mais imprevisíveis, que não aumentam o sacrifício do obrigado. O instituto caracteriza-se pela incidência sobre a prestação devida, tornando-a excessivamente onerosa para o devedor.

Nessa situação, sendo observada a existência de desequilíbrio contratual econômico superveniente no contrato de locação, dois artifícios legais poderiam ser cogitados como forma de reequilibrar o contrato em curso: a revisão judicial e a resolução do contrato.

Com relação à revisão contratual, o art. 19 da Lei nº 8.245/91¹² menciona que as partes poderão pedir revisão judicial após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, com o fim de ajustá-lo ao preço do mercado. Porém, a aplicação desse artigo acaba não sendo prática, visto que há uma limitação temporal para que a revisão seja analisada, deixando diversos contratos à deriva.

Além disso, embora seja aplicável a lei do inquilinato às relações locatícias, em virtude de sua especificidade, a revisão dos contratos poderia ter como norte o art. 317 do CC/02. Nesse caso, o locatário poderia ajuizar uma demanda buscando a adequação do contrato e seu reequilíbrio.

Entretanto, essas ações poderão ocasionar um inchamento do Poder Judiciário, causando desgaste para as partes, bem como, ainda, gerar decisões conflitantes, pois, conforme indica Schreiber¹³, o art. 317, ao tratar da teoria da imprevisão, “foi redigido para cuidar apenas

¹¹VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1111.

¹²BRASIL. *Lei nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹³SCHREIBER, op. cit., p. 451.

do problema da correção monetária”, assegurando o valor real da prestação, não sendo aplicável a qualquer caso.

Dessa maneira, para o contratante que sofre a excessiva onerosidade, a solução crua apresentada pela legislação em vigor é a que consta do art. 478 do CC/02, qual seja, o direito de resolver o contrato.

Dada a solução proveniente da legislação civil, o próximo capítulo se prestará a elucidar que a resolução do contrato para os casos de onerosidade excessiva não é a melhor saída para ambos os contratantes.

2. RESOLUÇÃO CONTRATUAL COMO SOLUÇÃO LEGAL EM CONTRAPONTO AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Como visto, a legislação civil, para os casos em que ocorra a excessiva onerosidade, possibilita ao contratante prejudicado o direito de resolver o contrato.

A resolução tem por objetivo o desfazimento contratual, de forma retroativa ou não, conforme a natureza da relação material. Em que pese a resolução ser a forma pela qual libera o contratante do vínculo jurídico, aquela, não necessariamente, atende às inclinações práticas das partes.

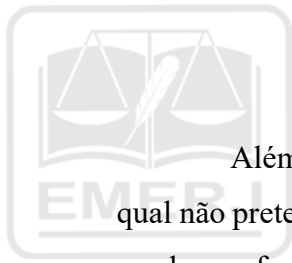
Sabe-se que o fim do contrato é a primeira solução observada para os casos de onerosidade excessiva, pois, pela regra do art. 478 do CC¹⁴, foi indicada, tão somente, a resolução contratual, a qual não dá margem à negociação, dificultando ainda mais a manutenção do negócio jurídico, como se verifica no seguinte artigo:

art. 478 do Código Civil: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

No entanto, muitas das vezes, diferentemente do que consta em lei, há um interesse na continuidade da relação contratual pela parte lesada. Isso se dá porque, o locatário, em regra, não deseja perder o contrato, querendo tão somente readequá-lo à nova realidade, tornando-o novamente equilibrado do ponto de vista econômico¹⁵.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁵SCHREIBER, op. cit., p. 451.



Além disso, menciona-se também, grande interesse por parte do credor, ora locador, o qual não pretende se ver diante de uma situação em que precisará fechar seu imóvel e deixar de receber os frutos dele provenientes.

Conforme verificado no capítulo anterior, nem sempre a revisão contratual será possível em substituição à resolução. Dessa maneira, como defesa da manutenção do contrato, é preciso pensar em outras soluções, que não o seu término, destacando-se, especialmente, o princípio da Função Social do Contrato, consagrado no art. 421 do CC¹⁶.

A função social do contrato decorre do princípio constitucional regente da função social da propriedade, estando positivada no Código Civil de 2002. Essa positivação da função social dos contratos resultou em complementação da função social da propriedade, pois tanto a propriedade quanto o contrato são os alicerces da economia mundial de mercado¹⁷.

Apesar de a função social do contrato vir em oposição à concepção clássica liberal individualista da autonomia privada, sendo a principal característica da nova realidade contratual, há uma dificuldade efetiva em sua aplicação, pois o Código Civil tão somente enunciou esse princípio na forma de cláusula geral¹⁸. Com isso, cabe aos intérpretes da lei fornecer uma efetividade coerente com as demais disposições do ordenamento jurídico.

Em decorrência disso, vale dizer que a função social possui eficácia bifronte, repercutindo de forma interna na relação dos contratantes e de maneira externa, com o fim de tutelar interesses da coletividade.

Em sua eficácia interna, o principal traço é a conservação ao máximo dos negócios pactuados e a consagração da autonomia privada¹⁹. Essa função relaciona-se com a igualdade existente entre as partes segundo seus concretos interesses e circunstâncias fáticas.

Já em sua eficácia externa, tem-se a relação entre o contrato e terceiros determinados e ainda a relação do contrato com a coletividade, nas quais a solução contratual não pode trazer lesões a interesses difusos e coletivos, bem como prejuízos a terceiros, no caso de consumidores²⁰. Além disso, destaca-se ainda que, dentro dessa ordem, o contrato não pode ofender valores ambientais ou atinentes à concorrência.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷MARTINS apud EISAQUI, op. cit., p. 81.

¹⁸Conforme artigo 421 do Código Civil, denota-se o seguinte: a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

¹⁹TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

²⁰Ibid.

Portanto, a partir da dupla eficácia do princípio da função social dos contratos, segundo o qual a relação jurídica não mais se conforma unicamente com os interesses individuais, a solução resolutiva, dada pela lei, não pode ser considerada unicamente.

Isso se dá porque o contrato de locação comercial, em especial, envolve relações de trabalho, relações de consumo e questões ambientais, as quais estão muito acima do vínculo interpartes. Com isso, a opção legal pelo fechamento pode gerar um grande reflexo no mercado e consequências drásticas, acarretando a quebra de empresas e desemprego em massa.

Nesse sentido, é preciso destacar o Enunciado nº 22 da I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ²¹: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. Constata-se, portanto, que esse princípio pode ser utilizado como defesa à manutenção do contrato e como contribuição à negociação entre as partes.

Com isso, a partir do exame do desequilíbrio contratual, tratado no primeiro capítulo, é revelada a importância do desenvolvimento de remédios dirigidos ao reequilíbrio do contrato, rompendo-se o dogma da preferência pelas soluções que conduzem à sua extinção²².

Quanto a esse fato, de forma a ratificar tal necessidade, destacam-se, do mesmo modo, as palavras de Flávio Tartuce²³:

[...] qual seria a melhor solução para os contratos em tempos de pandemia. Aplicar a generalização para a extinção ou revisão imediata, com a utilização dos primeiros mecanismos listados, liberando-se o devedor de suas obrigações em muitas das situações ou até como regra geral? Ou, por outra via, analisar o impacto específico para cada contrato, sendo possível também utilizar os mecanismos de conservação? A minha resposta, como quer o jurista citado, é pelo segundo caminho, buscando-se um equilíbrio entre as teses conflitantes.

Dessa maneira, é preciso observar o impacto específico de cada contrato, e, antes mesmo de qualquer judicialização com fim resolutivo, é importante analisar o caso concreto. A partir disso, devem-se examinar os efeitos da alteração da situação para todos os envolvidos, buscando-se, preferencialmente, a negociação como dever na resolução dos conflitos.

3. O DEVER DE RENEGOCIAR TENDO COMO FUNDAMENTO NORMATIVO A BOA-FÉ OBJETIVA

²¹BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

²²SCHREIBER, op. cit., p. 351.

²³TARTUCE, op. cit., nota 19.



Como já demonstrado nos capítulos anteriores, em se tratando de contratos de locação comercial, os quais sofreram impacto econômico em consequência da pandemia do coronavírus, torna-se necessário considerar, não apenas as soluções previstas de forma expressa na lei, mas também a possibilidade de renegociação.

Segundo a professora Nelly Maria Potter Welton²⁴, doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a renegociação seria mera faculdade entre as partes²⁵, já que não há no ordenamento jurídico uma norma específica que obrigue à negociação de contratos em desequilíbrio.

Para tanto, é imprescindível que a boa-fé objetiva seja observada nesses casos, impondo aos contratantes um comportamento cooperativo e transparente voltado à efetiva realização do fim contratual.

O princípio da boa-fé objetiva impõe um padrão de conduta às partes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses um do outro, visando alcançar efeito prático que justifique a existência jurídica do contrato celebrado²⁶.

Esse princípio está previsto nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil²⁷, destacando-se a alteração promovida pela Lei da Liberdade Econômica — Lei nº 13.874/2019 —, a qual valorizou ainda mais a relação jurídica e aumentou a força da autonomia privada.

Com isso, com vistas a obter o reequilíbrio contratual, há deveres de conduta que derivam da necessidade de as partes colaborarem entre si para a concretização do intento contratual, como no caso de informar ao locador a respeito do desequilíbrio contratual identificado e suscitar uma possível renegociação.

A partir disso, ainda que não haja uma norma específica que estabeleça o dever de renegociar, pode-se depreender que o reconhecimento desse dever encontra fundamento normativo na cláusula geral da boa-fé objetiva²⁸.

De todo modo, a renegociação dos contratos é uma pretensão que acaba sendo, de fato, recomendável, tanto na realidade dos contratos atingidos pelo coronavírus, como, em especial, nos contratos de locação não residencial.

Porém, esse dever de renegociar não configura, simplesmente, um dever de reequilibrar o contrato em sede negocial ou mesmo de a parte beneficiada aceitar as novas condições desejadas pelo contratante, o qual alega sofrer a onerosidade excessiva. Na realidade,

²⁴UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Biblioteca Digital de Teses e Dissertações*. Disponível em: <<https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9312>>. Acesso em: 24 out. 2021.

²⁵SCHREIBER, op. cit., p. 373.

²⁶NEGREIROS apud SCHREIBER, op. cit., p. 376.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁸SCHREIBER, op. cit., p. 376.

pode-se falar em um dever de ingressar em renegociação, engendrando acertos com o fim de atingir a melhor forma de superar a onerosidade, em consonância com a boa-fé objetiva.

Seguindo a linha do doutrinador Anderson Schreiber²⁹, o “dever de renegociar não consiste em obrigação de resultado, mas se configura em obrigação de meio”, ou seja, seria a tentativa de restabelecer o equilíbrio contratual em um ambiente de transparência e de lealdade recíprocas.

Além disso, frisa-se que, apesar de o Código de Processo Civil de 2015 enumerar diversos métodos adequados de solução de conflitos, tais como a conciliação e a mediação, a renegociação extrajudicial é a melhor opção para o presente caso, pois evitaria o desgaste que toda ação judicial gera às partes.

Em que pese a existência de um processo judicial tornar possível a maleabilidade dos litigantes em prol de um acordo, por estarem defronte a pessoas neutras, as tentativas de composição amigáveis fora do Judiciário são muito mais bem aceitas e atuam em proveito da economia processual, pois poupam as partes, em muitos casos, de demandas desnecessárias.

Nessa linha, pode-se citar o entendimento da ministra Nancy Andrighi na decisão do Recurso Especial nº 1.184.267/MS³⁰, no qual defende a valorização das negociações extrajudiciais:

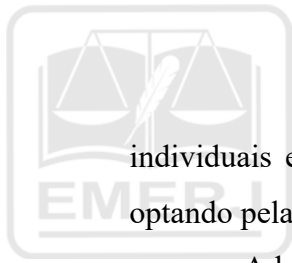
[...] evidenciando uma tendência à desjudicialização - se é que se pode utilizar esse termo - dos conflitos, valorizando as negociações extrajudiciais, e afastando da autoridade judiciária a mera chancela judicial. O Poder Judiciário não pode ser utilizado como um mero cartório que incluirá, em documentos submetidos à sua sumária avaliação, um mero selo, que nem sequer pode ser chamado selo de qualidade, porque não é submetido, do ponto de vista substancial, a seu controle efetivo. Os acordos extrajudiciais devem ser negociados fora do processo, mediante a discussão das partes e de seus advogados, cuja atuação, nos termos do art. 133 da CF/88, é figura indispensável à administração da justiça. Não se deve envolver, em tais acordos, o Poder Judiciário.

Aliás, é extremamente defensável a ideia quanto à tentativa de obtenção de solução extrajudicial para as demandas revisionais ou resolutivas, como condição de procedibilidade³¹, em concretização da boa-fé objetiva. Isso porque, esse fato consagraria o princípio da solidariedade social e o princípio da proporcionalidade, já que o primeiro imporia aos contratantes um comportamento no sentido de não levar em consideração apenas os objetivos

²⁹SCHREIBER, op. cit., p. 382.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.184.267*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1192690&num_registro=201000384952&data=20121205&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 out. 2021.

³¹EISAQUI, op. cit., p. 193.



individuais e o segundo, evitaria a surpresa na escolha de vias desproporcionais extremas, optando pela via menos sacrificante.

Ademais, cumpre destacar que essa ideia, *a priori*, não violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no art. 5º, XXXV da Constituição³², pois a prova de que houve prévia negociação se trataria apenas de demonstração do interesse de agir, condição da ação, a qual o próprio código processual exige como elemento necessário ao prosseguimento do processo.

Outrossim, é possível mencionar que esse dever de renegociar, em determinados casos, poderá ainda gerar responsabilidade civil à parte que recusa, visto que, essa negativa trata-se de violação a um dever anexo de cooperação, fundamentado em princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa situação acontece, pois o fato de não renegociar, quando as circunstâncias concretas assim o permitem, tal como ocorre em grande parte dos contratos atingidos pela pandemia do coronavírus, ensejaria uma espécie de ato ilícito, especialmente no cenário em que esse dever anexo estivesse lado a lado com as obrigações principais e acessórias convencionadas pelas partes.

Nesse sentido, conforme elucidada o Excelentíssimo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Marco Aurélio Bezerra de Melo³³:

é adequada a concepção indenizatória em desfavor daquele que não observa o dever de renegociar e recolhe abusivo proveito econômico diante da pandemia ou mesmo sufoca a contraparte sem restaurar o propósito contratual inaugural, mas não tem o condão de evitar pernicioso judicialização excessiva com os riscos inerentes, fato que pode inviabilizar ou tornar mais árdua e custosa uma saudável perspectiva sanatória do contrato adoecido de modo a preservá-lo e, com ele, como cediço, garantir a circulação de riquezas com a possibilidade de salvar empregos, recolhimento de tributos, entrega de produtos e serviços importantes ou mesmo essenciais para a sociedade, dentre outros, em desencontro com a função social do contrato (art. 421 e 421-A, CC) e, porque, não dizer, da solidariedade constitucional (art. 3º, I, CF).

Com isso, especialmente em tempos de pandemia, técnicas avançadas de negociação e de renegociação devem ser aplicadas aos contratos de locação comercial atingidos pelo desequilíbrio. Essa transação não cabe ser vista apenas como faculdade, mas sim como forma de apaziguar as relações, demonstrando, com isso, o exercício responsável do direito de ação.

³²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

³³MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Por uma lei excepcional: dever de renegociar como condição de procedibilidade da ação de revisão e resolução contratual em tempos de COVID-19*. Disponível em: <<https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/838940407/por-uma-lei-excepcional-dever-de-renegociar-como-condicao-de-procedibilidade-da-acao-de-revisao-e-resolucao-contratual-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

Ademais, muito além das poucas soluções apresentadas pela lei, as partes, tendo como fundamento principal a boa-fé objetiva, ainda têm o dever, na medida do possível, de prezar a inclusão de cláusulas de renegociação nos contratos, intentando, de preferência, o reequilíbrio e a manutenção da relação comercial.

CONCLUSÃO

De forma inesperada, a sociedade viu-se acanhada diante de um fenômeno patogênico em escala global denominado COVID-19. Com isso, em razão da determinação de diversas medidas governamentais para conter essa doença, ocasionou-se o comprometimento nos polos das relações contratuais, em especial para o locatário empresarial, o qual observou a queda na receita auferida e no fluxo de consumo quando se viu diante dessas medidas restritivas.

A partir da discrepância entre o cenário previsto no momento da contratação e a realidade vivenciada com o novo coronavírus, foi possível constatar, no presente estudo, a existência do desequilíbrio contratual superveniente dos contratos de locação comercial e a necessidade da busca de artifícios que não gerassem ainda mais prejuízos para a parte afetada.

Nota-se que a legislação, não necessariamente, apresenta a melhor solução para o feito, visto que ao se cogitar uma revisão contratual, não se estaria atingindo a todos os contratos de locação. Isso se dá porque, pelo art. 19 da Lei nº 8.245/91, somente após três anos de vigência do contrato de locação ou do acordo anteriormente realizado, poderia ser requerida a revisão judicial a fim de ajustá-lo ao preço do mercado.

Além disso, é preciso mencionar que, em tese, haveria outra saída apresentada pela lei civil para todo e qualquer contrato, conforme consta no art. 478 do CC/02, já que esse artigo dispõe que, nos casos nos quais ocorra um desequilíbrio contratual decorrente de excessiva onerosidade, é oferecido às partes o direito de resolver o contrato.

No entanto, muitas das vezes, diferentemente do que se infere em lei, há um interesse na continuidade da relação contratual pelas partes, as quais não desejam, simplesmente, encerrar o contrato. E assim, pensando-se em outra saída, que não o seu término, foi demonstrado que o princípio da Função Social do Contrato, consagrado no art. 421 do CC, pode ser utilizado como defesa à manutenção do contrato e como contribuição ao acordo entre as partes.

Isso porque, apesar de o Código Civil enunciar esse princípio tão somente como cláusula geral, cabendo aos intérpretes dar-lhe efetividade, a função social possui eficácia bifronte, repercutindo de forma interna na relação dos contratantes e de maneira externa, com



o fim de tutelar interesses da coletividade, os quais, muitas vezes, suplicam a manutenção contratual.

Aliás, em que pese não existir no ordenamento jurídico uma norma específica que obrigue a referida negociação dos contratos em desequilíbrio, da mesma maneira como deve ser observado o princípio da função social do contrato, a boa-fé objetiva, necessita ser considerada não como simples cláusula geral, mas sim como padrão de conduta.

Isso uma vez que, a partir de um comportamento cooperativo imposto como preceito aos contratantes e voltado à efetiva realização do fim contratual, de preferência antes do ajuizamento de qualquer demanda, é possível encontrar a melhor forma de superar a desproporção inesperada.

Conclui-se que, como fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, em tempos de pandemia, técnicas avançadas de negociação e de renegociação precisam ser aplicadas aos contratos de locação comercial atingidos pelo desequilíbrio como dever e não apenas como faculdade. Dessa forma, torna-se possível evitar a judicialização excessiva de ações e propiciar a solidificação da relação jurídica entre as partes, com a manutenção da relação contratual.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Organização Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. *Veja as medidas que cada estado está adotando para combater a covid-19*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/veja-medidas-que-cada-estado-esta-adotando-para-combater-covid-19>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

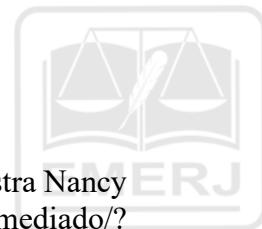
BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. *IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/486>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

_____. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.184.267*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1192690&num_registro=201000384952&data=20121205&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 out. 2021.

EISAQUI, Daniel Dela Coleta. *Revisão judicial dos contratos: a teoria da imprevisão no Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Por uma lei excepcional: dever de renegociar como condição de procedibilidade da ação de revisão e resolução contratual em tempos de COVID-19*. Disponível em: <<https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/838940407/por-uma-lei-excepcional-dever-de-renegociar-como-condicao-de-procedibilidade-da-acao-de-revisao-e-resolucao-contratual-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

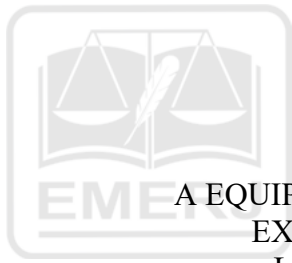
SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e o dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

_____, Flávio. *Da necessidade de uma norma emergencial sobre locação imobiliária em tempos de pandemia*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/2>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Biblioteca Digital de Teses e Dissertações*. Disponível em: <<https://www.btd.uerj.br:8443/handle/1/9312>>. Acesso em: 24 out. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.



A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: A EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO E SUA EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO DE DIREITOS

Rafael Pinheiral Rocha

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais.

Resumo – neste artigo, discute-se sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, ao equiparar a homofobia e transfobia ao crime de racismo previsto na Lei 7.716/89. Considerando as incontáveis tragédias, bem como os frequentes episódios envolvendo violência e graves ameaças à comunidade LGBTQIA+, alinhados à incansável militância na conquista de direitos, o presente trabalho tem por objetivo apresentar argumentos que evidenciem o caráter emergencial da necessidade de medidas legislativas mais severas, sobretudo na esfera criminal. Nesse sentido, busca-se criticar a inércia do Poder Legislativo Federal na edição de normas incriminadoras que protejam essa parcela minoritária da população, assim como exaltar a postura ativista e expansiva da instância máxima do Poder Judiciário.

Palavras-chave – Direito Penal. Homofobia. Transfobia. Crime de Racismo. Equiparação.

Sumário – Introdução. 1. A comunidade LGBTQIA+ e a inércia do Poder Legislativo na criminalização da homofobia e transfobia. 2. A equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo e a expansão do ativismo judicial. 3. Perspectivas da proteção jurídica à comunidade LGBTQIA+. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir as consequências jurídicas da equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo, reconhecida por decisão do Supremo Tribunal Federal, a efetividade do provimento jurisdicional na proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como propor medidas legislativas que confirmem maior proteção jurídica à comunidade LGBTQIA+.

A homossexualidade existe desde os primórdios da humanidade, sendo inerente à própria vida. De outro lado, a transexualidade, que também compõe o objeto deste trabalho, é um fenômeno mais novo e menos conhecido, mas que merece igual atenção, sobretudo no que toca à proteção jurídica.

É notório que a comunidade LGBTQIA+ é violentada e perseguida das mais variadas formas. Mesmo cientes dessa situação e considerando a vulnerabilidade deste grupo, já que, no



Brasil, morre um cidadão LGBTQIA+ a cada 28 horas, o Poder Legislativo e o Poder Executivo caminham em marcha lenta para proteger seus direitos, tanto na seara civil como na criminal. Diante desse quadro tão avassalador, o Supremo Tribunal Federal expandiu sua atuação para criminalizar tanto a homofobia como a transfobia, adotando uma postura mais proativa sem que o poder competente editasse lei específica para o caso.

No entanto, questiona-se se esse comportamento expansivo do Pretório Excelso traduz uma verdadeira usurpação do princípio constitucional da separação dos poderes (já que é função típica do Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário julgar), além de esbarrar nos princípios da legalidade e da reserva legal. Mais que isso, é questionável se essa postura, alvo de intensa controvérsia entre os estudiosos e operadores do Direito, traz efetividade à proteção dos direitos da comunidade LGBTQIA+. A partir da mera equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo, terá o cidadão a efetiva proteção que tanto deseja?

Assim, o presente artigo tem como enfoque a expansão do ativismo judicial frente à inércia dos demais Poderes da República acerca da criminalização da homofobia e transfobia, ressaltando as consequências jurídicas da atuação do guardião da Constituição, bem como a efetividade desta atitude na proteção dos direitos do cidadão LGBTQIA+.

No primeiro capítulo, busca-se trazer conceitos básicos relevantes, bem como fazer um apelo ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo acerca da extrema necessidade de uma proteção jurídica mais intensa à comunidade LGBTQIA+.

No segundo capítulo, discutir-se-ão os limites proatividade e expansão do ativismo judicial, evitando-se a usurpação das competências dos demais Poderes. Por outro lado, busca-se analisar e explicar se a decisão judicial que reconhece a equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo transgredir os princípios constitucionais da legalidade e reserva legal, axiomas básicos e cardeais ao Direito Penal, e se fortalece, por si só, a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo, serão elucidadas as perspectivas da proteção jurídica, não só na seara criminal como também nas diversas esferas do Direito, com a proposição de medidas legislativas que tutelem os direitos da comunidade LGBTQIA+. Além disso, discutir-se-ão sobre as possíveis políticas públicas, a serem incentivadas pelo Poder Público e pela população, que garantam a efetividade dos direitos mencionados. Não se trata só de produzir leis; devem-se adotar medidas eficazes para o seu efetivo cumprimento. Afinal, a comunidade quer se sentir, acima de tudo, protegida. Para isso, deve haver uma ação conjunta.

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 de forma argumentativa. 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 COMUNIDADE LGBTQIA+ E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

Antes de adentrar o cerne deste artigo, é indispensável a apresentação de conceitos extremamente relevantes para a compreensão do tema. Afinal, para entender o contexto da inércia do Poder Público na proteção de direitos da comunidade LGBTQIA+, é ideal que se exponha o seu significado e o que representa na sociedade. Só assim será possível absorver os fundamentos que sustentam a importância da rápida e efetiva intervenção dos Poderes da República na tutela dessa minoria.

Inicialmente, é imperioso consignar que a sigla LGBTQIA+ está associada a um movimento político e social que defende a diversidade e busca mais representatividade e direitos para a comunidade. Isso porque ela abrange o público que apresenta características distintas relacionadas ao sexo e ao gênero, consideradas fora do padrão tradicional.

Com base em artigo publicado por Gabriele Silva, em LGBTQIA+, o “L” significa “lésbica”; o “G”, “gays”; o “B”, “bissexuais”; o “T”, “transexuais”; o “Q”, “queer”; o “I”, “intersexo”; o “A”, “assexual”; e, por fim, o “+” é utilizado para incluir outros grupos e variações de sexo, gênero e orientação sexual¹.

É evidente que esses indivíduos merecem igual proteção e o Poder Público deve articular políticas públicas que atendam a todos, sem distinção. É por essa razão que, apesar de a decisão do Supremo Tribunal Federal tratar de homossexuais e transexuais, a abordagem deste artigo englobará toda a comunidade. Contudo, é necessário elucidar do que se tratam as letras da tão famosa sigla.

As lésbicas e os gays representam os homossexuais. Homossexualidade consiste na atração física e afetiva de um indivíduo por outro que ostente o mesmo gênero ou sexo. Trata-

¹ SILVA, Gabriele. *Qual o significado da sigla LGBTQIA+?*. Disponível em <<https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia>>. Acesso em: 09 abr. 2021.



se de uma condição vital, determinada pela orientação sexual, que integra a essência do indivíduo e, assim como a raça, cor e etnia, é algo que não se modifica. Essa é uma realidade presente não só no ser humano, mas também em outras espécies de seres vivos, como, por exemplo, os animais. Paralelo a esses grupos, existem os bissexuais, que dizem respeito aos indivíduos que sentem atração afetiva e sexual pelos gêneros masculino e feminino.

De outro lado, existe a população transgênero, que representa o ser humano cuja identidade de gênero não se coaduna com o seu sexo biológico. Este representa o conjunto de aspectos biológicos ligados à anatomia de um ser humano, determinando suas características físicas e sexuais primárias, enquanto aquela consiste no conjunto de valores comportamentais baseados na identidade pessoal e social de alguém, diretamente ligada à sua construção psíquica, psicológica e emocional. Nesse grupo, estão situados os transexuais, cuja única diferença em relação aos transgêneros é a realização de cirurgia de redesignação sexual (troca de sexo). Os transgêneros, apesar de se identificarem com o gênero que não corresponde ao seu sexo biológico, permanecem com este.

“*Queer*” é ligado àquelas pessoas que transitam entre as noções de gênero, como é o caso das “drag queens”. Defendem que a orientação sexual e identidade de gênero não são resultado da funcionalidade biológica, mas de uma construção social. Já a pessoa “Intersexo” está entre o feminino e o masculino, uma vez que suas combinações biológicas e desenvolvimento corporal não se enquadram na norma binária (masculino ou feminino). O “Assexual” não sente atração sexual por outras pessoas, independente do gênero. Por fim, o “+” é utilizado para incluir outros grupos e variações de sexualidade e gênero².

Essa comunidade compõe uma parcela minoritária da população que só conquistou respeito e efetiva visibilidade nos últimos anos. Isso porque, com base em questões culturais e religiosas, que se encontram enraizadas na sociedade, esses indivíduos sofrem intenso preconceito, motivado, principalmente, pelas chamadas homofobia e transfobia. Estas significam a aversão às pessoas que ostentam tais condições, comportamento que culmina na segregação e repressão constante aos indivíduos que pertencem a esses grupos.

Como a sociedade adota uma postura tão agressiva, ameaçando a integridade física e psíquica dessas pessoas, a comunidade LGBTQIA+, a cada dia que passa, reclama maior proteção jurídica do Estado, sobretudo na esfera criminal. É claro que já existem diplomas normativos que tutelam essa minoria, tanto na seara civil como na administrativa. No entanto, no intuito de combater a discriminação, frear o crescimento de assassinatos de pessoas

² Ibidem.



LGBTQIA+ e, em última instância, erradicar o preconceito, a atuação estatal deve ser mais intensa, com a edição de atos normativos mais severos e específicos. Afinal, os anos passam e as pessoas que integram esse grupo ainda sofrem muita rejeição e se sentem desprotegidas. Certamente, a criminalização da homofobia e transfobia – mais que isso, a aversão a todo cidadão LGBTQIA+ – torna-se absolutamente necessária e seria, no mínimo, o primeiro passo para a efetiva proteção dos direitos da comunidade mencionada.

Ocorre que dois grandes fatores contribuem significativamente para a inércia do Poder Público nessa questão. A uma, em âmbito legislativo federal, os parlamentares não tratam o assunto como prioridade, afirmando, inclusive, que a criminalização da homofobia e transfobia é desnecessária³. Alguns chegam a proferir o lamentável argumento de que, no Brasil, não existe homofobia nem transfobia. A duas, a maioria dos integrantes do Congresso Nacional e do Poder Executivo é conservadora, com fortes ideologias religiosas e raízes homofóbicas, o que, inclusive, se coaduna com o pensamento de boa parte da população.

Diante dessa realidade, a modernização legislativa para a proteção de direitos da comunidade LGBTQIA+, bem como a adoção de políticas públicas e ações afirmativas, ainda encontra muitos obstáculos, o que deve ser revolucionado o quanto antes. Felizmente, nota-se uma evolução social e, conseqüentemente, a representatividade política dessa minoria tem crescido de forma considerável. Porém, ainda há muito caminho pela frente.

Diante dessas dificuldades, atualmente, o Poder Judiciário, com sua postura ativista, proativa e expansiva, mostra notória preocupação e tem se destacado sobremaneira, adotando entendimento extremamente favorável à tutela dos direitos do cidadão LGBTQIA+. Desde 2011, quando houve o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal, a esfera judiciária tem contribuído significativamente não só para a efetiva proteção de direitos, mas também para a mudança de mentalidade do povo e dos demais Poderes da República, visando desconstruir conceitos ultrapassados e visões contrárias à diversidade.

A questão é tão relevante que o Poder Judiciário se vê obrigado a intervir com mais força e frequência nesses assuntos. No próximo tópico, abordar-se-á a famosa decisão do Pretório Excelso, que equiparou a homofobia e transfobia ao crime de racismo, o que causou enorme polêmica entre os estudiosos e operadores do direito. Em nova tentativa de transformar uma dura realidade e igualar o tratamento entre todos os seres humanos, reforçando o respeito

³ XIMENES, Elisama. *A luta LGBTI, a omissão do Congresso e a resistência religiosa: uma questão de existir*. Jornal Opção, Goiânia, 26 mai 2019. Disponível em <<https://www.jornalopcao.com.br/reportagens/a-luta-lgbti-a-omissao-do-congresso-e-a-resistencia-religiosa-uma-questao-de-existir-186601/>>. Acesso em: 26 mai 2021.

e a convivência harmônica em sociedade, quais são os limites de atuação? Será que a técnica deve sempre prevalecer à política? Deverá a técnica constituir um entrave para a efetivação de direitos?

2. A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO E A EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Considerando a significativa controvérsia acerca do tema, para que o assunto seja desenvolvido de forma plena e promova uma compreensão mais apurada, é necessário esclarecer, inicialmente, que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário adota um método particular e proativo de interpretar a legislação, sobretudo a Constituição, de modo a ampliar o seu alcance e seu sentido. Muitas vezes, essa postura decorre do imobilismo verificado nas outras esferas de poder.

Nas palavras do autor Luís Felipe Salomão⁴:

O ativismo judicial se relaciona ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. Assemelha-se ao que a nova - e não tão reconhecida no meio acadêmico - doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (...), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Como qualquer atitude inovadora que vise à transformação de uma realidade, o ativismo é alvo de inúmeras objeções, sob o argumento, por exemplo, de que os juízes não possuem legitimidade para identificar qual a real vontade do povo. Além disso, há quem entenda que a atuação ativista tende a violar a separação dos Poderes, já que se presume que o Poder Judiciário estaria extrapolando a sua competência, interferindo nas atribuições reservadas ao Executivo e Legislativo.⁵

Por outro lado, há posição divergente⁶ no sentido de que o ativismo judicial é extremamente benéfico e necessário, uma vez que impõe condutas mais efetivas na implantação de políticas públicas pelo Poder Público, de modo a garantir a proteção e o cumprimento dos

⁴ SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo judicial: para quem e por quê*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁵ ALMEIDA, Aline Vieira de. *Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial*. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo#_ftn1>. Acesso em: 26 ago. 2021.



direitos fundamentais. Outrossim, tal postura permite que os direitos das minorias obtenham a mesma atenção dispensada aos demais, que provavelmente não conseguiriam a partir da representatividade predominante no Parlamento. Não se deve esquecer também que a atuação ativista constitui contribuição relevante para uma eficiente modernização do ordenamento jurídico, na medida em que o Direito, muitas vezes, não acompanha a velocidade da evolução social.

Sob um ponto de vista eminentemente empírico, as vantagens apontadas pela segunda corrente de pensamento e, de fato, materializadas pelo ativismo, parecem prevalecer sobre os pontos negativos. Ademais, o argumento de que os juízes não têm legitimidade e a afirmação de que a postura ativista viola os limites da capacidade institucional do Judiciário são frágeis e puramente técnicos.

Impende esclarecer, inclusive, que, embora os juízes não sejam eleitos diretamente pelo povo, eles integram a Administração Pública, após um rigoroso processo seletivo, comprometidos com a guarda da Constituição e o dever de respeitar a ética e os direitos fundamentais. Portanto, desde que não transgrida a essência do ordenamento jurídico, sua atuação é legítima; não foram eleitos como os deputados e senadores, mas preencheram os requisitos para o exercício do cargo e estão submetidos ao sistema que foi elaborado democraticamente. Inclusive, questiona-se: será pertinente essa resistência à atuação judicial proativa quando grande parte dos Parlamentares, escolhidos pelo povo, simplesmente ostentam tal condição, preocupados apenas em contestar a atitude alheia e ocultar seus reais propósitos? Por que guerrear ao invés de convergir e buscar a mudança?

De outro giro, a mera alegação de que o ativismo viola a separação de Poderes revela-se abstrata, uma vez que eventual transgressão deverá ser corrigida. A atuação ativista não constitui ferramenta para invadir competência reservada a outras esferas, mas sim um instrumento para a correção de desigualdades, proteção de minorias e modernização jurídica.

É justamente com base nesse raciocínio que, nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26⁷ e do Mandado de Injunção nº 4.733⁸, realizados no dia 13 de junho de 2019, diante da realidade traumática vivenciada diariamente pela comunidade LGBTQIA+, desprovida do amparo do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal, baseando-se na omissão do Poder Legislativo Federal, enquadrrou a homofobia e a

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/2019*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 2 set. 2021.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 2 set. 2021.

transfobia como crimes de racismo.

No caso analisado, observe-se que:

A demora do Poder Legislativo para incriminar os atos de homofobia e transfobia ofende direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, por essa razão, os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram para que condutas semelhantes sejam enquadradas na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), até que o Congresso Nacional saia da inércia.⁹

Na decisão do caso, o Pretório Excelso considerou, principalmente, que é dever do Estado criminalizar condutas atentatórias aos direitos fundamentais, especialmente os relativos à orientação sexual e à identidade de gênero. Destaque-se que, embora haja um crescimento da proteção jurídica conferida à comunidade LGBTQIA+, a violência e as graves ameaças constantes que são direcionadas a esse público revela a incipiência desse processo, reclamando a necessária intervenção do Direito Penal.

É interessante analisar o conceito de racismo, que vai muito além do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Como se pode depreender do julgado, a definição apresentada pelo STF não se limita à técnica advinda de uma interpretação gramatical dos dispositivos da Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo)¹⁰; trata-se de um conceito político-social, baseado na própria literatura negra antirracismo, que legitima a proteção conferida pelo referido diploma legal. Assim, no Informativo nº 944, para o Supremo Tribunal Federal:

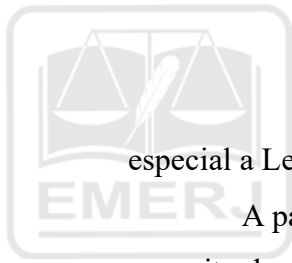
O conceito de racismo, (...) resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade 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, (...) expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito¹¹.

Em síntese, o racismo constitui uma manifestação de poder, baseada na crença de que um grupo majoritário com determinadas características é superior a outros minoritários que ostentam condições distintas. É com esse fundamento que, historicamente, boa parte das pessoas brancas se consideram melhores, superiores às negras. Diante dessa realidade, após intensas lutas travadas pela população negra, logrou-se erigir a proteção contra o racismo a categoria constitucional e, posteriormente, a edição de diversos diplomas antirracismo, em

⁹ ALMEIDA, op. cit.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 4.



especial a Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo).¹²

A partir dessas considerações, é perfeitamente lógica a inserção da homotransfobia no conceito de racismo, tendo em vista que, como o próprio STF definiu, retrata opressão de uma parcela dominante da sociedade (cisgêneros e heterossexuais), “que visa garantir privilégios a um grupo dominante em detrimento de um desumanizado e inferiorizado grupo dominado, afirmado como “degenerado” e, assim, discriminado de maneira estrutural, sistemática, institucional e histórica.^{13”}

Essa manifestação de poder também tem o objetivo de discriminar, de segregar, em especial “o fim de estigmatizar, desqualificar moralmente, expulsar do convívio familiar ou até internar em hospitais psiquiátricos as minorias sexuais e de gênero (população LGBTI+), em prol de opressoras ideologias normalizadoras [...]”¹⁴

Na verdade, o racismo abrange uma universalidade de condutas, razão por que essa própria lei comporta interpretação extensiva, sobretudo quando fala em “discriminação”.

Nesse sentido, não há qualquer motivo para dizer que o Supremo Tribunal Federal legislou, invadiu competência reservada a outro Poder ou extrapolou os limites do ativismo judicial. Como o Poder Legislativo Federal não mostra interesse na criminalização da homotransfobia, o Poder Judiciário se viu na necessidade de expandir a sua atuação, recorrendo à hermenêutica profunda, alinhada à realidade assustadora diariamente enfrentada pela comunidade LGBTQIA+.

Uma das posições mais notáveis¹⁵, contrária à postura do guardião da Constituição, aduz que o julgamento fere os princípios da legalidade e da reserva legal, constitucionalmente previstos. Essa visão é questionável, inicialmente, por ser puramente técnica: a conduta não está proibida expressamente, então, é permitida. Trata-se de um positivismo frio, sem levar em conta qualquer perspectiva axiológica ou sociológica. Ora, com base na premissa de que a diversidade deve ser tolerada em todos os seus contextos; com base nas tragédias e ataques impactantes envolvendo o público LGBTQIA+; e, sobretudo, diante da primorosa militância dos grupos minoritários que perseguem o respeito aos seus direitos fundamentais, é realmente sustentável o argumento de que a homotransfobia só merece a intervenção do Direito Penal se estiver detalhadamente tipificada em uma folha de papel?

Outros afirmam¹⁶ que o STF utilizou a interpretação extensiva em âmbito penal, em

¹² BRASIL, op. cit., nota 7.

¹³ VECCHIATTI, op. cit.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ ALMEIDA, op. cit.

¹⁶ VECCHIATTI, op. cit.



prejuízo do ser humano, em situação de lacuna normativa. Tal posição carece de sensibilidade, baseada em uma escravidão aos mecanismos técnicos do sistema jurídico.

O objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão n° 26¹⁷ era a incompatibilidade da atuação do Poder Público com a Constituição, ao não tomar as devidas providências para proteger os direitos fundamentais à orientação sexual e à identidade de gênero. Por sua vez, o mérito do mandado de injunção n. 4.733¹⁸ era o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homotransfobia, bem como estender a tipificação prevista da Lei n° 7.716/89¹⁹ à discriminação por orientação sexual e à identidade de gênero.

O mérito de ambas as ações não era a condenação de alguém; a interpretação extensiva adotada pelo STF visou apenas o enquadramento da homotransfobia no crime de racismo, sem prejuízo de qualquer pessoa, para que o cidadão LGBTQIA+ tenha o mínimo de segurança, pelo menos até que o Poder Legislativo exerça a sua função com a devida seriedade.

Dessarte, o Pretório Excelso, ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, não ultrapassou qualquer limite ético, legal ou constitucional. Pelo contrário, apenas adotou uma postura proativa, típica do ativismo judicial, cobrando, direta e indiretamente, uma atitude do Poder Legislativo frente às atrocidades cometidas contra a comunidade LGBTQIA+. Além disso, agiu em prol da preservação dos direitos individuais e coletivos, da proteção das minorias, da observância do princípio da dignidade humana, e contribuiu, de certa forma, para a conscientização da sociedade acerca da necessidade de aceitação.

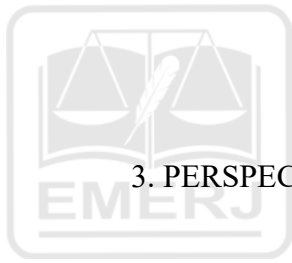
É evidente, portanto, que o Poder Judiciário exerce um papel fundamental para a sociedade. O que mais preocupa é ver que essa é a única parcela do poder que está efetivamente empenhada em garantir a materialização dos direitos. Tanto é verdade que, a cada dia, a postura ativista encontra necessidade de se expandir cada vez mais, considerando que as outras esferas tratam a situação como se fosse irrelevante e as repercussões não fossem impactantes. A discriminação é uma realidade e deve ser combatida.

Outrossim, é necessário abordar as perspectivas da proteção jurídica da comunidade LGBTQIA+ em âmbito criminal, com a proposição de medidas legislativas que tutelem os direitos fundamentais à orientação sexual e à identidade de gênero. É o que se abordará no próximo tópico.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.



3. PERSPECTIVAS DA PROTEÇÃO JURÍDICA À COMUNIDADE LGBTQIA+

Com base no que foi explicitado anteriormente, a intervenção estatal na proteção jurídica dos direitos da comunidade LGBTQIA+, sobretudo no que toca à sua integridade física e psíquica, bem como à orientação sexual e identidade de gênero, é de extrema importância, mas não deve se limitar à criminalização da homotransfobia.

É evidente que, diante da notória estigmatização desse público e da intensa perseguição que sofre a cada instante, é imperiosa uma incidência mais severa do poder punitivo estatal. Afinal, é ideal que, inicialmente, se perfaça um controle social das agressões por meio da tipificação da homotransfobia, de modo que se mostre à sociedade o nível de gravidade da conduta e suas consequências jurídicas.

Contudo, incriminar não significa erradicar. É lógico que a criminalização contribui para a redução de casos e transmite alguma sensação de maior segurança para as vítimas da homotransfobia, mas não é isso que irá determinar o fim da discriminação e do odioso e ofensivo tratamento dispensado ao cidadão LGBTQIA+. Desse modo, o Estado deve usar o seu poder punitivo para regular as práticas delituosas, conjugando-o com políticas públicas, ações afirmativas, que buscarão a conscientização da sociedade acerca da tolerância e respeito à diversidade.

Assim, em primeiro lugar, considerado o caráter emergencial da medida, deve-se propor a definição de conduta homofóbica e transfóbica.

Recentemente, antes do memorável julgado do Supremo Tribunal Federal, o Senador Weverton Rocha, do PDT/MA, apresentou o projeto de lei nº 679²⁰ em fevereiro de 2019, que visa à alteração da Lei do Racismo, de modo a incluir no referido diploma os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Trata-se de um nobre gesto articulado pelo Parlamentar, uma vez que sua proposta teve por objetivo complementar a legislação, por meio de uma simples modificação, o que já seria um grande avanço nas conquistas da comunidade.

A partir da sugestão proferida pelo Senador, incorreria nas penas dos artigos 3º (“Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos”), 4º (“Negar ou obstar emprego em empresa privada”) e 20 (“Praticar, induzir ou incitar a

²⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 679*, de 12 de fevereiro de 2019. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135183>>. Acesso em: 2 set. 2021.



discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”), todos da Lei do Racismo, não só quem praticasse as condutas por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como também quem as cometesse por motivo de discriminação de orientação sexual e identidade de gênero.

Todavia, sendo alvo de inúmeras rejeições e controvérsias, o projeto ainda não teve a evolução perseguida, sobretudo sob o argumento de que não está amadurecido suficientemente tanto do ponto de vista técnico-científico como do ponto de vista religioso ou moral. Mais uma vez, a parcela conservadora presente no Congresso Nacional dificulta a criminalização da homotransfobia, preocupada com definições precisas de termos técnicos, e utiliza argumentos vazios única e exclusivamente para impedir que a proteção da comunidade LGBTQIA+ prospere.

A mesma postura culminou no arquivamento de outro projeto parecido, o projeto de lei nº 122/2006²¹, que também buscou mudança na Lei do Racismo para enquadrar a discriminação de orientação sexual e identidade de gênero como prática delituosa. Como se pode depreender das movimentações, a posição adotada revela uma mentalidade congressista retrógrada que praticamente não evoluiu ao longo dos anos.

Também seria pertinente o oferecimento de um projeto de lei que visasse à tipificação penal autônoma da homofobia e transfobia. Ao contrário do que muitos afirmam, não é necessária a precisão técnica dos termos “homofobia” e “transfobia”, até porque a finalidade é justamente criminalizar toda e qualquer forma de discriminação de orientação sexual e identidade de gênero. Portanto, basta que conste, de um único tipo penal, que será considerada criminosa toda e qualquer conduta discriminatória ou preconceituosa dirigida a pessoa LGBTQIA+.

Ressalte-se que a discriminação deve ser identificada no caso concreto. Não será qualquer conduta ou qualquer situação que configurará ato discriminatório a merecer a reprimenda penal. Deve-se observar se, de fato, houve uma distinção injusta, um tratamento desigual motivado por características pessoais de uma determinada pessoa ou grupo, de modo a colocá-los em situação de desvantagem. Se isso não ocorre, não há que se falar em crime.

É importante consignar a importância da intervenção do Direito Penal na tutela jurídica dos direitos fundamentais à orientação sexual e identidade de gênero, na medida em que, por mais que os outros ramos jurídicos hajam tentado garantir o tratamento isonômico a todos os indivíduos, as inovações legislativas não foram suficientes, sobretudo para proteger a

²¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 122*, de 12 de dezembro de 2006. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 2 set. 2021.



integridade física e psíquica do cidadão LGBTQIA+.

Em segundo lugar, impende observar que, mais que criminalizar para controlar, é necessário conscientizar para erradicar. Por essa razão, não basta que haja um tipo penal caracterizando a homotransfobia como crime. Devem ser implantadas políticas públicas, a serem estimuladas pelo Estado e pela população, que garantam a efetividade dos direitos mencionados. Afinal, embora a lei seja uma das medidas essenciais para garantir a paz e o convívio social harmônico, não é o suficiente para uma concreta segurança dos indivíduos. Devem ser adotadas medidas eficazes para o seu efetivo cumprimento.

Acredita-se que o principal instrumento para conscientizar um indivíduo é a educação. Portanto, o Estado deve promover o estudo sobre a homossexualidade e transexualidade, no sentido de ensinar a todos que pessoas LGBTQIA+ existem, são seres humanos iguais aos outros e merecem integral respeito. Os conceitos sobre LGBTQIA+ devem ser amplamente esclarecidos, como os que foram expostos no início deste artigo, o que facilitará a compreensão acerca do que seja orientação sexual e identidade de gênero. Para alguns, é importante que tais informações constituam a base de sua formação cultural; para outros, mais conservadores, é preciso que se desconstrua, que se reformule as raízes pessoais, morais, éticas e culturais, de maneira que não haja preconceito de qualquer ordem.

Só com a tipificação penal e, em paralelo, a conscientização da sociedade será possível afastar condutas ofensivas que são motivadas pela aversão ao homossexual, bissexual ou transgênero/transsexual. Como a velocidade do amadurecimento social em relação aos direitos das minorias é incrivelmente menor que a da edição de leis que os tutelem, aliada à vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+, é mister que se priorize a criminalização. Ora, o preconceito contra raça nunca deixou de existir, mas hoje é mais controlado, e é isso que se deseja para a discriminação de orientação sexual e identidade de gênero.

Por fim, o que se espera, minimamente, é que os Deputados Federais e Senadores, que se reputam competentes e capazes de defender os interesses do povo e dos Estados-membros, sejam mais eficientes no combate à discriminação. A homotransfobia é uma realidade incontestável e merece atenção especial. Além disso, deve um Parlamentar se preocupar não apenas com o que a maioria deseja, mas também com o que a minoria precisa. Vinte e oito cidadãos LGBTQIA+ morrem a cada vinte e quatro horas, simplesmente por sua condição sexual; por si só, isso não é o bastante para que o Congresso Nacional saia da inércia e enfrente essa realidade?

CONCLUSÃO

Assim, nota-se que, há muito tempo, embora ciente da violência, das contínuas tragédias e perseguições aos cidadãos LGBTQIA+, motivadas por puro preconceito e discriminação à orientação sexual e identidade de gênero, o Estado segue negligenciando a proteção jurídica à comunidade LGBTQIA+.

Conclui-se que, apesar da proposição de diversas inovações legislativas em âmbito federal, visando à efetivação dos direitos fundamentais desse público, sobretudo os que foram mencionados, a grande maioria foi rejeitada ou sequer foi apreciada, o que torna evidente o total desinteresse com tais questões, muitas vezes motivado por convicções pessoais ultrapassadas e raízes puramente religiosas.

Por outro lado, é inegável que, como representantes do povo, os Parlamentares devem estar atentos à realidade, especialmente a paz e à harmonia no convívio social. Deputados e Senadores não foram eleitos para agir de acordo com suas crenças individuais, mas sim para atuar em nome da sociedade, sendo fiel aos mandamentos constitucionais explícitos e implícitos. Em última instância, devem pautar sua atuação na premissa de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, de modo a materializar um dos maiores fundamentos da República: a dignidade humana.

O ditame é claro: todos são iguais sem distinção de qualquer natureza. Não há qualquer convicção política ou religiosa que possa contrariar essa norma, nem qualquer razão que justifique a estagnação do Congresso Nacional na incriminação de condutas que agridam qualquer ser humano baseadas em puro ódio à sua condição sexual, ainda mais diante dos números alarmantes de casos envolvendo morte de cidadãos LGBTQIA+.

Ao contrário do que se espera, o Poder Legislativo parece desprezar as normas constitucionais e permanece inerte na sua obrigação de agir para criar leis para a efetiva proteção da comunidade LGBTQIA+, especialmente em âmbito criminal. Por esse motivo, o Poder Judiciário, com sua postura ativista, se viu obrigado a equiparar os crimes de homofobia e transfobia aos crimes de racismo. Talvez não fosse a solução tecnicamente aplicável. Contudo, se a transformação positiva de mentalidade ocorreu apenas em âmbito judiciário, qual a saída para garantir os direitos fundamentais mais importantes desse grupo minoritário?

Opostamente ao pensamento de muitos, que pregam que o Supremo Tribunal Federal agiu fora dos seus limites de atuação, ofendendo princípios constitucionalmente previstos, a verdade é que, se os Poderes da República desejam preservar a separação de funções, devem cumpri-las com afinco e seriedade, sob pena de serem questionados e substituídos pelos demais.



Os três Poderes atuam em nome do povo, como guardiões da Constituição. Se um deles não cumpre a sua parte, por que os outros não estariam legitimados a agir? Afinal, o objetivo de todos é garantir o equilíbrio das relações sociais, a efetivação dos direitos fundamentais, a liberdade de ser, ir e vir.

Outrossim, se, em termos puramente técnicos, é invocada a violação ao princípio da reserva legal, o que dizer sobre a efetivação de direitos fundamentais tão importantes? A dignidade humana é um fundamento a ser mantido ou é um mero escrito para enfeitar a Lei Maior?

A criminalização da homotransfobia, de caráter extremamente urgente, deveria ocorrer, naturalmente, por meio de ato específico do Poder Legislativo. No entanto, nada impede que o Poder Judiciário, ciente da inércia que impera sobre o Parlamento, equipare a conduta mencionada a crime de racismo. Até porque a própria noção de racismo se fundamenta na manifestação de poder, calcada na crença de que um grupo majoritário com determinadas características é superior a outros minoritários que ostentam condições distintas. Ora, a homotransfobia é exatamente isso; só que a manifestação de poder não é dirigida à raça, e sim à orientação sexual e identidade de gênero. Seria o citado enquadramento um erro grosseiro ou uma invasão de uma esfera sobre outra?

Desse modo, conclui-se que o Pretório Excelso, mais uma vez, agiu em prol das liberdades humanas. Sua postura ativista, usada de forma moderada, gera inúmeros benefícios para a sociedade, inclusive para as minorias, que se sentem constantemente esquecidas e rejeitadas. Que o debate sirva para estimular o Poder Legislativo a uma atuação mais intensa, mais comprometida com a comunidade LGBTQIA+, de modo que, alinhado às políticas públicas dirigidas ao grupo e em equilíbrio com os demais Poderes, volte a ter credibilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Vieira de. *Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 122*, de 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 2 set.

2021.

_____. *Projeto de Lei nº 679*, de 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135183>>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/2019*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 2 set. 2021.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo judicial: para quem e por quê*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SILVA, Gabriele. *Qual o significado da sigla LGBTQIA+?*. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia>>. Acesso em: 09 abr. 2021

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo#_ftn1>. Acesso em: 26 ago. 2021.

XIMENES, Elisama. *A luta LGBTI, a omissão do Congresso e a resistência religiosa: uma questão de existir*. *Jornal Opção*, Goiânia, 26 maio 2019. Disponível em <<https://www.jornalopcao.com.br/reportagens/a-luta-lgbti-a-omissao-do-congresso-e-a-resistencia-religiosa-uma-questao-de-existir-186601/>>. Acesso em: 26 mai 2021.



REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL HETERÓLOGA: REFLEXÃO SOBRE O CONFLITO DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA FRENTE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Raiane Araujo Corrêa Sardou

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – o seguinte trabalho científico tem por objetivo analisar o anonimato na doação de material genético e o conseqüente conflito de interesses existente entre o direito do concebido de conhecer a sua origem genética e do doador de manter o seu anonimato. Para alcançar este objetivo, foi analisado relevantes temas que se imiscui diretamente no instituto da reprodução assistida heteróloga, os direitos sexuais e reprodutivos, o direito ao planejamento familiar, as técnicas de reprodução assistida e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um tema inovador e pouco tratado na legislação brasileira, portanto foi necessário passar por uma análise doutrinária, histórica e legislativa que buscou tratar dos direito do doador de gametas, bem como o da pessoa gerada por meio da técnica de reprodução assistida heteróloga, visto que ambos tem direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal e que tais direitos não possuem hierarquia do ordenamento pátrio, necessitando que a aplicação de tais direitos devam ser analisados casuisticamente.

Palavras-chave – Reprodução assistida; Anonimato do doador; Identidade genética; Direito ao anonimato; Princípio da dignidade da pessoa.

Sumário – Introdução. 1. A reprodução assistida e o direito ao planejamento familiar. 2. Direito ao anonimato do doador em um ordenamento jurídico constitucional que defende a vedação do anonimato como limite a liberdade. 3. Resolução de conflitos: o direito ao anonimato *versus* o direito a cognição da origem genética. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute o conflito de interesses entre a criança gerada a partir do método de reprodução assistida heteróloga, face o direito do doador de gametas a ter sua identidade preservada. Busca-se encontrar soluções nos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos a ambas as partes e a forma de encontrar harmonia prática entre eles.

Com o progresso científico, principalmente no que tange a evolução das técnicas de reprodução assistida, surgiu a possibilidade de pessoas que antes por motivos físicos ou biológicos não poderiam ter filhos de forma natural, neste grupo estão incluídos homens e mulheres inférteis e casais homossexuais que por motivos fisiológicos são incapazes, de forma natural, gerar descendentes. Por tal motivo, houve a necessidade da criação de variadas técnicas,

a fim de suprir as diferentes necessidades de cada indivíduo, em prol da formação de uma família saudável.

A Magna Carta prevê em seu texto o direito ao planejamento familiar, bem como os direitos sexuais e reprodutivos que advieram de movimentos sociais que buscavam, principalmente, o debate destes temas que antes eram proibidos e vistos com maus olhos pela sociedade.

A Constituição Federal de 1988 impõe como limite a liberdade a vedação ao anonimato, entretanto especificamente no que tange a proteção do anonimato do doador de gametas na reprodução assistida heteróloga não há nenhuma disposição legal que trate especialmente do tema, sendo tratado apenas no âmbito das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Neste contexto, propicia-se as seguintes ponderações: É possível identificar um efetivo exercício do direito ao planejamento familiar com a utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga? Qual fundamento que sustenta o direito ao anonimato do doador em um ordenamento jurídico constitucional que defende a vedação do anonimato como limite a liberdade? Partindo do pressuposto de que nenhum direito fundamental é absoluto no contexto do Estado Democrático de Direito, seria factível sustentar que a ponderação é a via mais adequada para resolução de conflitos entre o direito ao anonimato do doador frente ao direito a identidade genética?

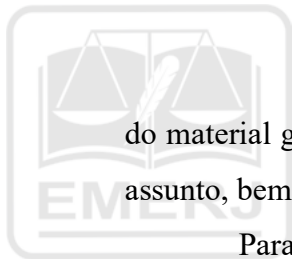
O tema é controvertido na medida em que destaca como objeto o conflito entre o direito ao anonimato do doador frente ao direito à origem genética no contexto da reprodução humana heteróloga, isto é, da evolução científica no que tange as técnicas de reprodução assistida e o reflexo nas relações familiares.

O primeiro capítulo tem como objetivo principal identificar a efetividade da garantia ao planejamento familiar sob análise dos diversos métodos de reprodução assistida.

Após passa-se a análise, no segundo capítulo, da necessidade de mitigação ao anonimato com vistas a estimular a doação de material genético, objetivando conferir efetividade prática aos métodos de reprodução assistida heteróloga.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, visa-se sustentar que diante da Constituição Federal de 1988 que apresenta viés garantista, acentua-se a proeminência de conflitos entre os direitos fundamentais e neste contexto, necessário atuação do intérprete jurídico para que utilize mecanismos de solução a partir do caso concreto.

A pesquisa tem como contexto a discussão acerca do conflito existente entre o direito da pessoa a ter o conhecimento de sua origem genética face ao direito ao anonimato do doador



do material genético, objetivando apresentar argumentos bioéticos e jurídicos relacionados ao assunto, bem como suas possíveis interpretações e riscos.

Para tanto, o trabalho faz uso de estudo bibliográfico, com revisão e análise de referencial teórico da bioética e do direito, já que essas duas áreas do conhecimento se interseccionam quanto à natureza da matéria. A análise do problema incorporou, ainda, instrumentos bioético-jurídicos internacionais para a observância de determinações éticas consensualmente construídas pelas comunidades científico-acadêmica e política mundiais.

1. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Diante da análise do contexto histórico os esforços vertidos em prol da saúde reprodutiva se depararam com inúmeros empecilhos até o final dos anos 70, ressaltando-se o poder do Estado autoritário que não se preocupava em atender às necessidades mínimas da maior parte da população; a preponderância da biomedicina no que tange a elaboração de concepções sobre o corpo feminino; o restrito espaço social ocupado pela mulher e os projetos verticais de planejamento familiar, concretizados por organismos internacionais desde a década de 60.¹

Ressalta-se que, por incontáveis ocasiões, o movimento social feminista enfrentou a ordem médica e os "planejadores familiares" situações estas, marcadas por inúmeros conflitos, no que tange as reivindicações de seus direitos sexuais e reprodutivos. A divergência tinha como ponto central o antagonismo representado pelos organismos internacionais que buscavam o controle de natalidade permeada pelo reduzido ou inexistente poder de decisão feminina. Neste sentido, organismos internacionais defendiam seu posicionamento pautado pela concepção de que à medida que se aumenta o número de nascimentos, proporcionalmente, haveria um incremento nas situações de vulnerabilidade e miséria.²

Aproximadamente mais de 120 milhões de mulheres em âmbito global desejam evitar a gravidez. Diante deste contexto, a lei do Planejamento Familiar foi concebida pelo Governo Brasileiro, com objetivo de nortear e facilitar a compreensão a respeito da gravidez e do que significa a instituição familiar.³

Segundo a Constituição Federal, o planejamento familiar pode ser definido como: um direito de todo brasileiro, regulamentado pela Lei nº 9.263/96⁴ que assegura “ações de

¹SILVA, Raimunda Magalhães da; et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciências & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, nº 5, p. 2415-2424. 2011.

²Ibid.

³RAMOS, Sergio dos Passos. *Planejamento Familiar*. 2021. Disponível em: < <https://www.gineco.com.br/saude-feminina/metodos-contraceptivos/planejamento-familiar> >. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁴BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm >. Acesso em: 07 abr. 2021.

regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Para tratar de reprodução assistida é imprescindível abordar assuntos como direitos reprodutivos, direitos sexuais, as técnicas de reprodução assistida e suas subdivisões em reprodução assistida homóloga e heteróloga.

No que diz respeito aos direitos reprodutivos, ele começou a ser difundido a partir do I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em Amsterdã, Holanda, em 1984, que se tornou um marco na tratativa deste tema. Foi acordado em âmbito mundial que o termo indicava uma definição mais integralizada e apropriada do que “saúde da mulher”.⁵

A definição de direitos reprodutivos nas palavras de Miriam Ventura⁶:

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.

Os direitos reprodutivos foram abordados Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento⁷, presente em seu capítulo 7.3:

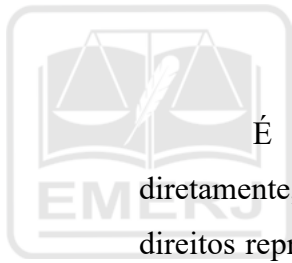
Tendo em vista a definição supra, os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Insta mencionar, que os direitos reprodutivos são amplamente verificados quando se há a possibilidade pelo método da reprodução assistida, uma vez que esta é uma das opções que possam vir a ser pensadas por pessoas que não tem a possibilidade de constituir uma prole de forma natural, e não veem em adoção como uma alternativa. Necessitando desta forma optar pela reprodução assistida afim de ver seu direito reprodutivo e ao planejamento familiar efetivados.

⁵ MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Rev. Int. Direitos Human*, São Paulo, v. 5, nº 8, jun. 2008.

⁶ VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009.

⁷ PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. 1994. Disponível em: < <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> >. Acesso em: 07 abr. 2021.



É premente a constante transformação e evolução da sociedade que refletem diretamente, também, no desenvolvimento de novos aspectos, no que se refere a discussão dos direitos reprodutivos que não são sinônimos, mas que estão intimamente ligados aos direitos sexuais.

Os direitos sexuais segundo o Ministério da Saúde⁸ são:

Direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições e com respeito pleno pelo corpo do(a) parceiro(a); Direito de escolher o(a) parceiro(a) sexual; Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças; Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física; Direito de escolher se quer ou não quer ter relação sexual; Direito de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, entre outras [...]

A reprodução humana assistida pode ser conceituada como uma técnica utilizada como recurso terapêutico que visa tratar a infertilidade conjugal em que compreende a manipulação de ao menos um dos gametas. Esta técnica pode ser cindida em duas espécies, homóloga e heteróloga. Ademais, para que seja realizada a reprodução humana assistida é imprescindível a escolha de uma das técnicas dentre as inúmeras disponibilizadas, das quais se destacam: inseminação artificial (IIU), fertilização in vitro (FIV).⁹

Na reprodução assistida homóloga são utilizados os gametas daqueles que serão os pais da criança, logo, não há a participação de um terceiro doador nesta modalidade de reprodução assistida. Nesta técnica a luz do Código Civil (CC) a paternidade é presumida, seja para os parceiros casados ou em união estável, justamente porque é plausível pensar que qualquer casal possa se valer dessas técnicas de reprodução. Como aduz o CC em seu art. 1597.¹⁰

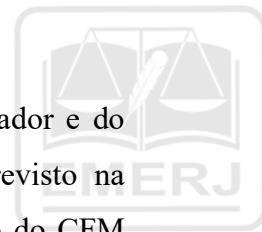
Na reprodução assistida heteróloga são utilizados os gametas de um terceiro doador, que serão obrigatoriamente anônimos. Insta mencionar que esse tipo de reprodução pode ser utilizado o material genético de apenas um doador ou por dois doadores, a depender das condições individuais dos receptores. Com a doação de material genético de terceiros a relação entre os geradores e a criança advinda da técnica será socioafetiva, como preceitua o art. 1593 do CC.¹¹

⁸BRASIL. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf >. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁹SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Saúde & Ciência em Ação*, Bahia, v. 2, nº 1, jul. 2016.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm >. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹¹Ibid.



Nessa categoria subsiste o princípio do sigilo quanto a identidade do doador e do receptor, isso impede que doadores e receptores se conheçam mutuamente, previsto na resolução nº 2168/17 do CFM¹² em seu inciso IV. Excepcionalmente, a resolução do CFM determina que em casos específicos, seja possível obter dados do doador, por exclusiva fundamentação médica, essas informações serão concedidas única e diretamente para médicos, protegendo a identidade do doador, vide item 4, inciso IV.

Na técnica de reprodução assistida heteróloga a luz do CC a paternidade é presumida, seja para os parceiros casados ou em união estável. Como aduz o CC em seu art.1597¹³: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”.

O CC menciona esparsamente sobre as técnicas de inseminação artificial, contudo ainda existem muitas lacunas legais, por esse motivo esse tema promove incontáveis controvérsias judiciais, principalmente no que tange o direito sucessório nas relações afetivas e biológicas e efetivação do direito ao planejamento familiar. As lacunas da lei na tratativa do assunto promovem diversas discussões doutrinárias com a tentativa de sanar as dúvidas que pairam sobre a filiação na reprodução assistida.¹⁴

Diante da exposição acima é premente a necessidade do Poder Legislativo brasileiro editar normas que atinjam uma abordagem mais técnica que envolvam limites e diretrizes que devam ser observados na realização das técnicas de reprodução assistida para que não se dependa somente da edição de novas resolução do CFM que deveriam ser utilizadas de forma subsidiária, e que atualmente se vê como a principal fonte normativa sobre o tema.

Outrossim, impende destacar importante inovação legislativa na Lei nº 9.656/1998 que versa sobre planos e seguros privados de assistência à saúde incluindo o art. 35-C, inciso III¹⁵ de forma a obrigar a cobertura em situações que envolvam planejamento familiar, consequentemente derogando a exclusão da inseminação artificial do plano-referência a saúde.¹⁶

Neste cenário, ressalta-se que o direito ao planejamento familiar de forma paulatina vem ganhando projeção prática no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que é

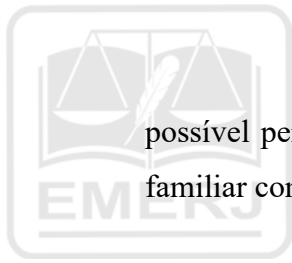
¹²BRASIL. Resolução CFM nº2.168/2017. 2017. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> >. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹³BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁴WALD, Arnold. *Reprodução humana assistida: Regulamentação jurídica e suas polêmicas*. Disponível em: < <https://arnoldopwald.jusbrasil.com.br/artigos/246730237/reproducao-humana-assistida-regulamentacao-juridica-e-suas-polemicas> >. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹⁵BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm >. Acesso em: 06 fev. 2022.

¹⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. Bahia: Juspodivm, 2021, p. 211.



possível perceber que o legislador ordinário vem ressaltando a importância do planejamento familiar como vetor não se refere aos assuntos referentes ao direito de família.

2. DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL QUE DEFENDE A VEDAÇÃO DO ANONIMATO COMO LIMITE A LIBERDADE

A questão mais debatida no que tange à Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina¹⁷ é o princípio do anonimato do doador de material genético nas técnicas de reprodução assistida. A ideia principal defendida é de que, em regra, a identidade dos doadores quanto dos receptores não deve ser revelada.

Contudo, em situações excepcionais, como doença grave, é factível que informações genéticas sejam fornecidas a médicos que devem guardar, sob qualquer hipótese, sigilo sobre a identidade do doador.¹⁸

A doação de gametas acontece por mera liberalidade, não sendo plausível pensar que com este ato adviriam novos deveres, principalmente no que tange a relação de parentesco, sucessório ou de prestação alimentícia. O anonimato está intimamente ligado à exclusão do vínculo de filiação entre o doador e o embrião gerado.

Nesse contexto, surge indubitavelmente a possibilidade de em caso de violação ao direito à intimidade, com a revelação da identidade do doador, a possibilidade deste acionar judicialmente os responsáveis pela quebra do sigilo, pleiteando a reparação civil pelos prejuízos a ele causados, em consonância ao que dispõe o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

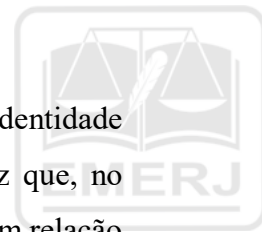
Contudo, no âmbito das técnicas de reprodução assistida, principalmente na reprodução assistida heteróloga, não há dúvida em determinar quem figurará como pai do nascituro, uma vez que, neste contexto, apenas um é pai, o outro é doador.¹⁹

Infere-se, que em consonância que dispõe o Código Civil em uma leitura constitucional, nessas situações, prevalece as relações socioafetivas em detrimento da relação biológica, principalmente em respeito ao princípio constitucionalmente assegurado da intimidade do doador e da proteção do núcleo familiar.

¹⁷BRASIL. *Resolução CFM nº 1.358*. 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm >. Acesso em: 10 set. 2021.

¹⁸MORALES, Priscila de Castro. *O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida*. 2017. Disponível em: < <https://docplayer.com.br/4845933-O-direito-a-identidade-genetica-versus-o-direito-ao-anonimato-do-doador-do-material-genetico-na-reproducao-assistida-1-%20priscila-de-castro-morales.html> >. Acesso em: 14 ago. 2021.

¹⁹SANTOS, Luana Souza dos. *Direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador na reprodução assistida heteróloga*. 2008. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-a-identidade-genetica-x-direito-ao-anonimato-do-doador-na-reproducao-assistida-heterologa,590891.html> >. Acesso em: 16 ago. 2021.



Apesar de não haver legislação vigente, na hipótese de ruptura da reserva da identidade do doador, deverá ser observado o Termo de Consentimento Informado, uma vez que, no momento em que este assina, renuncia a todo e qualquer direito ou responsabilidade em relação à paternidade no que tange à criança, que nascerá através do uso da técnica de inseminação heteróloga. O pai biológico, qual seja, o doador anônimo, não poderá adotar ou reconhecer a paternidade seja pela via judicial ou extrajudicial.²⁰

A doutrina tem entendimento majoritário, podendo citar entre eles Guilherme Calmon Nogueira da Gama²¹, no sentido de que ajuizar ação de reconhecimento de paternidade não seria o meio adequado para que o filho possa identificar sua identidade genética. O Remédio Constitucional Habeas Data seria o meio mais adequado, para resguardar, de forma efetiva, o direito à identidade pessoal no âmbito da reprodução assistida heteróloga em favor da pessoa concebida através da técnica científica. O ordenamento jurídico brasileiro admite o direito da pessoa ao conhecimento de seus ascendentes biológicos como um direito que faz parte do rol dos direitos da personalidade e, portanto, dos direitos fundamentais, sem que tal fato gere qualquer consequência nas relações de parentesco.²²

Entretanto, em contraposição ao direito do anonimato do doador, necessário se faz a análise do princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 1º, III e o direito a identidade genética do indivíduo concebido por meio das técnicas de reprodução assistida.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios que ocupa o lugar de maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro, traduzindo-se como princípio estruturante ou fundamental. Seus efeitos atingem o ordenamento jurídico com um todo, bem como influenciam na aplicação das leis aos casos concretos.

Importante mencionar que a dignidade é ínsita à pessoa, sem qualquer discriminação, sendo princípio absoluto, genérico, inalienável, extrapatrimonial, indisponível, imprescritível, impenhorável e irrenunciável, sendo, assim, dever de o Estado garantir sua proteção. É essencial que, além da previsão expressa no texto constitucional que esse princípio seja efetivamente aplicado aos casos concretos, bem como alcance a sua maior eficácia prática.²³

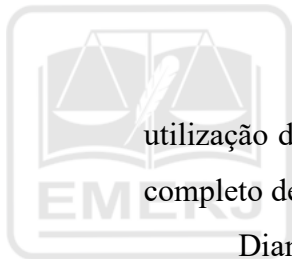
O direito à identidade genética está intimamente aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de direito personalíssimo, ou seja, aquele que é fruto da

²⁰CARTAXO, Maria Gracielly. Reprodução humana assistida: reconhecimento de paternidade na inseminação heteróloga. *Datavenia*, Paraíba, v.4, nº 2, p.172-199, dez. 2012.

²¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 915.

²²FALCONI, Luis Carlos & VAZ, Vítor Junqueira. A inseminação artificial heteróloga no código civil de 2002: reflexos no direito à filiação. *Faculdade de Direito UFG*, v. 32, nº 2, p. 163-183, dez. 2008.

²³AWAD, Fahd. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 2006 Disponível em: < <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/2182/1413/> > Acesso em: 17 ago. 2021.



utilização das técnicas de reprodução assistida ou quem, de qualquer modo, possui dúvida ou completo desconhecimentos acerca de sua identidade genética.

Diante da lacuna legislativa, é mister salientar a premente necessidade da utilização de princípios constitucionais a fim de garantir a tutela jurisdicional aplicada às contradições relativas aos métodos de reprodução assistida.

Os laços afetivos estabelecidos pela convivência diária entre pais e filhos representa fundamento indispensável nas relações paternas ou maternas, características estas que constituem o estado de filiação. Estes conceitos estão dissociados do direito individual de conhecer sua origem genética. Estas são circunstâncias díspares, sendo a primeira relacionada ao direito de família e a segunda, ao direito da personalidade.²⁴

Entretanto, o direito à parentalidade não está relacionado intrinsecamente ao estado da natureza humana. Ao contrário, emerge da natureza cultural e suas relações de pertença a um grupo familiar. Com o passar do tempo, bem como com as modificações sociais, definições de família e seus componentes têm sentidos e características alteradas. Em consonância com a edição do Código Civil de 2002, com intuito de corroborar com a Constituição de 1988 na eliminação das desigualdades jurídicas, foram reconhecidas quatro categorias distintas de filiação.

Insta mencionar que a parentalidade e a filiação não têm relação direta com a origem biológica. Todavia, é direito personalíssimo da pessoa conhecer sua origem biológica, mesmo que este fato não gere como consequência relações de parentalidade. Não necessita nenhuma justificativa específica, pois o simples fato da necessidade intrínseca de autoconhecimento passa pelo conhecimento de sua origem.²⁵

Diante da distinção entre direito da personalidade e direito de família, não seria o meio adequado para cognição da origem genética a interposição da ação de investigação de paternidade, visto que, neste caso, o anseio da pessoa seria conhecer a sua origem genética e não a tentativa de atribuir a alguém a paternidade ou a maternidade, que é o objetivo principal da ação de investigação de paternidade.²⁶

²⁴LÔBO, Paulo. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁵Id. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

²⁶Ibid.

3. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: O DIREITO AO ANONIMATO *VERSUS* O DIREITO A COGNIÇÃO DA ORIGEM GENÉTICA

Precipuamente, identifica-se um conflito entre os direitos fundamentais a origem genética, concebida através das técnicas de reprodução assistida que se traduz no direito a identidade pessoal, e o direito a intimidade do doador de gametas, conferido através do anonimato firmado em contrato.

Neste contexto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, conquistou grande importância social, pois, juntamente com a expressão Estado democrático de direito, serviu como base para a estruturação dos direitos fundamentais. Dentre outros princípios fundamentais, este ganha atenção especial, uma vez que de nada adiantaria a Constituição garantir o direito à vida se não resguardasse que ela fosse fruída de forma digna.²⁷

Reforça a ideia supramencionada as palavras de Alice Frajndlich²⁸:

É considerada uma expressão da dignidade humana a identidade genética, que busca a consagração dentro do ordenamento jurídico. É um bem fundamental a ser tutelado e consagrado pelo Direito Constitucional, abrangendo debates em torno do reconhecimento da origem genética do ser humano como um direito de personalidade do indivíduo.

Isto posto, diante do conflito dos direitos fundamentais emerge a dúvida de qual deles deveria prevalecer. O direito ao anonimato do doador ou o direito a identidade genética do concebido. Para solucionar tal conflito é importante observar as especialidades do caso concreto, bem como observar o bem jurídico tutelado que deve ser protegido. Caso, não seja possível solucionar a contenda entre os princípios fundamentais uma vez que se trata de direitos que tem como características um alto grau de abstrativização generalidade, e indeterminabilidade, sendo necessário, portanto, discussões sociológicas e filosóficas para aplicação de forma ponderada ao caso concreto.

Por todo exposto até presente momento resta claro o conflito entre os direitos fundamentais por isso, importante destacar que não se trata de direitos absolutos, ou seja, não há fundamento hierárquico, de forma que um não prevaleça sobre os outros. Portanto, o julgador

²⁷VIANA, Malba Zarrôco Vilaça; DUARTE, Hugo Garcez. *A dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica*. 2017. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-dignidade-da-pessoa-humana-enquanto-valor-supremo-da-ordem-juridica/> >. Acesso em: 10 set. 2021.

²⁸FRAJNDLICH, Alice. *Identidade genética e intimidade do doador: a problemática da reprodução humana assistida*. Disponível em: < <https://docplayer.com.br/33345103-Identidade-genetica-e-intimidade-do-doador-a-problemativa-da-reproducao-humana-assistida-1-resumo.html> >. Acesso em: 01 set. 2021.



não está vinculado a tomar nenhuma decisão em específico, podendo este a depender do caso concreto deferir o direito a intimidade ou ao seu turno decidir manter o sigilo dos dados do doador, no âmbito da reprodução assistida.²⁹

Desta forma, conclui-se que os princípios não admitem sua aplicação direta e imediata, servindo acessoriamente para início da formulação de uma norma, em sentido amplo, sendo que as consequências jurídicas serão aplicadas pelo magistrado que decidirá, conforme adequação ao caso concreto. Os princípios, então são inicialmente são genéricos e abstratos, naturalmente, iram se concretizar na medida que são aplicados caso a caso.³⁰

Quando se trata de corrente principiológica, não tem como tratar a decisão com uma, correta e justa, pois admite-se que é necessário um conjunto de elementos para a satisfação deste fim. Neste sentido, Inocêncio Coelho preleciona, “convivência e conciliação com outros princípios - igualmente operantes e eventualmente concorrentes – que ofereçam razão para soluções em sentido diverso.”³¹

Sendo assim, quando observado, de fato, conflito entre normas constitucionais – normas estas que são a expressão dos princípios na Carta Constitucional – o melhor caminho para a solução seria a ponderação entre eles. Insta salientar, que não há hierarquia entre eles, dessa forma, a resposta para esse antagonismo passará pela valoração destes no caso concreto, prevalecendo um sobre o outro.

Neste sentido, quando há necessidade do uso da ponderação para a resolução de conflitos, adentrar-se-ia no subjetivismo do caso, podendo decidir o conflito segundo suas convicções pessoais o que inocula o princípio da imparcialidade do julgador.³²

Para evitar o subjetivismo, deverão ser observadas três premissas. De plano deve-se considerar as características do caso concreto, tanto nas peculiaridades de fato, quanto jurídicas, não havendo solução possível diante da controvérsia, haverá a necessidade de proteger aquele que tem menos condições, e por isso precisa de maior proteção *in casu*.³³ No mais, quando se

²⁹BITTENCOURT, Tania da Fonseca Passos. *Inseminação artificial heteróloga: o direito ao sigilo do doador versus o direito da prole à identidade genética*. 2016. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/TaniadaFonsecaPassosBittencourt.pdf >. Acesso em: 01 set. 2021.

³⁰REGINALDO, Paula Adão. *O modelo ponderacionista de Robert Alexy e a sua recepção no contexto jurídico do Brasil: uma análise a partir da doutrina brasileira e do Supremo Tribunal Federal*. 2017. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177476/Monografia.pdf%20%281%29.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 01 set. 2021.

³¹COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. *Direito público*. p. 66. set. 2003.

³²DUARTE, Hugo Garcez; BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. 2013. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/uma-analise-sobre-os-conceitos-de-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz/> >. Acesso em: 01 set. 2021.

³³PINI, Raissa. Beatriz. *A reprodução assistida heteróloga: o direito do doador ao anonimato versus o direito da pessoa gerada à cognição da origem genética*. Disponível em: < <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6250/1/RAISA%20BEATRIZ%20PINI%20-%20A%20reprodu%3%A7%C3%A3o%20assistida%20heter%3%B3loga.pdf> >. Acesso em: 01 set. 2021.

utiliza das técnicas de ponderação não serão obtidas respostas absolutas, mas sim respostas valorativas.

Diante da controvérsia parte da doutrina³⁴ se posiciona no sentido de que se observar o anonimato, seria imprescindível ao estímulo de mais pessoas se disponibilizarem a doação, bem como estabelecer laços mais fortes entre a criança concebida pelas técnicas de reprodução assistida e os pais socioafetivos. Por outro lado, sob a ótica de um viés mais protetivo, pautado nas diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, manifestam-se no sentido de que o desconhecimento da origem genética, poderia ocasionar uma grave crise de identidade, o que prejudicaria o desenvolvimento psíquico, daquele que se encontra em especial estágio de desenvolvimento, e por isso, sujeito de direitos que merece singular atenção e proteção da sociedade, família e Estado.³⁵

Em síntese, diante da análise desta situação peculiar e que merece especial atenção, ainda que o magistrado possua convicção interna de qual direito deve prevalecer, não deve olvidar a necessidade de se realizar a ponderação no caso concreto com a finalidade de aplicar de forma valorada a decisão mais adequada, no sentido de manter o anonimato do doador ou eventualmente conceder a pessoa concebida através das técnicas de reprodução assistida o conhecimento a sua origem genética.

CONCLUSÃO

Em síntese, não é possível atribuir aos direitos fundamentais caráter absoluto, cabendo uma análise casuística em que certamente haverá melhor cabimento de um em detrimento de outro, a depender do caso concreto. Ademais, a aplicação de um direito fundamental não exclui o cabimento de outro, sendo a melhor opção harmonizá-los na tentativa de solucionar de forma equânime as contendas.

Após a análise do artigo nº 1597 do CC, em que está prevista a hipótese da reprodução assistida heteróloga, e por toda a discussão ventilada neste trabalho, constata-se que a filiação é atribuída a aqueles que se valem da técnica para viabilizar o seu projeto parental e não ao doador anônimo de gametas.

Contudo, a problemática, como foi explanada ao longo do trabalho tem extensão e profundidade que não foram alcançadas pela legislação vigente. As controvérsias apresentadas não encontram amparo legal, que na maioria das vezes encontram solução em princípios e na parca abordagem do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

³⁴DIAS, op. cit., 2021, p.227.

³⁵BITTENCOURT, op. cit.



Questões extremamente controvertidas, como a possibilidade de se identificar o doador de gametas, por exemplo, encontra a única e exclusiva reposta, prevendo, que sejam fornecidos, apenas, informações da ficha médica ao profissional de medicina que os requisite, com intuito de prevenir ou tratar doenças geneticamente transmissíveis, além de ser amparado pelo direito a intimidade previsto na Constituição Federal. Todavia, resta claro, que tal tratativa se demonstra insuficiente frente a complexidade das relações sociais, filiais e de parentalidade.

Não obstante ter sido evidenciado que a paternidade cabe aqueles receptores da doação de material genético, o indivíduo gerado por meio das técnicas de reprodução assistida tem direito ao conhecimento de sua origem, para perfazer a sua identidade genética, características fenotípicas e psicológicas, fato este que não tem relação com a parentalidade, tampouco gerará reflexos patrimoniais.

Assim sendo, diante da questão extremamente controvertida, deverá o aplicador do direito utilizar a ponderação como meio ideal para se solucionar os conflitos provenientes das novas relações trazidas pelas técnicas de reprodução assistida, observando a imparcialidade em seu julgamento, a fim de estabelecer, casuisticamente, se sustenta o direito ao anonimato do doador ou se atende o pleito da pessoa gerada por meio das técnicas de reprodução assistida a possibilidade de conhecer a sua origem biológica.

REFERÊNCIAS

AWAD, Fahd. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 2006 Disponível em: < <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/2182/1413/> > Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf >. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm >. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Lei nº 9.656*, de 3 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm >. Acesso em: 06 fev. 2022.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm >. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. *Resolução CFM nº 1.358*. 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm >. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. 2017. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> >. Acesso em: 07 abr. 2021.

BITTENCOURT, Tania da Fonseca Passos. *Inseminação artificial heteróloga: o direito ao sigilo do doador versus o direito da prole à identidade genética*. 2016. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/TaniadaFonsecaPassosBittencourt.pdf >. Acesso em: 01 set. 2021.

CARTAXO, Maria Gracielly. Reprodução humana assistida: reconhecimento de paternidade na inseminação heteróloga. *Datavenia*, Paraíba, v.4, nº 2, p.172-199, dez. 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. *Direito público*. set. 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. Bahia: Juspodivm, 2021.

DUARTE, Hugo Garcez; BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. 2013. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/uma-analise-sobre-os-conceitos-de-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz/> >. Acesso em: 01 set. 2021.

FALCONI, Luis Carlos; VAZ, Vitor Junqueira. A inseminação artificial heteróloga no código civil de 2002: reflexos no direito à filiação. *Faculdade de Direito UFG*, v. 32, nº 2, dez. 2008.

FRAJNDLICH, Alice. *Identidade genética e intimidade do doador: a problemática da reprodução humana assistida*. Disponível em: <https://docplayer.com.br/33345103-Identidade-genetica-e-intimidade-do-doador-a-problematICA-da-reproducao-humana-assistida-1-resumo.html> > Acesso em: 01 set. 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica/3> >. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. *Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao> >. Acesso em: 17 ago. 2021.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Rev. Int. Direitos Human*, São Paulo, v. 5, nº 8, jun. 2008.

MORALES, Pricila de Castro. *O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida*. 2017. Disponível em: < <https://docplayer.com.br/4845933-O-direito-a-identidade-genetica-versus-o-direito-ao-anonimato-do-doador-do-material-genetico-na-reproducao-assistida-1-%20priscila-de-castro-morales.html> >. Acesso em: 14 ago. 2021.



PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*. 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.

PINI, Raisal. Beatriz. *A reprodução assistida heteróloga: o direito do doador ao anonimato versus o direito da pessoa gerada à cognição da origem genética*. Disponível em: < <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6250/1/RAISA%20BEATRIZ%20PINI%20-%20A%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%20heter%C3%B3loga.pdf> >. Acesso em: 01 set. 2021.

RAMOS, Sergio dos Passos. *Planejamento Familiar*. 2021. Disponível em: < <https://www.gineco.com.br/saude-feminina/metodos-contraceptivos/planejamento-familiar> >. Acesso em: 07 abr. 2021.

REGINALDO, Paula Adão. *O modelo ponderacionista de Robert Alexy e a sua recepção no contexto jurídico do Brasil: uma análise a partir da doutrina brasileira e do Supremo Tribunal Federal*. 2017. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/177476/Monografia.pdf%20%281%29.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 01 set. 2021.

SANTOS, Luana Souza dos. *Direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador na reprodução assistida heteróloga*. 2008. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-a-identidade-genetica-x-direito-ao-anonimato-do-doador-na-reproducao-assistida-heterologa,590891.html> >. Acesso em: 16 ago. 2021.

SILVA, Raimunda Magalhães da; et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciências & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, nº 5, 2011.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Saúde & Ciência em Ação*, Bahia, v. 2, nº 1, jul. 2016.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009.

VIANA, Malba Zarrôco Vilaça & DUARTE, Hugo Garcez. *A dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica*. 2017. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-dignidade-da-pessoa-humana-enquanto-valor-supremo-da-ordem-juridica/> >. Acesso em: 10 set. 2021.

WALD, Arnold. *Reprodução humana assistida: Regulamentação jurídica e suas polêmicas*. Disponível em: < <https://arnoldopwald.jusbrasil.com.br/artigos/246730237/reproducao-humana-assistida-regulamentacao-juridica-e-suas-polemicas> >. Acesso em: 07 abr. 2021.

O GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR COMO FONTE DE IMPUNIDADE E O ABANDONO DA VÍTIMA COMO SUJEITO DE DIREITOS

Raquel de Souza Lima dos Santos.

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Auxiliar de Gabinete do Juiz.

Resumo - a atual dogmática processual penal tem se assentado sob a ótica do denominado Garantismo Penal. Os operadores do direito penal processual e as decisões judiciais têm sido permeadas de conceitos garantistas com o fim de proteger os direitos fundamentais e as liberdades dos réus. Nesse aspecto, surgem discrepâncias na atenção e defesa dos direitos também das vítimas, que muitas vezes se veem distantes da atenção de juristas e acadêmicos. Assim, o presente trabalho procura demonstrar as diferenças da aplicação da teoria chamadas de Garantismo Penal Hiperbólico Monocular, ou Garantismo à Brasileira, em contraponto com o chamado Garantismo Integral. Busca-se uma reflexão sobre os institutos dos direitos fundamentais das vítimas, dos reais sentidos do princípio da proporcionalidade e da eventual necessidade da aplicação do garantismo penal frente a uma constituição essencialmente social. Para tanto, defende-se, ainda, a ineficaz aplicação da teoria, pois criada em momento histórico diverso do vivido hoje no direito pátrio.

Palavras-chave - Direito Processual Penal. Garantismo Penal Integral. Garantismo Penal Hiperbólico Monocular. Impunidade. Direitos das vítimas.

Sumário - Introdução. 1. Garantismo Hiperbólico Monocular x Garantismo Integral: o abandono da vítima como titular de direitos fundamentais 2. Garantismo só para o réu? A desproporcionalidade das decisões judiciais como fonte de impunidade. 3. A eventual necessidade da aplicação da Teoria do Garantismo Penal no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda a aplicação da Teoria do Garantismo no sistema penal brasileiro. Objetiva-se demonstrar que, uma vez que a Constituição Federal apresenta uma série de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, a aplicação de uma teoria voltada a garantir os direitos apenas dos acusados, tem se mostrado geradora de uma latente desproporcionalidade das decisões judiciais atuais. A essa forma de aplicação da teoria que se denomina como Garantismo Hiperbólico Monocular.

A fim de desenvolver o tema em questão, procura-se analisar se a sociedade brasileira vivencia um sistema penal que seja realmente eficaz, na medida em que a aplicação do direito penal, na sua essência, tem se esquecido do sofrimento experimentado pelas vítimas. Os operadores do direito têm desenvolvido o direito processual penal com vistas tão somente a



proteger a liberdade individual do agente criminoso e não nas consequências do crime, fato este por vezes dissociado do que objetiva o direito penal material.

No primeiro capítulo, procura-se demonstrar que o direito fundamental à liberdade individual do acusado tem sido invocado com supremacia em detrimento de outros direitos fundamentais das vítimas, como o direito à segurança, à inviolabilidade do direito à vida, dentre outros. Pontua-se o constante do artigo 59 do código Penal como uma demonstração clara de que o direito material se preocupou, não só com as garantias individuais do acusado, mas também com as consequências experimentadas pelas vítimas de crimes, analisando-se que, apesar de serem autônomos, o direito processual e o direito penal não podem andar dissociados.

Seguindo-se no segundo capítulo, busca-se mostrar as duas facetas do princípio da proporcionalidade, quais sejam: um viés negativo, que se constitui na proibição de excesso no poder de punir do estado; e um viés positivo, que se constitui na proibição de uma proteção deficiente da sociedade. Nesse aspecto, pontua-se que, se o estado protege a sociedade de forma deficiente, é porque não se está punindo adequadamente, o que significa a consolidação da impunidade.

Por fim, o terceiro capítulo discute acerca da necessidade ou desnecessidade da aplicação de uma teoria para que direitos já positivados constitucionalmente sejam cumpridos. Nesse sentido, uma vez que todo o ordenamento jurídico ordinário deve se pautar na Carta Magna, falar-se em teoria garantista nada mais é do que uma redundância das mesmas garantias já asseguradas, ou até mesmo de uma ideologia. E, havendo redundância, mostra-se clara a defesa de direitos em maior peso para uns do que para outros, o que não pode ser concebível.

Nesse último aspecto do tema, pontua-se, ainda, a existência dos esquecidos deveres constitucionais individuais. Atualmente fala-se muito em direitos e garantias e se tem esquecido dos deveres. Assim, observar apenas uma parte conveniente da constituição, impulsiona o desequilíbrio em que se apresenta a sociedade brasileira atual. Vale dizer: o criminoso não pode ser visto como vítima da sociedade, mas a sociedade que tem sido vítima contumaz da avassaladora e crescente criminalidade.

O presente trabalho científico é desenvolvido essencialmente com base nos métodos qualitativo e bibliográfico. Ou seja, a argumentação se baseia em análises e percepções do cotidiano forense e decisões dos tribunais superiores, somando-se à bibliografia pertinente ao tema, que vem embasar os aspectos propostos.

1. GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR X GARANTISMO INTEGRAL: O ABANDONO DA VÍTIMA COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Garantismo Penal, talvez a palavra-chave deste artigo. Muito se ouve falar em doutrinadores e juristas mais ou menos garantistas, bem como na necessidade de um direito penal mais garantista. Assim, inicialmente, se faz mister pontuar do que se trata a referida teoria e o que seriam as suas ramificações ou aplicações, conforme exposto no título deste capítulo.

Assim, Garantismo Penal é uma teoria estabelecida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli¹, em seu livro *Direito e Razão*, se assenta em axiomas que, segundo Magalhães² "tais axiomas têm a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal". A ideia da teoria repousa, portanto, na necessidade de uma intervenção mínima do poder do Estado frente às garantias individuais, bem como na proteção do indivíduo contra os excessos desse mesmo estado.

Como Garantismo Hiperbólico Monocular, temos, conforme conceituado por Fischer³ como sendo aquele que evidencia “de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados”. Ou porque não dizer, uma proteção exagerada, desproporcional e desequilibrada do réu na relação jurídica processual, supervalorizando os direitos individuais em detrimento dos demais personagens da situação penal.

Assim, a palavra hiperbólico se refere, portanto, ao exagero e a monocular (expressão ligada à deficiência visual e que enxerga com apenas um dos olhos), a uma visão parcial e limitada, como nas palavras de Dallagnol⁴, Procurador da República. Tal entendimento também é denominado, nas palavras de Marques⁵ como Garantismo à Brasileira ou Hipergarantismo.

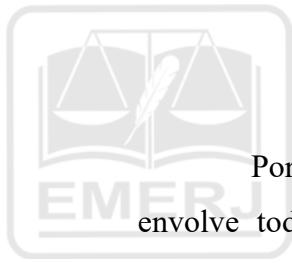
¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

² MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 188, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

³ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão de aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina TRF4*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴ DALLAGNOL apud CARVALHO, Luiz Maklouf. “É preciso um garantismo integral”, diz procurador Deltan Dallagnol. *Estadão*. Curitiba, 05 fev. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁵ MARQUES, Nany Papaspyrou. Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no estado democrático de direito. *Migalhas*. Migalhas de peso, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-aograntismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 17 nov. 2021.



Portanto, a *contrario sensu*, garantismo penal integral seria aquele que se preocupa e envolve todas as partes e personagens envolvidos no contexto criminal, protegendo os interesses coletivos e sociais.

Nessa seara, quando há a proteção exagerada de um dos lados da balança, ela se torna desequilibrada, com a deficiência de proteção para o outro lado. Nesse momento é que se verifica a proteção deficiente e o abandono da vítima como sujeito de direitos. E aqui, não se está querendo apenas pontuar a vítima isolada de um crime cometido, mas toda a coletividade que, continuamente sofre com o crescimento da criminalidade.

O que se observa é que, quando há uma deficiência na punição de indivíduos que desrespeitam as leis vigentes, proporcionada por um excessivo arcabouço de garantias processuais, até que se vejam impunes, há novamente uma infração aos direitos fundamentais da coletividade como um todo, que se vê novamente à mercê dos atos lesivos dos criminosos soltos e não punidos ou punidos de forma ineficaz.

Não se quer falar aqui de direitos fundamentais de forma indeterminada ou genérica, mas de direitos específicos expressos no caput do, tão famoso, artigo 5º da Constituição da República⁶, quais sejam: direito à liberdade, à inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e, porque também não dizer, o direito à proporcionalidade das decisões judiciais. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, apesar de não estar expresso no texto constitucional, é um dos mais consagrados, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Mas, se os direitos individuais acima são invocados, em larga escala, quando se trata do réu, como, então, visualizá-los quando se trata das vítimas? Passa-se, então, resumidamente a descrevê-los: primeiramente o direito à liberdade da vítima, repousa no sentido de que, se o seu ofensor permanece livre, ela que terá que se eximir de frequentar determinados lugares, em determinados horários, ou até mesmo, vendo-se obrigada a sair de sua cidade natal para não ter que se ver frente a frente com o seu ofensor, fato esse que ocorre de forma costumeira e mais acentuadamente nas comunidades e locais mais humildes. O que se vê na prática garantista é que se prefere privilegiar o direito à liberdade do réu em detrimento do mesmo direito que possui a vítima.

No que diz respeito à inviolabilidade do direito à vida, pode-se utilizar do mesmo raciocínio acima. Prefere-se pôr em risco a vida de quem sofre com assaltos e latrocínios com cada vez mais criminosos impunes, do que o suposto risco à inviolabilidade à vida dos réus,

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.



com cada vez menos punição. Punir um criminoso não é retirar-lhe o direito à vida. É apenas dar uma resposta estatal à infração das leis vigentes.

O que dizer do direito à igualdade? Há igualdade no processo penal? À medida em que o réu tem toda a plenitude e amplíssima defesa, permitindo-se, inclusive, as provas ilícitas em sua defesa, a vítima, por sua vez, não tem qualquer relevância no processo e, neste, quase não tem voz. É tratada como uma mera testemunha, quando deveria ter o valor preponderante em suas palavras. Afinal, foi ela quem sofreu primariamente com a conduta criminosa e não o réu.

Não se pode ver o processo penal e o direito penal como uma violência ou um sofrimento para o acusado, na medida em que, o acusado fez outrem sofrer primeiro, merecendo, para tanto, uma resposta plausível à sua conduta. Caso contrário, não havendo qualquer resposta estatal, estar-se-ia dando carta branca para a continuidade da infração às leis da forma como bem entender. Não há punição adequada, pelo contrário, há garantias, então por que o delinquente vai deixar de delinquir? Não há igualdade, uma vez que a vítima já experimentou sofrimento com a prática do crime, mas o acusado... não obtém resposta plausível para o mau causado.

Por último, restaram dois pontos importantes: o direito à segurança e a proporcionalidade das decisões judiciais. Acerca do princípio da proporcionalidade e, pontualmente, da vedação à proteção deficiente, será tratado mais especificamente no capítulo seguinte. Entretanto, cabe pontuar sobre a segurança, ou a falta dela, que toda a sociedade brasileira já experimenta no seu dia a dia: não há segurança quando há impunidade. A insegurança resulta da ineficiência do estado em punir e em proteger. Não adianta proteger a vítima hoje e garantir a liberdade do réu amanhã: são conceitos antagônicos.

Verifica-se que uma reprimenda deficiente baseada nas excessivas garantias do acusado, infringe, e muito, os direitos titularizados pelas vítimas. Vale dizer que, as garantias dos réus repousam, muitas vezes, no desenvolvimento do processo penal, apartando-se do próprio direito penal material. Modernamente, entende-se que o direito processual e o direito material são autônomos. Entretanto, um não existe sem o outro, não são dissociados, mas interdependentes. Quando o estado deixa de punir com base em garantias processuais, deixa de aplicar o próprio direito penal material.

Necessário se faz, então, voltar os olhares para o direito material, no que diz respeito à importância das consequências suportadas pela vítima quando da fixação e execução da pena do acusado. O artigo 59 do Código Penal Brasileiro⁷ diz expressamente que o juiz, atendendo,

⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.



dentre outras coisas, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime a quantidade de pena aplicável. Entretanto, o que se vê na prática forense é bastante contrário ao descrito acima.

O que se vê modernamente é um processo penal que aplica o direito material com base, tão somente, na intenção do agente, esquecendo-se de valorar as consequências que aquele crime provocou na vítima. Classificam-se os crimes e imputam-se as penas com base no dolo do agente, na sua vontade psíquica quando cometeu o crime ou na sua primariedade, mas não nas consequências de sua conduta. Como se fosse possível adentrar na psique do acusado para entender o que ele queria no momento da prática do crime.

Corroborando o entendimento acima, cabe citar recente jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça⁸, na qual se discutia um conflito de competência para julgamento de criminosos que, em fuga, efetuaram disparos de arma de fogo contra policiais militares em patrulhamento. Discutiu-se sobre a ocorrência de crime de resistência ou de tentativa de homicídio qualificado, dado ao fato de que um dos tiros acertou de raspão a cabeça de um dos policiais. O conflito se resolveu, justamente, com base no entendimento de que a vontade, o dolo do agente criminoso era apenas o de fugir e não o de matar, por ausência de *animus necandi*.

No caso apresentado acima, seria realmente possível inferir qual era a vontade do agente no momento do crime? Partindo-se do pressuposto de que quem tem uma arma na mão conhece seus efeitos, ao atirar contra policiais, no mínimo, ele tem consciência de que pode acertar e matar. É um resultado possível do qual ele assume conscientemente o risco de produzir. Ou seja, de fato ele queria alvejar o policial, mesmo que esse não fosse o objetivo primário.

Mas, e a vítima? E as consequências que aquele crime gerou na família da vítima? Será que lhe foi observada a inviolabilidade do seu direito à vida quando foi alvejada por tiros quando alguém lhe roubou o celular? Será que o policial do caso acima, ficou com alguma seqüela pelo tiro recebido? E se ele tivesse morrido?

Esses direitos fundamentais, apesar do texto legal, ficam esquecidos diante do direito processual moderno, fundado no garantismo penal. Ferrajoli⁹ afirma que “o direito penal existe

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Conflito de Jurisdição nº 0089305-92.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Freire Robredo. Disponível em: <www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.14.2>. Acesso em: 13 ago. 2021.

⁹ FERRAJOLI apud PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil*. São Luiz, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017, p. 147.



principalmente para garantir os direitos dos criminosos; secundariamente, para garantir o direito dos não criminosos”.

Diante de tal entendimento, torna-se fácil compreender o porquê do abandono das vítimas no processo penal. Pode-se dizer que se trata de uma inversão de valores, uma vez que primariamente o direito penal foi concebido para punir infratores e proteger os cidadãos vítimas de condutas criminosas. Partindo-se do entendimento de que o direito surgiu nas mais antigas sociedades e coletividade humanas, bem como que o direito penal, conforme descreve Barth¹⁰ “[...] é o mais antigo dos direitos”, pode-se chegar ao entendimento, segundo as palavras do Apóstolo Paulo¹¹, de que a lei é feita para os transgressores.

Limitar o poder punitivo e as arbitrariedades do Estado não pode ser sinônimo de impunidade. O Estado não é apenas o monstro que objetiva punir, é também aquele no qual busca-se proteção e direitos. O entendimento garantista leva à concepção de um direito penal e de um Estado ineficaz, na medida em que não é capaz de punir o criminoso e nem de proteger o bem jurídico tutelado. Uma teoria nunca pode se sobrepor e anular o direito vigente.

Todas as normas jurídicas foram feitas para regular e dirigir a vida em sociedade. Dizer que o direito penal existe para proteger os criminosos é uma abstração do seu real sentido. Fica então a indagação: Se o direito penal protege criminosos, por meio de qual direito, então, protegem-se as vítimas?

2. GARANTISMO SÓ PARA O RÉU? A DESPROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTE DE IMPUNIDADE

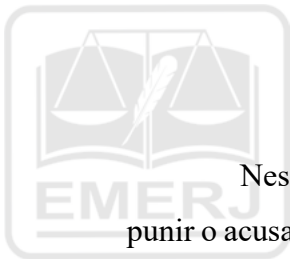
Passadas as considerações do capítulo anterior, já se pode depreender que decisões judiciais que não valorizam a vítima como sujeito de direitos, são, deveras, desproporcionais. Nesse sentido, cabem algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade.

Segundo Bonfim¹², o princípio da proporcionalidade baseia-se numa relação custo-benefício, em que, cada vez que o legislador cria um delito, impõe um ônus à sociedade e esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. E, continuando, descreve que “a pena deve ser proporcional à extensão do dano [...]”.

¹⁰ BARTH apud BOMFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

¹¹ BÍBLIA, N.T. I TIMÓTEO. Português. In: *Bíblia Sagrada: Nova versão internacional*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018, Cap. 1, vers. 9. p. 814.

¹² BOMFIM, op. cit., p. 130.



Nesse sentido, pode-se observar no referido princípio duas faces. Qual seja: uma de punir o acusado pela prática do delito, o que configura o ônus; e a outra, de proteger a sociedade com a efetiva proteção do interesse tutelado pelo tipo penal. E, se a pena deve ser proporcional à extensão do dano, quer dizer que ela não deve ser nem mais e nem menos equivalente ao dano. Assim, se ela for inferior ao dano cometido, ela será ineficaz e, por conseguinte, desproporcional, porque não protege o interesse tutelado.

Acerca das interfaces da proporcionalidade, descreve Magalhães¹³ que:

[...] o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público - sobretudo os normativos -, possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso; e, de outro, a proibição de proteção deficiente. É exatamente o mandamento proibitivo de proteção deficiente que impede que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude [...].

Assim, se o Poder Público deixar de proteger uns para garantir as liberdades individuais de outros, estar-se-á diante de uma renúncia arbitrária da aplicação do direito penal, e conseqüentemente do desrespeito ao princípio da proporcionalidade no seu viés positivo, que é justamente aquele que impõe uma proteção eficiente e equivalente ao dano cometido.

Absolver um acusado pela alegação de nulidade nas técnicas processuais, ou desconstituir julgamentos já consolidados com base em novel interpretação legal, não é proporcional porque está oferecendo à sociedade uma proteção deficiente, uma insegurança jurídica, o que é vedado pelo princípio da proporcionalidade. Para que uma decisão seja proporcional ela deve proteger o bem jurídico tutelado e a coletividade que dele dispõe, e não se atentar, apenas, para a liberdade individual do acusado. É preciso ver além das partes do processo e avaliar o impacto que as decisões judiciais têm na coletividade como um todo.

Se a teoria garantista afirma que o direito penal foi feito para proteger o criminoso, então inexistente o seu caráter punitivo. E, se não há punição, há impunidade. Impunidade, nada mais é que, falta de punição adequada e eficaz. Conforme dito em linhas acima, a punição é o ônus que a sociedade tem que suportar para a promoção do bônus, que é a proteção do bem jurídico. Se não houver o ônus de punir, não haverá o bônus de proteger.

¹³ MAGALHÃES op. cit., p.190.



Nas palavras de Moraes Junior¹⁴ “[...] a impunidade não consiste apenas em deixar o criminoso sem punição, mas, por igual, em puni-lo insuficientemente, isto é, de modo que ele não sinta e a sociedade não veja;”.

Segundo afirma Ferrajoli¹⁵, “a pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo”. De fato, a pena é uma segunda violência, mas uma violência prevista e aceita por essa mesma sociedade como resposta à violência primária que não se mostra tolerável. A pena não é, então, uma violência em si mesma, mas uma resposta à uma violência primária.

Aquele que pratica um delito não se constitui como um solitário indivíduo, como afirma o ilustre doutrinador italiano. O criminoso é parte de um todo, parte de uma coletividade, de uma sociedade no qual está inserido. Um indivíduo que, apesar de ser parte de um todo, possui liberdade de escolhas, e que, conscientemente, escolheu não cumprir as regras impostas por essa sociedade. Segundo descrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶, em seu artigo primeiro, todos os seres humanos são dotados de razão e consciência, o que reafirma a compreensão de que todos fazem suas escolhas de forma consciente.

Esse indivíduo que possui liberdade de escolhas, no entendimento do pesquisador Shikida¹⁷ e, com base em suas pesquisas de campo por mais de 20 anos junto à detentos, constatou-se que “criminosos e contrabandistas não se veem como vítimas da sociedade e entram no mundo do crime por ambição e para ganhar muito dinheiro” [informação verbal]. Ou seja, a ideologia do criminoso-vítima é uma falácia.

É a ponderação do interesse individual face ao interesse coletivo. Isso justifica a punição como resposta adequada do estado, para que as regras escolhidas por aquela sociedade tenham validade.

Corroborando esse entendimento, Shikida¹⁸ afirma que, “enquanto o estado não for uma ameaça crível e o cidadão não respeitar as leis, essa migração [do lícito para o ilícito] vai

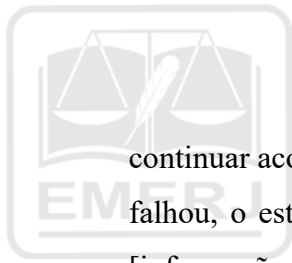
¹⁴ DIP, Ricardo; MORAES JUNIOR, Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. São Paulo: Lepanto, 2018, p. 30.

¹⁵ FERRAJOLI, op. cit., p. 15.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjwssyJBhDXARIsAK98ITRiubRDJO550vPSK0jzcSWKIAKQapJ2jOUFGoxMR_soOhzXjkHseKMaAgZMEALw_wcB. Acesso em: 04 set. 2021.

¹⁷ YOUTUBE. *Informação fornecida por Pery Francisco Assis Shikida em entrevista concedida ao canal Gazeta do Povo*, em outubro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6XhzpU1-hcU>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁸ Ibid.



continuar acontecendo [...]”. E ainda continua afirmando que “se a família falhou, se a religião falhou, o estado não pode falhar, ele tem que fazer com que o criminoso seja punido [...]” [informação verbal].

Caso contrário, não havendo qualquer resposta estatal, estar-se-ia dando carta branca para que aquele indivíduo continue a ir de encontro às normas sociais como bem entender. E porque não dizer, não haveria sociedade organizada de forma democrática. Proteger contra a arbitrariedade do estado não é deixar de dar uma resposta às condutas individuais, nem tão pouco uma resposta ineficaz.

O Estado, o Poder Público e as leis não surgiram do nada existencial, mas foram criadas por pessoas e indivíduos que formam a sociedade. Portanto, não há que se falar em “solitário indivíduo”, na medida em que esse mesmo indivíduo faz parte da sociedade em que vive.

Injusta seria a sociedade que não protegesse os seus cidadãos e indivíduos contra violências arbitrárias. Seria o caos da prevalência dos mais fortes contra os mais fracos, como ocorria nas sociedades primitivas. A formação do estado e das leis penais é justamente a manifestação da democracia e da vida organizada. Ninguém quer viver no caos de um mundo sem regras.

Conforme Reale¹⁹:

[...] podemos criticar as leis, das quais dissentimos, mas devemos agir de conformidade com elas, mesmo sem lhes dar a adesão de nosso espírito. Isto significa que elas valem objetivamente, independentemente, e a despeito da opinião e do querer dos obrigados. (...) Dizemos, então, que o Direito é heterônomo, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir. Dirão os senhores que os terceiros são o Estado e que o Estado é constituído pela sociedade dos homens, de maneira que, em última análise, estamos nos governando a nós mesmos [...].

Com o brilhante entendimento acima conclui-se que, se os homens se governam a si mesmos, não há indivíduo solitário frente ao arbítrio estatal. O garantismo penal se mostra como fonte de impunidade, no momento em que quer fazer crer a existência desse indivíduo solitário que merece todas as benesses e garantias, enaltecendo-lhe as liberdades individuais na busca por deslegitimar o poder punitivo estatal. Deslegitimar o poder estatal é negar a existência do direito.

Os direitos individuais não são absolutos e ilimitados. Bem se sabe que nenhum direito é absoluto e que os direitos fundamentais são relativos frente a outros direitos. Eles devem ser

¹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.



ponderados e limitados, respeitados pelos indivíduos nas suas relações privadas. É a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso é a essência do próprio direito.

Há, por fim, um antagonismo nos pressupostos garantistas: se o interesse é deslegitimar o poder estatal, como querer reivindicar os direitos e garantias assegurados por esse mesmo poder? É o querer somente do bônus...

3. A EVENTUAL NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira é considerada, na sua essência, uma constituição social e, por conseguinte, garantista. Isso porque, o texto constitucional assegura diversos direitos sociais, direitos fundamentais e garantias. É permeada por princípios que protegem os indivíduos contra os arbítrios estatais.

É uma constituição baseada na segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, aquela na qual deve haver uma intervenção positiva do Estado para a afirmação e concretização dos direitos sociais.

Teoria garantista para um ordenamento jurídico baseado numa constituição essencialmente social e permeada de garantias individuais, é como dizer que se quer garantir o que já está garantido. Ou, que se quer garantir além do garantido. O exagero das palavras é proposital, e também necessário.

Se as normas constitucionais forem rigorosamente observadas, a sociedade já estará protegida frente ao arbítrio estatal. Assim, segundo Bonfim²⁰:

[...] Por essa razão, nosso constituinte foi além, afirmando que o Brasil não é apenas Estado de Direito, mas Estado Democrático de Direito, isto é, não somente aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas no qual as leis possuem conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais apenas os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana [...].

Nesse aspecto se faz necessário, em pequenas linhas, compreender o contexto histórico e axiológico sob o qual a teoria se desenhou. A teoria garantista surgiu na Itália, nos chamados *Anni di piombo*²¹, em um momento histórico em que, foram criadas leis emergenciais e rígidas

²⁰ BONFIM, op. cit., p. 116.

²¹ *Anni di piombo* ou Anos de Chumbo, foi um período de turbulência sociopolítico na Itália, que durou do final dos anos 1960 até o fim da década de 1980. Este período foi marcado por uma onda de terrorismo.



no intuito de conter o avanço do terrorismo, diante da crescente onda de ataques terroristas no país. Conforme apresentado por Rosa²² em seu artigo:

[...] Tais leis, que eram de caráter extremamente rígidas, acabaram colidindo com os direitos e garantias fundamentais conquistados anteriormente. Nessa conjuntura, Luigi Ferrajoli, iniciou o combate a esse regime autoritário, resgatando princípios penais e processuais penais esquecidos. A consequência disso foi a criação da Teoria do Garantismo Penal [...].

Assim, o que se verifica é que a teoria garantista surgiu da necessidade de uma observação real dos direitos e garantias individuais então mitigados naquele contexto histórico. Mister se fazia, trazer à tona o respeito às garantias individuais então desrespeitadas. Ou seja, a teoria garantista foi criada num ambiente de completo desrespeito aos direitos humanos básicos.

Entretanto, tal contexto histórico é diametralmente oposto ao contexto atual do direito e da realidade brasileira. Não há aqui um estado de exceção, ou sem o respeito aos direitos constitucionalmente garantidos. Não é essa a realidade que se observa hoje, não se vê um estado arbitrário que não observa as leis vigentes e a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, há um estado que assegura direitos e garantias, mas que se encontra amarrado e ineficiente no cumprimento dos seus deveres. O que se vê é a primazia do respeito às garantias, mas um esquecimento acerca do cumprimento dos deveres, tanto do estado como do cidadão.

No contexto atual brasileiro, nota-se uma constituição essencialmente social, permeada de direitos e garantias que são invocados nos mais diversos ramos do direito. O que dizer dos chamados direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana? Princípio esse, essencial, mas de conceito demasiadamente aberto, invocado nas mais diversas situações, mas que tem sua definição de acordo com o entendimento daquele que dele se utiliza. Corroborando esse entendimento em relação à abstração do princípio da dignidade da pessoa humana, descreve Motta²³:

[...] Na verdade referido princípio trata-se de uma cláusula aberta, uma fórmula lógica abstrata cujo conteúdo será preenchido concretamente a partir de certas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural em cada coletividade [...].

²² ROSA, Alessandra Bueno da. O contexto da criação do garantismo penal como teoria limitadora do poder punitivo do Estado sob a ótica do princípio da lesividade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF. 16 set. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53429/o-contexto-da-criao-do-garantismo-penal-como-teoria-limitadora-do-poder-punitivo-do-estado-sob-a-tica-do-principio-da-lesividade>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

²³ MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, Revista 119, dez. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/>>. Acesso em: 04 set. 2021.



Já em relação aos direitos humanos, verifica-se o entendimento de Dip²⁴ que diz que, “na verdade, o criminoso violento é um predador de direitos humanos [...]”, na medida em que ele desrespeita os direitos dos seus semelhantes.

Dessa forma, pegar uma teoria e introduzi-la num contexto histórico completamente diferente, acarretam problemas diversos e de difícil solução ao longo do tempo. Não há como pegar um direito, e a realidade de um país, e aplicá-lo em outro lugar. É como o enxerto de laranjeira em uma mangueira.

A realidade brasileira necessita de mais eficiência do estado, de mais proteção, de mais cumprimento das leis, de mais segurança jurídica. Não são raros os casos de impunidade no sentido de livrar criminosos para que não cumpram suas penas, com base no entendimento garantista. E aqui se faz referência não apenas aos criminosos individuais, mas, sobretudo, aqueles chamados de colarinho branco, os quais seus delitos atingem toda uma coletividade.

O direito é vivo e se transforma conforme a evolução e a necessidade da sociedade local, respeitada a dignidade da pessoa humana internacionalmente garantida. Assim, punir de forma ineficaz o criminoso é desrespeitar a dignidade da pessoa humana da vítima. Dessa forma, o direito posto, positivado e as teorias aplicadas precisam estar em consonância com as necessidades da sociedade e não contrárias a ela. Não cabe a adoção de uma teoria completamente dissociada da realidade local.

O sentimento de impunidade que permeia o Brasil, quando a vítima vê livre o seu ofensor depois de poucos anos de reprimenda, traz o entendimento popular amplamente conhecido de que a “justiça para nada serve”. A cancelar esse entendimento, afirma Dip²⁵:

[...] Não punir, quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: sensação de que a Justiça, existente embora, não foi realizada no caso específico. Mas punir timidamente, quando era o caso de estabelecer uma justa proporção entre crime e pena, é caso de escândalo, indignação e anátema: sensação de que a Justiça existe apenas como farsa [...].

Portanto, não cabe a aplicação de entendimentos e ideologias que tornem o estado e as leis ainda mais ineficazes e incapazes de punir. Deslegitimar o poder do estado, ao qual todos participam de sua criação, é torná-lo ineficaz. Se ele é ineficaz, os próprios direitos assegurados deixam de existir. Trata-se de um contrassenso.

²⁴ DIP, op. cit., p. 39.

²⁵ Ibid., p. 42.



Por todo o exposto, o trabalho apresentado procurou demonstrar a necessidade de uma reanálise da aplicação dos preceitos garantistas no direito brasileiro. Buscou-se, a partir dos questionamentos apresentados, trazer ao leitor uma maior reflexão sobre o tema. Procurou-se demonstrar que não basta apenas repetir conceitos ditos como politicamente corretos, mas que se faz necessário refletir se tais práticas jurídicas e se as atuais teorias têm se mostrado eficientes no combate à impunidade.

Verificou-se que as vítimas necessitam de um olhar mais especial tanto do poder público como dos operadores do direito. No contexto moderno em que se busca dar cada vez mais valor ao ser humano na sua essência, não se pode esquecer daquele ser humano que é vítima de crimes, nem tão pouco se pode anular a voz da coletividade como sendo também uma vítima e para a qual a justiça não pode ser uma farsa.

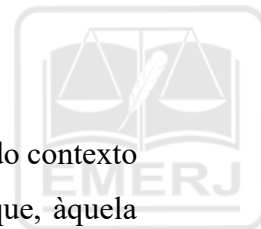
Restou demonstrado que, de fato, os direitos individuais e fundamentais das vítimas têm sido infringidos quando da utilização da teoria garantista na forma de Garantismo Penal Hiperbólico Monocular, ou seja, aquele que somente olha um dos sujeitos processuais.

No primeiro capítulo, buscou-se fazer distinção entre o que seria uma forma mais adequada e justa de aplicação do garantismo penal, quando ele fosse aplicado no chamado Garantismo Integral, em contraponto com o Garantismo à Brasileira, justamente o nome dado a um garantismo que é exacerbado e longe daquilo que se mostra necessário.

A pesquisa possibilitou a análise das vertentes do princípio da proporcionalidade, com o apontamento de que não se pode levar em consideração apenas um de seus aspectos. Assim, as duas facetas do princípio da proporcionalidade constituem-se, de um lado, na vedação do excesso punitivo e, de outro, na proibição da proteção deficiente. Verificou-se durante a exposição do trabalho que o direito brasileiro tem se preocupado em evitar, tão somente, o excesso punitivo, mas tem se esquecido que a proteção da sociedade tem se revelado deficiente.

Objetivou-se mostrar que, quando a proteção das vítimas, e da sociedade como um todo, é deficiente, surge o conceito de impunidade. Mostrou-se que a impunidade nada mais é que uma punição ineficaz.

Com fundamento nas fontes apresentadas, observou-se que o direito e o poder estatal são frutos da vontade de pessoas e não somente uma criação órfã que se insurge contra um solitário indivíduo que por uma desventura se tornou criminoso. Mostrou-se que o indivíduo, criminoso ou não, não é solitário, na medida em que ele faz parte da sociedade que elege e cria as leis e normas que a regem.



Por fim, já no terceiro capítulo, se fez necessário tecer comentários acerca do contexto histórico quando do surgimento da teoria em questão com o fim de demonstrar que, àquela realidade do passado italiano não é a mesma existente no presente brasileiro.

Procurou-se trazer à tona questões muitas vezes esquecidas no cotidiano forense, mas que precisam de maior relevância, tanto dos operadores do direito, como dos legisladores e dos acadêmicos.

Concluiu-se assim que são necessárias teorias que se amoldem mais ao direito pátrio, criadas no contexto social onde se inserem, do que teorias trazidas de outras realidades. Por fim, observa-se que se faz necessária a presença de juristas e acadêmicos mais corajosos a levantar suas vozes e a dizer que é necessário mudar de rumo, mudar a prática para que haja, de igual forma, mudança de resultados.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA, N.T. Português. In: *Bíblia Sagrada: nova versão internacional*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018.

BOMFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Conflito de Jurisdição nº 0089305-92.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Freire Roboredo. Disponível em: <www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.14.2>. Acesso em: 13 ago. 2021.

DALLAGNOL apud CARVALHO, Luiz Maklouf. “É preciso um garantismo integral”, diz procurador Deltan Dallagnol. *Estadão*. Curitiba, 05 fev. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

DIP, Ricardo; MORAES JUNIOR, Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. São Paulo: Lepanto, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão de aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina TRF4*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MARQUES, Nany Papaspyrou. Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no estado democrático de direito. *Migalhas*. Migalhas de peso, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, Revista 119, dez. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/>>. Acesso em: 04 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjwssyJBhDXARIsAK98ITRIubRDJO550vPSK0jzcSWKIAKQapJ2jOUFGoxMR_soOhzXjkHseKMaAgZMEALw_wcB>. Acesso em: 04 set. 2021.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil*. São Luiz, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alessandra Bueno da. O contexto da criação do garantismo penal como teoria limitadora do poder punitivo do Estado sob a ótica do princípio da lesividade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF. 16 set. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53429/o-contexto-da-criao-do-garantismo-penal-como-teoria-limitadora-do-poder-punitivo-do-estado-sob-a-tica-do-principio-da-lesividade>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

WIKIPÉDIA. *Anos de chumbo (Itália)*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Anos_de_chumbo_\(It%C3%A1lia\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Anos_de_chumbo_(It%C3%A1lia))>. Acesso em: 13 ago. 2021.

YOUTUBE. *Informação fornecida por Pery Francisco Assis Shikida em entrevista concedida ao canal Gazeta do Povo*, em outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6XhzpU1-hcU>>. Acesso em: 12 ago. 2021.



A APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO CRIME DE FEMINICÍDIO PARA MULHERES TRANSEXUAIS: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Renata Maria Mattos Urtiga

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Advogada.

Resumo – o presente trabalho irá analisar a possibilidade da aplicação da qualificadora de feminicídio para mulheres transgêneras. O Código Penal adotou a referida qualificadora no ano de 2015, disposta em seu artigo 121, no qual foi utilizada a palavra “sexo” em vez de “gênero”, o que gera uma grande discussão acerca do tema. A abordagem será feita com base em doutrina e jurisprudência e, ao final, se concluirá que, dado o número de ocorrências de feminicídios e que grande parte deles é perpetrado contra a população transexual, deve ser permitida a aplicação da qualificadora nesses casos.

Palavras-chave – Direito Penal. Homicídio. Feminicídio. Mulher. Transexual.

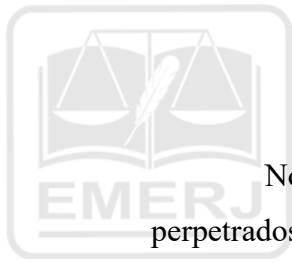
Sumário – Introdução. 1. A qualificadora do feminicídio e o conceito “mulher”. 2. A pertinência da qualificadora do feminicídio no atual cenário de homicídios contra a mulher. 3. Sexo e gênero: possibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio, abordando a aplicabilidade da qualificadora prevista no artigo 121, inciso VI, do Código Penal e suas questões controvertidas.

Uma nova vertente no crime de feminicídio surgiu com o advento da Lei nº 13.104 de 2015 que trouxe a questão do sujeito passivo do crime, bem como sua qualificadora, sendo possível, assim, incluir o transexual no referido crime, abordando uma análise histórica, doutrinária e jurisprudencial sob o referido tema. A diferenciação no tratamento dado pela lei entre “sexo” e “gênero” traz reflexões sobre o transexualismo, levando em consideração que esta é utilizada como uma forma de proteção à mulher.

O primeiro capítulo desta pesquisa pretende evidenciar as diferenças entre as palavras “sexo” e “gênero”, e mostrar como a literalidade da lei pode pôr em posições distintas indivíduos iguais merecedores da mesma proteção pelo poder legislativo.



No capítulo seguinte, serão analisados dados sobre o atual cenário de homicídios perpetrados contra a mulher, levando em conta a intenção do legislador quando da criação da qualificadora, baseada nas inúmeras violências que atingem as mulheres em sociedades patriarcais marcadas pelo machismo.

O terceiro capítulo irá concluir, da análise histórica de violência contra mulheres combinada com a intenção do legislador ao criar a qualificadora do feminicídio, que é necessário o igual tratamento entre mulheres do sexo e do gênero feminino com relação à qualificadora.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dedutivo, por meio de bibliografias e artigos jurídicos e de análise jurisprudencial, uma vez que o pesquisador pretende analisar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais.

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

1. A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E O CONCEITO “MULHER”

A violência contra a mulher transcende fronteiras culturais ao longo da história, e chega aos dias atuais de forma extremamente constrangedora, discriminatória e vergonhosa. Esse tipo de violência, por ser mulher, é uma das formas mais agressivas de violação de direitos, uma vez que, além de deixar marcas físicas, fere a dignidade humana da mulher e traumatiza não apenas a vítima, mas apavora e assombra todo o coletivo feminino.

O crime de feminicídio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.104/2015¹, que alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio; é o homicídio doloso praticado contra a mulher por razões da condição de ser do sexo feminino.

Destaca-se a humilhação, desvalorização e tolhimento da sua dignidade apenas por ser mulher. Com efeito, para que esteja caracterizada a qualificadora é necessário que o homicídio discriminatório seja praticado em situação de (i) violência doméstica e familiar, ou motivado

¹ BRASIL. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 05 jul. 2021.



por (ii) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Conforme preceitua Rogério Sanches², “pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima”.

A palavra “sexo” e a palavra “gênero” servem para distinguir o que é biologicamente constatado do que é socialmente construído, além das formas como o corpo aparece, feminino ou masculino. O gênero é subjetivo, diz respeito à identidade do indivíduo, e pode não estar alinhado com o “sexo” biológico.

Essa distinção entre as palavras “sexo” e “gênero” torna-se relevante com o advento da qualificadora de feminicídio, e traz à tona uma importante questão: quem pode ser considerada mulher para efeitos de tipificação da qualificadora?

Alguns critérios podem ser usados para uma definição de “mulher” para a presente qualificadora. Biologicamente falando³, identifica-se uma mulher em sua concepção genética, sendo o sexo morfológico resultante da soma das características genitais (órgão genital externo, vagina, e órgãos genitais internos, ovários) e extragenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, timbre de voz e etc).

Pode-se dizer que, pelo critério psicológico, mulher seria alguém que acredita ser do sexo feminino, independentemente de ter nascido biologicamente como homem, que são as denominadas transexuais. Segundo Genival Veloso de França⁴, “as características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar essa determinação até de forma violenta e desesperada”. Sendo assim, aquilo que se define como “mulher” ou “feminino” não é apenas uma questão biológica atrelada ao sexo do nascimento, mas sim um padrão socialmente construído de feminilidade sobre corpos e comportamentos.

Esclarecendo o conceito de transexual, Genival Veloso de França⁵ elucida que trata-se de um inversão psicossocial, uma negação do sexo de origem, uma aversão tão grande que leva o indivíduo a protestar e insistir numa forma de “cura” por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a sua identidade.

² SANCHES apud Bitencourt, Cezar. *Tratado de Direito Penal*. V.2. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 96.

³ BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio e Neocolpovulvoplastia: As Implicações Legais Do Conceito De Mulher Para Os Fins Penais*, JusBrasil, Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos de Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005, p. 235.

⁵ Ibid.



Já a autora Adriana Ramos de Mello⁶, diz que a mulher transexual é alguém que se identifica como sendo do sexo e gênero femininos, mesmo tendo nascido geneticamente e registrada oficialmente pelos pais como uma pessoa do sexo masculino. Dada a incoerência entre o sexo biológico e a mente, uma mulher transexual postula o reconhecimento social e legal como mulher. Assim como as mulheres que nasceram biologicamente pertencentes ao sexo feminino, as mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos em razão da necessidade de serem reconhecidas e tratadas de forma igual a qualquer outra mulher.

Neste estudo será adotado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.860.649) de que a transexualidade se relaciona unicamente com a incompatibilidade da identidade de gênero com o sexo biológico, uma vez que não é necessária a cirurgia de reversão genital para que o indivíduo se identifique socialmente como homem ou mulher. A cirurgia é apenas uma opção e, por se tratar de um procedimento complexo, que depende da avaliação de profissionais de variadas áreas médicas, não pode ser condição para a alteração do gênero no assentamento civil. Deve-se proteger a dignidade do transexual e não limitar a autonomia da vontade e o direito de o transexual se autodeterminar.⁷

É necessário investir no avanço interpretativo da qualificadora do feminicídio de forma a compreender que o sexo não é o fator determinante do gênero, que, em verdade, se apresenta como a possibilidade construída de forma consciente pelo indivíduo. Deve-se desligar o sexo do caráter biológico, não havendo que se falar em diferença no tratamento dado pela lei a mulheres cisgênero e mulheres transgênero, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

⁶ MELLO, Adriana Ramos de. *Breves comentários à Lei 13.104/2015*, 2015, p. 04. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.11.PDF>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁷ IBDFAM. Assessoria de Comunicação. *Transexual não precisa fazer cirurgia para alterar prenome, decide STJ*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7280/Transexual+n%C3%A3o+precisa+fazer+cirurgia+para+alterar+prenome,+decide+STJ#:~:text=Transexual%20n%C3%A3o%20precisa%20fazer%20cirurgia%20para%20alterar%20prenome%2C%20decide%20STJ,-19%2F05%2F2020&text=Ele%20lembrou%20que%20o%20artigo,aplica%20%C3%A0%20redesigna%C3%A7%C3%A3o%20de%20g%C3%AAnero.>> Acesso em: 2 abr. 2021.



2. A PERTINÊNCIA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO NO ATUAL CENÁRIO DE HOMICÍDIOS CONTRA A MULHER

O direito não pode se manter estático face as necessidades sociais. Faz parte da evolução jurídica a inserção do feminicídio no rol das qualificadoras do homicídio, considerando a triste e elevada taxa de crimes contra mulheres no Brasil.

De acordo com o Atlas da Violência de 2020⁸, foram 4.159 mulheres assassinadas em 2018, com uma taxa de 4,3 vítimas de homicídio em razão do gênero a cada 100 mil mulheres. Ainda, de acordo com o Mapa da violência contra a mulher do ano de 2018⁹, há uma diferença significativa quando comparamos o índice de feminicídios divulgados pela imprensa com os dados divulgados pelos órgãos de segurança pública. A imprensa noticia mais feminicídios do que a polícia registra, e muito disso se deve ao processo de determinação de cada esfera, uma vez que a imprensa tem a preocupação de destacar os homicídios de mulheres em situação de violência doméstica, e os órgãos de segurança pública ainda possuem resistência em categorizar o mesmo crime como homicídio doloso praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino¹⁰. Muito disso se deve ao machismo enraizado nas instituições de segurança pública.

O mesmo estudo revelou que 90,8% das mulheres assassinadas nessa condição tinham entre 18 e 59 anos, cerca de 6,7% possuíam menos de 18 anos, e as idosas foram vítimas em 6,7% dos casos noticiados pela imprensa brasileira no ano de 2018¹¹.

A maior parte dos assassinos destas mulheres são seus companheiros, ex-companheiros, namorados e esposos, que representam 95,2% dos autores dos crimes. Já os parentes, principalmente os pais, avós, irmãos e tios representam cerca de 4,8% dos responsáveis pelos feminicídios¹². A forma como os algozes agem se assemelham na covardia e brutalidade, sendo geralmente pessoas com quem as vítimas se relacionam. As agressões têm início em cenas de ciúmes, brigas seguidas de presentes, pedidos de desculpas e promessas de

⁸ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da violência 2020*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020-infografico.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

⁹ BRASIL. Câmara dos deputados. Comissão de defesa dos direitos da mulher. *Mapa da violência contra a mulher*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2021.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid., p. 56.

¹² Ibid.



mudanças que nunca acontecem. As vítimas, acuadas, optam por não denunciar quando ocorre a primeira agressão, e assim se inicia um caminho sem volta.

Algumas histórias intragáveis de mulheres que sofreram esse tipo de violência foram contadas pelo portal brasiliense Metrôpoles¹³, e a maioria delas envolvia o parceiro amoroso. A história de Jessyka da Silva Souza, de 25 anos, que foi morta a tiros por um soldado da polícia militar que não aceitava do fim do relacionamento, é comum. Também se repete a história de Tauane Morais dos Santos, de 23 anos, que foi esfaqueada até a morte pelo ex-companheiro. O crime ocorreu um dia após o assassino ser solto por agredir a jovem. Isabel Lino de Souza, de 60 anos, foi assassinada pelo próprio filho que a espancou até a morte com um guidão de bicicleta.

Todos esses casos formam uma excelente justificativa para a implementação do feminicídio. O feminicídio é muito mais do que uma qualificadora, é uma forma vista pelo Estado de coibir uma prática tão recorrente no país e que era tratada de forma banalizada, apesar da gravidade.

A Lei nº 13.104/2015 inseriu a qualificadora do Código Penal Brasileiro¹⁴, alterou o art. 121, que passou a vigorar com o seguinte texto:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

VIII - (VETADO):

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º - A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher

A adição do feminicídio enquanto qualificadora do homicídio é uma forma de intensificar a proteção para as mulheres. De certa maneira, é o passo seguinte à Lei Maria da Penha¹⁵, que foi essencial no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

¹³ MEDEIROS, Bruno. *Vítimas de feminicídio: conheça mulheres que morreram pelas mãos deles*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/vitimas-de-feminicidio-conheca-mulheres-que-morreram-pelas-maos-deles>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

¹⁴ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2021.

¹⁵ 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>. Acesso em: 05 jul. 2021.



Conforme Guilherme Nucci¹⁶, o feminicídio está no ordenamento jurídico brasileiro com o “exclusivo objetivo de conferir maior proteção à mulher, em face da nítida opressão enfrentada quando em convívio com alguém do sexo masculino, como regra”.

Há muitos séculos a mulher tem sido colocada em uma posição inferiorizada em relação ao homem. O feminicídio é a demonstração das inúmeras violências que atingem as mulheres em sociedades marcadas pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino.

O objetivo da qualificadora está diretamente relacionado ao fato de que nesta sociedade machista e patriarcal as mulheres são constantemente submetidas a tratamentos abusivos, humilhantes e desumanos apenas por ser mulher. O ódio e a discriminação a tudo que remete ao sexo feminino, infelizmente, ainda é muito comum em todo o mundo.

No Brasil, onde há um sistema educacional mais precário, os traços de misoginia são muito evidentes e resultam em um tratamento cada vez mais degradante contra a mulher¹⁷. O Estado tem imensa dificuldade em coibir a violência doméstica que, em muitos casos, resulta em feminicídio. Por isso a qualificadora é tão importante e complementar da Lei Maria da Penha no combate à violência contra a mulher.

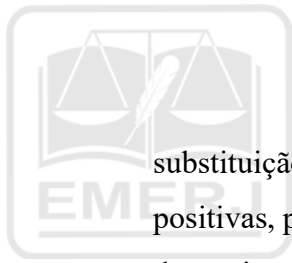
A Lei nº 13.104/15 dobra a pena mínima e eleva a pena máxima a trinta anos, atuando fortemente como uma medida legal de maior eficácia para impedir o assassinato de mulheres. Obviamente a medida não solucionará todos os problemas que envolvem este assunto e nem cessará o assassinato das mulheres, mas traz uma visibilidade muito importante ao tema.

A qualificadora do feminicídio é uma medida punitiva estatal, mas que surte um enorme e importantíssimo efeito social, para além do poder de atuação do Estado. É nítido que a medida punitiva, desde a sua implementação, trouxe diversas discussões acerca da violência contra a mulher e gerou uma comoção social grande e necessária. Muito mais significativo do que políticas públicas que combatam esse tipo de violência, é a movimentação social de conscientização da população acerca do repúdio a essa conduta criminoso, associada à rigidez com que o Estado trata autores desses crimes.

A violência sofrida contra a mulher não é uma violência qualquer, mas ocasionada pela sua condição de mulher. A efetivação do princípio constitucional da igualdade depende do reconhecimento de diferenças históricas entre homens e mulheres. Cabe falar, hoje, em

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 850.

¹⁷ FERREIRA, Izabela. *A importância da qualificadora do feminicídio*, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54572/a-importancia-da-qualificadora-do-femicidio>>. Acesso em: 2 ago. 2021.



substituição do discurso da igualdade pelo discurso da diferença. “Certas discriminações são positivas, pois constituem, na verdade, preceitos compensatórios como solução para superar as desigualdades”¹⁸. Ainda que o tratamento isonômico entre homens e mulheres seja dado pela lei, é preciso ainda percorrer um longo caminho para que a mulher alcance seu espaço.

O STF¹⁹ já se pronunciou acerca da desigualdade de gênero, entendendo que não apenas é notória a situação de desigualdade da mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, como também essa diferenciação no tratamento tem como base a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III, da CRFB/88 – o direito fundamental de igualdade – artigo 5º, inciso I, da CRFB/88 – e a previsão de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – artigo 5º, inciso XLI, da CRFB/88.

3. SEXO E GÊNERO: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS

Por todos os pontos abordados nos capítulos anteriores, surgiu uma grande discussão acerca do polo passivo da qualificadora de feminicídio. Nos termos da Lei nº 13.104/15, poderá ser vítima desse crime a mulher, pessoa do sexo feminino, desde que o crime tenha sido cometido por razões de sua condição de gênero, ou que ocorra em situação caracterizadora de violência doméstica ou familiar. Diferentemente da Lei Maria da Penha, que em seu art. 5º usa a palavra “gênero”, abrangendo mulheres cis e mulheres trans, a utilização da palavra “sexo” na qualificadora do feminicídio criou controvérsias acerca do seu cabimento.

A ideia binária de identidade, ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália, afirma que o sexo é a única diferença entre as biologicamente mulheres – cisgêneros – das mulheres transexuais.

Já se sabe que o substantivo mulher abrange, logicamente, lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem como sendo do sexo feminino²⁰. Os indivíduos que nascem com

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *A mulher e o Direito*, p. 2. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/23_-_a_mulher_e_o_direito.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.424*. Relator Ministro Marco Aurélio, p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

²⁰ BITENCOURT, César. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cesar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 10 jun. 2021.



o sexo feminino não são mais originais do que as mulheres transexuais, uma vez que o gênero é uma repetição de atos diária²¹.

São três as posições doutrinárias que sobressaem no meio jurídico sobre a definição de “mulher” para fins de aplicação da qualificadora do feminicídio²². Segundo a primeira corrente, o critério biológico para identificar alguém como mulher, deve ser desconsiderado, admitindo toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino. Assim sendo, ao assassinato de alguém que fez a cirurgia de redesignação de gênero ou que apenas acredita ser mulher – sem ter passado pela cirurgia – será aplicada a qualificadora do feminicídio²³.

De acordo com o critério jurídico cível – segunda corrente – deve ser considerado mulher quem tem no registro civil o sexo feminino, ou seja, em havendo alteração do registro de nascimento, com a alteração do sexo, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica²⁴.

Já a terceira posição, que adota o critério biológico, entende que a mulher é identificada na sua concepção genética, cromossômica. De acordo com os adeptos dessa corrente, como a cirurgia de redesignação de gênero altera a estética e não a concepção genética, não seria possível a aplicação da qualificadora do feminicídio²⁵.

Na doutrina, não existe um entendimento majoritário ou pacífico. Segundo Adriana Ramos de Mello²⁶, ainda existe uma corrente mais conservadora que adota o critério estritamente binário, bem como muitos doutrinadores que entendem estar superado esse critério biológico e optam pelo critério psicológico, mas ainda divergindo sobre a necessidade de registro civil.

Adriana Ramos de Mello entende – conforme posição do STJ²⁷, adotada neste estudo – que o melhor critério é o psicológico, caso em que a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, ainda que não tenha originariamente o sexo biológico feminino. Toda pessoa que se identificar como mulher, pertencente ao gênero feminino,

²¹ SMITH; SANTOS apud NOGUEIRA, Thaysa Silva. *Feminicídio no Brasil e transexualidade: uma revisão de literatura*, 2017, p. 14. Disponível em: <<http://repositorio.ascens.edu.br/bitstream/123456789/1202/1/TCC%20-%20THAYSA%20NOGUEIRA.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²² MELLO, op. cit.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.860.649*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado em 12/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855185445/recurso-especial-resp-1860649-sp-2018-0335830-4/inteiro-teor-855185540/amp>>. Acesso em: 27 jul. 2021.



independentemente da realização da cirurgia de mudança de sexo, e for morta em razão dessa condição, tem aplicada ao caso a qualificadora do feminicídio²⁸.

Não se pode oferecer proteção menor às mulheres transexuais por pura literalidade da palavra “sexo”. O sexo serve para distinguir os aspectos biológicos entre macho e fêmea, sendo que a palavra “gênero” se refere a uma construção social de comportamentos adequados para homens e mulheres. Aquilo que se define como feminino não é uma questão biológica, mas sim esse padrão comportamental aceito socialmente.

A Lei do feminicídio foi proposta com o intuito de combater a violência de gênero a qual nitidamente todas as mulheres, cisgênero e transgênero, estão sujeitas. É no cenário de menosprezo à condição de mulher que a Lei do Feminicídio encontra sua razão de ser²⁹. O texto normativo se prende a razões de gênero.

Em junho do ano de 2016 o Estado de São Paulo teve sua primeira ação na qual a Promotoria de Justiça do III Tribunal do Júri da Capital ofereceu denúncia pelo crime de feminicídio contra uma mulher transexual³⁰. A mulher foi morta a facadas pelo seu parceiro com o qual se relacionava há 10 anos, sendo que ela já havia alterado o seu nome social. O argumento usado pela promotoria no caso foi:

A denúncia reflete a interpretação da Lei Maria da Penha no sentido de caracterizar como violência doméstica sofrida pela mulher “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, ocorrida dentro do ambiente doméstico, familiar ou de sua intimidade, podendo ser violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral e tantas outras.

Para Flavio Farinazzo Lorza³¹, “não há que se questionar o caráter de violência doméstica empregada pelo denunciado à vítima, visto que eram companheiros e coabitavam há dez anos”.

Por ocasião de julgamento na 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em decisão unânime, a turma manteve a decisão do juiz-presidente do

²⁸ MELLO, op. cit., p. 06.

²⁹ COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*, 2017. Disponível em: <http://www.wvc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

³⁰ SOUSA, Jéssica Moreira de. *A possibilidade jurídica de a transexual figurar como sujeito passivo no crime de feminicídio*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-possibilidade-juridica-de-a-transexual-figurar-como-sujeito-passivo-no-crime-de-feminicidio/>>. Acesso em: 2 ago. 2021.

³¹ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *MPSP oferece primeira denúncia no Estado por feminicídio de mulher trans*. Promotor Flávio Farinazzo Lorza. 06 out. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=15908065&id_grupo=118> Acesso em: 08 set. 2020



Tribunal do Júri de Taguatinga que admitiu a denúncia do Ministério Público contra réus acusados de tentativa de feminicídio contra uma mulher transgênero³².

Para Paulo Rangel³³, um dos maiores nomes do direito processual penal brasileiro, sendo a mulher vítima pelo seu companheiro de um homicídio no qual ocorre o abuso da sua condição de pessoa do sexo feminino, não se pode ter dúvida da incidência da qualificadora. Sob todos os aspectos legais trata-se de uma mulher, não obstante seu batismo masculino. Contudo, não se pode olvidar que, se o ordenamento jurídico protege o transexual permitindo a adoção de novo nome e a realização pelo SUS da cirurgia de redesignação sexual, deve também protegê-la com a incidência da qualificadora por se tratar de uma mulher em sua nova realidade jurídica.

Pelo exposto, é possível entender que, levando em conta o histórico de violência contra a mulher no Brasil, a intenção do legislador quando da implementação da qualificadora no ordenamento jurídico, bem como a evolução doutrinária e jurisprudencial, é completamente possível que a mulher transexual figure como vítima do crime de feminicídio.

A controvérsia acerca da aplicabilidade da Lei do Feminicídio às mulheres transexuais deve ser solucionada por meio de uma interpretação garantista do direito penal, de modo a levar em conta a intenção do legislador em proteger cada vez mais as mulheres e diminuir a desigualdade de gênero. As mulheres transsexuais são tão vulneráveis à violência de gênero quanto as mulheres biologicamente do sexo feminino.

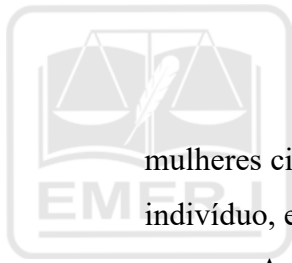
CONCLUSÃO

O crime de feminicídio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.104/2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal para prevê-lo como circunstância qualificadora do crime de homicídio; é o homicídio doloso praticado contra a mulher por razões da condição de ser do sexo feminino.

A palavra “sexo” e a palavra “gênero” são importantes para que se possa compreender a identidade de gênero, uma vez que sem sempre o que é biologicamente constatado é compatível com a psicologia do indivíduo. O gênero é uma construção social e, independentemente das formas como o corpo aparece, não há que se falar em distinção entre

³² BRASIL. *TJDFT entende que feminicídio deve alcançar mulheres transgêneros*. Processo RES 2018071001953. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/tjdft-entende-que-delito-de-feminicidio-tambem-deve-alcancar-mulheres-transgeneros>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

³³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 28. ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 850.



mulheres cisgênero e mulheres transgênero. O gênero é subjetivo, diz respeito à identidade do indivíduo, e pode não estar alinhado com o “sexo” biológico.

A transexualidade ocorre quando o gênero não está alinhado com o sexo físico, de forma que não é necessário que a mulher transexual realize qualquer cirurgia de readequação ou alteração do registro civil para que se identifique como mulher.

A violência contra a mulher não é uma violência qualquer, mas ocasionada pela sua condição de mulher. A adição do feminicídio enquanto qualificadora do crime de homicídio é uma forma de intensificar a proteção para as mulheres. De certa maneira, é o passo seguinte à Lei Maria da Penha, que foi essencial no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Há muitos séculos a mulher tem sido colocada em uma posição inferiorizada em relação ao homem. O feminicídio é a demonstração das inúmeras violências que atingem as mulheres em sociedades marcadas pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da desigualdade de gênero, entendendo que não apenas é notória a situação de desigualdade da mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, como também essa diferenciação no tratamento tem como base a dignidade da pessoa humana.

Já se sabe que o substantivo mulher abrange, logicamente, lésbicas, transexuais e travestis, que se identifiquem como sendo do sexo feminino. Os indivíduos que nascem com o sexo feminino não são mais originais do que as mulheres transexuais, uma vez que o gênero é uma repetição de atos diários.

Apesar de ainda haver divergência doutrinária, a corrente que prevalece é a do Superior Tribunal de Justiça – adotada neste estudo – de que o melhor critério para definição de “mulher” é o psicológico, segundo o qual a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, ainda que não tenha originariamente o sexo biológico feminino. Toda pessoa que se identificar como mulher, pertencente ao gênero feminino, independentemente da realização da cirurgia de mudança de sexo, e for morta em razão dessa condição, tem aplicada ao caso a qualificadora do feminicídio.

Não se pode oferecer proteção menor às mulheres transexuais por pura literalidade da lei no uso palavra “sexo”.

Por fim, conclui-se que, levando em conta o histórico de violência contra a mulher no Brasil, a intenção do legislador quando da implementação da qualificadora no ordenamento



jurídico, bem como a evolução doutrinária e jurisprudencial, é completamente possível que a mulher transexual figure como vítima do crime de feminicídio.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; *Feminicídio e Neocolpovulvoplastia: As Implicações Legais Do Conceito De Mulher Para Os Fins Penais*, JusBrasil, Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BITENCOURT, Cezar. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos deputados. Comissão de defesa dos direitos da mulher. *Mapa da violência contra a mulher*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2021.

_____. *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>. Acesso em: 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 05 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.860.649*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado em 12/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855185445/recurso-especial-resp-1860649-sp-2018-0335830-4/inteiro-teor-855185540/amp>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.424*. Relator Ministro Marco Aurélio, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

_____. *TJDFt entende que feminicídio deve alcançar mulheres transgêneros*. Processo SER 2018071001953. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/tjdft-entende-que-delito-de-feminicidio-tambem-deve-alcancar-mulheres-transgeneros>>. Acesso em: 17 ago. 2021.



COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*, 2017. Disponível em: < http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher e o Direito*. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/23_-_a_mulher_e_o_direito.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

FERREIRA, Izabela. *A importância da qualificadora do feminicídio*, 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54572/a-importancia-da-qualificadora-do-feminicidio>>. Acesso em: 2 ago. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da violência 2020*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020-infografico.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos de Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

IBDFAM. Assessoria de Comunicação. *Transexual não precisa fazer cirurgia para alterar prenome, decide STJ*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/7280/Transexual+n%C3%A3o+precisa+fazer+cirurgia+para+alterar+prenome,+decide+STJ#:~:text=Transexual%20n%C3%A3o%20precisa%20fazer%20cirurgia%20para%20alterar%20prenome%2C%20decide%20STJ,19%2F05%2F2020&text=Ele%20lembrou%20que%20o%20artigo,aplica%20%C3%A0%20redesigna%C3%A7%C3%A3o%20de%20g%C3%AAnero.>>. Acesso em: 2 abr. 2021.

MEDEIROS, Bruno. *Vítimas de feminicídio: conheça mulheres que morreram pelas mãos deles*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/vitimas-de-feminicidio-conheca-mulheres-que-morreram-pelas-maos-deles>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

MELLO, Adriana Ramos de. *Breves comentários à Lei 13.104/2015*, 2015. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.958.11.PDF>. Acesso em: 02 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SMITH; SANTOS apud NOGUEIRA, Thaysa Silva. *Feminicídio no Brasil e transexualidade: uma revisão de literatura*, 2017, p. 14. Disponível em: < <http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1202/1/TCC%20-%20THAYSA%20NOGUEIRA.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

A PRÁTICA DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NO FORNECIMENTO DE SMARTPHONES E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA *OPE LEGIS*

Rogério João Batista da Silva

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – a obsolescência programada consiste na redução da vida útil de produtos por seus fornecedores com a finalidade de alavancar seus lucros como resultado da recompra daqueles bens. Em uma era de rápidas evoluções tecnológicas, os produtos eletrônicos são o maior alvo dessa prática, merecendo destaque os *smartphones* em decorrência de sua essencialidade. Inexistem normas no Brasil que combatam de forma específica essa prática, o que permite o seu crescimento e utilização em larga escala. Todavia, ainda que não existam tais normas, o consumidor é merecedor de proteção, a qual deve ocorrer em qualquer situação, inclusive no âmbito dos processos judiciais consumeristas quando se estiver discutindo a obsolescência programada, garantindo-se, além dos demais direitos consumeristas previstos no Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova *ope legis*.

Palavras-chave – Obsolescência programada. *Smartphones*. Inversão do ônus da prova *ope legis*.

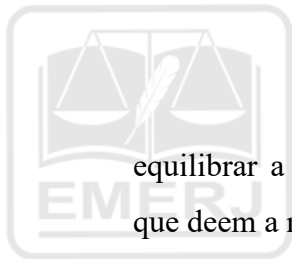
Sumário - Introdução. 1. Uma análise da efetividade das normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro para o combate da obsolescência programada. 2. A obsolescência programada no fornecimento de *smartphones*: essencialidade e expectativa de vida útil desses bens de consumo. 3. Inversão do ônus da prova *ope legis* e obsolescência programada: proteção do consumidor ou imposição de prova diabólica? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa o instituto da obsolescência programada no ordenamento jurídico brasileiro, tratando desta prática especificamente no que se refere à produção e à comercialização de *smartphones* e, em âmbito processual, verificando sua interação com o ônus da prova *ope legis* previsto no Código de Defesa do Consumidor.

O enfoque nesta temática foi alcançado por meio da análise legislativa e doutrinária que tornaram possível o aprofundamento nestas questões. Discutir tal prática se revela de grande importância à sociedade, considerando que cada vez mais a obsolescência programada é utilizada pelos fornecedores com a finalidade de alavancar seus ganhos com a venda constante de seus produtos.

A Revolução Industrial tornou as relações consumeristas mais dinâmicas e mais complexas, o que gerou e continua a gerar a necessidade da criação de normas efetivas para



equilibrar a relação consumidor-fornecedor e de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que deem a melhor interpretação a tais normas jurídicas.

Nesse contexto de instabilidade, surge a figura da obsolescência programada, caracterizada como uma redução proposital da vida útil de um bem de consumo por seu fornecedor como estratégia usada para estimular o consumismo e impulsionar vendas, o que afeta a autonomia do consumidor por meio do aproveitamento de sua vulnerabilidade técnica.

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, a prática da obsolescência programada afronta a Constituição Federal que dispõe que a promoção da defesa do consumidor pelo Estado é um direito fundamental e princípio da Ordem Econômica, bem como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Dessa forma verifica-se que a obsolescência programada deve ser combatida, a fim de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor sejam sempre observadas nas relações de consumo, principalmente no que se refere ao ônus da prova *ope legis*, que deve ser observado nas demandas que dela tratam.

No primeiro capítulo do trabalho, será analisado em que medida as mudanças trazidas pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, quanto às relações de consumo, impactaram a prática da obsolescência programada.

O segundo capítulo demonstrará como a elevação dos *smartphones* à categoria de produto essencial permitiu que tais bens de consumo se tornassem um dos maiores objetos da obsolescência programada, cuja vida útil, *design* e demais funcionalidades tornaram-se altamente manipuláveis para estimular o consumismo e, conseqüentemente, aumentar lucros.

O terceiro capítulo cuidará de discutir até que ponto o ônus da prova *ope legis* pode ser aplicado em demandas consumeristas que tratam de obsolescência programada sem que isso se revele como a exigência de produção de prova diabólica pelo fornecedor.

O método dedutivo será adotado na pesquisa jurídica, pois se partirá de uma premissa geral em direção a uma premissa menor para que ao fim se alcance uma conclusão e por meio da análise das premissas utilizadas se verificará que a conclusão adotada estava nelas implícita.

Para alcançar essa finalidade, a abordagem do objeto adotada para esta pesquisa é qualitativa, considerando que o pesquisador se vale necessariamente da bibliografia referente à temática adotada, a qual compreende a doutrina e os diplomas legais pertinentes que darão sustentação à sua tese.



1. UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DAS NORMAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA O COMBATE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

A obsolescência programada ou planejada, fenômeno que consiste na redução proposital da vida útil de um determinado bem de consumo pelo fornecedor para fomentar a sua recompra e conseqüentemente impulsionar lucros, é um dos nefastos resultados das mudanças sociais e econômicas acarretadas pela Revolução Industrial. Após esta evolução dos meios de produção, os objetos e artefatos antes produzidos de forma individualizada para cada consumidor deram lugar à fabricação desenfreada de produtos em larga escala com a finalidade de alcançar um quantitativo cada vez maior de consumidores, o que alterou definitivamente a dinâmica das relações de consumo.

O conceito de obsolescência programada apresentado se baseia na classificação de Slade¹ que divide a obsolescência, conceito mais amplo, em obsolescência técnica ou funcional, obsolescência psicológica, perceptiva, progressiva ou dinâmica e obsolescência planejada ou programada. A primeira classificação é verificada quando ocorre a inclusão de funcionalidade ou tecnologia no produto, causando no consumidor o desejo de adquiri-lo, enquanto a segunda ocorre quando há uma modificação no design ou no estilo do produto para manipular a compra repetitiva pelo consumidor. Já a terceira classificação, que efetivamente interessa ao presente artigo científico, é definida por Slade² nos seguintes termos:

neste tipo de obsolescência, o fornecedor deliberadamente manipula o produto para que venha a falhar após determinado período de tempo. A falha de produto decorrente do uso, por motivo de desgaste, falha ou consumo do material, é considerada normal, uma vez que todos os produtos têm uma expectativa de vida útil. A obsolescência planejada ou programada ocorre quando o fornecedor passa a dispor de sua engenharia para adulterar a composição do produto, seja introduzindo materiais de menor durabilidade, seja fazendo com que tenha uma vida menor. Esse comportamento força o consumidor a adquirir um novo produto.

No passado, a sociedade era basicamente composta por indivíduos cujo consumo se pautava na aquisição de bens para garantir suas necessidades básicas, como alimentação e abrigo. Essa sociedade começou a ruir no século XVI quando novos hábitos de consumo começaram a

¹ SLADE apud CORNETTA, William. *A Obsolescência programada como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a relizar compras repetitivas de produtos e as formas de combater esta prática no CDC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 68.

² Ibid., p. 55-56.



surgir, principalmente em países como a Inglaterra e França³ e a partir do século XVIII com a Revolução Industrial passamos a ter uma sociedade na qual o consumo, antes pautado em necessidades, passa a ser individualista, imediatista e hedonista⁴.

Cornetta⁵ afirma que "o novo modelo de consumo é imediato; as pessoas se preocupam com a necessidade momentânea, sem levar em conta a durabilidade do produto que está sendo adquirido". Entretanto, a despreocupação do consumidor quanto à durabilidade dos produtos por ele adquiridos não se revela como capaz de eximir o fornecedor de observar a boa-fé nas relações consumeristas e, assim, garantir o máximo de durabilidade que seus produtos possam oferecer dentro dos limites da razoabilidade, pois o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo.

A Constituição Federal de 1988, diferente das Constituições que lhe antecederam, traz de forma expressa a proteção do consumidor, reconhecendo assim a sua vulnerabilidade e o desequilíbrio existente nas relações de consumo, conferindo desta forma ao Direito do Consumidor um enfoque jamais visto no ordenamento jurídico brasileiro até a data de sua promulgação. Nesse mesmo sentido afirmam Almeida e Norat⁶:

a Constituição Federal do Brasil deu a devida dimensão e importância ao Direito do Consumidor, através de sua força normativa, para o seu desenvolvimento em nosso país. Esse ramo do direito valoriza os direitos humanos, econômicos, sociais e determina ao Estado o dever de promover mecanismos para que se realize a defesa do consumidor.

A promoção da defesa do consumidor pelo Estado está prevista no art. 5º, XXXII da CRFB/88, dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, bem como o art. 170, V, também da Constituição Federal, dispõe que a defesa do consumidor é um dos princípios da Ordem Econômica, enquanto o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelece a obrigação de o Congresso Nacional elaborar o Código de Defesa do Consumidor no prazo de 120 dias a contar da promulgação da Constituição Federal⁷.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) foi elaborado e posteriormente sancionado no dia 11 de setembro de 1990, promovendo assim o tratamento de inúmeras

³ Ibid., p. 10.

⁴ Ibid., p. 23.

⁵ Ibid., p. 19.

⁶ ALMEIDA, Ithanyê Heloísa Arcoverde; NORAT, Markus Samuel Leite. *Obsolescência programada e consumo sustentável*. João Pessoa: Markus Samuel Leite Norat, 2019, p. 43.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.



situações atinentes às relações de consumo que antes não encontravam guarida na legislação brasileira. Os direitos básicos do consumidor previstos no art. 6º e a vedação quanto à adoção de práticas e cláusulas abusivas pelos fornecedores prevista nos art. 39 e 51⁸ são apenas alguns dos exemplos que atestam a relevância do estatuto consumerista.

As exposições até aqui trazidas tornam claro que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor representam o marco inicial da proteção legislativa do consumidor no Brasil e continuam a nortear todo o microsistema consumerista, contudo, quanto à obsolescência programada, o Código de Defesa do Consumidor apenas dá indícios da necessidade de que esta prática seja combatida.

Ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo, o CDC em seu art. 4º, inciso II, alínea d, dispõe que há a necessidade de ação governamental que efetivamente proteja o consumidor por meio da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho⁹. Todavia a garantia de padrão adequado de durabilidade ainda não foi objeto de ação governamental, eis que, a despeito do afirmado, a obsolescência programada não possui qualquer previsão na legislação brasileira.

Objetivando sanar a mencionada omissão legislativa, foram apresentados projetos de lei que preveem meios para impedir a prática da obsolescência programada. Os projetos de lei de nº 5.367/2013¹⁰, 32/2015¹¹, 7.875/2017¹² e 6.042/2019¹³, bem como o projeto de lei apresentado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor Geral da Justiça Eleitoral Luis Felipe Salomão à Comissão de Reforma do CDC no Congresso Nacional¹⁴ trazem a solução para a falta de disposições legais sobre esse fenômeno ao tratar sobre a obrigação de o fornecedor informar o consumidor sobre o tempo de vida útil dos produtos, a criação de um selo de durabilidade e

⁸ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁹ Ibid.

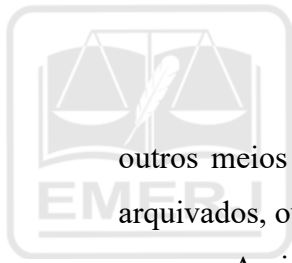
¹⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.567/2013*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=571612>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 32/2015*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=944298>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹² BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.875/2017*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2141480>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹³ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.042/2019*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139851>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹⁴ RODAS apud SEGALL, Pedro Machado. *Obsolescência programada: a tutela do consumidor nos Direitos Brasileiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 125.



outros meios de enfrentamento da obsolescência programada, contudo estes projetos ou foram arquivados, ou sequer foram analisados até a presente data.

Assim se verifica que há deficiência legislativa no que se refere à previsão da obsolescência programada no ordenamento jurídico brasileiro, pois o CDC, ao detalhar a proteção do consumidor, deixou de tratar especificamente daquele ponto, de extrema relevância quando da sua edição e ainda mais relevante na atualidade. A sociedade de consumo transformou-se em sociedade de hiperconsumo, não tendo a legislação brasileira acompanhado essa mudança, o que permite que a prática da obsolescência programada cresça assustadoramente ao aproveitar-se desta nova realidade.

Conclui-se que apesar da existência na Constituição Federal e principalmente no CDC de normas que visam a proteger o consumidor e a corrigir o desequilíbrio inerente às relações de consumo, não há no Brasil disposição legal expressa vedando a adoção da prática da obsolescência programada, o que faz perdurar o estímulo dos consumidores à realização de compras repetitivas, pois são conduzidos a desfazerem-se rapidamente de seus produtos por meio da redução de sua vida útil para adquirir novos produtos e assim maximizar os lucros de diversos fornecedores.

2. A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NO FORNECIMENTO DE *SMARTPHONES*: ESSENCIALIDADE E EXPECTATIVA DE VIDA ÚTIL DESSES BENS DE CONSUMO

A fabricação, a comercialização e a aquisição de *smartphones* em larga escala, decorrente da imprescindibilidade desses produtos na sociedade atual, permite que eles sejam um dos maiores alvos da prática da obsolescência programada. O consumo massivo de *smartphones* pode ser confirmado por meio de pesquisa realizada pelo Centro de Tecnologia de Informação Aplicada – FGVcia – da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV EAESP – no ano de 2020, por meio da qual foi constatado que os *smartphones* em uso no Brasil possuíam a proporção de mais de um por habitante, totalizando 234 milhões de *smartphones*¹⁵.

¹⁵ FGV. *Brasil tem 424 milhões de dispositivos digitais em uso, revela a 31ª Pesquisa Anual do FGVcia*. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/brasil-tem-424-milhoes-dispositivos-digitais-uso-revela-31a-pesquisa-anual-fgvcia>>. Acesso em: 13 ago. 2021.



Desse expressivo número decorre uma perigosa realidade: quanto mais *smartphones* são produzidos e comercializados, mais estratégias são desenvolvidas pelas grandes fabricantes para criar no consumidor a falsa necessidade de adquirir um novo *smartphone*. Entretanto, antes que se trate sobre tais estratégias, revela-se necessária uma análise do que efetivamente são *smartphones* para que, após desvelado seu caráter essencial, seja confirmada a sua suscetibilidade à obsolescência programada.

Em primeiro lugar, cabe informar que não se tratam os *smartphones* de meros aparelhos celulares e por tal razão não se limitam à realização de chamadas telefônicas e ao envio de mensagens via SMS. Ainda que os celulares convencionais possam ser considerados os ancestrais dos *smartphones* não há como confundi-los, pois assim como o *Australopithecus* deu lugar a formas de vida humana mais evoluídas, deixando de existir, os celulares, como conhecíamos, estão fadados ao mesmo fim.

Em uma sociedade cada vez mais conectada, torna-se necessário aos seus participantes carregar o máximo de tecnologia consigo para que essa conexão se dê de forma plena e essa representa a função primordial dos *smartphones*: fazer as vezes de um computador, todavia compacto e móvel, de modo que auxilie os seus proprietários em tarefas que um simples celular não poderia. Simplesmente são telefones com a complexidade tecnológica de computadores¹⁶.

Esclarecendo ainda mais a distinção entre *smartphones* e celulares, cabe trazer o seguinte entendimento¹⁷:

a atribuição básica do celular é ser um telefone portátil que faça ligações e envie mensagens via SMS, embora alguns modelos sejam capazes de acessar a internet por meio do WAP e se conectem por Bluetooth. (...)

Já os smartphones são a evolução dos telefones comuns. São mais caros que os celulares, mas trazem tecnologias que vão muito além de ligações e mensagens de texto. Geralmente são maiores em tamanho, com telas sensíveis ao toque e possuem um sistema operacional complexo [...]

Torna-se assim de fácil verificação que os *smartphones* adquiriram uma grande importância no âmbito social, o que torna necessário o reconhecimento de sua essencialidade. Dentre tantas decisões reconhecendo essa condição de bem essencial, cabe mencionar o

¹⁶ DANTAS, Rodrigo. *Qual é a diferença entre smartphone e celular? Entenda*. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/03/qual-e-diferenca-entre-smartphone-e-celular-entenda.html>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

¹⁷ Ibid.



entendimento da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República¹⁸ no ano de 2011 ao afirmar que "o aparelho de telefone celular é produto essencial, para os fins previstos no art. 18, § 3º da Lei nº 8.078/90 – CDC". Evidentemente a nomenclatura “aparelho de telefone celular” deve ser entendida como gênero, o qual abarca os *smartphones*, merecedores de reconhecimento ainda maior quanto à essencialidade, considerando suas características já mencionadas.

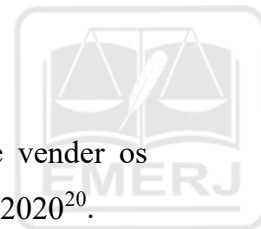
A essencialidade dos *smartphones* adquire maior nitidez e relevância com o passar do tempo, pois rapidamente novas funções lhes são implementadas. Contudo, a importância dos *smartphones* acima delineada instaura uma realidade perigosa, pois quanto mais essencial o produto, mais regulado e protegido este deve ser no interior das relações consumeristas, sob pena da prática de ações reprováveis pelos fornecedores a fim de se beneficiarem em detrimento de seus consumidores.

Nesse contexto de abusividade se insere a manipulação da vida útil dos *smartphones*, a qual ocorre de forma constante, considerando os casos ocorridos em todo o mundo, demonstrando a má-fé de famosas fabricantes. De componentes eletrônicos a sistemas operacionais, tudo o que faz parte do produto em comento pode servir como objeto da obsolescência programada. Ademais, duas importantes fabricantes de celulares já foram alvo de processos, condenações e multas em decorrência dessa leviana prática: as empresas Samsung Group e Apple Inc.

No que se refere à primeira empresa, essa foi multada pelo Governo Italiano no montante de 5 milhões de euros, pois obrigou os usuários a instalarem atualização de *software* que tornou os *smartphones* mais lentos¹⁹. Já em relação à segunda, além de ter sido multada pelas mesmas razões referentes à empresa anteriormente citada, essa é alvo de processo instaurado pela Associação Italiana Pró-Consumidor – Altroconsumo –, consistindo a acusação na afirmação de

¹⁸ MIGALHAS. *MPF reconhece telefone celular como produto essencial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/136691/mpf-reconhece-telefone-celular-como-produto-essencial>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

¹⁹ RODRIGUES, Louise. *Smart de 15 anos: veja como seu celular poderia ser 'infinito'*. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/smart-de-15-anos-veja-como-seu-celular-poderia-ser-infinito.ghtml>>. Acesso em: 22 jul. 2021.



que a referida empresa encurtou a vida de seus *smartphones* com a finalidade de vender os modelos iPhone 6, iPhone 6 Plus, iPhone 6S e iPhone 6S Plus entre os anos de 2014 e 2020²⁰.

Trata-se de casos capazes de gerar grande preocupação e reflexão na comunidade jurídica e na sociedade em geral, as quais são formadas integralmente por consumidores, os quais sofrem com tais condutas levianas. As empresas Samsung Group e Apple Inc., com lucros de R\$ 44,2 bilhões²¹ e US\$ 64,7 bilhões²², respectivamente, no último trimestre de 2020, são exemplos capazes de espelhar o atuar das demais fabricantes, pois se valem da obsolescência programada, demonstrando sua despreocupação com seus consumidores e não se valendo de seu poder econômico para incentivar novos hábitos de consumo mais conscientes e mais sustentáveis em seus consumidores, mas para estimular o consumo desenfreado a qualquer custo.

A adoção da prática da obsolescência programada por tais empresas se dá com a clara intenção de potencializar a venda de seus produtos, obrigando os consumidores a desfazerem-se de seus *smartphones* para adquirir novos. Assim, verifica-se que a grande razão por trás da duração média de 2 anos de um *smartphone* atualmente é a redução proposital da vida útil desses bens de consumo, pois poderiam durar de 12 a 15 anos, como afirma Benito Muros, presidente da Fundação Energia e Inovação Sustentável Sem Obsolescência Programada – Feniss²³.

Na maioria das vezes as atualizações realizadas nas versões seguintes desses *smartphones* são meramente incrementais ou estéticas, o que – somado às quedas de performance, falhas de *software*, dentre outros problemas –, obriga o consumidor a buscar um novo produto mais “moderno”. Entretanto o consumidor, hipossuficiente, sequer percebe que está sendo manipulado e induzido a comprar produtos repetitivamente, o que se torna ainda mais comum e grave em decorrência da falta de normas repressivas que impeçam a prática da obsolescência programada no Brasil, conforme demonstrado no capítulo 1.

²⁰ ARBULU, Rafael. *Apple é processada em quase R\$ 400 milhões por obsolescência programada*. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2021/01/25/noticias/apple-e-processada-em-quase-r-400-milhoes-por-obsoloscencia-programada/>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²¹ SILVA, Victor Hugo. *Samsung tem lucro maior apesar de queda na venda de celulares*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/406725/samsung-tem-lucro-maior-apesar-de-queda-na-venda-de-celulares/amp/>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

²² SANTOS, Juliana dos. *Apple atinge US\$ 64,7 bilhões em receita no quarto trimestre do ano fiscal de 2020*. Disponível em: <<https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n165455/apple-receita-64-7-bilhoes-quarto-trimestre-2020.html>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

²³ SATURNO, Ares. *Smartphones poderiam durar até 15 anos se não fosse a obsolescência programada*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/smartphone/smartphones-poderiam-durar-ate-15-anos-se-nao-fosse-a-obsoloscencia-programada-127117/>>. Acesso em: 03 ago. 2021.



O dever de probidade e boa-fé nas relações de consumo é, dessa forma, violado pelos fabricantes de *smartphones* ao buscarem fins unicamente econômicos sem atentar para a proteção do consumidor, ação que se revela dotada de maior reprovabilidade quando considerado que se está diante de um bem essencial. Em momento algum deve o fornecedor de produtos e serviços desviar-se dos princípios consumeristas para reduzir a vida útil dos bens que produz, cabendo-lhe dispensar ao consumidor produtos e serviços adequados, todavia o que resta verificado por meio da prática da obsolescência programada no fornecimento de *smartphones* é uma realidade oposta à ideal.

3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA *OPE LEGIS* E OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR OU IMPOSIÇÃO DE PROVA DIABÓLICA?

Nos capítulos anteriores restaram demonstrados a deficiência legislativa no Brasil no que se refere a normas explicativas e repressivas da obsolescência programada, bem como o impacto dessa prática no fornecimento de *smartphones*. Já neste capítulo faz-se necessário analisar os aspectos relativos à prova da obsolescência programada em *smartphones* no âmbito dos processos judiciais consumeristas, principalmente no que tange ao ônus da prova *ope legis* previsto no art. 12, § 3º do CDC²⁴, o qual é pertinente ao presente artigo por tratar especificamente do fornecimento de produtos.

A inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor é um instrumento que mitiga a regra da distribuição estática do ônus da prova com vistas a garantir a facilitação da defesa do consumidor em juízo. O ônus da prova *ope judicis* e o ônus da prova *ope legis* são as duas espécies de inversão previstas no CDC²⁵ em seus art. 6º, VIII, 12, § 3º, 14, § 3º e 38. Enquanto o ônus da prova *ope judicis* depende de decisão judicial para a sua aplicação, o ônus da prova *ope legis* opera-se automaticamente, ambos assegurando ao consumidor equilíbrio na relação processual com o fornecedor, o qual detém o controle da cadeia de fornecimento de produtos e serviços e assim encontra-se, naturalmente, em posição de vantagem.

Conforme leciona Sergio Cavalieri Filho²⁶:

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁵ Ibid.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 132.

o Código de Defesa do Consumidor, destarte, rompendo dogmas e estabelecendo novos paradigmas para as relações entre desiguais, fê-lo, também, no que se refere à carga probatória, ora transferindo o ônus da prova ao fornecedor (inversão *ope legis*), do que nos dão exemplos os art. 12, § 3º, 14, § 3º, e 38, ora admitindo que tal se opere por determinação do julgador (inversão *ope judicis*), conforme art. 6º, VIII.

Esclarecendo essa distinção, a inversão *ope judicis* depende da verificação de verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência pelo magistrado, carecendo, assim, de circunstâncias específicas para a sua aplicação. Já a inversão do ônus da prova *ope legis*, opera-se automaticamente nas hipóteses previstas no CDC, podendo conduzir ao entendimento de que sua aplicação geraria ao fornecedor de produtos e serviços a imposição de produção de prova diabólica nos casos que discutem a prática da obsolescência programada.

Entende-se como “prova diabólica” aquela dotada de características específicas que tornam sua produção extremamente difícil ou até mesmo impossível. A imposição desse ônus evidentemente acarreta para aquele que o suporta uma desvantagem em relação à outra parte que se beneficiará da extrema dificuldade ou impossibilidade de produção da prova.

Ainda sobre a prova diabólica²⁷:

[...] haverá casos nos quais a prova é de difícil produção, pois o fato “probando” fora praticado de forma reservada, o que não permite ao autor apresentar provas em razão da ausência de testemunhas, documentos ou outros meios, mas também não seria aceitável simplesmente inverter o ônus da prova, pois assim se estaria atribuindo à parte contrária a produção de uma prova absolutamente diabólica, porquanto seria impossível comprovar o fato negativo, isto é, que fato não ocorreu em determinado momento e local, o que feriria o conceito de devido processo legal sob a perspectiva da ampla defesa.

Assim verifica-se que, caso a caso, deve ocorrer o controle pelo magistrado acerca das reais possibilidades do fornecedor de produzir a prova determinada. A proteção do consumidor não deve acarretar para o fornecedor de produtos e serviços a imposição de prova diabólica, sob pena de, a pretexto de equilibrar as relações de consumo, ser criado um desequilíbrio ainda maior.

Entretanto, a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova *ope legis* ao fornecimento de *smartphones* para fins de verificação da ocorrência de obsolescência programada não se revela excessivamente onerosa ao fornecedor, pois este possui uma série de meios de

²⁷ CORRÊA, Alexandre. *Algumas linhas sobre a prova diabólica e seu antídoto: “probatio levior”*. Disponível em: <<https://www.direitoteoriaepratica.com.br/post/algumas-linhas-sobre-a-prova-diab%C3%B3lica-e-seu-ant%C3%ADdoto-probatio-levior>>. Acesso em: 15 set. 2021.



produção de prova para tanto, tornando, assim, a dificuldade probatória meramente aparente em um primeiro momento, no qual ainda não foi analisada a cadeia de produção.

Segundo Segall²⁸, “ainda que se considere diabólica a prova exigida, o que é improvável, já que a obsolescência programada está diretamente ligada à linha de produção do fornecedor, o *onus probandi* deverá ser carreado ao fornecedor por força da teoria do risco do negócio.” Ou seja, o fornecedor, que participa da linha de produção do bem de consumo, é qualificado para demonstrar a inoccorrência da obsolescência programada sobre o mesmo para, assim, afastar a sua responsabilidade.

Os *smartphones* passam por processos de criação e desenvolvimento de *design*, de busca de fornecedores dos componentes e tecnologia necessária para a sua elaboração, de montagem do protótipo, de produção propriamente dita, na qual ocorre o planejamento e execução dos projetos que permitirão a conclusão do produto final, de testes de qualidade, de organização do estoque e de distribuição para o varejo²⁹.

A participação do fornecedor na linha de produção acima delineada permite que este possa se valer de métodos para atestar a inoccorrência de obsolescência programada, como o *Mean Time Between Failures – MTBF* – e o *Accelerated Life Test – ALT* –, os quais possibilitam o cálculo do tempo de duração estimado de um produto e assim podem demonstrar a garantia de vida útil razoável aos *smartphones* produzidos.

O método *Mean Time Between Failures – MTBF* – consiste na busca por um valor médio entre falhas por meio de medição pelo fabricante, a fim de que o consumidor ou determinada empresa possa estimar a confiabilidade do produto e proceder aos cálculos dos custos de substituição de peças ou manutenção. Normalmente, diversos aparelhos são colocados em funcionamento simultaneamente e o resultado é alcançado por meio da multiplicação das horas de funcionamento dos aparelhos juntamente com a somatória dos erros calculados³⁰.

Já o *Accelerated Life Test – ALT* – é uma simulação da vida de um produto em campo, dentro de um curto espaço de tempo. Os resultados desse teste são o ponto de partida para a determinação do nível de confiabilidade do produto em estudo, podendo ser considerado como a

²⁸ SEGALL, op. cit., p. 94.

²⁹ O CAMINHO dos *smartphones*: do design às lojas até ao bolso do consumidor. Disponível em: <<https://cargox.com.br/blog/o-caminho-dos-smartphones-do-design-as-lojas-ate-ao-bolso-do-consumidor>>. Acesso em: 19 set. 2021.

³⁰ CANALTECH. O que é MBTF?. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/hardware/O-que-e-MTBF/>>. Acesso em: 16 set. 2021.



única forma de lançar um produto novo com a previsão de como será o seu desempenho quando do uso por seus consumidores³¹.

A realização desses testes já permite ao fornecedor de *smartphones* provar a garantia de vida útil razoável e adequada a esses bens de consumo. Os dados obtidos são capazes de possibilitar a análise da ocorrência de redução da vida útil pelos fornecedores, eis que poderão ser confrontados com os dados de *smartphones* produzidos por outras empresas ou até mesmo ser objeto de análise por perito judicial, considerando a complexidade dos dados apresentados, por exemplo.

Contudo, além dos testes acima mencionados, os registros relativos às etapas da linha de produção, especificando cada componente usado no *smartphone* e a sua integridade, o bom planejamento e a execução de testes de qualidade, bem como a apresentação de laudos elaborados pelos profissionais que participaram das etapas de produção também se revelam adequados para a prova da inoocorrência de obsolescência programada pelo fornecedor.

Assim, conclui-se que o acesso às etapas da linha de produção e a capacidade de realização de testes de vida útil dos *smartphones* permite ao fornecedor desincumbir-se do ônus da prova *ope legis*, não havendo que se falar em imposição de produção de prova diabólica. Não há, dessa forma, qualquer onerosidade excessiva ou impossibilidade de produção de provas, revelando-se aplicável às demandas consumeristas que tratam da obsolescência programada em *smartphones* o disposto no art. 12, § 3º do CDC³².

CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou demonstrar os nefastos efeitos da prática da obsolescência programada no fornecimento de *smartphones*, o que é ainda mais grave no Brasil, considerando a inexistência de normas repressivas deste atuar dos fornecedores. Com fundamento em entendimentos doutrinários acerca da obsolescência e técnicos sobre os *smartphones*, objetivou-se evidenciar questões relevantes acerca do tema, como a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova *ope legis*.

³¹ CARVALHO NETO, Miguel Marcelino de. *Qualidade durante todo o ciclo de vida*: Especialista defende que empresas invistam em confiabilidade para reduzir custos e sobreviver no negócio. Disponível em: <<http://geracaosmartgrid.com.br/qualidade-durante-todo-o-ciclo-de-vida/>>. Acesso em: 16 set. 2021.

³² BRASIL, op. cit., nota 8.



Como exposto ao longo do trabalho, a obsolescência programada é caracterizada pela redução proposital da vida útil de um determinado produto a fim de que o fornecedor potencialize seus lucros com as compras repetitivas feitas pelo consumidor. Assim, oferecendo produtos com vida útil reduzida o fornecedor aumenta suas vendas, pois tem a garantia de que em um curto período de tempo diversos consumidores os comprarão novamente.

Ficou evidenciado que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor são os dois grandes marcos legais da proteção do consumidor no Brasil, ambos trazendo disposições nunca antes vistas nesse sentido. Entretanto, apesar da preocupação dessas normas em proteger o consumidor, inexistem no Brasil quaisquer diplomas legais que proíbam a prática da obsolescência programada.

Os diversos projetos de lei federal apresentados tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal foram arquivados ou foram rejeitados, o que revela o desinteresse legislativo na proibição da obsolescência programada. Sem essa vedação expressa, a proteção do consumidor permanece com um grande espaço vazio que permite o desrespeito por meio da redução da vida útil de produtos.

Ao longo do trabalho ficou demonstrado ainda que os aparelhos eletrônicos são os maiores alvos da obsolescência programada, merecendo maior atenção os *smartphones*, produtos que ascenderam ao *status* de essenciais em decorrência das diversas funcionalidades neles presentes. Conforme evidenciado, esses produtos duram em média 2 anos, mas poderiam durar por tempo até 7 vezes superior, caso não tivessem sua vida útil reduzida deliberadamente por seus fornecedores.

Foram expostos dados que demonstram que grandes fabricantes de *smartphones* já foram multadas em decorrência da prática da obsolescência programada, o que remove qualquer dúvida acerca de sua ocorrência. Tais empresas se valeram da imposição de atualização de *software* que tornou os *smartphones* mais lentos, bem como procederam ao encurtamento de sua vida útil para que pudessem vender os próximos modelos, sendo estes apenas alguns exemplos das práticas utilizadas.

Nesse contexto de deficiência legislativa que permite a ampla utilização da obsolescência programada no fornecimento de *smartphones*, foi realizada a análise de alguns aspectos da prova da obsolescência programada no âmbito dos processos judiciais. A inversão do



ônus da prova *ope legis* é um dos instrumentos de equilíbrio da relação processual consumerista, merecendo atenção no que se refere à obsolescência programada em *smartphones*.

No que tange à inversão do ônus da prova com fundamento no art. 12, §3º do CDC, esta deve ser aplicada nos processos que tratam de obsolescência programada aplicada ao fornecimento de *smartphones*. Ainda que em um primeiro momento se verifique uma dificuldade probatória do fornecedor em demonstrar que não procedeu à redução da vida útil de determinado *smartphone*, a sua participação ou acesso à cadeia de produção lhe fornece meios suficientes para afastar a sua responsabilidade.

A pesquisa possibilitou a verificação de que o fornecedor de *smartphones* ou participa de todas as etapas da linha de produção ou minimamente possui acesso àquelas em que não participou e por meio dessa participação ou desse acesso pode produzir provas, inexistindo qualquer onerosidade excessiva que possa caracterizar a prova da inocorrência de obsolescência programada como diabólica.

Diante de todo o exposto no artigo científico conclui-se que há uma deficiência legislativa no contexto brasileiro no que se refere a normas sobre a obsolescência programada, o que não impede que instrumentos como a inversão do ônus da prova *ope legis* sejam aplicados aos processos judiciais consumeristas que discutam essa prática, em especial quando se estiver tratando do fornecimento de *smartphones*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ithanyê Heloísa Arcoverde; NORAT, Markus Samuel Leite. *Obsolescência programada e consumo sustentável*. João Pessoa: Markus Samuel Leite Norat, 2019.

ARBULU, Rafael. *Apple é processada em quase R\$ 400 milhões por obsolescência programada*. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2021/01/25/noticias/apple-e-processada-em-quase-r-400-milhoes-por-obsoloscenciaprogramada/>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.



_____. *Projeto de Lei nº 32/2015.* Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=944298>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 5.567/2013.* Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=571612>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 6.042/2019.* Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139851>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 7.875/2017.* Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2141480>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CANALTECH. *O que é MBTF?*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/hardware/O-que-e-MTBF/>>. Acesso em: 16 set. 2021.

CARVALHO NETO, Miguel Marcelino de. *Qualidade durante todo o ciclo de vida*: Especialista defende que empresas invistam em confiabilidade para reduzir custos e sobreviver no negócio. Disponível em: <<http://geracaosmartgrid.com.br/qualidade-durante-todo-o-ciclo-de-vida/>>. Acesso em: 16 set. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

CORNETTA, William. *A Obsolescência programada como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e as formas de combater esta prática no CDC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CORRÊA, Alexandre. *Algumas linhas sobre a prova diabólica e seu antídoto*: “probatio levior”. Disponível em: <<https://www.direitoteoriaepratica.com.br/post/algumas-linhas-sobre-a-prova-diab%C3%B3lica-e-seuant%C3%ADdoto-probatio-levior>>. Acesso em: 15 set. 2021.

DANTAS, Rodrigo. *Qual é a diferença entre smartphone e celular? Entenda*. Disponível em: <<https://www.tech tudo.com.br/artigos/noticia/2013/03/qual-e-diferenca-entre-smartphone-e-celular-entenda.html>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

FGV. *Brasil tem 424 milhões de dispositivos digitais em uso, revela a 31ª Pesquisa Anual do FGVcia*. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/brasil-tem-424-milhoes-dispositivos-digitais-uso-revela-31a-pesquisa-anualfgvcia>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MIGALHAS. *MPF reconhece telefone celular como produto essencial*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/136691/mpf-reconhece-telefone-celular-como-produto-essencial>>. Acesso em: 19 jul. 2021.



O CAMINHO dos smartphones: do design às lojas até ao bolso do consumidor. Disponível em: <<https://cargox.com.br/blog/o-caminho-dos-smartphones-do-design-as-lojas-ate-ao-bolso-do-consumidor>>. Acesso em: 19 set. 2021.

RODRIGUES, Louise. *Smart de 15 anos: veja como seu celular poderia ser 'infinito'*. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/smart-de-15-anos-veja-como-seu-celular-poderia-ser-infinito.ghtml>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

SANTOS, Juliana dos. *Apple atinge US\$ 64,7 bilhões em receita no quarto trimestre do ano fiscal de 2020*. Disponível em: <<https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n165455/apple-receita-64-7-bilhoes-quartotrimestre-2020.html>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SATURNO, Ares. *Smartphones poderiam durar até 15 anos se não fosse a obsolescência programada*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/smartphone/smartphones-poderiam-durar-ate-15-anos-se-nao-fose-a-obsoloscenciaprogramada-127117/>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

SEGALL, Pedro Machado. *Obsolescência programada: a tutela do consumidor nos Direitos Brasileiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Victor Hugo. *Samsung tem lucro maior apesar de queda na venda de celulares*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/406725/samsung-tem-lucro-maior-apesar-de-queda-na-venda-de-celulares/amp/>>. Acesso em: 13 ago. 2021.



DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL DO CONFLITO DE DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Sulamita Vicente de Lima

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

Resumo – o presente trabalho visa a discutir o impacto e a eficácia da criminalização do aborto nos direitos humanos femininos por meio de uma análise histórica, legislativa e cultural. Neste sentido, serão analisados os mecanismos punitivos e de proibição do aborto, bem como as hipóteses de exclusão da ilicitude, questionando a necessidade da proibição no ordenamento jurídico brasileiro em face da violação dos direitos femininos. Também será abordado o papel dos movimentos emancipatórios femininos na conquista de direitos, principalmente no que tange ao direito a voto e ao reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos. Por fim, pretende-se comparar as legislações estrangeiras com a evolução no tratamento da matéria no Brasil, a fim de discutir a necessidade da alteração legislação para conceder a descriminalização do aborto.

Palavra-chave – Direito Penal. Direitos Humanos. Direito Comparado. Descriminalização. Aborto.

Sumário – Introdução. 1. Mecanismos de criminalização do aborto: uma análise do tipo penal brasileiro. 2. Direitos humanos femininos: a mulher como sujeito de direitos. 3. O aborto na perspectiva do direito comparado. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar o contexto jurídico do conflito de direitos humanos na criminalização do aborto sob a perspectiva do direito comparado, a fim de estabelecer um parâmetro com a legislação nacional, e, com isso, verificar a efetividade e a necessidade da tutela penal na proteção dos bens jurídicos “vida” e “saúde”.

O Código Penal brasileiro, nos artigos 124 a 126, optou pela criminalização do aborto provocado sob o fundamento da tutela do direito fundamental à vida do feto, contudo, a tipicidade da conduta não afasta a sua prática, tendo em vista que é um problema social, normalmente, vinculado à desigualdade.

Dessa maneira, faz-se imprescindível discutir, de um lado, a necessidade da tipificação do aborto provocado na proteção da vida humana, e, do outro, o direito ao aborto como garantia de efetivação dos direitos das mulheres, tendo em vista que a proibição do aborto favorece a violação, pois as mulheres, principalmente as pobres, realizam o aborto inseguro, sujeitando-se



às penalidades decorrentes da tipificação legal e às injustiças oriundas do próprio procedimento, como o risco de morte, as sequelas psicológicas e físicas.

Embora a temática do aborto seja amplamente discutida juridicamente, ainda está distante de ser pacificada, uma vez que é uma questão permeada de subjetividade, que, normalmente, é preenchida por ideais religiosos, políticos, morais e culturais. Há argumentos favoráveis e outros desfavoráveis à criminalização, circunstância que impede o avanço do tratamento legislativo sobre a matéria e impõe o ativismo judicial.

Para compreender a problemática, o primeiro capítulo examina as bases jurídicas da criminalização e o processo histórico de proibição da conduta, bem como, analisa do tipo penal e as causas excludentes de ilicitude.

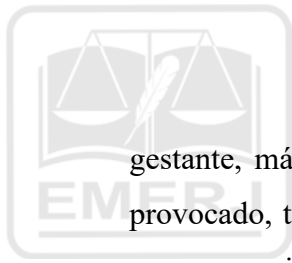
O segundo capítulo evidencia a construção dos direitos fundamentais das mulheres, no que tange à autonomia e autodeterminação, principalmente os direitos relacionados a liberdade reprodutiva e sexual. Nesse ponto, destaca-se a tese de Hannah Arendt de que os direitos humanos são construídos, que estão em um constante processo de construção e reconstrução, e, por isso, os direitos femininos ainda estão sendo estabelecidos, tendo em vista que a mulher somente foi reconhecida como sujeito de direitos recentemente.

Por fim, o terceiro capítulo visa apresentar dados e informações sobre a (não) eficiência da tipicidade do abortamento, traçando um paralelo com algumas legislações estrangeiras e dogmas religiosos, a fim de determinar os avanços e retrocessos no campo legislativo no tratamento da conduta do aborto.

O método da pesquisa será dedutivo-qualitativo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger premissas iniciais compatíveis com a discussão sobre a descriminalização do aborto consentido, as quais serão confrontadas e desconstruídas argumentativamente durante o decorrer do artigo, a fim de obter uma premissa maior sobre o objeto da pesquisa. Para tanto, as premissas serão construídas por meio de pesquisa bibliográfica, com casos concretos jurisprudenciais, artigos científicos, livros doutrinários e legislações estrangeiras pertinentes à temática, entre outras fontes.

1. MECANISMOS JURÍDICOS DE CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA ANÁLISE DO TIPO PENAL BRASILEIRO

O aborto pode ser dividido em duas modalidades: o abortamento espontâneo e o abortamento provocado. Na primeira modalidade, a interrupção gestacional ocorre sem quaisquer interferências externas e não intencional, normalmente, vinculado a doenças da



gestante, má formação genética do embrião, ou trauma físico ou psíquico. No abortamento provocado, também denominado de aborto induzido ou voluntário, a interrupção gestacional ocorre com interferência externa e intencional, podendo ser induzido pela gestante ou por um terceiro.¹

Diferentemente do aborto espontâneo que gera empatia social, o aborto provocado envolve questões complexas vinculadas a ideologias religiosas, políticas, culturais, sociais e econômicas, circunstância que aumenta a tensão no debate. Sendo, a prática moralmente estigmatizada, inclusive em alguns países o abortamento provocado é criminalizado.

No ponto de vista histórico, a conduta nem sempre foi marcada pela censura e reprovação; ao contrário, na antiguidade a conduta era difundida em algumas civilizações, contudo o fundamento não era a autonomia ou os direitos da mulher, nem a proteção da vida do feto, ao contrário era com base na vontade patriarcal e os reflexos sucessórios decorrentes do nascimento dos herdeiros, no campo político e patrimonial.²

O imperador chinês Shen Nung, em um texto médico datado entre 2737 e 2696 antes de Cristo, receitou um abortífero oral, provavelmente à base de mercúrio.³ De igual modo, no período de 1850 a 1550 a.C., os egípcios prescreviam mecanismos contraceptivos à base de ervas cujas propriedades químicas tinham efeitos abortivos ou induziam a infertilidade.⁴

Na Grécia antiga, Sócrates instruía as parteiras a realizarem o aborto nas mulheres que assim desejassem e Platão defendia a obrigatoriedade da conduta em razão de controle eugênico, a fim de preservar a pureza da raça dos guerreiros. Para Aristóteles, o aborto era um método eficiente no controle demográfico, todavia, Hipócrates, “pai da medicina”, firmou compromisso em seu juramento de não aplicar pessário abortivo.⁵

Os primeiros indícios de criminalização do aborto remetem ao Código de Hamurabi, criado pela civilização babilônica do século V a.C., que tipificou o aborto praticado por terceiros, e caso resultasse na morte da gestante, o filho do agressor sofreria com a pena. Igualmente, o Código Hitita considerava crime o abortamento realizado por terceiros, mas a pena era pecuniária, sendo definida de acordo com a idade do feto.⁶

¹ RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencefálicos. *Psicologia & sociedade*, V. 3. 2011, p. 64.

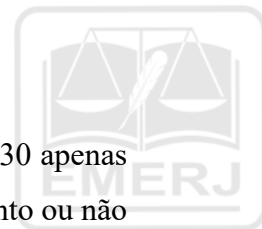
² REBOUÇAS, Melina Séfora Souza. *O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais*. 2010. 145 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010, p. 12

³ SCHOR, Néia; DE ALVARENGA, Augusta T. O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados. *Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano*, V. 4. n. 2. São Paulo: 1994, p. 19.

⁴ REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; DUTRA, Elza Maria do Socorro. Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. *Psicologia em estudo*, V. 16. n. 3, 2011, p. 420.

⁵ SCHOR; DE ALVARENGA, op. cit.

⁶ REBOUÇAS, op. cit.



No Brasil, segundo Fernando Capez⁷, o Código Criminal do Império de 1830 apenas criminalizava o aborto praticado por um terceiro, independentemente do consentimento ou não da gestante. O autoaborto foi criminalizado a partir do Código Penal de 1890, que tinha a previsão expressa do crime de aborto quando realizado pela própria gestante.

O Código Penal Brasileiro de 1940 optou por criminalizar a conduta nos artigos 124 a 127, elencando as causas excludentes de ilicitude no artigo 128. O artigo 124 do Código Penal aborda o autoaborto, ou seja, é responsabilização penal da mulher quando a própria gestante pratica o abortamento, podendo ser realizado por meio da ingestão de substâncias ou trauma físico.⁸

O artigo 125 e o artigo 126 do Código penal trazem a figura do aborto praticado por um terceiro, sendo que, na primeira hipótese, o aborto sofrido ocorre sem o consentimento da gestante, por meio de “ameaça, fraude ou emprego de força física”⁹. Já na segunda hipótese, há o consentimento da gestante, mas esta deve ter a capacidade para consentir com o fato.

O artigo 127 do Código Penal descreve as causas especiais de aumento de pena, determinando que a pena será aumentada em um terço quando houver lesão grave e, caso sobrevenha o resultado morte da gestante, a pena deverá ser duplicada.¹⁰

O artigo 128 do Código Penal estabelece duas hipóteses legais de exclusão da ilicitude: o aborto terapêutico e o aborto sentimental. No aborto terapêutico ou necessário, existe o risco de morte e não há outro meio para salvar a vida da gestante. Logo, não é possível preservar um direito sem que haja a destruição do outro, sendo necessário escolher entre dois bens jurídicos protegidos e, por isso, opta-se pela proteção da vida da mulher. É um verdadeiro estado de necessidade, uma vez que é o único meio capaz de assegurar a vida da gestante; portanto a realização do aborto pelo médico não configura conduta típica.¹¹

O aborto “sentimental”, também denominado de “humanitário ou ético”, ocorre quando a gravidez é o resultado de um estupro. Nessa circunstância, o aborto é permitido em razão da dignidade da pessoa humana, pois obrigá-la a manter uma gestação decorrente de um coito forçado, perpetuaria e reforçaria o ato de violência, criando novos danos e traumas.¹²

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. V. 2. 18 ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 185-186.

⁸ PEREIRA, Camile Mauricio. *O impacto da descriminalização do aborto: análise dos índices de ocorrência de aborto no Brasil, Uruguai, México e Canadá*. 2020. 84 f. Monografia (Bacharel em direito). Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2020, p.21.

⁹ Ibid., p. 21-22.

¹⁰ BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm> Acesso em: 10 ago. 2021.

¹¹ PEREIRA, op. cit., p. 19-20.

¹² CABETTE apud Ibid., p. 17.



Além das hipóteses legais, a ADPF-54 firmou a possibilidade do aborto no caso de fetos anencefálicos. A Suprema Corte priorizou a dignidade humana e incolumidade psíquica e física da mulher, tendo em vista que o feto não tem viabilidade de vida extrauterina em razão do sistema nervoso não ser completamente formado, bem como, não aparenta ter forma humana por conta da ausência de estruturas ósseas. Portanto, obrigar a gestante a prosseguir com uma gestação inviável seria extremamente traumático e desnecessário.¹³

No julgamento do *habeas corpus* nº. 124.306/RJ, o Supremo Tribunal Federal aplicou a interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, removendo do âmbito de incidência da norma o aborto realizado até o terceiro mês gestacional, sob o fundamento de que a criminalização violaria diversos direitos fundamentais da mulher, como os direitos reprodutivos e sexuais. Além disso, a mulher deve gozar de autonomia para realizar suas escolhas existenciais e não cabe ao Estado obrigá-la a manter uma gravidez indesejada.¹⁴

A realização do procedimento dos abortos terapêutico, sentimental e anencefálico não carece de autorização judicial, todavia, como a temática gera empasse e mobilização social, muitas vezes o procedimento é inviabilizado por causa de valores morais ou religiosos, inclusive alguns profissionais de saúde negam o dever de assistência por meio da objeção de consciência.¹⁵

Neste ponto, é importante destacar o caso, de repercussão nacional, da menina de 10 anos estuprada por familiares, que além da violência sexual, a gestação trazia risco de morte e à saúde da menor. Todavia, por conta de aspectos morais e religiosos, houve um empasse público em que se questionava a necessidade do procedimento, e, apesar de se enquadrar nas duas hipóteses de aborto legal, o Judiciário teve que se manifestar para que o procedimento fosse realizado.¹⁶

Para Cezar Roberto Bitencourt¹⁷, o Código Penal de 1940 tem como base o costume, a cultura e os hábitos já superados há mais de sessenta anos e, “nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e

¹³ Ibid.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 nov. de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021

¹⁵ DINIZ, Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, V. 29. 2013, p. 1704.

¹⁶ TATASCH, Constança. Menina de 10 anos tem gravidez interrompida, e seu estado de saúde é estável. *O Globo*: 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/aborto/menina-de-10-anos-tem-gravidez-interrupta-seu-estado-de-saude-estavel-24590524>>. Acesso em: 06 abr. 2021

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 160.



tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica”. Portanto, o Direito Penal deve se adequar para enquadrar os novos fatos sociais.

Além disso, o abortamento é mais uma questão de saúde pública e de distribuição de renda, do que propriamente de poder punitivo do Estado, tendo em vista que o procedimento continua sendo realizado na clandestinidade, mesmo que a conduta seja estigmatizada e criminalizada.

2. DIREITOS HUMANOS FEMININOS: A MULHER COMO SUJEITO DE DIREITOS

Durante séculos, as mulheres vivenciaram o cenário de invisibilidade social, no qual eram desprovidas de humanidade, menosprezadas e objetificadas, com papéis predefinidos dentro de um modelo patriarcal, cuja principal função era o cuidado com o lar. Para as mulheres serem consideradas dignas e respeitáveis, precisavam exercer alguns atributos, que eram frutos de códigos de condutas implícitos culturalmente, e, qualquer mulher que destoasse da função preestabelecida era considerada uma cortesã, uma mulher de vida fácil, hipótese que lhes retirava o direito ao respeito, segurança, proteção e justiça social.¹⁸

A história feminina foi marcada pela censura, opressão e resistência, pois, durante séculos, a mulher não era considerada um sujeito de direito, e caso lhes fossem atribuído algum direito seria em razão da ótica masculina e suas necessidades, seja na defesa da honra, no interesse patrimonial ou no direito sucessório.

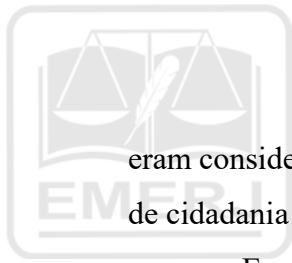
As lutas pela emancipação feminina ocorreram sob o fundamento da igualdade, embora, no ponto de vista filosófico, político e de direito, a premissa de que todos são iguais perante a lei já fosse aplicada desde a antiguidade, como um pilar da democracia, contudo, era restrita aos homens.¹⁹

Segundo Cecília Ballero²⁰, na Grécia Antiga, a *oikia* era o lugar intransponível da mulher, haja vista que a casa era a sede da família e das relações familiares, cuja hierarquia, comando e obediência eram atribuídos ao homem, que exercia o *pater familias*. Enquanto, a *polis* era o ambiente do exercício do poder público, o espaço dos homens livres e iguais, que

¹⁸ GITAHY, Raquel Rosan Christino; MATOS, Maureen Lessa. A evolução dos direitos da mulher. *Colloquium humanarum*, V. 4. n. 1, 2007, p. 74.

¹⁹ DE MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. O papel da mulher na sociedade. *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, V. 75. 1980, p. 124.

²⁰ LOIS, Cecília Caballero. A gênese da exclusão: o lugar da mulher na Grécia antiga. Santa Catarina: *Revista sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 1999, p. 125-126.



eram considerados cidadãos, cujo acesso era impedido as mulheres, em virtude da sua ausência de cidadania e subordinação ao homem.²¹

Em várias civilizações, a mulher era considerada uma coisa, possuindo um *status* inferior, cuja propriedade poderia ser comercializada, inclusive, na antiga Assíria, as esposas eram tratadas como bens do marido. Quando havia previsão do divórcio, o direito era exercido exclusivamente pelo homem. Inclusive, na antiga Índia, o Código Manu expressamente afirmava que mulher era dependente e submissa aos homens, seja na figura do pai, do marido ou do filho, mas nunca governante de sua própria vontade.²²

A desigualdade de gênero não é uma expressão apenas das sociedades antigas ocidentais e orientais de um dado momento histórico; ao contrário, a violência de gênero foi perpetuada durante séculos, fato que permitiu que as mulheres fossem reféns de abusos e restrições, sem voz e sem participação efetiva política e socialmente.

A conquista dos direitos femininos foi um processo lento, um resultado de movimentos de resistência e de confronto, que buscavam a emancipação e a aplicação da isonomia entre os gêneros, a fim de garantir a elas o status de sujeito de direito, e, com isso, o reconhecimento de sua humanidade, autonomia e dignidade.²³

Para Roberto Bobbio²⁴, o direito se origina de um ato de violência considerada injustificada, um processo gradual e histórico, que nasce das “lutas em defesas de novas liberdades contra velhos poderes”, sendo uma resposta social vinculada ao desejo de aniquilar os abusos de poder.

Hannah Arendt²⁵ afirma que a cidadania seria um direito a ter direitos, uma vez que a igualdade e os direitos humanos não são um dado, mas um valor construído, que é resultado da convivência coletiva, na qual pressupõe o acesso ao espaço público. É a partir deste acesso que surgem os direitos humanos. Segundo Piovesan²⁶, os direitos humanos estão em constante construção e reconstrução, sendo o resultado da história, uma conjunção do passado com o presente dentro de um espaço simbólico de luta e ação social.

²¹ Ibid., p.126.

²² DE MAGALHÃES, op. cit., p.125.

²³ GITAHY; MATOS, op. cit., p. 74-75.

²⁴ BOBBIO apud SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos da Personalidade das Mulheres Sob a Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana como Axioma Justificante. *Revista direitos humanos e democracia*, V. 8. n. 15, 2020, p. 292.

²⁵ ARENDT apud CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. *Dignidade, cidadania e direitos humanos*. XIX Encontro Nacional do Conpedi, V. 4975. 2010, p. 4979.

²⁶ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de pesquisa*, V. 35. n. 34, 2005, p. 44.



Nesse sentido, o direito ao voto foi a maior manifestação e conquista dos direitos femininos, na medida em que inclui a mulher no espaço político, permitindo a manifestação do pensamento e a busca por suas reivindicações, por meio da participação nos debates públicos, na eleição de representantes e, principalmente, na possibilidade de voto em representantes femininas. Portanto, a participação das mulheres no cenário político institucional alavancou as mudanças nas estruturas sociais, na medida em que essas passam a contribuir para o desenvolvimento e para a criação de outros direitos fundamentais femininos.²⁷

Nas últimas décadas do século XIX surgiram os primeiros movimentos expressivos feministas que buscavam a liberdade e a igualdade política e jurídica entre os sexos, que tinham como principal pauta reivindicatória o direito ao voto. Sendo considerada a primeira onda do movimento feminista, que tinha como pressuposto a busca pelos direitos fundamentais de primeira dimensão, direitos que até então eram apenas garantidos aos homens.²⁸

Somente em 1918, o direito de voto foi alcançado pelas sufragistas na Inglaterra²⁹, direito expandido para outros vinte e um países após a primeira guerra mundial³⁰. No Brasil, as mulheres adquiriram o direito ao voto em 1932, com a promulgação do Novo Código Eleitoral Brasileiro, na Era Vargas, mas, destaca-se que foram 400 anos após o primeiro registro de voto masculino datado no ano de 1532.³¹

Em 1960, surge a segunda onda do movimento feminista que visava à garantia de não discriminação de gênero, com o intuito da obtenção de direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração), como o direito ao trabalho sem a necessidade de permissão do marido, à equiparação salarial, à vida pública, à autonomia e o fim da dupla jornada, principalmente no que tangia à isenção conjugal prevista na lei de estupro, que impedia a penalização do marido pelo estupro marital.³²

A revolução sexual que iniciou a partir da década de 60, com o surgimento da pílula anticoncepcional, estimulou o debate acerca da reapropriação do corpo feminino, sob as palavras de ordem “nosso corpo nos pertence”.³³ A discussão sobre a sexualidade, autodeterminação e liberdades das mulheres prosseguiram e, em 1970, o sexo deixou de ser

²⁷ TAVARES, Jaíse Marien Fraxe et al. Evolução dos direitos das mulheres e desafios para alcançar a igualdade de gênero no século XXI. *Revista de direito da amazônia*, V. 1. n. 2, 2020, p. 6-7.

²⁸ *Ibid.*, p. 4.

²⁹ *Ibid.*, p. 5.

³⁰ GITAHY; MATOS, op. cit., p. 77.

³¹ TAVARES et al, op. cit., p. 7.

³² *Ibid.*, p. 9-10.

³³ DA SILVA, Welison Matheus Fontes. A invisibilidade do prazer feminino na saúde: uma análise da relação entre direitos humanos e direitos sexuais. *MOITARÁ: Revista do Serviço Social da UNIGRANRIO*, V. 1, n. 5, 2020, p. 64.



exclusivamente para a procriação, sendo admitido o prazer feminino, portanto, passível de controle de fecundidade. Dessa forma, as mulheres tornaram-se governantes de si mesma, de suas individualidades, dos seus corpos e sexualidades.³⁴

No ano de 1979 foi promulgado o principal instrumento normativo de proteção aos direitos da mulher no âmbito internacional, pois a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Facultativo censurou toda e qualquer forma de diferenciação aplicada em razão do sexo, e, também, determinou ações afirmativas que deveriam ser executadas pelos países signatários. Todavia, a Convenção somente foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro em 2002, com o Decreto nº 4.377.³⁵

A Constituição Federal de 1988 no inciso I, do artigo 5º garantiu o direito ao tratamento isonômico, independentemente do sexo, embora já houvesse previsão do princípio de igualdade no art. 153, §1º da Constituição Federal de 1969, Emenda nº 1, contudo, a aplicação somente ganhou efetividade com o advento da constituição cidadã.³⁶

Na esfera cível, embora em ritmo lento, houve alguns avanços no tratamento concedido as mulheres, como a proibição do castigo físico aplicado às mulheres nas Ordenações do Reino, e, posteriormente, a extinção do poder marital no Código Civil de 1916, apesar do código considerar a mulher relativamente incapaz no art. 6º.³⁷

A Lei nº 4.121/62 (o estatuto da mulher casada) modificou e extinguiu diversos dispositivos preconceituosos do Código Civil de 1916³⁸, contudo, a maior ruptura ocorreu com o advento do Código Civil de 2002, que fomentou o tratamento isonômico que era concedido às mulheres pela Constituição Federal de 1988, concedendo a plena liberdade e autonomia nas práticas da vida civil, sendo um verdadeiro marco emancipatório.³⁹

Diversos foram os avanços legislativos, jurídicos e culturais que as mulheres conquistaram, contudo, muitos dos direitos não completaram um século, logo, as discussões não se encerraram e a temática de direitos femininos ainda está amadurecendo, latente no seio social, ainda mais que a importância e a incorporação do papel feminino de agente ativo de transformação social, somente lhe foi atribuído recentemente, o que fomenta a participação feminina na quebra dos grilhões que durante muito tempo as silenciaram.

³⁴ Ibid., p.65.

³⁵ TAVARES et al, op. cit., p. 11.

³⁶ DE MAGALHÃES, op. cit., p. 129.

³⁷ Ibid., p. 127.

³⁸ Ibid.

³⁹ GITAHY; MATOS, op. cit., p. 86-87.

3. O ABORTO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

De acordo com a Organização Mundial da Saúde⁴⁰, anualmente, nos anos de 2015 a 2019, foram realizados cerca de 73,3 milhões de abortamentos no mundo e 97% dos casos de abortamentos inseguros são concentrados na África, na Ásia e na América Latina⁴¹. No mundo são realizados aproximadamente 19 milhões de abortos inseguros por ano⁴², nas quais 66.500 mulheres morrem em decorrência de complicações, sendo esta a maior causa de mortalidade materna⁴³. Ademais, estimam-se que 5 milhões de mulheres por ano sofrem disfunções físicas e/ou mentais resultantes do aborto inseguro⁴⁴.

No Brasil, segundo o relatório da ANIS, 4.7 milhões de mulheres na faixa etária de 18 a 39 anos já realizaram aborto, e todos os anos aproximadamente metade das mulheres que abortam irregularmente são internadas por conta das consequências, circunstância que onera demasiadamente o Sistema Único de Saúde com os gastos das internações, que entre os anos de 2008 e 2017 chegaram a R\$ 486 milhões⁴⁵.

Nos países em que o aborto é realizado legalmente, o procedimento é feito em ambiente cirúrgico e estéril, através de profissional capacitado e, caso haja complicações a mulher tem acesso a tratamento médico e hospitalar, fato que contribui para a diminuição de eventuais riscos à integridade física e mental da gestante. Segundo a Organização Mundial da Saúde, apenas 2 a 5% das mulheres que fazem o aborto seguro precisarão de intervenção médica posterior⁴⁶.

Em contrapartida, quando a conduta é criminalizada, as mulheres no desespero consomem medicação sem prescrição médica ou optam por mutilações, submetem seus corpos a pessoa sem capacitação profissional, e, normalmente, os locais onde são realizados os procedimentos são antisanitários e precários, verdadeiros “açougues humanos”.

⁴⁰ NISHIDA, Erika. Quais números mudam após a legalização do aborto? *Gizmodo Brasil*, fev. 2021. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/quais-numeros-mudam-legalizacao-aborto/>> Acesso em: 20 set. 2021.

⁴¹ CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Cadernos de saúde pública*, V. 36. 2020, p. 2.

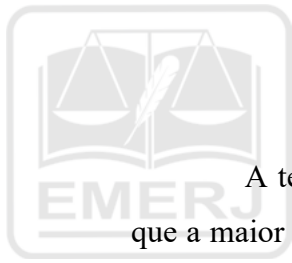
⁴² SILVA, Daniela Fornel de Oliveira et al. Aborto provocado: redução da frequência e gravidade das complicações. Consequência do uso de misoprostol? *Revista brasileira de saúde materno infantil*, V. 10. 2010, p. 442.

⁴³ BORSARI, Cristina Mendes Gigliotti et al. O aborto inseguro é um problema de saúde pública. *Femina*, V. 40. n. 2, 2012, p. 65-66.

⁴⁴ ANIS Instituto de Bioética. *Aborto: por que precisamos descriminalizar?* argumentos apresentados ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública da ADPF 442. Anis – Instituto de Bioética, Brasília: Letras Livres, 2019, p. 2.

⁴⁵ *Ibid.*, p 1-2.

⁴⁶ *Ibid.*, p.3



A temática da criminalização do aborto perpassa pelos dogmas religiosos, haja vista que a maior parte da população professa alguma religião, aspecto que influencia nas escolhas legislativas dos países, principalmente no que tange à definição do início da vida.

O catolicismo é totalmente contrário ao aborto em qualquer circunstância, pois a vida começa com a concepção. Desse modo, o feto é um ser humano pleno⁴⁷, e, segundo o mandamento de “não matarás”, o abortamento configuraria um homicídio. Já os protestantes podem ser considerados mais flexíveis se comparados aos católicos, pois permitem o aborto em algumas hipóteses, inclusive em 1963 uma facção da igreja protestante defendia a legislação do aborto em caso de risco físico ou mental para a gestante, estupro ou incesto, defeito físico ou mental da criança⁴⁸.

No hinduísmo, o aborto somente é aceito em casos em que há risco de vida para a gestante, pois a fecundação seria o início da vida, que é o encontro da alma com a matéria. Todavia, a proibição do aborto pela religião é afastada no abortamento de fetos femininos, pois culturalmente os hindus têm a preferência por filhos homens, embora a lei proíba a prática de tal ato.⁴⁹

Os mulçumanos são contrários ao aborto, contudo, quando há risco de vida para a mulher ou na ocorrência de estupro, a prática é permitida. Para o Islamismo o início da vida seria 120 dias depois da fecundação, pois é quando consideram que a alma é sobrada para o feto por Alá. Para o judaísmo a vida tem início no 40º dia da gestação, quando o feto desenvolve uma forma humana. Portanto, não haveria um homicídio se a interrupção da gravidez ocorresse até esse período. Ademais, o aborto é permitido quando a gravidez é resultado de um estupro ou quando há risco de vida para a mãe⁵⁰.

No budismo, não há consenso sobre a permissibilidade do aborto, tendo em vista que a vida é considerada um processo contínuo e ininterrupto, que não abrange apenas a fecundação, mas está presente em tudo que existe. Logo, não existe um marco para o início da vida⁵¹.

No ponto de vista jurídico e legislativo, a dinâmica de criminalização do aborto varia de país para país. Alguns descriminalizaram o aborto, enquanto outros, como o Brasil,

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.510/DF*. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 set. 2021, p. 578-579.

⁴⁸ SCHOR; DE ALVARENGA, op. cit., p. 21.

⁴⁹ MINTO, Hugo Bonfim. *Conhecimentos gerais e estudos do aborto no Brasil e no mundo com legislação comparada*. f. 13. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Brasil, Campus Fernandópolis. p.7

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 43.

⁵¹ Ibid.



flexibilizaram admitindo a conduta em certas hipóteses, e, também, há países em que o aborto é totalmente proibido e sujeito a sanções agressivas.

A Rússia foi o primeiro país a descriminalizar o aborto em qualquer circunstância em 1920, e qualquer mulher poderia realizá-lo gratuitamente em uma instituição médica especializada⁵². A conduta tornou-se novamente proibida em 1936 e 1954, mas posteriormente legalizada⁵³. A legalização do aborto, na União Soviética, ocorreu em virtude da dificuldade de acesso a métodos anticonceptivos, portanto o abortamento era considerado o único meio de planejamento familiar. Atualmente, a interrupção da gravidez pode ocorrer até a 12ª semana, em qualquer circunstância, sendo a Rússia o país com maior número de interrupções voluntárias de gestação.⁵⁴

Os Estados Unidos adota o federalismo como o sistema de organização de Estado, portanto, cada estado tem autonomia legislativa, inclusive em matéria penal, desse modo, não há um consenso sobre a permissibilidade do aborto no país. Todavia, o caso *Roe vs Wade* estabeleceu um parâmetro permissivo para o abortamento, tendo em vista que, em 1973, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou inconstitucional a Lei Texana que proibia o aborto.

No caso, a Suprema Corte Americana prestigiou o direito à privacidade e definiu o direito da mulher de escolher interromper a gestação⁵⁵. O Juiz Harry Blackmun⁵⁶ na decisão expressou que:

o direito de privacidade [...] é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. [...]

Na Irlanda, a legislação vedava o aborto em qualquer hipótese, contudo, em maio de 2018, foi realizado um referendo em que 68% da população votaram favoravelmente à revogação da emenda constitucional de nº 8/32 que proibia a interrupção provocada da

⁵² MANÁEV, Gueórgui. A história do aborto na Rússia, o primeiro país a legaliza-lo. *Russia Beyond*, 19 mai. 2021. Disponível em: <<https://br.rbth.com/historia/85383-historia-aborto-russia-primeiro-pais-legalizar>> Acesso em: 10 set. 2021.

⁵³ MINTO, op. cit., p. 11.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de direito administrativo*, V. 240. 2005, p. 47.

⁵⁶ BLACKMUN apud Ibid.



gravidez⁵⁷. Após a revogação, o aborto passou a ser permitido até 12ª semana de gestação, e, em casos excepcionais, desde que tenha comprovação médica, até a 24ª semana.⁵⁸

Em 2021, após diversas manifestações favoráveis a descriminalização, que levaram milhares de mulheres as ruas, a Argentina legalizou a interrupção da gravidez até a 14ª semana, circunstância que o tornou o sexto país na América Latina a descriminalizar o aborto.⁵⁹

Em contrapartida, em El Salvador, na Nicarágua, no Chile, em Honduras e na República Dominicana vigoram a proibição total do aborto em qualquer circunstância. Nestes países, as penas aplicadas são severas e existe uma presunção de culpa que torna difícil para as mulheres comprovarem sua inocência, mesmo quando o aborto ocorre de maneira natural.⁶⁰

O Código Penal Salvadorenho impõe a pena de prisão de dois a oito anos para a conduta de aborto, contudo é comum aplicar o homicídio agravado quando ocorre a perda do feto, cuja pena é de 30 a 50 anos de prisão⁶¹, inclusive, há relatos de que mulheres foram condenadas a penas agravadas por causa de aborto espontâneo, como ocorreu com a Evely Hernández que foi condenada inicialmente a 30 anos de prisão, apesar da Suprema Corte do país ter anulado a sentença, ela permaneceu presa durante 33 meses.⁶²

CONCLUSÃO

Essa pesquisa enfrentou o debate sobre a descriminalização do aborto e a sua necessidade, uma vez que a proibição não é um remédio eficiente para evitar a prática da conduta, ao contrário há o aumento exponencial do número de casos de abortamento inseguro e clandestino, circunstância que condena milhares de mulheres ao risco de morte, negando-lhes o acesso a direitos humanos.

⁵⁷ MELO, Beatriz Campos. Constitucionalização do aborto no âmbito do direito comparado. *Caderno virtual*, V. 2. n. 44, 2019, p. 9.

⁵⁸ GONÇALVES, Elisabeth. 6 fatos importantes sobre a legalização do aborto na Irlanda. *Edublin*. Disponível em: < <https://www.edublin.com.br/6-fatos-importantes-sobre-a-legalizacao-do-aborto-na-irlanda/> > Acesso em: 20 set. 2021.

⁵⁹ CONTRIM, Amanda. Ela fez o aborto legal na Argentina: “Libertador saber que não cometi crime”. *Universa: Direitos da Mulher*. Jun.2021. Disponível em: < <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/06/24/como-e-fazer-um-aborto-legal-na-argentina.htm> > Acesso em: 15 set. 2021.

⁶⁰ LAKHANI, Nina. O país onde as mulheres podem ser presas por ter aborto espontâneo. *BBC News*. Out. 2013. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131021_aborto_el_salvador_an > Acesso em: 30 nov. 2021.

⁶¹ AFP. Milhares de salvadorenhas reivindicam descriminalização do aborto. *Estado de Minas*. Mar. 2021. Disponível em: < https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/03/07/interna_internacional,1244197/milhares-de-salvadorenhas-reivindicam-descriminalizacao-do-aborto.shtml > Acesso em: 10 set. 2021.

⁶² MALDONADO, Carlos Salinas. Absolvida a mulher que deu à luz um bebê morto e foi acusada de abortar em El Salvador. *El país*. Ago. 2019. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/19/internacional/1566231772_097603.html > Acesso em: 11 set. 2021.



Percebe-se que a proibição do aborto é fruto de um processo histórico e cultural de coisificação e subordinação feminina, na qual retirava-lhes o direito de humanidade, de existência e de autodeterminação como indivíduo, impondo papéis pré-determinados em uma sociedade patriarcal que as impediam de exercer e possuir direitos, sendo simplesmente silenciadas.

Ao analisar os fundamentos de proibição do aborto é possível encontrar momentos históricos em que a conduta era permitida, inclusive incentivada, em algumas civilizações, contudo, o viés não era baseado na vontade e na escolha da mulher, mas sim, no interesse do homem no exercício do poder político, familiar, patrimonial e econômico.

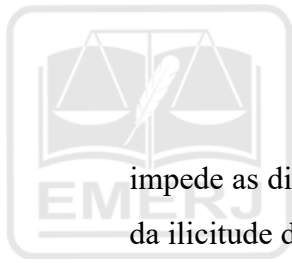
A religião é outro fator que fomenta a criminalização, na medida em que a maior parte da população professa alguma fé, e com base nela orientam suas vidas, situação que reflete diretamente na escolha legislativa e política de proibir ou permitir a conduta, pois quanto maior a preponderância de um dogma religioso em um governo, maior será a censura e a proibição das liberdades, principalmente as sexuais.

Apesar das diversas limitações ao longo da história, houve vários movimentos emancipatórios e de lutas por direitos femininos, que questionaram as bases patriarcais da sociedade, para que mulheres gozassem de tratamento igualitário e obtivessem liberdades individuais. Sendo, o voto o principal direito conquistado pelas mulheres, pois permitiu que fossem consideradas sujeitos de direitos, concedendo voz, participação efetiva e representação.

O direito ao voto foi o propulsor na obtenção e no reconhecimento de direitos femininos, como a liberdade sexual, direitos reprodutivos e direito à autodeterminação, contudo, as conquistas e o espaço feminino na sociedade são relativamente recente se comparados com os séculos de negativa existencial, portanto, o alcance e a determinação de direitos ainda estão sendo definidos em conjunto com a participação feminina, principalmente em relação a autonomia da mulher sobre seu próprio corpo.

O Código Penal brasileiro adota um tratamento menos rígido sobre o abortamento, considerando outras legislações estrangeiras, como o Chile, El Salvador e Nicarágua, pois, embora haja a criminalização do aborto, existem hipóteses de permissibilidade que afastam a ilicitude, como o aborto terapêutico, sentimental e do feto anencefálico.

O Judiciário tem contribuído ativamente para a discussão no âmbito civil e político, permitindo que o sistema Jurídico não seja inerte as demandas sociais e a aplicação das leis não sejam estáticas, mas segundo valores e preceitos humanitários, fato que permite a criação de novos paradigmas e flexibiliza a proibição do aborto no ordenamento jurídico. Contudo, a flexibilização da norma não é mecanismo suficiente para solucionar o impasse social e não



impede as diversas violações de direitos fundamentais femininos que ocorrem em decorrência da ilicitude do aborto.

Desse modo, reforma do Código Penal é essencial para conformar a norma com a realidade social, uma vez que o abortamento é um fato que não pode ser escondido, nem negligenciado, pois é um problema de ordem social que condena milhares de mulheres a morte sumária e impede o acesso a dignidade. Assim, a descriminalização do aborto e a educação sexual são as ferramentas necessárias para a efetivação das garantias fundamentais preconizadas na Constituição Federal de 1988, já que permitiria o acesso a uma rede de apoio e cuidado, informação e tratamento médico especializado.

REFERÊNCIAS

AFP. Milhares de salvadorenhas reivindicam descriminalização do aborto. *Estado de Minas*. Mar. 2021. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/03/07/interna_internacional,124419/milhares-de-salvadorenhas-reivindicam-descriminalizacao-do-aborto.shtml> Acesso em: 10 set. 2021.

ANIS Instituto de Bioética. *Aborto: por que precisamos descriminalizar? argumentos apresentados ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública da ADPF 442*. Anis – Instituto de Bioética, Brasília: Letras Livres, 2019. Disponível em: <<https://anis.org.br/wp-content/uploads/2020/07/RELATORIO-ABORTO-PT.pdf>> Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 10 ago. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.510/DF*. Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 10 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 nov. de 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Aborto. In: _____. *Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018 [ebook].

BORSARI, Cristina Mendes Gigliotti *et al.* O aborto inseguro é um problema de saúde pública. *Femina*, V. 40. n.2, 2012, p. 63-68.

CAPEZ, Fernando. Aborto. In: _____. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212*. V. 2. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva educação, 2018 [ebook].



CARDOSO, Bruno Baptista; VIEIRA, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valeria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? *Cadernos de saúde pública*, V. 36. 2020, p.1-13.

CONTRIM, Amanda. Ela fez o aborto legal na Argentina: “Libertador saber que não cometi crime”. *Universa: Direitos da Mulher*. Jun. 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/06/24/como-e-fazer-um-aborto-legal-na-argentina.htm>> Acesso em: 15 set. 2021.

DA SILVA, Welison Matheus Fontes. A invisibilidade do prazer feminino na saúde: uma análise da relação entre direitos humanos e direitos sexuais. *MOITARÁ: Revista do serviço social da UNIGRANRIO*, V. 1. n. 5, 2020, p. 60-74.

DE MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. O papel da mulher na sociedade. *Revista da faculdade de direito*, Universidade de São Paulo, V. 75. 1980, p. 123-134.

DINIZ, Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. *Cadernos de saúde pública*, V. 29. 2013, p. 1704-1706.

GITAHY, Raquel Rosan Christino; MATOS, Maureen Lessa. A evolução dos direitos da mulher. *Colloquium humanarum*, V. 4. n.1, 2007, p. 74-90.

GONÇALVES, Elisabeth. 6 fatos importantes sobre a legalização do aborto na Irlanda. *Edublin*. Disponível em: <<https://www.edublin.com.br/6-fatos-importantes-sobre-a-legalizacao-do-aborto-na-irlanda/>> Acesso em: 20 set. 2021.

LAKHANI, Nina. O país onde as mulheres podem ser presas por ter aborto espontâneo. *BBC News*. Out. 2013. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131021_aborto_el_salvador_an> Acesso em: 30 nov. 2021.

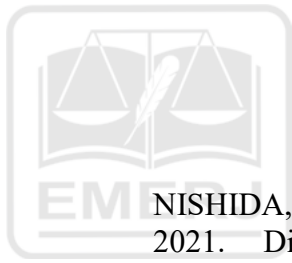
LOIS, Cecília Caballero. A gênese da exclusão: o lugar da mulher na Grécia antiga. *Revista sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 1999, p. 125-134.

MALDONADO, Carlos Salinas. Absolvida a mulher que deu à luz um bebê morto e foi acusada de abortar em El salvador. *El país*. Ago. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/19/internacional/1566231772_097603.html> Acesso em: 11 set. 2021.

MANÁEV, Gueórgui. A história do aborto na Rússia, o primeiro país a legaliza-lo. *Russia Beyond*, mai. 2021. Disponível em: < <https://br.rbth.com/historia/85383-historia-aborto-russia-primeiro-pais-legalizar>> Acesso em: 10 set. 2021.

MELO, Beatriz Campos. Constitucionalização do aborto no âmbito do direito comparado. *Caderno virtual*, V. 2. n. 44, 2019.

MINTO, Hugo Bonfim. *Conhecimentos gerais e estudos do aborto no brasil e no mundo com legislação comparada*. f. 13. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.



NISHIDA, Erika. Quais números mudam após a legalização do aborto? *Gizmodo Brasil*, fev. 2021. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/quais-numeros-mudam-legalizacao-aborto/>> Acesso em: 20 set. 2021.

PEREIRA, Camile Mauricio. *O impacto da descriminalização do aborto: análise dos índices de ocorrência de aborto no Brasil, Uruguai, México e Canadá*. 2020. 84 f. Monografia (Bacharel em direito). Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2020.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de pesquisa*, V. 35. n. 34, 2005, p. 43-55.

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencefálicos. *Psicologia & sociedade*, V. 3. 2011, p. 63-71.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza. *O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais*. 2010. 145 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; DUTRA, Elza Maria do Socorro. Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. *Psicologia em estudo*, V. 16. n. 3, 2011, p. 419-428.

RENDT, Hannah apud CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SILVEIRA, Vladmir Oliveira Da. Dignidade, cidadania e direitos humanos. *XIX Encontro Nacional do Conpedi*, Fortaleza: 2010.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Revista de direito administrativo*, V. 240. 2005, p. 43-82.

SCHOR, Néia; DE ALVARENGA, Augusta T. O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados. *Revista brasileira de crescimento e desenvolvimento humano*, V. 4. n. 2. São Paulo: 1994, p. 17-22.

SILVA, Daniela Fornel de Oliveira *et al.* Aborto provocado: redução da frequência e gravidade das complicações. Consequência do uso de misoprostol? *Revista brasileira de saúde materno infantil*, V. 10. 2010, p.441-447.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANDRECIOLI, Sabrina Medina. Direitos da Personalidade das Mulheres Sob a Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana como Axioma Justificante. *Revista direitos humanos e democracia*, V. 8. n. 15, 2020, p. 290-307.

TATASCH, Constança. Menina de 10 anos tem gravidez interrompida, e seu estado de saúde é estável. *O Globo*, 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/aborto/menina-de-10-anos-tem-gravidez-interrompida-seu-estado-de-saude-estavel-24590524>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

TAVARES, Jáise Marien Fraxe *et al.* Evolução dos direitos das mulheres e desafios para alcançar a igualdade de gênero no século XXI. *Revista de direito da Amazônia*, V. 1. n. 2, 2020.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CULTURA DO CANCELAMENTO NAS REDES SOCIAIS

Tatiana Nogueira Pereira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito – FND, da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

Resumo – A liberdade de expressão é um direito fundamental garantido pela Constituição de 1988 e, portanto, deve ser resguardada, para assegurar a dignidade da pessoa humana. Contudo, a livre manifestação do pensamento tem sido restringida pela cultura do cancelamento nas redes sociais. Pessoas têm sido criticadas, ofendidas e ameaçadas pelo simples fato de terem emitido opinião, crença, conduta ou omissão que seja reprovada pela maioria dos internautas. E esse movimento de opressão do Tribunal da Internet tem causado danos lamentáveis. Jovens têm sofrido com transtornos mentais, são rechaçados do convívio social, tendo alguns cometido suicídio. Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo discutir o tema e propor a elaboração de medidas educacionais, legais e judiciais capazes de conscientizar e coibir a prática do cancelamento, tendo em vista que a Lei de Bullying e o Marco Civil da Internet não têm sido suficientes para inibi-la.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Liberdade de Expressão. Cultura do Cancelamento. Redes Sociais. Pena.

Sumário – Introdução. 1. O direito fundamental à liberdade de expressão e seus limites: uma discussão à luz da Constituição de 1988. 2. O Tribunal da Internet e a Cultura do Cancelamento como forma de punição nas redes sociais. 3. O cancelamento do indivíduo nas redes sociais: não seria um reflexo do sistema punitivo brasileiro? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como temática discutir o direito à liberdade de expressão e a cultura do cancelamento sofrida pelo indivíduo na internet. A reflexão é necessária para que o referido direito constitucional seja resguardado, uma vez que pilar do Estado Democrático de Direito. Outrossim, é relevante para a ponderação quanto à reprimenda conferida ao cancelado, porque expõe reflexos do sistema punitivo brasileiro.

Nesse sentido, abordam-se artigos científicos, posições doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de demonstrar se a cultura do cancelamento tem funcionado como instrumento de supressão e restrição à livre manifestação do pensamento.

O direito à liberdade de expressão é um direito constitucionalmente protegido e compreendido como atinente à dignidade da pessoa humana. Por isso, é considerado um direito fundamental e se encontra no rol do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devendo ser resguardado.



Em meio ao crescimento das redes sociais, muito se discute sobre a liberdade de expressão na internet. Há quem profira discurso de ódio, o que merece represália. Mas há quem sofra retaliação por emitir opinião, crença ou conduta diversa daquela defendida pelo senso comum.

Das pessoas que dispõem de opinião diferente da maioria, alguns são expostos à censura pela cultura do cancelamento, que consiste no boicote promovido pelos internautas, sob o intuito de repreender e punir aquele classificado como desviante da conduta socialmente aceita.

Desse modo, nota-se o surgimento de um Tribunal da Internet, onde a pena máxima é ser cancelado e estigmatizado. A pessoa é extremamente criticada, oprimida, quando não ameaçada, relacionando-se a uma espécie de linchamento social, de tal modo que influa nas suas relações pessoais, sociais e de trabalho, sob o argumento de que esta deve ser punida pelo que fez, ou não fez, disse ou deixou de dizer, não tendo mais o direito de se manifestar.

Percebe-se, ainda, que a cultura do cancelamento em muito se assemelha ao sistema punitivo brasileiro e que o tratamento e rótulo dispensado ao indivíduo cancelado é como o dirigido àqueles que ingressaram no sistema penitenciário.

Sob essa perspectiva, o trabalho em comento se encontra dividido em três capítulos, para analisar: i) a importância da garantia à liberdade de expressão; ii) o julgamento sofrido pelo indivíduo quando não se tem opinião similar à maioria nas redes sociais; iii) o tratamento desproporcional dado a este; e iv) o reflexo da concepção da pena no comportamento dos internautas.

O primeiro capítulo tem por finalidade demonstrar que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, não podendo ser utilizado como fundamento para oprimir outrem, devendo ser restringido quando violar direito fundamental de terceiro. Para tanto, restam expostos limites do direito constitucional à manifestação do pensamento e exemplos de repressão conferida a quem o viola.

No segundo capítulo, apresenta-se o julgamento realizado pelo Tribunal da Internet, nas redes sociais, por meio da cultura do cancelamento e os efeitos suportados pelo cancelado, uma vez que semelhantes ao dispêndio ao apenado no sistema prisional.

No terceiro capítulo, tem-se por objetivo a reflexão acerca da razão de ser do sistema penal brasileiro e do direito à reeducação, reinserção e ressocialização, de modo a influir no comportamento social e na aplicação e estigmatização do indivíduo cancelado.



O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, já que se pretende selecionar proposições hipotéticas, as quais se entende cabíveis e adequadas ao objeto de pesquisa, com o propósito de acolhê-las ou rejeitá-las à luz de fundamentos jurídicos.

Por fim, a abordagem do objeto de pesquisa é qualitativa, utilizando, para isso, de bibliografias pertinentes ao tema do trabalho, que, na fase exploratória, se vale de legislação, doutrina e jurisprudência, a fim de se sustentar a defesa.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES: UMA DISCUSSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A liberdade de expressão é abordada, pela primeira vez, como um direito fundamental pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹. Fruto da Revolução Francesa, o documento inaugura um rol de direitos individuais e coletivos considerados como inerentes ao homem para a proteção e garantia da dignidade da pessoa humana.

Em seus artigos 10º e 11º², a Declaração prevê que ninguém poderá sofrer represália em razão de suas opiniões, sendo livre a manifestação do pensamento, respondendo apenas pelos abusos que cometerem no exercício deste direito. Consagra, assim, a liberdade de expressão como um dos direitos mais importantes do homem.

No Brasil, o direito à livre manifestação do pensamento é trazido pelo artigo 179, inciso IV, da Constituição de 1824³. No referido artigo, a Constituição do Império estabelece que, para garantir a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, todos podem comunicar ideias e opiniões e publicá-las pela imprensa, resguardados de censura.

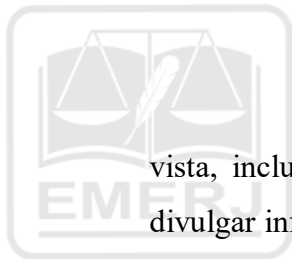
Após a segunda guerra mundial, em 1948, a liberdade de expressão é disposta como um direito fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19⁴. O artigo determina que todo ser humano tem direito à livre manifestação de ideias e pontos de

¹ USP. *Declaração de direitos do homem e do cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

² Ibid. Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. acesso em: 06 abr. 2021.

³ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴ UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 06 abr. 2021.



vista, incluindo a liberdade, sem interferência, além da possibilidade de buscar, receber e divulgar informações e ideias por qualquer meio.

Encerrado o período ditatorial no Brasil, o Estado Democrático de Direito é inaugurado pela Constituição da República Federativa de 1988⁵. Conhecida por seu teor garantista, a Constituição de 1988 é marcada pela previsão de cláusulas pétreas, que são normas constitucionais que apenas podem ser modificadas para ampliar direitos, funcionando, portanto, como limite material à reforma constitucional. E são cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, conforme disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV da CRFB/88⁶.

Assim sendo, a atual Constituição veda propostas de Emendas à Constituição tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º, da CRFB/88⁷. E em seu artigo 5º, inciso IV, a Constituição da República⁸ prevê como direito fundamental a livre manifestação do pensamento, vedado apenas o anonimato.

Ante o exposto, percebe-se que a liberdade de expressão é fundamental à garantia da dignidade humana, tendo sido pontuada por grandes marcos constitucionais e legislativos na proclamação e defesa dos direitos humanos, bem como se encontra respaldada pela Constituição brasileira em vigor.

O direito à livre manifestação do pensamento é, portanto, um direito subjetivo e compreende a liberdade de pensar, de falar, de associação, de ideologia política, a liberdade religiosa. Inclui, com isso, a liberdade de consciência, que se refere ao foro íntimo do homem, comportando a liberdade de crença e de consciência em sentido estrito, que é a liberdade de pensamento de foro íntimo quanto às questões não religiosas.

A manifestação de pensamento abrange também i) a liberdade de culto, que é a exteriorização da liberdade de crença; ii) a liberdade de informação jornalística, que envolve o direito de informar, assim como o direito do cidadão de ser devidamente informado; iii) a liberdade de cátedra, prevista no artigo 206 da CRFB/88⁹; iv) a liberdade científica e de comunicação, como previsto nos artigos 5º, IX, 218, 220 e 221 da CRFB/88¹⁰; v) a liberdade artística; assim como vi) a liberdade de não se expressar, de se calar e de não se informar.

No entanto, questiona-se: estes direitos podem sofrer limitações? Ou são direitos de caráter absoluto?

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

⁶ BRASIL, op. Cit. Nota 5.

⁷ BRASIL, op. Cit. Nota 5.

⁸ BRASIL, op. Cit. Nota 5.

⁹ BRASIL, op. Cit. Nota 5.

¹⁰ BRASIL, op. Cit. Nota 5.



Para o filósofo Norberto Bobbio¹¹, são direitos absolutos apenas o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado. Para o norte-americano Ronald Dworkin¹², somente se considera absoluto o direito de não ser torturado. Entretanto, o direito constitucional à livre manifestação do pensamento não dispõe de caráter absoluto, sendo possível a sua restrição em determinadas hipóteses.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição do Império e a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceram, de forma expressa, que o direito à liberdade de expressão deve ser assegurado, ressalvando-se a responsabilidade civil pelo abuso da liberdade ao exercer o referido direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade de expressão também encontra limites. Restam vigentes a Lei nº. 5250 de 1967¹³, que regulamenta a livre manifestação de ideias e de informação, e a Lei nº. 7716 de 1989¹⁴, que define os crimes que resultam de preconceito de raça ou de cor. Há ainda o Código Penal¹⁵, que prevê crimes contra a honra, como a calúnia, a difamação e a injúria.

De acordo com os artigos 138, 139 e 140 do CP¹⁶, é crime i) imputar falsamente a alguém fato definido como crime, ii) difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação e iii) injuriar qualquer pessoa mediante ofensa à sua dignidade ou decoro. Ou seja, os indivíduos podem manifestar suas ideias, desde que não o façam acusando pessoas de terem cometido crimes que sabem não terem cometido, assim como lhes é vedado atribuí-las fatos que sabem não terem ocorrido, bem como não podem proferir ofensas de qualquer tipo, sob pena de responder criminalmente.

Ressalta-se, porém, que a legislação não é capaz de antever todas as possibilidades de abuso à liberdade de expressão. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu no

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2004. ed. Apresentação de Celso Lafer. Editora Gen. 2021, [e-book].

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2010. ed. 2021, [e-book].

¹³ BRASIL. *Lei nº. 5.250*, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº. 7716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <[¹⁵ 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: 05 abr. 2021.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%20%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%C3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20r a%C3%A7a%20ou%20de%20cor.>>. Acesso em: 05 abr. 2021.</p></div><div data-bbox=)

¹⁶ Ibid. Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime; Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação; Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



juízo de julgamento da Reclamação 38782/RJ¹⁷ que viola a livre manifestação do pensamento a decisão que determina a retirada da Netflix do especial de Natal do Porta dos Fundos, conteúdo que satiriza crenças e valores do cristianismo, mesmo que isso contrarie parcela da população, uma vez que a sociedade é democrática e plural.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no Inquérito 4781 no sentido de reconhecer constitucional a prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável (artigo 53, § 2º, da CRFB/88)¹⁸, tendo em vista o caso concreto em que um Deputado Federal publicou vídeo no Youtube insultando, ofendendo e ameaçando os Ministros do STF¹⁹.

Em outra oportunidade, o Supremo entendeu em julgamento da Petição 7174 do Distrito Federal²⁰ que o fato de o parlamentar estar presente em Casa legislativa no momento em que imputar fatos classificados como crime a alguém, bem como ofendê-lo, não o isenta de responder por crimes contra a honra nas hipóteses em que o parlamentar divulga as mesmas ofensas pelas redes sociais. Ou seja, não resta protegido pela imunidade parlamentar aquele que divulgar opinião, palavras e votos pela internet.

Nota-se, portanto, que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e que pode e deve ser restringido quando em confronto com direito fundamental de outrem. E isso ocorrerá nos termos previstos em lei e em ocasião de análise do caso concreto pelo Poder Judiciário brasileiro.

Parafraseando Evelyn Beatrice Hall²¹, citação há muito atribuída a Voltaire, pode-se não concordar com nada do que dizes, mas se lutará até o fim pelo direito de dizê-lo. De fato, a livre manifestação do pensamento é direito fundamental à garantia da dignidade humana, contudo não comporta desforço imensurável quando atinge integridade de terceiro e viola princípios e outras regras fundamentais.

¹⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Viola a liberdade de expressão a decisão de retirar da Netflix o especial de Natal do Porta dos Fundos porque seu conteúdo satiriza crenças e valores do cristianismo*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2175f8c5cd9604f6b1e576b252d4c86e>>.

Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁸ BRASIL, op. Cit. Nota 5.

¹⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Caso Deputado Daniel Silveira*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/efb3d8be0319721ef751da0b05d9f6a5>>.

Acesso em: 06 abr. 2021.

²⁰Id. *O fato de o parlamentar estar na Casa legislativa no momento em que proferiu as declarações não afasta a possibilidade de cometimento de crimes contra a honra, nos casos em que as ofensas são divulgadas pelo próprio parlamentar na Internet*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/57e5cb96e22546001f1d6520ff11d9ba>>.

Acesso em: 06 abr. 2021.

²¹ PENSADOR. *Posso não concordar com nenhuma das... Evelyn Beatrice Hall*. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTIyMA/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.



Assim, em que pese a liberdade de expressão possa sofrer represália quando atingido direito alheio, com o crescimento das redes sociais, o que tem se visto é a repressão e julgamento sobre a liberdade de expressão. Sem ofensas, crimes, ou violação à direito de outrem, alguns internautas têm sido submetidos à chamada “cultura do cancelamento”, como forma de punição por expressar opinião, crença ou conduta diversa da aceita pela maioria.

Dessa forma, o próximo capítulo cuidará de expor a restrição da liberdade de expressão a que têm sido impostos os internautas quando, no exercício de seu direito da livre manifestação do pensamento, estes são atacados com críticas, xingamentos, ameaças e quando não prejudicados no exercício de seu trabalho, por exprimirem opinião diferente e reprovada pelo senso comum.

E tal discussão é necessária não só porque a liberdade de expressão é um direito fundamental e deve ser resguardada quando não houver ofensa a outro direito, mas também porque o julgamento nas redes sociais tem causado consequência graves às pessoas, como a depressão e até mesmo o suicídio daquele que é cancelado.

2. O TRIBUNAL DA INTERNET E A CULTURA DO CANCELAMENTO COMO FORMA DE PUNIÇÃO NAS REDES SOCIAIS

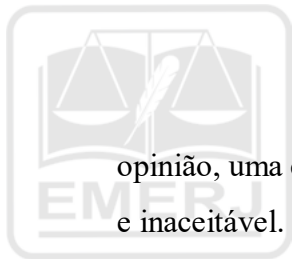
Conforme disposto no capítulo anterior, a liberdade de manifestação do pensamento é um direito fundamental garantido pela Constituição da República Federativa de 1988²². Como visto, tal direito inclui a liberdade de pensar, falar, ter e praticar uma crença, realizar culto, informar, ser informado, se expressar artisticamente, assim como a liberdade de não se expressar, se calar e não se informar.

Contudo, o exercício do referido direito tem encontrado barreiras no âmbito das redes sociais. Nas plataformas digitais como o Instagram, Facebook, Twitter, e outras, desde 2017, nota-se o surgimento da cultura do cancelamento²³.

O cancelamento consiste no movimento de hostilização do indivíduo por meio de críticas, apontamentos e até mesmo pelo boicote profissional, como uma espécie de sanção aplicada por expressar opinião, crença ou conduta diversa da admitida pela maioria dos internautas. Essa expressão pode ser homofóbica, preconceituosa, ou simplesmente uma

²² BRASIL, op. Cit. Nota 5.

²³ REVISTA PIXELS. *A cultura de cancelamento*: Tribunal da Internet. Disponível em: <http://fdcl.edu.br/revista/pixels/wp-content/uploads/2020/12/fdcl_pixels_ano2_voll_2020-1_artigo01.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.



opinião, uma conduta ou uma omissão apontada pela maior parte das pessoas como equivocada e inaceitável.

Percebe-se, com isso, a formação de um “Tribunal da Internet” que promove um verdadeiro linchamento virtual. Tendo cometido conduta tipificada como crime ou não, os usuários das plataformas digitais têm assumido a posição de julgadores das ações e posturas dos indivíduos, os sentenciando por meio do julgamento virtual e aplicando-lhes o cancelamento com uma espécie de punição pelo ocorrido.

Ocorre que este movimento tem gerado danos irreparáveis. Um exemplo é o caso de Byron Reckful Bernstein²⁴. Byron era um jogador profissional que participava de um campeonato de jogos virtuais, que faleceu em 02/07/2020. De acordo com pessoas próximas, o gamer de 31 anos teria cometido suicídio após sofrer com o cancelamento nas redes sociais por ter pedido sua namorada em casamento pelo Twitter.

Familiares confirmaram que Byron tinha depressão. E o próprio gamer já havia exposto que sofria com a doença em suas redes sociais. Entretanto, depois que fez uma postagem no Twitter pedindo a namorada em casamento, Byron recebeu muitas críticas dos internautas e, com isso, não teria aguentado a pressão do linchamento virtual e acabou por tirar a própria vida.

Outro caso foi o da brasileira Alinne Araújo²⁵. Alinne era blogueira e faleceu em 15/07/2019. De acordo com familiares, a jovem de 24 anos tinha depressão e teria cometido suicídio após sofrer com as críticas na internet e ter virado motivo de chacota por ter ido a sua festa de casamento sozinha depois que foi abandonada pelo noivo um dia antes da cerimônia.

Infelizmente, casos como o de Byron e Alinne têm se tornado cada vez mais frequentes. Nas duas situações, ambos não cometeram nenhuma conduta ilícita, bem como não violaram direito alheio. Eles apenas se utilizaram do seu direito fundamental à liberdade de expressão, se manifestando nas redes sociais. Contudo, suas ações foram desaprovadas pela maioria dos internautas e, por isso, foram alvos da cultura do cancelamento.

Nesses casos, as duas pessoas tiraram a própria vida. E o fizeram por não aguentar o julgamento das pessoas nas redes sociais. Para o ordenamento jurídico brasileiro, a vida é considerada o maior bem jurídico que se tem. Isso porque as penas mais altas previstas no

²⁴ RAMOS, Rafael. *Cultura de cancelamento faz gamer cometer suicídio*. Disponível: <<https://pleno.news/mundo/cultura-do-cancelamento-faz-gamer-cometersuicidio.html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

²⁵ UOL. *Mãe de blogueira que se matou diz que filha a avisou que cometeria o suicídio*. Disponível: <<https://f5.folha.uol.com.br/televisao/2019/07/mae-de-blogueira-que-se-matou-diz-que-filha-a-avisou-que-cometeria-o-suicidio.shtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Código Penal são para os crimes dolosos contra a vida. E, por isso, o Estado tem o poder-dever de repelir qualquer ameaça ou lesão ao direito à vida.

De fato, os jovens tiraram a própria vida. Outrora, não o teriam feito se não tivessem sofrido com as críticas na internet. A liberdade de expressão não é um direito absoluto. Logo, quando alguém se utiliza dessa liberdade a ponto de influir no bem estar mental e social de outro, somente por reprovar a sua crença, conduta ou omissão, este está violando os limites do seu direito e, por isso, deve se abster de exercê-lo.

Outrossim, ainda que os jovens tivessem cometido algum crime, os internautas não teriam o direito de criticá-los e proferir discursos de ódio em seu desfavor, para puni-los e manifestar a sua reprovação com a conduta destes. Isso porque o único titular do *ius puniendi*, ou seja, do direito de punir, é o Estado. Portanto, apenas o Estado tem o poder-dever de punir aqueles que cometem ação ou omissão considerada crime.

São exemplos de limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão nas redes sociais o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, o Bullying, instituído pela Lei nº. 13.185 de 2015²⁶, e o Marco Civil da Internet, trazido pela Lei nº. 12.965 de 2014²⁷, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos indivíduos no uso da Internet no Brasil.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei do Bullying²⁸ prevê como crime a intimidação sistemática na rede mundial de computadores. Ou seja, pratica *cyberbullying* o internauta que se utiliza de instrumentos para depreciar alguém a fim de criar meios de constrangimento psicossocial nas redes sociais.

Dessa forma, o cancelamento é considerado crime. No entanto, a lei não determina a pena a ser aplicada em tais casos e, por isso, somente são punidos aqueles que cometem constrangimento mediante violência ou grave ameaça, uma vez que disposto no artigo 146 do Código Penal²⁹.

Já o Marco Civil da Internet tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, assim como disciplina o uso da internet, tendo como princípios a garantia da liberdade de expressão, a comunicação e a manifestação do pensamento, nos termos dos artigos 2º e 3º, da

²⁶ BRASIL. Lei nº. 13.185, de 6 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

²⁷ BRASIL. 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>. Acesso em: 31 ago. 2021.

²⁸ BRASIL, op. Cit. Nota 26.

²⁹ Ibid. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Constituição da República de 1988³⁰. Porém, também não determina quais são as medidas cabíveis nos casos em que os internautas participam do linchamento virtual de alguém e do seu cancelamento.

Portanto, é necessário pensar e aplicar medidas para coibir o Tribunal da Internet e a cultura do cancelamento. Muitos dos cancelados não chegam a tirar a própria vida, mas sofrem com transtornos mentais e até problemas sociais e profissionais em virtude do linchamento virtual. E quando o exercício de um direito fundamental viola e fere o bem estar de outrem, pelo sopesamento dos princípios e garantias fundamentais, o indivíduo não pode exercer o seu direito.

Por fim, constata-se que o Tribunal da Internet é um reflexo da ideia do sistema penal. O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema punitivo sob o argumento de que a pena tem por objetivo educar o indivíduo que comete conduta classificada como crime e reprimir novos crimes, para que este não volte a delinquir e seja ressocializado. Contudo, não é o que se observa no sistema carcerário, já que a justiça se revela extremamente punitivista dada a quantidade da pena cominada para determinados crimes, bem como a estigmatização conferida ao apenado quando sai do cárcere.

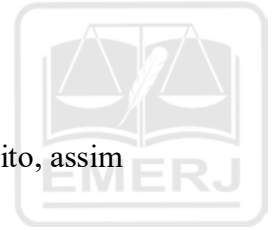
3. O CANCELAMENTO DO INDÍVIDUO NAS REDES SOCIAIS: NÃO SERIA UM REFLEXO DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO?

No capítulo anterior, restou demonstrado o surgimento do Tribunal da Internet e da cultura do cancelamento, como forma de punição do indivíduo nas redes sociais. Notou-se, ainda, que as críticas e hostilização nas plataformas digitais são dirigidas não só aos indivíduos que cometeram crimes, mas também a todos aqueles que tenham conduta ou crença censurada pela maioria das pessoas.

E que, apesar da insurgência desse movimento, os usuários da internet não podem alegar que o fazem respaldado no direito à liberdade de expressão. Isso porque o outro se encontra no seu direito à livre manifestação do pensamento, bem como o exercício desse direito sob o intuito de depreciar e punir alguém viola direito fundamental alheio e não é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que somente o Estado é titular do direito de punir.

Constatou-se, também, que o Tribunal da Internet e o cancelamento em muito se assemelham ao sistema punitivo brasileiro. Isso porque o Brasil adotou um sistema penal no

³⁰ BRASIL, op. Cit. Nota 5.



qual há um órgão competente para julgar o indivíduo acusado de ter cometido um delito, assim como por haver a aplicação de uma pena diante do cometimento daquela conduta.

De acordo com a Constituição da República de 1988³¹, o Código Penal³² e o Código de Processo Penal³³, o sistema penal adotado é o acusatório. E, para tanto, existe um órgão julgador, um órgão acusador, a previsão legal das condutas tipificadas como crime, a previsão em lei das penas a serem aplicadas, um defensor a desempenhar a defesa técnica do réu e um procedimento legal a ser seguido, que deve observar e respeitar todos os direitos e garantias fundamentais.

Verifica-se também que o Brasil adotou a pena como medida a ser aplicada como resposta à prática de uma conduta delituosa. Em seu artigo 59, o Código Penal³⁴ estabelece que as penas devem ser necessárias e suficiente à reprovação e prevenção do crime. Isso porque ela deve censurar o injusto penal produzido pelo agente, além de prevenir futuras infrações, por meio da educação e reinserção desse indivíduo na sociedade.

No entanto, os dados do sistema carcerário comprovam que tais finalidades não são cumpridas. De acordo com o relatório “Reentradas e reiterações Infracionais – Um olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros”, feito pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e pelo programa Justiça Presente, em março de 2020, o retorno dos apenados ao sistema carcerário brasileiro era de 42%³⁵.

Tais dados revelam que a finalidade preventiva da pena não é eficaz, porque quase 50% dos condenados voltam a delinquir e, por conseguinte, reingressam no sistema penal. Assim, a pena tem sido aplicada somente como reprimenda às condutas criminosas, ou seja, para punir o acusado, porque não trata de reeducar, reinserir e ressocializar o preso. Conclui-se, então, que a pena tem servido apenas para punir.

Diante do referido sistema penal, a cultura do cancelamento nas redes sociais indica uma cultura social punitivista. Expõe, portanto, a consciência dos indivíduos acerca da aplicação da pena como forma de represália a todos aqueles que cometem uma conduta considerada desviante. E, por isso, criticar, xingar, tentar boicotar a vida pessoal e profissional do cancelado é a maneira escolhida para puni-lo.

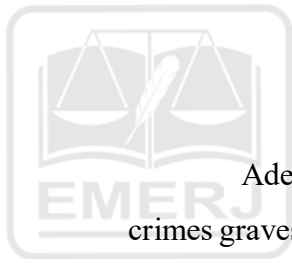
³¹ BRASIL, op. Cit. Nota 5.

³² BRASIL, op. Cit. Nota 14.

³³ BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

³⁴ BRASIL, op. Cit. Nota 14.

³⁵ ANGELO, Tiago. *Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa*. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Ademais, considerando o índice de criminalidade no Brasil e a taxa de impunidade por crimes graves, como o crime do colarinho branco e dos homicídios³⁶, dentre os quais nem 10%³⁷ tem seus casos apurados pela Justiça Brasileira, deve-se reconhecer que a sociedade sofre com o sentimento de insatisfação³⁸ com o sistema penal brasileiro.

E tal insatisfação social reverbera no entendimento de que se deve fazer justiça com as próprias mãos. Já que o sistema não é suficiente para reprimir os delitos, os cidadãos inconformados e crentes de que o sistema é falido, acreditam estar no direito de tomar medidas por conta própria. Em razão disso, os internautas se acham no direito de apontar, criticar e reprimir a conduta do outro, independente do dano que irão causá-lo.

Salienta-se, contudo, que a cultura do cancelamento não é aplicada somente àqueles que tenham cometido condutas classificadas como crime. São cancelados também os indivíduos que, por meio de sua liberdade de pensamento, contrariam o entendimento da maioria das pessoas como uma conduta aceitável.

Desse modo, denota-se que a atuação do Tribunal da Internet e o cancelamento também ocorrem não só porque as pessoas estão descrentes e insatisfeitas com o sistema punitivo brasileiro. Elas também agem dessa forma porque o ordenamento jurídico brasileiro carece de dispositivo legal que tipifique tal conduta como crime, para coibir tais ações. Se no Brasil houvesse leis que criminalizassem tais condutas, muitas pessoas não participariam do movimento de cancelar o outro por receio da perseguição penal.

Logo, conclui-se que a cultura do cancelamento do indivíduo pelas redes sociais é um reflexo do sistema punitivo brasileiro, no qual as pessoas são pura e simplesmente punidas pelas suas condutas consideradas errôneas e precisam ser estigmatizadas como forma de punição pelo erro, quando, claro, o cancelamento não resulta em danos mais graves, como o suicídio do próprio cancelado.

³⁶ FANTÁSTICO. *Levantamento inédito: sete em cada dez homicídios no Brasil ficam sem solução*. Disponível: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/09/27/levantamento-inedito-sete-em-cada-dez-homicidios-no-brasil-ficam-sem-solucao.ghml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

³⁷ BRUM, Maurício; KANITZ, Henrique. *Brasil não soluciona nem 10% dos seus homicídios*. Disponível: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-nao-soluciona-nem-10-dos-seus-homicidios-d726kw8ykpwh6xm41zakgzoue/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

³⁸ FALCÃO, Márcio. *Falha no combate à corrupção leva a insatisfação da população com a Justiça, diz Fux*. Disponível: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/24/falha-no-combate-a-corrupcao-leva-a-insatisfacao-da-populacao-com-a-justica-diz-fux.ghml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente trabalho, constata-se que a liberdade de expressão é considerada um direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim como por documentos legais importantes como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

E, como direito fundamental, a liberdade de expressão deve ser observada e resguardada para que se concretize o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

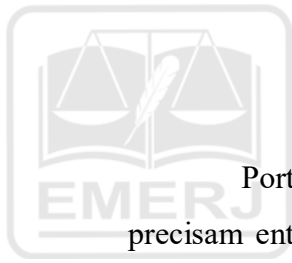
Contudo, com o crescimento das redes sociais, percebe-se que a liberdade de expressão tem sido restringida. Isso porque alguns internautas tem sofrido retaliações, críticas e boicotes na internet por conta de suas opiniões, crenças, ações ou omissões. Nota-se o surgimento de um Tribunal da Internet que julga e condena alguém por intermédio da cultura do cancelamento.

O cancelamento é uma prática por meio da qual alguns internautas, simultaneamente, criticam, ofendem, e até mesmo ameaçam outros usuários das plataformas digitais diante de uma manifestação de pensamento ou conduta que seja pela reprovada pela maioria. E esta tem sido cada vez mais recorrente, revelando a chamada cultura do cancelamento.

E a expansão da cultura do cancelamento é preocupante, uma vez que tem gerado consequências lamentáveis. Diante de muitas críticas, ofensas, ameaças e discursos de ódio, alguns internautas vítimas do cancelamento entraram em depressão, sofreram com outros transtornos mentais, se afastaram do convívio social, perderam empregos, trabalhos, e outros tiraram a própria vida.

De fato, a liberdade de expressão é um direito de todos. E ninguém é obrigado a concordar com ninguém, bem como não é obrigado a tratar como inocente pessoa que tenha cometido um crime. No entanto, como todo direito fundamental, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e deve sofrer restrições quando utilizada para ofender bem jurídico alheio.

Assim, as pessoas não podem se valer do seu direito à livre manifestação do pensamento para ofender, reprimir, oprimir, criticar, julgar e punir o outro, ainda mais quando muitas pessoas o fazem simultaneamente, sendo capaz de influir na saúde mental e física de alguém. Nenhum ser humano tem o direito de aplicar pena em outrem. No Brasil, somente o Estado é titular do direito de punir e, ainda assim, deve fazê-lo observando o princípio da dignidade da pessoa humana e as garantias e direitos fundamentais.



Portanto, é imprescindível que a cultura do cancelamento seja coibida. As pessoas precisam entender que elas não podem se utilizar do direito à liberdade de expressão para ofender e violar direito de outrem. Para tanto, é de extrema importância que a temática seja discutida nas escolas para conscientização e educação das crianças e jovens, bem como são necessárias medidas legais e judiciais capazes de repelir e inibir tais práticas, a fim de evitar maiores tragédias e danos ao bem estar e à saúde física e mental das pessoas, uma vez que a Lei de Bullying e o Marco Civil Da Internet não preveem medidas coercitivas suficientes para reprimir a cultura do cancelamento.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. *Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa*. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BERNARDI, Renato. GOVERNO, Danielle Augusto. *Caso Danilo Gentili: limites constitucionais à liberdade de expressão e à comédia*. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/p7k8e413/11e3uh5hXS1tmCU0.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2004. ed. Apresentação de Celso Lafer. Editora Gen. 2021, [e-book].

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm>. Acesso em: 05 abr. 2021.



_____. *Lei n.º 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Ser%C3%A3o%20punidos%2C%20na%20forma,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. *Lei n.º 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Lei n.º 13.185*, de 6 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRUM, Maurício; KANITZ, Henrique. *Brasil não soluciona nem 10% dos seus homicídios*. Disponível: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-nao-soluciona-nem-10-dos-seus-homicidios-d726kw8ykpwh6xm41zakgzou/>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Caso Deputado Daniel Silveira*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/efb3d8be0319721ef751da0b05d9f6a5>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____, Márcio André Lopes. *O fato de o parlamentar estar na Casa legislativa no momento em que proferiu as declarações não afasta a possibilidade de cometimento de crimes contra a honra, nos casos em que as ofensas são divulgadas pelo próprio parlamentar na Internet*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/57e5cb96e22546001f1d6520ff11d9ba>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____, Márcio André Lopes. *Viola a liberdade de expressão a decisão de retirar da Netflix o especial de Natal do Porta dos Fundos porque seu conteúdo satiriza crenças e valores do cristianismo*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2175f8c5cd9604f6b1e576b252d4c86e>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

DA SILVA, Peterson Roberto. *O conceito de “Liberdade de expressão”*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2018v15n2p275/38170>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2010. ed. 2021, [e-book].

FALCÃO, Márcio. *Falha no combate à corrupção leva a insatisfação da população com a Justiça, diz Fux*. Disponível: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/24/falha-no-combate-a-corrupcao-leva-a-insatisfacao-da-populacao-com-a-justica-diz-fux.ghtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

FANTÁSTICO. *Levantamento inédito: sete em cada dez homicídios no Brasil ficam sem solução*. Disponível: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/09/27/levantamento->



inedito-sete-em-cada-dez-homicidios-no-brasil- ficam-sem-solucao.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PENSADOR. *Posso não concordar com nenhuma das... Evelyn Beatrice Hall*. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTIyMA/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

RAMOS, Rafael. *Cultura de cancelamento faz gamer cometer suicídio*. Disponível: <<https://pleno.news/mundo/cultura-do-cancelamento-faz-gamer-cometersuicidio.html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

REVISTA PIXELS. *A cultura de cancelamento: Tribunal da Internet*. Disponível em: <http://fdcl.edu.br/revista/pixels/wp-content/uploads/2020/12/fdcl_pixels_ano2_voll_2020-1_artigo01.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Liberdade de expressão e expressões de ódio*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037> Acesso em: 05 abr. 2021.

SIPELLI, Wallace. *O discurso de ódio nas redes sociais e os efeitos causados pela cultura do cancelamento*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/85074/o-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-e-os-efeitos-causados-pela-cultura-do-cancelamento>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

SOUZA, Felipe. *A estigmatização do réu diante da sociedade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27268/a-estigmatizacao-do-reu-diante-da-sociedade>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

UOL. *Mãe de blogueira que se matou diz que filha a avisou que cometeria o suicídio*. Disponível: <<https://f5.folha.uol.com.br/televisao/2019/07/mae-de-blogueira-que-se-matou-diz-que-filha-a-avisou-que-cometeria-o-suicidio.shtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

USP. *Declaração de direitos do homem e do cidadão*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 06 abr. 2021.

O PREÇO DO ÓBITO DOS DETENTOS PARA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, EM CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, NOS ÚLTIMOS 10 ANOS

Tatiane da Motta Candido

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Serventuária do TJERJ.

Resumo – A presente pesquisa empírica se dedicou a investigar a média de dano moral que é concedida ao familiar do preso morto, em razão de uma omissão específica do Estado do Rio de Janeiro, no período de 2010 a 2020. Por conseguinte, diante de uma amostragem final de 85 processos, efetuou-se a análise desses valores arbitrados pelo Poder Judiciário, inclusive sob a ótica comparativa, tanto em relação às causas de morte do detento, como no aspecto do grau de parentesco do familiar proponente da ação. Ademais, realizou-se uma abordagem teórica sobre a responsabilidade civil do Estado, o direito de personalidade, o dano moral reflexo ou por ricochete e os direitos humanos, com enfoque na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Com efeito, esse trabalho dedicou-se a descrever o cenário da referida compensação na última década e a ponderar acerca de eventuais critérios para atribuição da verba em questão, assim como quanto à (in)existência de um tabelamento médio de dano extrapatrimonial.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade do Estado. Dano moral. Óbitos. Detentos.

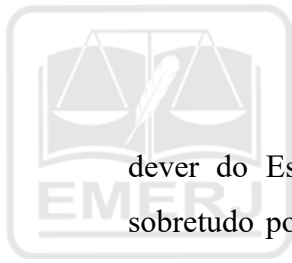
Sumário – Introdução. 1. O percurso metodológico: como os dados foram obtidos. 2. Do eventual tabelamento de valores pelo judiciário fluminense, quando da morte de um detendo. 3. O grau de parentesco do preso como eventual critério para quantificação da compensação por dano moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se coloca no desafio de levantar alguns dados sobre o dano moral aplicado contra o Estado, em situações concretas, atinentes à sua responsabilidade carcerária. Nesse sentido, pretende-se auxiliar a compreensão sobre esse fenômeno jurídico, sobretudo se há uniformização e proporcionalidade da referida verba dentro de um mesmo tribunal.

Nessa linha, o objetivo é entender como o Poder Judiciário arbitra o dano moral ao reparar os prejuízos suportados pelos familiares dos detentos mortos no interior dos presídios. Tal hipótese é avaliada quando configurada a responsabilidade objetiva do Estado. Ato contínuo, busca-se compreender se há homogeneidade na estipulação desses valores pelo Tribunal de Justiça, no período de 2010 a 2020, no território do Rio de Janeiro. Trata-se, portanto, de adentrar no universo da pesquisa empírica, pouco explorado na ciência do direito.

Outrossim, é pertinente destacar que a Constituição Federal trouxe, no corpo de seu texto, diversos direitos fundamentais. Especialmente nos artigos iniciais, constata-se que é



dever do Estado proteger aquele que estiver sob a sua custódia no sistema carcerário, sobretudo porque também traz expresso, como fundamento, a dignidade da pessoa humana. Logo, o Estado Democrático de Direito coloca o ente público como responsável por garantir a incolumidade física do detento.

Na medida em que ocorre uma violação a esses direitos, como o óbito de um detendo, mormente quando o Estado é o responsável pelo dano, surge o dever de indenizar, independentemente da apuração de dolo ou de culpa. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, baseada na Teoria do Risco Administrativo, já consagrada na jurisprudência da Suprema Corte.

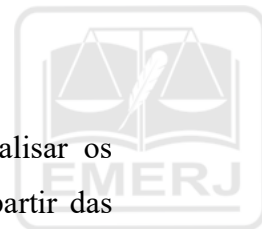
Nessa toada, os magistrados, ao aplicar a norma ao caso concreto, definem o valor do dano moral. Contudo, em que pese essa verba deva ser avaliada mediante a especificidade de cada demanda, especula-se acerca de um eventual tabelamento de valores atinentes à vida humana. Noutra giro, inexistindo tal precificação, com a discrepância das condenações em causas similares, poderia acender um alerta para que o Tribunal, na busca pela segurança jurídica, consiga uniformizar a sua jurisprudência.

Inaugurando os capítulos desse artigo, estabelece-se o percurso metodológico da presente pesquisa. Neste diapasão, faz-se a descrição do passo a passo realizado para a obtenção fidedigna de todos os dados que compõe a amostragem desse estudo desde o início da coleta, passando pelos quesitos descartados até o alcance dos elementos que servirão de parâmetros de confronto.

Em sequência, ainda fugindo das pesquisas tradicionais, embasadas em doutrina e jurisprudência, esse trabalho compara a ponderação de dano moral recebida pelos familiares do detento. Com efeito, registra-se, na última década, até que ponto o grau de parentesco do preso interfere na quantificação desse dano extrapatrimonial.

Por último, diante dos julgados proferidos no período mencionado, concentra-se em responder se seria possível identificar critérios para a precificação dessas mortes, pelo Judiciário Fluminense. Essencialmente, o conhecimento de tais dados fornece uma fotografia do atual e real cenário acerca dessa compensação. Assim, esse terceiro capítulo discute uma eventual categorização de requisitos, a partir dos dados coletados.

Destarte, para tanto, a metodologia utilizada no presente estudo constitui, quanto à abordagem, a análise quantitativa de julgados do TJERJ, bem como qualitativa dos acórdãos selecionados e bibliografias associadas ao tema. Espera-se, quanto aos objetivos, coletar os dados para sistematizar esse conhecimento (tipo exploratório) e explicar os fatores que contribuem para a ocorrência desses fenômenos que interferem na quantificação do dano



moral (tipo explicativo). Com efeito, pretende-se, quanto aos procedimentos, analisar os acórdãos, apoiando-se na base bibliográfica, para apresentar e explicitar a tese a partir das conclusões da jurisprudência fluminense.

1. O PERCURSO METODOLÓGICO: COMO OS DADOS FORAM OBTIDOS

Os dados para essa pesquisa foram coletados por meio digital, a partir do sítio eletrônico do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, na opção intitulada de “Consulta Jurisprudência”¹. Ato contínuo, no campo “Pesquisa livre”, foi inserido o complexo de palavras: “dano moral morte detento”, restringindo o julgado ao período de 2010 a 2020.

Ressalta-se que foram selecionados apenas os processos que tenham seguido para a 2ª instância, ainda que por mera formalidade de reexame necessário². Nesse mesmo sentido não se fez distinção quanto aos julgados mantidos ou reformados pelo Tribunal.

Cabe destacar que o recorte do trabalho se debruça apenas sobre o dano moral em relação à morte do detento. Deste modo, a competência para julgamento fica condicionada à área cível. Em tempo, convém frisar que, no Rio de Janeiro, a Vara de Fazenda Pública é a competente para o julgamento da causa de pedir em tela, nos termos do art. 44, I da lei que dispõe sobre a organização e divisão judiciária³.

Tais levantamentos de dados ocorreram entre os meses de março a abril de 2021. Alimentando-se, manualmente, planilhas no Excel, criadas especificamente para o fim de comparação entre os dados coletados.

Realizada a consulta no sítio eletrônico, foram aproveitados todos os processos com a procedência de dano moral associada à omissão específica do Estado como agente garantidor do preso. Além disso, fez-se necessária a presença da data do óbito do detento, ainda que estimada. Por essa razão, os processos físicos sem a indicação desse dado na sentença ou no acórdão não puderam ser utilizados, vez que incinerados, em razão do lapso temporal.

Nessa toada, com a investigação realizada no referido ambiente virtual, dos 108 (cento e oito) processos retornados, fez-se o descarte de 23 (vinte três). Portanto, a

¹ BRASIL. *Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

² O reexame necessário, previsto no art. 475, I, do CPC, devolve ao tribunal a apreciação de toda a matéria que se refira à sucumbência da Fazenda Pública.

³ BRASIL. *Lei n° 6.956* de 13 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/lei-lodj.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2021.



amostragem trabalhada nessa pesquisa se debruça na análise de 85 (oitenta e cinco) demandas.

Em cada um desses 85 (oitenta e cinco) processos, realizou-se a leitura da sentença, bem como do acórdão proferido pelo Tribunal, seja ele integrado ou não com a decisão de embargos de declaração. Quando necessário, para fins de complementação de dados, consultou-se a petição inicial dos processos eletrônicos.

A partir de então, extraiu-se a data do óbito de cada detento, o motivo do falecimento, o parentesco do de cujos com quem propusera a ação, o respectivo valor arbitrado a título de dano moral e se essa verba foi fixada em razão de reforma ou de manutenção da sentença. Outros dados também foram registrados, tais como a Câmara Cível responsável pelo acórdão, a data da propositura da ação e a data do julgamento em segunda instância.

Com efeito, das 27 Câmaras Cíveis existentes no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ)⁴, apenas 3 (três) não tiveram processos qualificados para essa pesquisa, quais sejam, a 23^a, a 24^a e a 26^a. As demais, receberam ao menos 1 (um) processo, como a 17^a, a 22^a, a 25^a e a 27^a, com destaque na distribuição para a 20^a Câmara, que apresentou 9 (nove) demandas.

Para a atribuição de tempo médio em que o processo se desenvolveu foi levado em consideração o ano da propositura da ação e a data de julgamento do acórdão. Para tanto, fez-se a subtração deste com aquele. Trabalhando-se com o ano inteiro e as duas casas decimais seguintes.

Quanto ao agrupamento das causas de morte dos detentos e posterior comparação com a atribuição da compensação, houve a separação em grupos de acordo com a incidência de classificação pelo Magistrado, ainda que a certidão de óbito fizesse menção a outros termos.

Nesse sentido, os tipos em destaques foram: suicídio previsível; negligência médica / demora em efetivar o socorro ou tratamento / atendimento precário; violência de agentes penitenciários; enforcamento / asfixia mecânica; rebelião; por outros detentos: causas diversas; atribuição genérica de omissão específica do Estado.

Em relação à separação do grau de parentesco, foram consideradas todas as categorias beneficiadas pela procedência do pedido em cada acórdão. Por certo, coincidentes

⁴ BRASIL. *Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7135071>>. Acesso em: 02 abr. 2021.



com a relação explicativa da Parte Especial do Código Civil, em seu Livro IV, Título I, Subtítulo II⁵, sobretudo ao rol que se restringe o art. 1.595, § 1º. Assim, fez-se a separação entre os tipos: cônjuge/companheiro, descendentes, ascendentes e irmãos.

Outrossim, para estimar a evolução histórica do dano extrapatrimonial em relação aos parentes por afinidade, nos “anos 10”, utilizou-se a terminologia “década” e “decênio” para se referir ao decurso de tempo compreendido entre o primeiro dia de 2010 e o último dia de 2020. Em que pese os mencionados termos sejam usados para se referir a um período de 10 anos, há divergências⁶ quanto ao ano em que ele começa e termina. Por conseguinte, para escapar do debate, já que não compõe o escopo da pesquisa, não se fez distinção entre eles, bem como se deixou prefixado os termos, conforme já explicitado.

Urge salientar que, em que pese se intencionasse, inicialmente, trabalhar com a distinção entre sentenças reformadas ou mantidas em sua integralidade pelo Tribunal, tal dado foi descartado. Isso porque, após a apuração preliminar, constatou-se que não houve diferença significativa entre os modelos, de modo que as sentenças reformadas totalizaram 43 (quarenta e três) episódios, ao passo que as mantidas somaram 42 (quarenta e duas) ocorrências.

Do mesmo modo, nesse estudo, foi rejeitado o questionamento relacionado à data do óbito do detento. Pretendia-se discutir a discrepância entre o dia do falecimento do preso e o lapso temporal entre a propositura da ação e o provimento final pelo Tribunal. Ocorre que, diante do levantamento prévio das informações, percebeu-se que grande parte dos legitimados a obter a compensação moral eram menores de idade. Diante disso, como contra estes não corre a prescrição, com fulcro no art. 198, I c/c 3º do CC/02⁷, nem sempre eles acionaram o Poder Judiciário de imediato, tornando o debate inócuo.

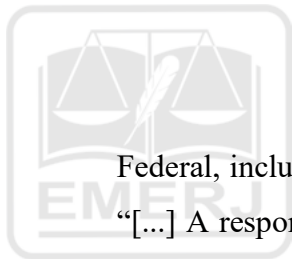
2. DO EVENTUAL TABELAMENTO DE VALORES PELO JUDICIÁRIO FLUMINENSE, QUANDO DA MORTE DE UM DETENDO

A responsabilidade pela integridade física e psíquica do preso é chancelada pelo Poder Judiciário Estadual; assim como pela pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal

⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁶ LIORANTE, Analía. *2019 ou 2020: quando termina realmente esta década?* Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-50957299>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.



Federal, inclusive, no tocante à omissão estatal. Com efeito, o RE nº 841.526/RS⁸ elucida que “[...] A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral”.

Destarte, o importante julgado ainda leciona acerca da teoria que se impõe. Trata-se da teoria do risco administrativo. Para a sua incidência, basta a presença do nexo causal entre a conduta da Administração e o dano ao particular. A sua função é fazer com que a vítima seja amparada pelo Estado, sem que se analise a culpa. Consequentemente, esse ônus será suportado por toda a sociedade. Todavia, uma vez comprovando-se a culpa exclusiva de terceiro ou da vítima, tal como o caso fortuito ou força maior, elide-se a tese.

Em síntese, a tese da repercussão geral firmada foi a de que “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento”. Efetivamente, o que se pretende é coibir a negligência estatal em relação ao custodiado, quando se coloca na posição de garante.

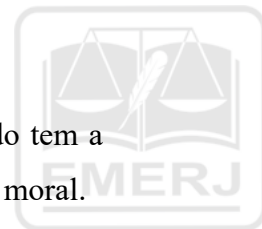
Outrossim, o Supremo, em conclusão da ADPF 347 MC/DF⁹, reconheceu o Estado de coisas inconstitucional (ECI) dos presídios do país. Isso porque existe uma ofensa grave, generalizada e reiterada ao direito fundamental da população carcerária, cuja origem decorre de “falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”. Em suma, o que se tem é um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais”.

É nesse cenário que exsurge o significativo debate acerca da responsabilidade civil do Estado sob o aspecto do dano extrapatrimonial diante da notória crise do sistema carcerário nacional. Assim, se a carência de condições legais de encarceramento é capaz de gerar uma compensação a título de dano moral ao indivíduo, por ter o direito fundamental mitigado; com muito mais razão será adequada, se ele for ceifado, como no caso da morte do detento.

Portanto, na presente hipótese, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, com redação para o acórdão do Ministro Gilmar Mendes, houve o julgamento, em regime de

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 841526*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

⁹ BRASIL. *ADPF nº 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.



repercussão geral, do RE nº 580252/MS¹⁰. Nele, houve a pacificação de que o Estado tem a responsabilidade objetiva de ressarcir os danos causados ao preso, seja ele material ou moral.

Consubstanciando esse entendimento, já sob relatoria do Ministro Luiz Fux, vale rememorar o repetitivo RE nº 841526/RS, igualmente julgado pelo Plenário do STF, tratando especificamente sobre a morte de detento. Assim, demonstrando-se que o agente público adotou uma conduta geradora de um dano, o magistrado da causa deve arbitrar a verba em questão, independentemente da apreciação de dolo ou de culpa.

Mormente esse julgado ratificou o repetitivo RE nº 677139¹¹, que cuidou da hipótese de omissão do Poder Público. Destarte, haverá o instituto da responsabilidade objetiva para o Estado apenas quando essa omissão for específica. Em outras palavras, é indispensável que o Poder Público, antes de permanecer inerte, tenha o dever legal de agir para impedir o evento causador do dano, curvando-se à previsão do art. 5º, XLIX da CRFB/88.

Excepcionalmente, seguindo os contornos da teoria do risco administrativo, se houver o rompimento do nexu causal, dispensar-se-á a compensação de ordem moral pela morte do preso. Sintetizando, diante de uma morte inevitável, comprovada pela Administração, não há falar em indenização. É o caso de culpa exclusiva da vítima e de morte súbita de um detento, uma vez que a situação se materializaria ainda que ele não estivesse sob a custódia estatal.

Com efeito, não se admite essa proposição para os casos em que, por exemplo, o preso se encontra doente e não recebe o tratamento médico ou o recebe de forma precária. Igualmente quando ele sinaliza ter tendências suicidas. Nesse caso, a jurisprudência do STF e do STJ, a exemplo do ARE nº 700927 AgR e do AREsp nº 1871787¹², exige uma postura ativa de vigilância do Estado para coibir o ato, já que, em tese, seria possível evitar a perda daquelas vidas. Do mesmo modo se o óbito decorrer de rebelião, de violência perpetrada pelos próprios agentes penitenciários ou de sua atuação diligente.

Em razão da subjetividade do dano moral, a sua quantificação sempre foi um tema controvertido. Assim, ao analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no que toca ao dano moral no contexto da responsabilidade estatal, a fim de conhecer

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580252/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Redator do acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373162/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

¹¹ BRASIL. *RE nº 677139 AgR-EDv-AgR/PR*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur332411/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

¹² BRASIL. *ARE nº 700927 AgR/GO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214598/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.



o comportamento do Poder Judiciário em referência, realizou-se essa pesquisa. Destarte, constatou-se uma série de variações, com o enfoque na última década.

Inicialmente, durante esse interstício, enquadrando-se no perfil da pesquisa, foram analisadas 105 demandas, das quais 85 se enquadravam nos moldes delimitados por essa investigação. Os óbitos foram classificados de acordo com a sua recorrência.

Assim, houve o “suicídio previsível” com 3 ocorrências; a “negligência médica / demora em efetivar o socorro ou tratamento / atendimento precário”, 17; a “violência de agentes penitenciários”, 2; o “enforcamento / asfixia mecânica”, 15; a “rebelião”, 7; a “por outros detentos: causas diversas”, 29 e a “atribuição genérica de omissão específica do Estado”, 12. Nesse particular, trata-se de óbitos por causas diversas, com uma predominância da categoria “por outros detentos: causas diversas”.

Os dados apontam ainda que a média de dano moral por cada evento dessa natureza ficou estabelecida no “suicídio previsível” em R\$ 53.333,33; na “negligência médica / demora em efetivar o socorro ou tratamento / atendimento precário”, R\$ 79.352,94; na “violência de agentes penitenciários”, R\$ 75.000,00; no “enforcamento / asfixia mecânica”, R\$ 78.000,00; na “rebelião”, R\$ 56.428,57; na “por outros detentos: causas diversas”, R\$ 52.413,79 e na “atribuição genérica de omissão específica do Estado”, R\$ 60.975,00.

Nesse passo, verifica-se que a categoria “por outros detentos: causas diversas”, em que pese seja a mais frequente, é a que recebe o menor arbitramento dentre todas as outras, ao passo que o grupo da “negligência médica” se destaca com a maior média, superando aquela em pouco mais de 51 %. Conduzindo-se a interpretação de que é possível que a causa do óbito interfira no quantum arbitrado pelos julgadores.

De outro modo, em uma análise mais minuciosa dos valores médios das condenações chanceladas ou reformadas pelas Câmaras Cíveis, constatou-se que a variação de dano moral por membro da família, variou de R\$ 20.000,00 (25ª Câmara) a R\$ 121.666,67 (21ª Câmara). No entanto, em relação aos 27 órgãos analisados, em que pese 3 não tenham julgado demandas versando sobre essa matéria (23ª, 24ª e 26ª Câmaras), a média aritmética aferida foi de R\$ 55.779,70 por vida perdida.

Nesse sentido, pela variação observada, tais dados podem convencer que não há um valor tabelado entre esses órgãos para cada óbito levado ao julgamento. Muito pelo contrário, tal discrepância beira a incompreensão, sobretudo pelo fato de que a vida de um ente querido possa “valer” tão pouco.

3. O GRAU DE PARENTESCO DO PRESO COMO EVENTUAL CRITÉRIO PARA QUANTIFICAÇÃO DA COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL

A proteção aos custodiados do sistema carcerário brasileiro é uma das atribuições do Estado, tuteladas sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)¹³, notadamente no seu art. 5º, nos incisos XLVII, XLVIII e XLIX. Além disso, o ente público atua como garantidor do preso, guiado pelo fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III da CRFB/88).

Com efeito, para Nucci, “[...] A dignidade humana é o princípio mais relevante do Estado democrático Brasileiro, acima, inclusive, de qualquer outro princípio, incluindo a legalidade estrita”¹⁴. Nesse passo, diante dessa importância, robustece o ensinamento de Flávia Piovesan, “[...] Daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”¹⁵.

Sob esse aspecto, o Estado deve cuidar para que ninguém sofra qualquer tipo de tratamento desumano e degradante, inclusive os detentos (art. 5º, III da CRFB/88). Merecem, portanto, atenção todas as situações relacionadas à superlotação das celas, à saúde e à higiene, de modo a impedir ou conter os conflitos entre os presos, bem como suprimir o risco de transmissão de doenças. Em suma, o que se almeja é a manutenção de condições mínimas de humanidade ou de dignidade.

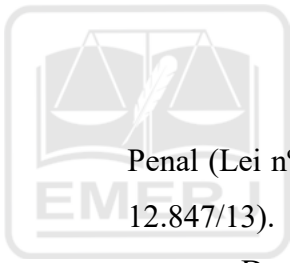
Assim, a atuação em sentido diverso ou a condescendência com tais deficiências importará a responsabilidade do ente. Nos termos do art. 37, § 6º da CRFB/88, haverá, por conseguinte, a obrigação de ressarcir os comprovados danos causados à população carcerária, já que o Estado é o responsável por sua guarda e segurança, durante o período em que permanecerem na unidade prisional.

Não obstante o dever de proteção previsto constitucionalmente, a legislação infraconstitucional também se ocupou de retomar essas garantias. A título de exemplificação, identificam-se previsões correlatas nos arts. 10 ao 12, 40, 45 e 87 ao 88 da Lei de Execução

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 120.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 67-68.



Penal (Lei nº 7.210/84) e nas leis relacionadas ao combate à tortura (Lei nº 9.455/97 e Lei nº 12.847/13).

Do mesmo modo caminha o Direito Internacional, revelado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966; na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e na Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984.

Verifica-se, portanto, que, diante de ameaça ou de lesão aos direitos da personalidade, é possível requerer perdas e danos, nos termos do art. 12 do Código Civil de 2002 (CC/02). Além disso, o parágrafo único traz à baila o rol de legitimados que podem fazer tal reclamação, na hipótese do falecimento de um parente. Destarte, têm-se expressos na legislação os ascendentes ou os descendentes em linha reta, bem como os colaterais até o quarto grau e o cônjuge como legitimados.

Assim, os componentes do núcleo familiar do preso, com a superveniência de seu óbito, tornam-se legitimados a pleitear indenização. Não há, contudo, falar em preferência de ordem vocacional, já que coexiste o direito de todos os membros do grupo. O fato de existir a concorrência entre eles não gera a exclusão do integrante, no entanto poderá servir para balizar o valor global da indenização a ser paga, conforme Cavalcante preleciona¹⁶.

Na esteira da responsabilidade objetiva do Estado com relação ao detento, não importa o espaço físico em que o indivíduo ficou custodiado e veio a óbito. Para tanto, basta que esteja sob a tutela do Poder Público. Assim, independentemente de sua morte ter ocorrido em um presídio, uma cadeia pública ou uma delegacia, o tratamento dado à indenização seguirá as mesmas premissas. É o que entende o STJ, na forma do RE nos EDcl no AgInt no Resp nº 1305249¹⁷.

Por oportuno, não se pretende nesse estudo tratar do contexto sob a ótica da transmissibilidade do direito da personalidade do morto. Até porque, isso não existe no ordenamento jurídico brasileiro, já que a morte do titular extingue a sua personalidade. O que se debatem então são a quantificação e a extensão do dano moral reflexo a que faz jus o familiar do falecido.

¹⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Legitimidade da mãe para ação de indenização pela morte de filho casado*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b5b41fac0361d157d9673ecb926af5ae>>. Acesso em: 14 ago. 2021.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE nos EDcl no AgInt no REsp nº 1305249*. Relator: Og Fernandes. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201200345037>. Acesso em: 16 ago. 2021.



Não obstante a questão da transmissão da herança, embora não abraçado por esse estudo, atualmente inexisteria óbice à sua discussão pelo familiar do detento. Isso se deve à recente edição, pelo STJ, da Súmula nº 642¹⁸. Nos exatos termos do enunciado, tem-se que “o direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”. Em suma, por ter caráter patrimonial, o dano moral transmite-se aos sucessores.

Com efeito, o dano moral por ricochete ou também conhecido como “dano reflexo” é admitido pela doutrina e pela jurisprudência. Ele será materializado quando, após o óbito do preso, o familiar próximo se sentir atingido pelo evento danoso e ingressar em juízo com essa demanda. Ato contínuo, obtendo-se, um provimento favorável, no afã de compensar o seu sofrimento pela referida perda proveniente de uma conduta ilícita de outrem (Agint no AREsp 1290597/RJ)¹⁹.

É dentro desse fértil território que essa pesquisa analisou os julgados. Fez-se a separação dos grupos em cônjuge, descendentes, ascendentes e irmãos. Os descendentes do detento falecido ocupam o posto de maiores demandantes, com 63 ocorrências, representam 43 % de todos aqueles que procuraram o Poder Judiciário. A média de dano moral que auferiram foi de R\$ 26.317,46, somente à frente da compensação extrapatrimonial arbitrada em face dos irmãos do *de cuius*.

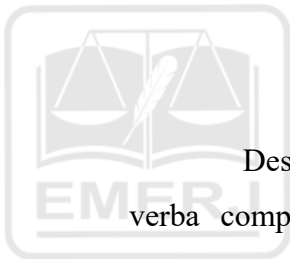
Os colaterais de segundo grau apareceram em 23 episódios, sendo contemplados com o valor médio de dano extrapatrimonial de R\$ 14.021,74. A menor incidência de ações se deu em relação aos cônjuges ou companheiros, totalizando apenas 15 demandas, alcançando R\$ 30.533,33 por consorte. Não surpreendentemente, todas eram mulheres. Nota-se que, na amostragem estudada, nenhum preso era do gênero feminino e nenhum cônjuge, masculino.

Ainda dentro dessa análise, verificou-se que a média de maior verba, cerca de R\$ 43.406,52, foi destinada aos ascendentes que, no geral, tratava-se da progenitora. Destacam-se, nesse total 46 genitores, que 42 autores foram a mãe e apenas 4, o pai dos detentos.

De outro lado, em novo agrupamento de dados, analisou-se o percentual de indenização em relação ao número de litisconsortes dentro de um mesmo processo, sem fazer diferença de parentesco. Constatou-se que quanto mais autores estiverem presentes na mesma demandada, menor será a representação numérica do dano moral auferido.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 642*. Corte Especial. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1290597/RJ*. Relator: Lázaro Guimarães. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801055790&dt_publicacao=26/09/2018>. Acesso em: 16 ago. 2021.



Destarte, se o litigante ajuizou a ação sozinho, fato este observado em 50 ações, a verba compensatória média foi de R\$ 53.634,00; ao passo que se 6 ou 7 parentes compusessem o polo de uma única petição inicial, o valor médio arbitrado era drasticamente reduzido. Apurou-se, respectivamente, R\$ 13.333,33 e R\$ 15.714,29, por demandante.

Ainda, complementando essa mesma apuração de dados, se 2 parentes demandassem juntos (18 ocorrências), receberiam o dano moral no patamar de R\$ 29.305,56; já se fossem 3 familiares (12 ocorrências), a verba se elevou para R\$ 35.527,78. Finalizando, a hipótese de 4 integrantes no litisconsórcio (3 ocorrências), resultou, a título de dano moral médio, em R\$ 22.500,00 distribuídos para cada peticionante.

Portanto, em detida análise, conclui-se que existe uma ordem velada de preferência entre os familiares. Em que pese inexista uma determinação institucional, o Judiciário fluminense parece privilegiar os ascendentes. Em sequência, os cônjuges, os descendentes e, por último, os irmãos. Curiosamente, não obstante esse pano de fundo envolva bens mensuráveis financeiramente, a referida escala colide com a ordem estabelecida no direito das sucessões.

Constata-se, então, que a discrepância na ponderação da referida ordem parece ser estabelecida sob a ótica da esfera de Poder que a analisa. De um lado o Poder Legislativo entende que se o detento falece por omissão específica do Estado, deixando herança e filhos, os seus ascendentes não serão contemplados com parcela alguma do patrimônio. Todavia, para o Poder Judiciário, se o presidiário, do mesmo modo vier a óbito e pelas mesmas razões, ainda que deixe descendentes, cônjuges e irmãos, serão os seus ascendentes aqueles que auferirão a maior verba compensatória pela perda do ente.

CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, viu-se que o Estado, como guardião do detento, deve zelar pela dignidade humana de todos aqueles indivíduos submetidos ao sistema carcerário. Nesse sentido, a atuação de modo diverso ou por via de omissão específica no dever de guarda do encarcerado ensejará a devida responsabilização do ente público. Com efeito, a hipótese mais danosa é, sem dúvida, o óbito do preso. É sob esse aspecto patrimonial que a presente pesquisa se debruçou.

A amostragem de 85 processos, no interstício de 2010 a 2020, em âmbito do TJERJ, demonstrou que há, em certa medida, uma homogeneidade no arbitramento do dano moral. Isso porque, não obstante o valor médio auferido por um familiar seja de R\$ 55.779,70,



verificou-se que esta importância sofre variação de acordo com a causa do óbito do detento, bem como com o grau de parentesco do demandante da ação.

Nesse diapasão, a maior importância atribuída a um familiar se deu em razão da classe “negligência médica, demora em efetivar o socorro ou tratamento ou atendimento precário ao detento”, totalizando um valor de R\$ 79.352,94. Em oposição, a menor média evidenciou a estima de R\$ 52.413,79, revelada pelo grupo “causas diversas”. Por outro lado, quando a análise primou pelo parentesco, a afinidade em âmbito de ascendência recebeu a maior verba média, sob o total de R\$ 43.406,52. Diametralmente a isso, os colaterais de segundo grau – irmãos – auferiram R\$ 14.021,74.

Destarte, em que pese, sob o enfoque realizado, não seja possível afirmar a existência de um tabelamento de valores, tampouco de identificação de critérios para a estipulação da verba em comento, causa surpresa a forma como a qual a “Justiça” valora uma vida. Noutro giro, encontra-se a manutenção do recuperando, em condições mínimas de dignidade, ainda que em sua maioria utópicas, conferindo um custo elevadíssimo aos cofres públicos, sobretudo se considerar a sua estada a médio e a longo prazo.

Portanto, após toda a digressão feita por esse estudo, ainda que se leve em consideração a maior média dentre todos os valores arbitrados no período, a toda evidência, o sentimento final é o de que parece ser um “bom negócio” para o Estado a substituição da vida pela compensação de ordem moral aos seus familiares.

REFERÊNCIAS

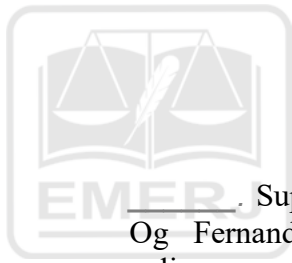
BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1290597/RJ*. Relator: Lázaro Guimarães. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801055790&dt_publicacao=26/09/2018>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp nº 1871787*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=ARESP+1871787&b=DTXT&p=true>>. Acesso em: 16 ago. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *RE nos EDcl no AgInt no REsp nº 1305249*. Relator: Og Fernandes. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201200345037>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 642*. Corte Especial. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 nº MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 700927 AgR / GO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214598/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 580252/MS*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Redator do acórdão Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373162/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 677139 AgR-EDv-AgR / PR*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur332411/false>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 841526*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Legitimidade da mãe para ação de indenização pela morte de filho casado*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b5b41fac0361d157d9673ecb926af5ae>>. Acesso em: 14/08/2021

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública: questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e juventude*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.



A OBRIGATORIEDADE DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO DE CONDENADOS E A SUA MANUTENÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO NO BANCO DE DADOS

Thaiana Santos Rego de Andrade

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a obrigatoriedade da identificação criminal, mediante extração de DNA, a ser armazenado em um banco de dados, para os condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, é tema de profundo debate ante a possível colisão de direitos fundamentais, como a de presunção de inocência e o direito a segurança nacional. A essência do presente trabalho é enfrentar o conflito desses direitos fundamentais, abordar sua consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e apresentar uma proposta para maior eficácia da norma.

Palavras-chaves – Banco de perfil genético. Identificação criminal. Direitos fundamentais. Execução penal. Direito penal do inimigo. Suspeição criminal permanente.

Sumário – Introdução. 1. Identificação criminal e afetação dos direitos fundamentais. 2. Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A Suspeição criminal Permanente aos condenados pelos crimes previstos no art.9-A da Lei de Execução Penal. Conclusão. Referências.

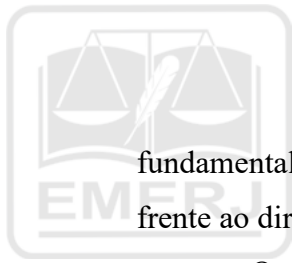
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar a obrigatoriedade da coleta de material genético (DNA) de condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, por crimes contra a vida, crimes contra a liberdade sexual ou por crimes sexuais contra vulneráveis, bem como a sua manutenção por prazo indeterminado no banco de dados.

Instituto foi trazido pela Lei nº 12.654/12, tendo acrescentado o art. 9º-A à Lei de Execução Penal e sofreu alterações com o Pacote Anticrime.

Procura-se demonstrar que, mesmo com as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, este método de identificação criminal, não é inconstitucional, mas ainda pouco eficaz, uma vez que, ainda que o caput do artigo exprima que o condenado será submetido obrigatoriamente à identificação do perfil genético, o §8º sinaliza que essa submissão não será compulsória, uma vez que, se o condenado optar por se recusar a submissão de extração do perfil genético, está recusa constituirá falta grave.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir o princípio da preservação da segurança pública como um direito



fundamental, cuja proteção deve ser maior, uma vez que se tutela a proteção à coletividade, frente ao direito individual de não produzir provas contra si mesmo.

O tema ainda é controvertido na doutrina e jurisprudência, uma vez que ele versa sobre hermenêutica de princípios e garantias constitucionais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o que é a identificação criminal, prevista no art. 5º, inciso LVIII da CRFB/88, sua regulamentação pela Lei nº 12.037/09, as alterações promovidas pela Lei nº 12.654/12 e ainda, as recentes modificações trazidas pelo Pacote Anticrime, com destaque para os possíveis conflitos com os direitos fundamentais que esta medida pode gerar.

Segue-se, ponderando, no segundo capítulo, sobre a dicotomia do direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão, analisando sobre o punitivíssimo e seletividade penal na atual política criminal brasileira.

O terceiro e último capítulo da pesquisa levanta o debate sobre a possibilidade de suspeição criminal permanente do condenado submetido ao banco de perfil genético, analisando os aspectos relevantes sobre a natureza jurídica e a finalidade da norma, bem como apresentando uma proposta de alteração legislativa para a lei de Execução penal, no que se refere a identificação genética para fins criminais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez 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 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. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E AFETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma completa compreensão do presente artigo, é fundamental conceituar brevemente o que é identificação criminal e explicar as últimas alterações legislativas ocorridas.

A identificação criminal está prevista no artigo 5º, inciso LVIII da CRFB/88¹, como sendo forma excepcional de individualização física do indivíduo, que já foi identificado civilmente, nos casos previstos em lei.

A identificação criminal do civilmente identificado é regulada pela Lei n° 12.037/09².

O art. 3º, da referida lei³, exemplifica que, embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal quando, houver fundada suspeita quanto a validade e veracidade dos documentos civis apresentados, quando já se tem registro de que o indivíduo faz uso de nomes ou diferentes qualificações, ou quando for essencial para a investigação policial, independente do suposto crime praticado pelo investigado.

Já o art. 5º, da mesma lei⁴, regula as formas de identificação criminal, que podem ocorrer por meio de processo datiloscópico e fotográfico ou por meio de obtenção do perfil genético, este último introduzido pela Lei n° 12.654/12⁵.

Em 28 de maio de 2012, foi promulgada a Lei n° 12.654⁶, que fez alterações na Lei n° 12.037/09⁷ e inseriu também o art. 9º-A da Lei de execução penal⁸, que impunha a obrigatoriedade de identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, para os condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou ainda por qualquer crime definido como hediondo⁹.

Desta forma, a identificação criminal passou a ter previsão não apenas para a fase investigativa, mas também para a fase de execução, quando o réu já está condenado, mas, neste último caso, limitada aos crimes previstos no referido art.9-A da Lei de Execução penal¹⁰.

Contudo, o Pacote Anticrime¹¹, inseriu parágrafos e alterou o caput do art. 9-A da Lei de Execução penal¹², que passou a prever a obrigatoriedade de identificação do perfil genético,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

² BRASIL. *Lei n° 12.037*, de 01 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

³Ibid.

⁴Ibid.

⁵ BRASIL. *Lei n° 12.654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

⁶Ibid.

⁷BRASIL, op. cit., nota 02.

⁸ BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

⁹ BRASIL. *Lei n° 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 08.

¹¹ BRASIL. *Lei n° 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.Ibid.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹²BRASIL, op. cit., nota 08.



mediante extração de DNA, a ser armazenado em um banco de dados, para os condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável.

Sendo assim, o Pacote Anticrime¹³, melhor regulamentou sobre o banco de dados de perfis genéticos, previu a constituição de falta grave para os condenados que se recusarem a se submeter ao procedimento de extração de DNA e limitou ainda mais o rol de crimes sujeitos a obrigatoriedade de identificação de perfil genético.

Apesar disso, da mesma forma que as alterações trazidas pela lei anterior¹⁴, o art.9-A, da Lei de Execução penal¹⁵, continuou sem prever por quanto tempo esses dados ficarão armazenados no banco de dados, sendo este, outro grande motivo de controvérsia acerca da violação do direito fundamental de presunção de inocência, direito de não produzir prova contra si mesmo e do direito a não discriminação.

O direito a não discriminação está previsto nos arts. 3º, inciso IV, e 5º, inciso XLI, ambos da CRFB/88¹⁶, que prescrevem que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, devendo a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Contudo, deve ser observado que os §§1º e 2º do art. 9-A, da Lei de Execução penal¹⁷, asseveram que o banco de dados terá caráter sigiloso, só sendo possível o acesso por meio de autorização judicial, logo, não há que se falar em tratamento diferenciado, capaz de levar a discriminação do indivíduo, frente a sociedade.

E ainda que assim não o fosse, Nelson Nery Júnior¹⁸ ensina que: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”, desta forma, uma vez que é assegurado que todos os condenados pelos crimes previstos no art.9-A, da Lei de Execução penal¹⁹ sejam submetidos a extração de material genético, para armazenamento em banco de dados, não há que se falar em tratamento desigual entre os que estão em situações semelhantes.

¹³BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 08.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 01.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 08.

¹⁸NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 08.

O art. 5º, inciso LXIII e o art. 186, ambos da CRFB/88²⁰, que preconizam o direito ao silêncio do acusado, são desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que garante proteção ao indivíduo contra os excessos estatais cometidos durante persecução penal.

Porém, conforme brilhantemente defende a doutrinadora Maria Elizabeth Queijo²¹, este princípio não pode ser visto de maneira absoluta, pois o princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser adequado a outros valores protegidos pelo sistema positivo brasileiro, tais como a segurança pública e a paz social, devendo ser admitidas restrições em caráter de excepcionalidade.

Quanto ao direito fundamental de presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88²², também não há violação, uma vez que já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado.

Deste modo, o STJ, no julgamento do HC nº 536.114-MG²³, firmou entendimento que:

Com efeito, a adoção de tal medida se revela uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes. Dessa forma, deve prevalecer, no presente caso, o interesse da sociedade, sobretudo porque a coleta do material genético do condenado se destinada à proteção dos direitos fundamentais das vítimas, não colocando em risco a integridade física do acusado durante o processo penal.

Desta forma, uma vez que o art. 144, da CRFB/88²⁴ reafirma que a segurança pública é dever do estado, direito e responsabilidade de todos, não se pode olvidar que, ainda que houvesse violação a algum direito fundamental do condenado, o que não há, este direito não poderia ser absoluto, pois se assim o fosse, estaria cerceando direitos fundamentais de toda a sociedade, como o direito a segurança nacional, paz social e direito a uma prestação jurisdicional criminal eficiente, direitos esses de extrema importância para a construção do Estado Democrático de direito.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A concepção de direito penal do inimigo surgiu com Günther Jakobs, em 1985, em um congresso, na cidade Frankfurt, que se discutia a criminalização, em âmbito prévio à lesão de

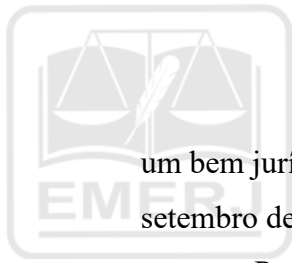
²⁰BRASIL, op. cit., nota 01.

²¹QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411.

²²BRASIL, op. cit., nota 01.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 536.114-MG*. Relator: Ministro: Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15 set de 2021.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 01.



um bem jurídico, mas só passou a ter grande repercussão após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, às torres gêmeas do World Trade Center, na cidade em Nova York.

Para Jakobs, há a necessidade de se separar o direito penal do cidadão do direito penal do inimigo. Pacelli²⁵ explica que o direito penal do cidadão seria voltado para aqueles os quais se espera ainda os comportamentos devidos, já o direito penal do inimigo seria aquele voltado para os indivíduos que violam reiteradamente os tipos penais, que apresentam um estado de perigo latente para a sociedade, fazendo assim, referência aos autores de crimes sexuais violentos, terroristas, criminosos organizados, entre outros.

Ao discorrer sobre o direito penal do inimigo, Günther Jakobs²⁶ assevera que:

Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente, de que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a trata-lo ainda como pessoa, pois de outro modo, estaria lesando o direito de outras pessoas à segurança.

É neste contexto que se faz a dicotomia ao direito penal do cidadão e ao direito penal do inimigo, uma vez que para este, o inimigo não deveria ser tratado como pessoa, também não seria sujeito de garantias e direitos individuais, como, por exemplo, o direito ao contraditório e a ampla defesa, admitindo-se ainda a aplicação de penas desproporcionais à gravidade do delito praticado.

Há de se ressaltar que, Jakobs²⁷ defende que “um direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, na ótica do estado de direito, do que impregnar todo o direito penal com regras específicas e duras próprias do direito penal do inimigo”.

Trazendo a possibilidade de aplicação da teoria do direito penal do inimigo para política criminal brasileira, esbarra-se em um dos pilares defendidos pelo próprio Günther Jakobs, uma vez que, para se verificar a concreta violação a norma, há de se verificar antes quais são as expectativas que são dirigidas a cada indivíduo, dentro do papel que cada um exerce dentro da sociedade.

Eugenio Pacelli²⁸ defende que, para Jakobs, a visão de inimigo não é e nunca foi direcionada aos excluídos sociais de sociedades desiguais, uma vez que, não há como exigir uma conduta conforme a norma daquele que jamais se beneficiou da sociedade e ainda indaga, não seria essa sociedade a verdadeira inimiga daquele por ela excluído?

²⁵ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. [e-book].

²⁶ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

²⁷ Idem; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 17.

²⁸ PACELLI; CALLEGAR, op. cit.

Ao explicar a visão de direito penal do inimigo, de Jakobs, Pacelli²⁹ elucida que:

Nesse passo, talvez haja certa contradição no sistema articulado pelo douto penalista alemão. Ao definir o conceito de culpabilidade material, JAKOBS afirma que o monopólio dos bens e serviços por parte de uma minoria impediria a consolidação da igualdade entre os membros da sociedade, e, assim, a inexigibilidade do comportamento segundo aquele universo normativo (ilegítimo, então). Ora, se assim é, a sua percepção do inimigo em determinada sociedade, concretamente existente, deveria levar em conta tais fatores e respectivas consequências (a exclusão social). Ou seja, a sua ideia de inimigo é bem menos útil e pertinente que aparentemente pretende ser, aplicando-se apenas àquelas sociedades em que haja um alto nível de igualdade material entre seus membros.

É neste contexto que a teoria pura do direito penal do inimigo criada por Günther Jakobs jamais poderia ter aplicação no Brasil, pois conforme os dados revelados pelo IBGE³⁰, o Brasil está em 156^a lugar em nível de desigualdade mundial, situando-se entre os 10 países mais desiguais do mundo.

Contudo, apesar do Brasil viver em um profundo estado de desigualdade, ao qual não caberia a aplicação do direito penal do inimigo de Jakobs, no ordenamento jurídico brasileiro existem normas, com características de direito penal do inimigo, que levam a marginalização e exclusão de determinados indivíduos, considerados inimigos do Estado, como por exemplo, a lei de crime hediondos³¹, que por meio de política criminal, selecionou alguns crimes do ordenamento jurídico brasileiro de forma que fossem atribuídos tratamentos mais severos aos seus infratores.

Não é de se assustar que os crimes de responsabilidade e de improbidade, ou seja, crimes do colarinho branco em geral, que apesar de serem crimes não violentos do ponto de vista físico, são os grandes crimes que realmente atentam contra a sociedade e assolam toda a população, que se torna vítima da pobreza e da desigualdade desenfreada, não sejam crimes previstos como hediondos³² e, por isso, não são tratados com mais rigor pelo ordenamento jurídico.

Nesta linha de raciocínio, fica claro que as leis refletem apenas os interesses de quem as faz, sendo a seletividade penal um instrumento do controle social, exercida por aqueles que estão mais perto do poder, seja do poder político ou econômico.

²⁹ Ibid

³⁰ IBGE. *Tabela países relacionados por desigualdade de rendimentos*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 09.

³² Ibid.



Sendo assim, ficou evidenciada a seletividade penal, mas não se pode olvidar que a seletividade penal ocorre também sob o aspecto da igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei³³, contudo indivíduos que praticam infrações idênticas são criminalizados de formas diferentes.

É neste contexto que Fernando Galvão³⁴ ao citar o estudo feito por Denis Chapman, conclui que:

O estudo levado a efeito por Chapman constatou que, pela manipulação habilidosa do discurso institucional, propaga-se, por toda a sociedade, a ideia de que os delitos apenas são cometidos por indivíduos que, desprovidos de méritos, não conseguiram alcançar um lugar satisfatório na hierarquia social. Assim, a ideologia trabalha no sentido de convencer que o crime é coisa típica dos pobres, o que faz presumir-se que somente cometem crimes os indivíduos que necessitam praticá-los, até mesmo para garantir a própria sobrevivência.

Desta forma, conclui-se que a seletividade penal da política criminal brasileira tem como característica não só a criminalização primária, que é a criação das leis penais, mas também a seletividade incriminadora, que impõe rótulos, estereotipa os indivíduos e se direciona aos mais pobres, tidos como à margem da sociedade, uma vez que estes não estão nem perto do poder político, econômico ou social.

Por último, é importante ressaltar que essa seletividade penal, revestida de toda forma de preconceito, só afasta a vigilância sobre os ricos, com poderio político e empurra para a marginalidade os indivíduos assim já rotulados, pois estes já são os papéis que lhes foram atribuídos, é para eles que as duras leis foram criadas.

3. A SUSPEIÇÃO CRIMINAL PERMANENTE AOS CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO ART.9-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O artigo 9-A, da Lei de execução penal³⁵, que não prevê prazo para exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, dos condenados por crimes dolosos praticados com violência grave contra pessoa, crimes contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, gera grande discussão na doutrina e jurisprudência interna quanto a sua constitucionalidade.

³³BRASIL, op. cit., nota 01.

³⁴CHAPMAN apud GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 [e-book].

³⁵BRASIL, op. cit., nota 08.

Da mesma forma, existem severas divergências quanto ao posicionamento majoritário da doutrina interna brasileira e da jurisprudência internacional do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Suprema Corte norte-americana, quanto a *ratio* do tempo de armazenamento do perfil genético para fins forenses, essas cortes preveem que a norma é constitucional e perfeitamente compatível com o estado democrático de direito.

A doutrina majoritária brasileira defende ser uma espécie de estigma de natureza perpétua ou suspeição criminal permanente e sustenta ostensivamente pela inconstitucionalidade da norma, ao argumento de que obrigar o condenado a fornecer material genético para eventuais investigações, constrange o indivíduo a produzir prova contra si mesmo, violando os princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação.

Nesta linha, Eugenio Paccelli³⁶, sustenta que haveria uma incompatibilidade com o Estado de direito e as liberdades públicas, em que as pessoas passariam do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição.

E ainda, Aury Lopes Jr.³⁷, defende que “[...]haveria uma absurda e indeterminada subordinação ao poder de polícia do Estado, uma injustificável estigmatização, violadora da presunção de inocência e demais direitos da personalidade”.

Contudo, apesar dos contundentes argumentos trazidos pela doutrina supracitada, que pugna pela inconstitucionalidade da norma, não deve ser este o entendimento a ser seguido, uma vez a medida não tem finalidade punitiva, mas sim de prevenção e repressão, contribuindo para a resolução mais rápida dos crimes.

Com efeito, ainda que se entendesse que a medida tem natureza de sanção, a finalidade do ato ser de prevenção e repressão do crime, está em perfeito compasso com a legislação criminal brasileira. Isso porque, o Código Penal, em seu artigo 59³⁸, é expresso ao afirmar que a fixação da pena será a suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Guilherme de Souza Nucci³⁹ explica a natureza jurídica da pena no Brasil:

[...] a pena possui caráter multifacetado, implicando retribuição, o que continua a imperar no inconsciente coletivo da sociedade, bem como no próprio texto legal (art. 59, CP), além de significar prevenção geral positiva (reafirmação dos valores e da efetividade do direito penal) e negativa (intimidação à sociedade) e prevenção individual positiva (reeducação) e negativa (retirada do condenado do convívio social quando necessário).

³⁶PACELLI; CALLEGAR, op. cit.

³⁷LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 [e-book].

³⁸BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

³⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. 3. ed.. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [e-book].



Sendo assim, do ponto de vista de prevenção individual positiva, a ciência do indivíduo de que seu perfil genético está incluindo em um banco de dados, pode desestimulá-lo a cometer mais crimes, contribuindo, desta forma, para uma menor taxa de reincidência e, conseqüentemente, a sua ressocialização, o que se coaduna perfeitamente com o estado democrático de direito.

Ademais, não haverá nenhuma atuação ativa do estado contra o infrator, uma vez que se ele não cometer mais nenhum crime, a norma não terá nenhuma ingerência sobre ele e ainda, se for suspeito, quanto a outro crime, que o não tenha cometido, poderá se beneficiar dela, visto que, pode ser rapidamente retirado da lista de pessoas suspeitas, cuja investigação criminal tenha encontrado DNA.

Há de se ressaltar que este tipo de norma, que prevê efeitos perpétuos da condenação não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a lei de improbidade administrativa⁴⁰, mesmo tendo natureza de ação cível, prevê a pena de perdimento da função pública, sem prazo final.

Ou seja, uma lei de natureza cível tem a previsão expressa de uma pena perpétua, ainda que seja o direito penal o detentor do princípio da fragmentariedade, pois o legislador, imbuído do seu poder de política legislativa, consagrou que os crimes previstos na lei de improbidade administrativa são crimes contra coletividade e, deste modo, seus infratores estão eternamente vetados de se ressocializar moralmente e voltar a exercer um cargo público.

Desta forma, estaria aí o verdadeiro significado de suspeição permanente, com atuação ativa do estado contra o infrator, que não reconhece a capacidade de ressocialização do indivíduo.

Neste diapasão, é também interesse de toda a coletividade ver crimes tão abjetos, como os previstos para legitimação de extração do perfil genético⁴¹, serem mais rapidamente solucionados, bem como que a repressão e prevenção sobre os mesmos sejam mais ostensivas.

Por último, é importante ressaltar que, apesar das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime⁴², que prevendo a necessidade de efetividade da referida norma, constituiu ser falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético, este ainda é pouco eficaz, uma vez que, se o condenado estiver iniciando o cumprimento de sua pena, não há que se falar em regressão de regime, perda de um terço dos dias de pena

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 08.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 11.

remidos, tampouco em interrupção do prazo para progressão de regime, uma vez que estes são os institutos do cometimento de falta grave.

Sendo assim, é importante que o poder público aprimore os meios para que o condenado concita a se submeta ao procedimento de identificação criminal.

Jamais se desfazendo da necessidade de consentimento prévio informado, mas é salutar que o poder público legisle sobre benesses a esse condenado para incentivar o seu consentimento, o que poderia ocorrer por meio de uma melhora nas condições de progressão de regime ou de forma mais enérgica, que a autoridade judiciária ordene sua condução coercitiva, sob pena de crime de desobediência, como ocorrem países europeus, nos Estados Unidos e também na Argentina.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de conflitos de direitos fundamentais que regem o ordenamento jurídico brasileiro. O conflito se verifica pelo direito fundamental de presunção de inocência, direito à privacidade, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo, em contraponto ao direito fundamental da segurança pública, paz social, prevenção do crime e proteção aos direitos e liberdades da sociedade.

De um lado, a doutrina garantista, que defende a inconstitucionalidade do banco de dados dos perfis genéticos aos condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, por crime contra a vida, crime contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, com fundamento em uma possível discriminação ao condenado, violação a presunção da inocência e estado de suspeição criminal permanente; e do outro a jurisprudência, que busca a prevenção ao crime, a segurança nacional e ao bem-estar econômico do país.

Diante dos fundamentos desenvolvidos ao longo do artigo, foi possível chegar à conclusão de que, apesar de ambas as partes trazerem eloquentes argumentos, mostrando que a problemática está longe de ser pacificada, não existe direito fundamental absoluto.

Desta forma, é forçoso dizer que a coleta de um cotonete bucal – swab bucal-, de forma adequada e indolor, com o objetivo de obter o perfil genético do condenado, é uma forma de intervenção corporal capaz de violar a dignidade da pessoa humana.

Sendo também forçoso defender que, a norma contida no artigo 9-A da Lei de execução penal, de manter o perfil genético dos condenados, armazenado, de forma sigilosa,



em banco de dados, seria uma afronta a presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si mesmo, uma vez que tais institutos têm como fundamento a proteção do indivíduo contra os excessos estatais cometidos durante a persecução penal, o que não se coaduna com a questão debatida no presente artigo, uma vez que para o condenado já se tem reconhecida a sua culpabilidade em decisão transitada em julgado.

O entendimento que chegou está pesquisadora é de que tal medida é uma espécie de efeito secundário da condenação e está fundamentada no Estado Democrático de Direito, uma vez que o exercício da cidadania está relacionado ao direito fundamental de segurança pública.

Quanto à questão abordada no segundo capítulo, se verifica que, Günther Jackobs, que é o pai da teoria do direito penal do inimigo, sustenta que o autor de crimes graves deve ser expurgado do seu status de cidadão, devendo ser punido como inimigo do estado, desde haja previsão legal para tanto.

É certo que tal teoria não se amolda a realidade brasileira e por isso, não poderia ser aplicada a sua política criminal, uma vez que ela pressupõe uma sociedade com igualdade de conhecimento, informação e oportunidade, o que por motivos óbvios e dados assustadores, trazidos ao longo do segundo capítulo, não se verifica na realidade da sociedade brasileira.

Ainda assim, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, crimes que são punidos com maior severidade, uns de forma proporcional a gravidade da conduta cometida e outros tão graves quanto, mas que não são punidos da mesma forma, o que deixa claro o aspecto da seletividade penal em que se encontra o ordenamento jurídico.

Contudo, o tempo ilimitado em que os perfis genéticos podem ser armazenados no banco de dados, não se consubstancia em uma dessas normas com características de direito penal do inimigo, pois, apesar da previsão ser para crimes de extrema gravidade, tal medida em nada agrava a situação do condenado e nem na forma do cumprimento da pena.

Entender que tal medida é uma espécie de pena perpétua, é estigmatizar o condenado e afirmar que ele será um reincidente contumaz, visto que os efeitos da permanência no banco de dados só terão relevância para o condenado se ele vier a delinquir novamente, logo, se ele cumprir a principal função social da pena, que é a de ressocialização, tal medida não terá nenhum impacto na sua vida, não gerando nenhuma discriminação em sociedade.

Sendo assim, esta pesquisa sustenta que a falta de prazo para que o perfil genético dos condenados pelos crimes praticados no art.9-A, da Lei de Execução penal, está em conformidade com os princípios fundamentais de direito, não afrontando a presunção de



inocência, tão pouco ao direito de não produzir provas contra si mesmo, e esclarece que apesar da constitucionalidade e importância da norma, ela ainda encontra pouca efetividade.

Em que pese o *swab* oral ser uma técnica indolor e de não afrontar a dignidade da pessoa humana, é uma forma de intervenção corporal invasiva, só podendo ocorrer por meio de consentimento do condenado, e a simples previsão trazida pelo Pacote Anticrime de que a sua recusa constitui falta grave, não é suficiente para estimular os condenados a cooperem.

Um instituto tão importante, e eficaz na percussão penal, que auxilia na identificação da autoria criminosa e proporciona diminuição de erros judiciários, deveria ter, por parte do legislador, meios de coerção direta, em caso de recusa, ou ainda de institutos que propiciassem benesses aos condenados que cooperassem, como, por exemplo, uma melhora nas condições de progressão de regime, não sendo, portanto, a falta grave instituto suficiente para estimular a cooperação do condenado.

REFERENCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. *Lei de crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

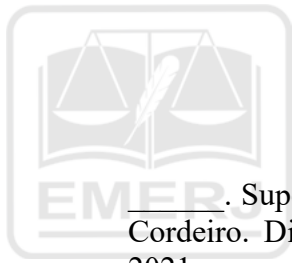
_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

_____. *Lei nº 12.037*, de 01 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. *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>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.Ibid.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 536.114-MG*. Relator: Ministro: Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 [e-book].

IBGE. *Tabela países relacionados por desigualdade de rendimentos*, p. 52. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 [e-book].

NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. 3. ed.. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [e-book].

PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O TRATAMENTO DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE PENA PELOS PSICOPATAS

Thiago Assed Vianna de Faria

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC) do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a análise da psicopatia se apresenta de forma complexa, principalmente quando verificada no âmbito do Direito Penal. Cada vez mais se percebe a presença de agentes psicopatas cometendo delitos e, com isso, surge a urgente necessidade em encaixá-los dentro da ideia de responsabilidade penal, além de determinar qual seria melhor forma de responsabilizá-los com base nas sanções penais existentes dentro do ordenamento jurídico-penal brasileiro. A essência do trabalho é abordar essas classificações e forma de sanções e apontar qual a que melhor se encaixaria para os casos envolvendo criminosos psicopatas.

Palavras-chave – Direito Penal. Cumprimento de pena. Psicopatia. Imputabilidade.

Sumário – Introdução. 1. Análise em relação a imputabilidade dos psicopatas: como se deve enquadrá-los perante o direito penal. 2. Análise quanto a eficácia e aplicabilidade das sanções penais aos psicopatas. 3. As consequências causadas pela omissão legislativa no tratamento dos psicopatas. Conclusão. Referências.

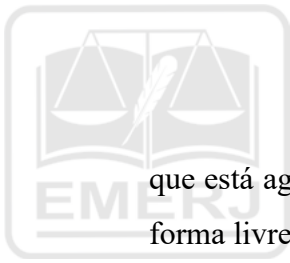
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica enfoca a temática a respeito do cumprimento de pena pelos psicopatas, ou seja, qual seria a maneira mais eficaz de se punir essas pessoas de modo a evitar que elas venham a reincidir e garantir uma melhor tutela penal.

Com esse intuito, colacionam-se diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o objetivo de verificar onde os psicopatas se encaixam no ordenamento jurídico penal para conseguir identificar qual deve ser a sanção penal aplicada que se caracterize como uma forma mais eficaz de retribuir o ato ilícito por ele praticado.

A psicopatia vem gerando uma grande divergência dentro dos tribunais a respeito de como essas pessoas devem ser tratadas perante o direito penal. Ocorre que alguns doutrinadores classificam a psicopatia como sendo uma doença mental, o que geraria a essas pessoas uma condição de inimputável. Contudo, grande parte da doutrina entende que seria um transtorno de personalidade antissocial, levantando-se uma dúvida quanto a imputabilidade desse psicopata.

Os psicopatas são caracterizados como pessoas incapazes de sentir empatia ou outro tipo de emoção com suas vítimas, agindo com base em um raciocínio frio e calculista. Contudo, verifica-se que a psicopatia não retira dessa pessoa a sua habilidade de percepção de



que está agindo contrariamente a uma norma legal, sendo certo que suas escolhas ocorrem de forma livre.

Nesse sentido, muito se diverge a respeito de uma pessoa portadora de psicopatia ser classificada como imputável ou semi-imputável, e, por consequência, receber alguns benefícios dessa condição, como a diminuição de pena do art. 28 do Código Penal, conforme será abordado no primeiro capítulo.

Além disso, ao longo do segundo capítulo, a pesquisa aborda a forma que essas pessoas deveriam cumprir as sanções impostas. Os próprios tribunais divergem sobre qual seria a maneira mais correta de se punir o psicopata, se através de uma pena restritiva de liberdade ou por meio de uma medida de segurança, tendo em vista a adoção do Sistema Vicariante, que veda a aplicação simultânea das duas sanções penais ao condenado.

O terceiro capítulo analisa como a indefinição se mostra ainda mais acentuada quando da análise dos casos concretos. A ausência de uma previsão legislativa faz com que o tratamento desses psicopatas se torne cada vez mais discrepante, já que em alguns casos lhes são aplicadas penas restritivas de liberdade e em outro a medida de segurança.

Dessa maneira, a necessidade de se verificar a melhor forma para se punir esses indivíduos se torna extremamente necessária, visto que a aplicação equivocada repercute de maneira extremamente negativa, gerando um aumento na reincidência dessas pessoas, além de deixar a sociedade exposta e refém da discricionariedade da justiça.

A pesquisa a ser realizada será com base no método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o objetivo primordial do pesquisador é escolher um conjunto de proposições hipotéticas, por meio das quais acredita serem factíveis e adequadas para a análise da pesquisa, com o condão de confirmar ou não as teses de maneira argumentativa.

Com base nisso, a abordagem selecionada será qualitativa, tendo em vista a pretensão de se valer da bibliografia pertinente ao tema em foco para sustentar a tese a ser defendida.

1. ANÁLISE EM RELAÇÃO A IMPUTABILIDADE DOS PSICOPATAS: COMO SE DEVE ENQUADRÁ-LOS PERANTE O DIREITO PENAL

Uma das grandes discussões a respeito da psicopatia gira em torno da forma como essas pessoas devem ser tratadas à luz do direito penal brasileiro. Muito se diverge se eles deveriam receber um tratamento como imputáveis, inimputáveis ou de semi-imputáveis.



Conforme preconiza a concepção finalista, tem-se a culpabilidade como sendo composta por três elementos distintos, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Com o objetivo de melhor entender a posição dos psicopatas dentro do ordenamento jurídico, a análise da culpabilidade se torna de suma importância. Além disso, se faz necessário uma especial observação em seu elemento da imputabilidade, já que é o principal ponto de divergência na doutrina e jurisprudência, e, por consequência, o foco deste capítulo.

Primeiramente, ressalta-se que, conforme supramencionado, a imputabilidade do agente é tida como um dos elementos da culpabilidade, sendo certo que, para que alguém possa ser responsabilizado por algum fato típico será preciso que ele seja imputável.

Segundo afirma Rogério Greco¹, “a imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente”, dessa forma, tem-se a imputabilidade como uma regra geral no momento de se responsabilizar alguém.

Ao verificar a imputabilidade do agente, será preciso que estejam presentes dois elementos complementares. Conforme Luís Regis Prado², o primeiro seria o intelectual, que se caracteriza como sendo a possibilidade de o agente entender o caráter ilícito do fato. Outro elemento é o volitivo, consistente na possibilidade de se dominar a sua vontade, ou seja, de atuar conforme seu entendimento.

De acordo com o ordenamento jurídico, a inimputabilidade de uma pessoa ocorre em dois diferentes casos, seja por conta de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou por razão de idade. Em relação ao critério etário, o mesmo não possui relevância para os psicopatas, tendo em vista que todo menor de 18 anos deve ser considerado como inimputável.

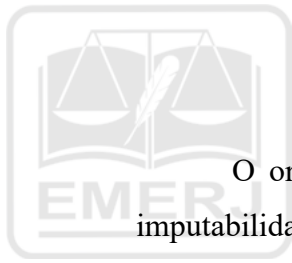
Sendo assim, o mais importante a se analisar seria a possibilidade de o psicopata ser caracterizado como inimputável por questões de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto.

Conforme dispõe o art. 26 do Código Penal³, para se considerar a inimputabilidade de alguém, seria necessário a existência de uma doença mental no agente ou de seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado, conjugado com a sua absoluta incapacidade de, ao tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato que praticou.

¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – parte geral. 21. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p. 513.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro* – parte geral. 3. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 349.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.



O ordenamento jurídico brasileiro adota um critério biopsicológico para analisar a imputabilidade do agente, de forma que a aferição da doença mental ou desenvolvimento mental incompleto por si só não são suficientes para configurar a inimputabilidade.

Se faz preciso que tais elementos sejam analisados no momento em que a pessoa praticou o fato típico, ou seja, para que seja caracterizada inimputabilidade, é necessário que o agente esteja, ao tempo da ação ou omissão, completamente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em alguns casos, é possível que o agente atue com uma perda parcial de compreensão ou de autodeterminação de seus atos, gerando uma redução na sua capacidade de discernimento sobre o ato ilícito praticado. Tal fato faz com que ele não possa responder como um imputável.

Contudo, nesses casos, ele também não pode ser tratado como inimputável, já que, ainda que em grau reduzido, possui conhecimento que o fato praticado é típico.

Em relação ao cenário mencionado, o legislador passou a tratar essas pessoas como semi-imputáveis. Para elas, o Código Penal⁴, em seu art. 26, previu a possibilidade de se atenuar a pena imposta de um a dois terços. Outra possibilidade prevista neste diploma legal é de se aplicar uma medida de segurança ao invés de uma pena restritiva de liberdade, conforme art. 96.

Ocorre que, no que diz respeito aos psicopatas, a doutrina diverge muito a respeito de como eles devem ser tratados. Pode-se entender que eles deveriam ser considerados inimputáveis, vez que a psicopatia se equivaleria a uma doença mental, e, conseqüentemente, conforme dispõe a lei penal eles perdem essa condição de imputabilidade.

Em outro sentido, doutrinadores como Guido Arturo Palomba⁵, defendem que essas pessoas deveriam responder sob a condição de semi-imputáveis. Para os defensores dessa corrente, a psicopatia é tida como uma perturbação na saúde mental que reduz a capacidade do agente, conforme parágrafo único do art. 26.

⁴ Ibid.

⁵ PALOMBA apud PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. *Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico penal*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/psicopatia-e-direito-penal-o-lugar-do-autor-psicopata-dentro-do-sistema-juridico-penal/>>. Acesso em: 10 mar. 2021.



Por fim, existe a ideia de que os psicopatas são imputáveis, ou seja, devem responder normalmente pelos crimes que cometem, pensamento defendido por autores como Jorge Trindade⁶ em sua obra.

O tema possui bastante divergência e é muito debatido tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Estudiosos da área médica e científica afirmam que a melhor forma de se tratar a psicopatia é como um transtorno de personalidade antissocial, e não como uma doença mental.

Conforme entende Tatiane Moraes⁷, “[...] os psicopatas têm uma ligação com o sistema nervoso central e que não são entendidos como doentes mentais.”. Tal entendimento afasta por completo a possibilidade dessas pessoas serem tratadas como inimputáveis, vez que, tal condição não vai afetar a consciência e a vontade, de forma a excluir a culpabilidade do agente.

Existe uma considerável parcela doutrinária que entende que esses indivíduos deveriam ser considerados como semi-imputáveis, já que para eles a psicopatia é tida como uma perturbação mental, ocasionando uma considerável redução na sua capacidade de conhecimento.

Um dos defensores dessa tese é Guido Arturo Palomba⁸, que afirma que:

[...] estariam em uma zona fronteira entre a normalidade mental e a doença mental, apresentando comprometimento no aspecto afetivo, intencional e de violação. Assim, o transtorno do comportamento deles desestrutura a sua capacidade de autocritica e de julgamento de valores ético-morais. Diante disso, a psicopatia configuraria uma perturbação da saúde mental, e, portanto, ao seu portador caberia a semi-imputabilidade.

Porém, tal conceituação não merece prosperar. Os psicopatas não possuem mentes adoecidas, pelo contrário, eles são capazes de agir com um raciocínio frio e altamente calculista combinado com uma incapacidade de tratar outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos, conforme afirma Ana Beatriz⁹.

Os psicopatas, ao cometerem um crime, não estão agindo de maneira inconsciente ou com um grau reduzido de vontade e de conhecimento. Pelo contrário, as escolhas que eles tomam são realizadas de forma livre e consciente, além disso, eles não demonstram qualquer

⁶ TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.133.

⁷ MORAES, Tatiane. *Psicopatas homicidas: um estudo à luz do sistema penal brasileiro*. Belo Horizonte: Dialética, 2019, p. 28.

⁸ PALOMBA apud PIMENTEL, op. cit.

⁹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014, p.38-42.



tipo de arrependimento ou empatia pelas vítimas, os tornando ainda mais perigosos para a sociedade.

Além disso, os psicopatas atuam de forma extremamente calculista, de modo a premeditar o crime, inclusive escolhendo com cuidado a vítima, o local e até mesmo o *modus operandi*.

Após adquirir conhecimentos sobre o instituto da imputabilidade penal, a melhor forma de se enquadrar os psicopatas dentro do ordenamento jurídico, seria como uma pessoa plenamente capaz, já que ele não sofre qualquer abalo em sua capacidade de percepção.

Nessa esteira de raciocínio, ao observar o art. 26 do Código Penal, e com base nas características da psicopatia, não se tem qualquer hipótese capaz de excluir a imputabilidade dos psicopatas.

Tal fato ocorre pois os psicopatas compreendem o caráter ilícito de sua conduta, conseguindo controlar seus impulsos e agindo de forma calculista e desprovidos de qualquer emoção, devendo ser considerados como imputáveis à luz do Código Penal, não tendo que se falar em aplicação de atenuantes.

Destaca-se que tal conceituação do psicopata é de suma importância, já que ela possui repercussão direta na forma como eles serão responsabilizadas pelos seus atos criminosos.

Uma vez considerados como imputáveis, eles respondem normalmente pelos fatos típicos praticados, restando saber qual é a melhor forma de se aplicar o cumprimento da sanção imposta nesses casos específicos envolvendo os psicopatas.

2. ANÁLISE QUANTO A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS SANÇÕES PENAIS AOS PSICOPATAS

Uma vez entendido e definido a forma como os psicopatas devem ser tratados pelo ordenamento jurídico penal, deve-se analisar qual seria a melhor forma de puni-los pelos atos ilícitos praticados.

Entende-se que ao cometer um crime, o indivíduo estará sujeito a aplicação de uma sanção penal, que é considerada como um gênero e possui como espécies a pena e a medida de segurança.

Existe uma distinção entre esses dois institutos. Enquanto a medida de segurança está atrelada a uma ideia de periculosidade do agente e possui uma natureza meramente

preventiva, a pena terá como fundamento a culpabilidade, além de possuir uma natureza preventiva e de reprovação.

A principal diferenciação entre essas duas sanções está ligada à pessoa a qual ela será dirigida, tendo em vista que essa aplicação está diretamente atrelada a ideia de imputabilidade. Sendo assim, enquanto a medida de segurança pode ser aplicada aos inimputáveis e, excepcionalmente, ao semi-imputáveis, a aplicação da pena será dirigida aos imputáveis.

Antes da reforma de 1984 do Código Penal, se adotava o Sistema do duplo binário. Esse sistema entendia que a pessoa considerada semi-imputável iria cumprir inicialmente a pena privativa de liberdade, e, quando ela terminava se analisaria a existência de periculosidade desse agente. Se fosse constatado que ele ainda possuía um grau de periculosidade, seria submetido a uma medida de segurança.

Contudo, com o advento da referida reforma, passou-se a adotar o Sistema Vicariante ou Unitário. Com base nele, não seria mais possível que o magistrado aplicasse as duas sanções penais, tendo que escolher apenas uma para punir o ilícito praticado pelo agente. Conforme esse sistema, para uma pessoa considerada semi-imputável, se aplicaria uma pena reduzida de 1/3 a 2/3 ou a medida de segurança, analisando qual medida seria a mais adequado para o acusado.

Em relação a medida de segurança, para que ela seja cabível, deve-se verificar se o fato cometido é típico, ilícito e punível, se o agente possui periculosidade e, principalmente, deve-se constatar a ausência de imputabilidade plena. Sendo assim, caso o indivíduo seja considerado imputável, a ele será aplicada a pena e não a medida de segurança.

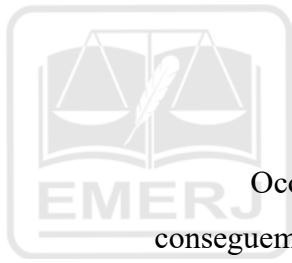
Essa sanção pode ser aplicada de duas formas, através de uma internação, onde o condenado será encaminhado para um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou outro estabelecimento adequado, conforme art. 96, I do Código Penal¹⁰, ou por meio de tratamento ambulatorial, previsto no art. 96, II do CP.

Em relação a pena, afirma Damásio¹¹ que ela é uma “sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consiste na diminuição de um bem jurídico.”

Conforme dispõe o art. 32 do Código Penal, essas penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹ JESUS, Damásio. *Estudo de Direito Penal: parte geral*. 28. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 519.



Ocorre que, ao se considerar esses psicopatas como seres imputáveis, visto que eles conseguem compreender o caráter ilícito de suas condutas e controlar seus impulsos, a eles não se pode falar em aplicação de medida de segurança, já que ela será cabível apenas como medida de prevenção para aqueles portadores de doença mental que sejam considerados inimputáveis ou semi-imputáveis.

Conforme afirma Ana Beatriz Barbosa Silva¹², caso se aplicasse essa sanção aos psicopatas, de maneira a determinar sua internação em hospitais de custódia, esse recurso não seria capaz de entregar um resultado significativo, uma vez que, as terapias biológicas e as psicoterapias se mostram ineficazes para a psicopatia. Dessa forma, quando um psicopata é obrigado a se submeter a uma terapia, eles se tornam ainda piores, já que possuem a capacidade de aprender a usar a psicologia para manipular outros indivíduos.

Com base nisso, entende-se que, com base no ordenamento penal brasileiro, a melhor maneira de se punir esses psicopatas seria através de uma pena privativa de liberdade, visto o seu caráter de reprovação e prevenção da conduta criminal.

Contudo, ainda que se aplique essa sanção ao psicopata, cientistas ligados ao estudo da saúde mental afirmam “[...] existir uma grande barreira na finalidade da pena, ou seja, a capacidade do delinquente apreender e ser reeducado através da reprovabilidade da conduta”, conforme afirma Tatiane Moraes¹³.

Essa barreira na finalidade da pena consiste no fato de os psicopatas apresentarem uma alta probabilidade de reincidir criminalmente, sendo essa possibilidade duas vezes maior que a de criminosos comuns. Sendo certo que em se tratando de crimes violentos, esse número chega a ser de três vezes mais, conforme afirma Ana Beatriz Barbosa¹⁴.

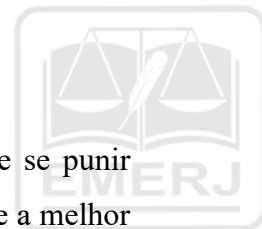
Nessa esteira de raciocínio, importante que ao se aplicar a sanção penal se realize uma diferenciação entre o criminoso comum e o psicopata. Isso porque a colocação de um psicopata no sistema carcerário de forma indiscriminada pode gerar prejuízos não apenas a esse indivíduo, mas também a todo o sistema penal.

Essas pessoas portadoras de psicopatia possuem a enorme capacidade de manipulação sobre outros indivíduos, se utilizando dessas habilidades para obter vantagens pessoais. Com isso, é comum que esses agentes liderem rebeliões ou se tornem chefes de grupos criminosos dentro do presídio.

¹² SILVA, op. cit., p. 187.

¹³ MORAES, op. cit., p. 93.

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 129.



Diante disso, apesar da pena privativa de liberdade ser a melhor forma de se punir esses psicopatas, deve-se ter cuidado no momento de sua aplicação. Sendo certo que a melhor forma de se proceder é realizando a distinção entre os criminosos comuns e os psicopatas, buscando sempre realizar uma individualização no cumprimento de pena de cada um deles.

Salienta-se que essa capacidade que o psicopata possui de se moldar em um ambiente, buscando sempre se favorecer, faz com que eles sejam capazes de preencher requisitos para concessões de benefícios penais como a progressão de pena ou o livramento condicional. E uma vez obtida essas benesses, eles voltam a cometer seus crimes.

Com isso, é de suma importância a identificação do psicopata para que a ele se imponha um regime de pena mais rigoroso, assim como realizar esse cumprimento separadamente dos demais presos.

Destaca-se ainda que ao se observar legislações internacionais, pode-se observar diversas formas de punir esses psicopatas. Métodos mais comuns como a prisão perpétua e a pena de morte acabam sendo incompatíveis com a Constituição Brasileira. Um outro método muito aplicado internacionalmente em países como Alemanha, Suécia e Estados Unidos é a castração química, destinada a esses psicopatas que cometem crimes sexuais.

Tem-se ainda um método muito utilizado em países como Canadá e Estados Unidos, que consiste na colocação de pulseiras rastreadoras. Essa medida se assemelha com as tornozeleiras eletrônicas, utilizadas no Brasil. Entende-se que a utilização dessas pulseiras nos psicopatas poderia ter uma finalidade positiva, pois elas não geram uma ofensa a sua integridade física e possibilitam que esses indivíduos tentem se reinserir na sociedade, já que esse rastreamento diminuiria a chance de reincidência.

Contudo, essas pulseiras rastreadoras não conseguiram impedir que o psicopata cometa o crime, sendo sua finalidade unicamente de rastreá-los.

Com isso, esses métodos mencionados ou são vedados pelo ordenamento ou não possuem uma aplicabilidade prática muito eficaz.

Destaca-se que uma solução alternativa e eficaz para se aplicar a pena privativa de liberdade a esses psicopatas consistiria, conforme Christian Costa¹⁵:

[...] na criação de prisões especificamente destinadas a psicopatas, onde estes ficariam isolados dos presos comuns, de maneira que não poderiam controlá-los. Esta prisão deveria receber uma atenção especial do governo, contando sempre com equipe médica e psicológica para acompanhamento permanente, caso contrário o

¹⁵ COSTA apud BANHA, Nathalia Cristina Soto. *A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-resposta-do-estado-aos-crimes-cometidos-por-psicopatas/#_ftn13> Acesso em: 16 ago. 2021.



que seria a resolução do problema, acabaria sendo verdadeira bomba prestes a estourar.

Essa solução trazida por Christian seria a melhor alternativa, visto que, a separação do psicopata em um presídio próprio evitaria a sua influência nos demais presos, facilitando tanto a reabilitação desses criminosos comuns como também na do próprio psicopata.

Destaca-se que, devido a crise financeira que o Estado Brasileiro passa, a criação de presídios próprios para psicopatas se torna dificultosa. De tal maneira, a colocação desses criminosos em celas distantes dos presos comuns, evitando ao máximo o contato entre eles, também poderia ser uma medida com efeitos positivos.

3. AS CONSEQUÊNCIAS CAUSADAS PELA OMISSÃO LEGISLATIVA NO TRATAMENTO DOS PSICOPATAS

Em relação à psicopatia, não é muito comum que se encontre nos tribunais decisões tratando dessas pessoas, ou que pelo menos classifiquem elas como verdadeiros psicopatas. Diante disso, entende-se que o tema ainda gera muita divergência dentro da jurisprudência.

O Código Penal Brasileiro, em seu item 19 da Exposição de Motivos da Parte Geral, tratava dos psicopatas, servindo como uma forma de embasamento para a caracterização desses indivíduos. Ocorre que essa previsão deixou de existir com o advento da reforma no Código Penal trazida pela Lei nº 7.209/1984.

Atualmente não existe no ordenamento jurídico qualquer menção a figura do psicopata. Essa omissão legislativa gera uma insegurança jurídica enorme, visto que, cabe ao aplicador do direito a análise casuística e determinar como deve aquele psicopata responder pelos seus crimes.

A psicopatia é tida como um transtorno de personalidade antissocial, e não como uma doença mental. Sendo certo que existem diversos transtornos antissociais além da psicopatia, e, muitas vezes, eles não são facilmente perceptíveis e diferenciáveis uns dos outros. Sendo assim, deixar a cargo do magistrado realizar o enquadramento de um indivíduo como psicopata e responsabilizá-lo, pode gerar uma série de divergências entre decisões.

Ocorre que o magistrado não possui um conhecimento técnico na área para analisar o caso e conseguir definir se o réu é ou não um psicopata e qual seria a melhor forma de punir essa pessoa, isso porque “a complexidade que envolve o fenômeno da psicopatia resulta em posicionamentos divergentes dentro da própria ciência médica que busca um entendimento

sobre o assunto. O que dizer, então, de uma decisão delegada a quem possui pouco ou até nenhum preparo [...]”, conforme afirma Vanessa Miceli¹⁶.

Essa omissão legislativa faz com que, muitas vezes, surjam decisões e formações jurisprudenciais que não protegem a sociedade desses psicopatas. A recorrente discricionariedade deixada para os tribunais ao decidirem sobre os psicopatas, faz com que esses indivíduos sejam tratados da mesma forma que os criminosos comuns.

Esse tratamento genérico entre os psicopatas e os criminosos comuns geram na sociedade um sentimento de impunibilidade. Isso porque, por se tratar de indivíduos com uma “permanente indiferença fria e calculista em relação aos outros”¹⁷, eles deveriam sofrer punições ainda mais severas.

Um caso famoso é o do psicopata conhecido como “Vampiro de Niterói”. Marcelo Costa de Andrade foi condenado por estuprar, matar e beber o sangue de mais de 14 crianças durante a década de 1990. O psicopata, popularmente conhecido como “Vampiro de Niterói”, cumpre medida de segurança no Estado do Rio de Janeiro desde 1993.

Existe uma tendência de que Marcelo retorne ao convívio social assim que completar 30 anos de cumprimento da medida de segurança, levando em conta a jurisprudência defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, em recente avaliação feita por médicos do hospital em que ele está internado, se concluiu que o condenado “tem a mesma mente infantil e ainda fala com orgulho sobre os crimes que cometeu.”¹⁸

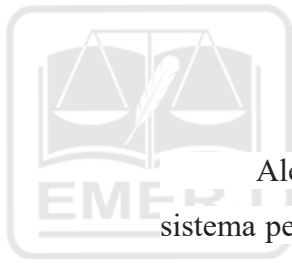
Com isso, entende-se que, se seguida a orientação do STF, esse psicopata será posto em liberdade e, inevitavelmente, voltará a cometer os mesmos crimes que o levaram a ser detido.

Sendo assim, apesar de a jurisprudência da Suprema Corte existir como uma forma de garantir a segurança jurídica e isonomia entre os condenados, se faz necessário uma modificação nesse precedente, de maneira a individualizar a figura do psicopata e, por consequência, tornar mais difícil a sua colocação em liberdade.

¹⁶ PIMENTEL, op. cit.

¹⁷ DAYNES apud MORAES, Tatiane. *Psicopatas homicidas: um estudo à luz do sistema penal brasileiro*. Belo Horizonte: Dialética, 2019, p. 17.

¹⁸ CIDADE ALERTA. “Vampiro de Niterói” pode ganhar liberdade dentro de alguns meses. Disponível em: <<https://recordtv.r7.com/cidade-alerta/videos/vampiro-de-niteroi-pode-ganhar-liberdade-dentro-de-alguns-meses-11082021>>. Acesso em: 01 set. 2021.



Além disso, essa omissão legislativa, em relação aos psicopatas, faz com que no sistema penal brasileiro não exista um procedimento específico que se consiga diagnosticar e diferenciar esses indivíduos dos demais criminosos.

Atualmente, tem-se no âmbito internacional um instrumento capaz de aferir a psicopatia de uma pessoa. Esse mecanismo é conhecido como escala PCL-R e se baseia em um questionário com 20 qualidades fundamentais de um psicopata. Esse método é aplicado por pessoas qualificadas nessa matéria e busca definir se a pessoa submetida a ele é ou não psicopata e em qual grau ela possui essa psicopatia.

Em países que optaram por utilizar esse mecanismo de diagnóstico do psicopata, foi possível a verificação de uma considerável redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais violentos, e, conseqüentemente, reduzindo também a violência na sociedade em geral, conforme Ana Beatriz Barbosa¹⁹.

Com base nessa escala PCL-R seria possível a individualização do criminoso psicopata, sendo a ele imposta uma punição mais eficaz, inclusive no que diz respeito a implementação de um tratamento individualizado conforme as suas características.

Tal mecanismo teria uma aplicabilidade positiva caso adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, atualmente a forma que esses psicopatas são tratados não trazem qualquer resultado positivo.

Uma outra consequência atrelada a omissão legislativa em relação aos psicopatas são os benefícios no cumprimento de pena. Isso porque, conforme Ana Beatriz Barbosa afirma, “mentir, trapacear, e manipular são habilidades natas de um psicopata, eles apresentam comportamentos agradáveis e sedutores, tendo, como único objetivo manipular o outro para alcançar seus propósitos a qualquer custo”²⁰. Com isso, eles conseguem facilmente cumprir os requisitos para serem beneficiados com progressões de regime ou livramento condicional, sem que de fato tenham alcançado algum grau de arrependimento.

Com isso, verifica-se que o sistema jurídico brasileiro não está preparado para lidar com a figura do psicopata. De maneira que existe a urgente necessidade desses indivíduos serem individualizados e possuírem uma maior tutela penal pela jurisprudência, doutrina e pelo próprio ordenamento jurídico.

Ao longo dos anos, diversos projetos de lei que visavam implementar medidas como exame específico ou prisões especiais para esses psicopatas, foram rejeitados ou deixados de

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 129.

²⁰ Ibid., p.78.

lado. Diante disso, o ordenamento segue possuindo essa lacuna em relação aos psicopatas, fazendo com que a tutela conferida a eles seja incompleta ou ineficaz.

De tal maneira, no dia a dia forense, a análise e julgamento desses casos acaba sendo discricionária e tratada de formas distintas, muitas vezes sofrendo com a influência de um clamor social.

Nessa esteira de raciocínio, se torna urgente a necessidade de se reformar o sistema penal brasileiro, buscando um tratamento objetivo desses psicopatas.

Ressalta-se ainda que essa previsão deve possuir um caráter estruturado e eficaz, buscando a proteção não apenas da sociedade, mas também tentando buscar um tratamento adequado a ser implementado para essas pessoas portadoras desse transtorno de personalidade antissocial.

Impõe-se que essa reforma não deve possuir um caráter apenas de cunho legal, mas também deve abranger todos os setores, inclusive social. De tal maneira, seria possível individualizar o psicopata, aplicando a melhor sanção possível, evitando-se que ele consiga utilizar de suas habilidades e técnicas manipuladoras para obter melhores condições para si.

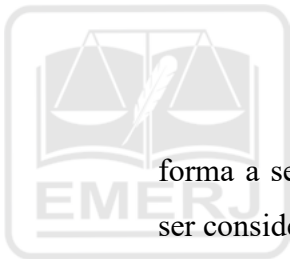
CONCLUSÃO

Este trabalho teve com foco principal a existência de uma divergência no que diz respeito ao tratamento dos psicopatas dentro do ordenamento jurídico penal brasileiro. O embate materializa-se pela análise se essas pessoas deveriam ser tratadas como imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis, e, conseqüentemente, como seria a melhor forma de puni-las pelos crimes praticados.

De um lado, diversos juristas e doutrinadores afirmam que o melhor tratamento para essas pessoas deveria ser encaixá-las como semi-imputáveis, entendendo que a psicopatia é tida como uma perturbação na saúde mental que reduz a capacidade do agente, devendo ele sofrer uma redução na sua pena, conforme dispõe o Código Penal Brasileiro.

Em sentido contrário se posiciona uma outra corrente que defende o tratamento desses psicopatas como seres imputáveis, afirmando que a psicopatia não reduz em nada a capacidade de compreender o caráter ilícito das condutas praticadas por essas pessoas. Destacando-se ainda a existência de uma corrente minoritária que aponta a inimputabilidade desses psicopatas.

Com base nas reflexões fundamentadas que se desenrolaram ao longo deste trabalho, constatou-se que o tratamento dos psicopatas como seres semi-imputáveis não seria a melhor



forma a ser adotada, de modo que, com base em diversas análises realizadas, deveriam eles ser considerados como imputáveis.

Tal entendimento foi possível com base na ideia de que os psicopatas compreendem o caráter ilícito de sua conduta, conseguindo controlar seus impulsos e agindo de forma calculista e desprovidos de qualquer emoção. Suas escolhas são realizadas de forma livre e consciente, além disso, eles não demonstram qualquer tipo de arrependimento ou empatia pelas vítimas, os tornando ainda mais perigosos para a sociedade.

De tal maneira, verificou-se que eles não sofrem qualquer abalo em sua capacidade de percepção. De modo que, ao observar o art. 26 do Código Penal, e com base nas características da psicopatia, não se tem qualquer hipótese capaz de excluir a imputabilidade dos psicopatas.

Quanto à questão levantada ao longo do segundo capítulo, a que se verificar qual é a melhor forma de se aplicar o cumprimento da sanção imposta nesses casos específicos envolvendo os psicopatas.

Essa pesquisa concluiu que a sanção de aplicação de medidas de segurança deve ser excluída quando se depara a casos envolvendo psicopata, tendo em vista a sua capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta praticada. Com base nisso, entendeu-se que a melhor forma de se punir seria por meio da aplicação de penas privativas de liberdade.

Contudo, verificou-se que nem sempre essa solução traria uma eficácia positiva em decorrência do próprio comportamento dos agentes psicopatas. Ocorre que eles possuem a habilidade de se moldar em um ambiente, buscando sempre se favorecer, possibilitando que sejam capazes de preencher requisitos para concessões de benefícios penais como a progressão de pena ou o livramento condicional.

Com isso, ficou evidente que é de suma importância a identificação do psicopata para que a ele se imponha um regime de pena mais rigoroso, bem como realizar a colocação desses criminosos em celas distantes dos presos comuns, evitando ao máximo o contato entre eles.

Uma grande problemática apontada foi a omissão legislativa em relação ao tratamento dos psicopatas. Conforme verificou-se, tal fato faz com que decisões e formações jurisprudenciais surjam sem que protejam a sociedade desses psicopatas. Essa recorrente discricionariedade deixada para os tribunais ao decidirem sobre os psicopatas, faz com que esses indivíduos sejam tratados da mesma forma que os criminosos comuns.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, a necessidade de se reformar o sistema penal brasileiro, buscando um tratamento objetivo desses psicopatas. Essa revisão deve



possuir um caráter estruturado e eficaz, visando a proteção não apenas da sociedade, mas também implementado um tratamento para essas pessoas portadoras da psicopatia.

Por outro lado, frise-se que essa reforma não deve possuir um caráter meramente legal, mas também deve abranger todos os setores, inclusive social. Concluindo-se que, caso essa reforma estruturada fosse realizada, seria possível individualizar o psicopata, aplicando-se a ele a melhor sanção possível.

REFERÊNCIAS

BANHA, Nathalia Cristina Soto. *A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-resposta-do-estado-aos-crimes-cometidos-por-psicopatas/#_ftn13> Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CIDADE ALERTA. *“Vampiro de Niterói” pode ganhar liberdade dentro de alguns meses*. Disponível em :<<https://recordtv.r7.com/cidade-alerta/videos/vampiro-de-niteroi-pode-ganhar-liberdade-dentro-de-alguns-meses-11082021>>. Acesso em: 01 set. 2021.

DAYNES apud MORAES, Tatiane. *Psicopatas homicidas: um estudo à luz do sistema penal brasileiro*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. 21. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

JESUS, Damásio. *Estudo de Direito Penal: parte geral*. 28. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

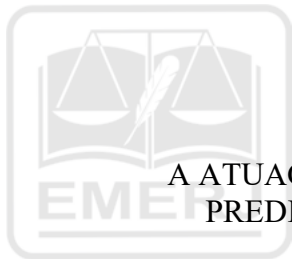
MORAES, Tatiane. *Psicopatas homicidas: um estudo à luz do sistema penal brasileiro*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. *Psicopatia e direito penal – o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico penal*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/psicopatia-e-direito-penal-o-lugar-do-autor-psicopata-dentro-do-sistema-juridico-penal/>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. 3. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS PREDIAIS URBANOS RESIDENCIAIS EM RAZÃO DA PANDEMIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Thiago Gangemi Barros Detommaso dos Santos

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Pós-graduado em o Ministério Público e as novas ferramentas do direito contemporâneo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – FEMPERJ. Advogado.

Resumo – O artigo trata da atuação do judiciário fluminense na revisão e resolução dos contratos prediais urbanos residenciais durante a pandemia da Covid-19. A partir da revisão de literatura, são apresentados os pontos mais relevantes acerca dos contratos locatícios, incluindo a legislação geral e a especial. Apresenta-se, no primeiro capítulo, o tema geral de locações previstos na Lei nº 8.245/91 e no Código Civil Brasileiro e seus reflexos na atualidade. No segundo capítulo, descreve-se a Lei Estadual nº 9.020/20, demonstrando o objetivo a ser alcançado pela norma estadual, colacionando inclusive a justificativa do legislativo para propor a referida norma. E no terceiro capítulo, exemplifica-se as respostas dadas às ações geradas no judiciário fluminense durante a pandemia através de seus boletins mensais informativos. Argumenta-se, nesse último capítulo, a técnica de ponderação adotada pelo judiciário caso a caso, na tentativa de dirimir os conflitos entre e direitos e deveres, ora dos locadores, ora dos locatários.

Palavras-chave – Direito Civil. Contratos. Locação. Código Civil. Lei nº 8.245/91. Lei nº 9.020/20. Judiciário Fluminense.

Sumário – Introdução. 1. A revisão e a resolução dos contratos locatícios na pandemia. 2. A Lei Estadual nº 9.020/20 e seus efeitos nos contratos locatícios residenciais. 3. A resposta do Judiciário Fluminense frente aos contratos de locação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a revisão e a resolução dos contratos locatícios residenciais e seus efeitos materiais e processuais de acordo com a Lei nº 9.020/20, o Código Civil e a Lei nº 8.245/91. De acordo com o artigo 2º da Lei nº 9.020/20, há uma abordagem no que diz respeito às questões relativas à suspensão da aplicação de multas contratuais e juros de mora em caso de não pagamento dos aluguéis. O artigo 1º da mencionada lei suspende os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais, além de demonstrar a posição do Judiciário Fluminense no julgamento das ações locatícias residenciais.

Em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo nº 6, reconhecendo o estado de calamidade pública em razão da pandemia ocasionada pela Covid-

19. Em decorrência da pandemia foram propostas outras normas que visam regulamentar as relações contratuais, entre elas o PL 1028/20, o PL 872/20 e o PL 936/20.

A principal norma que influenciou diretamente nas relações locatícias foi a Lei nº 14.010/20, que previa regras transitórias nas relações jurídicas privadas, especialmente no artigo 9, que prevê o despejo por inadimplemento dos aluguéis. No entanto, a Câmara dos Deputados derrubou o veto proposto pelo Presidente da República, que possibilitava a concessão de liminares para desocupação de imóveis urbanos nas ações de despejo. A Lei nº 14.010/20 vigorou até 30 de outubro de 2020.

Em março de 2020, o Decreto nº 46.973 reconheceu a situação de emergência na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro, prevendo então restrições à circulação de coisas e pessoas para que houvesse a redução do risco de contaminação com a doença.

Objetiva-se discutir neste artigo os deveres anexos que devem estar presentes nas relações contratuais, sobretudo nas relações locatícias. Além disso, busca-se analisar os efeitos da Lei estadual nº 9.020/20 e a resposta do Judiciário Fluminense frente aos processos judiciais apresentados durante a pandemia.

Inicia-se o primeiro capítulo tratando sobre a revisão e a resolução dos contratos locatícios residenciais, demonstrando as normas legais gerais, previstas no Código Civil, e as especiais, previstas na Lei nº 8.245/91.

Segue-se, no segundo capítulo, a discussão acerca da Lei nº 9.020, de 25 de setembro de 2020, apresentando seus aspectos legais e as consequências geradas pela lei e suas especificidades durante a sua validade, visando analisar a referida lei estadual e discutindo se, de fato, o texto legal dá amparo ao princípio do reequilíbrio contratual que deve haver entre as partes.

O terceiro capítulo trata da posição do Judiciário Fluminense na aplicação das normas gerais e das normas especiais em meio à pandemia. Nesse sentido, observa-se que o Judiciário Fluminense vem enfrentando e tratando dessas questões judiciais e processuais que envolvem a revisão e a resolução dos contratos locatícios, a fim de que haja ponderação e equilíbrio entre os direitos ao recebimento dos aluguéis, por parte locadores, e o direito à moradia, por parte dos locatários.

A pesquisa apresentada aqui é classificada como básica, já que visa compreender fatos sociais observáveis. Quanto à forma de abordagem, é desenvolvida pelo método qualitativo, uma vez que não utiliza dados estatísticos, e sim a subjetividade. Com relação aos objetivos, é uma pesquisa exploratória, visando ao aumento da familiaridade com o assunto, e em relação aos procedimentos técnicos, é uma pesquisa bibliográfica.



1. A REVISÃO E A RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS LOCATÍCIOS NA PANDEMIA

O contrato é o acordo de vontade das partes por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico que as prendem, conforme afirma Orlando Gomes.¹ O contrato é, ao mesmo tempo, um ato jurídico, pois tem suporte fático (tipificação) com a presença do elemento volitivo, e um negócio jurídico bilateral, por sua situação jurídica derivar do elemento volitivo, eis que há a exteriorização da vontade no fim pretendido.²

A temporariedade será contratada por prazo determinado ou sem prazo como prevê o artigo 574³ do Código Civil. O prazo é importante já que a perpetuidade conduziria a espécie de enfiteuse, que não pode ser mais constituída conforme artigo 2.038 do Código Civil⁴. No caso da locação de imóveis urbanos, o artigo 46 da Lei nº 8.245/91⁵ prevê que o prazo para a extinção não deverá ser inferior a trinta meses.

No que diz respeito à locação de imóvel urbano, há três modalidades previstas na Lei nº 8.245/91⁶: a locação residencial, a locação por temporada e a locação não residencial. Como objeto deste estudo, trataremos da locação residencial urbana prevista no artigo 46 e 47 da referida lei⁷. A lei não conceitua a locação residencial e a não residencial, o que a doutrina usa para distinguir as duas é a destinação que se dá ao imóvel.⁸

A locação por prazo determinado decorre do princípio da segurança jurídica, gerando para as partes a estabilidade jurídica nas relações que envolvem o uso dos bens.⁹ Impende dizer que o interesse do locador é perceber os frutos civis pelo período estipulado no contrato. Em contrapartida, o locatário tem o interesse em usar e gozar o bem locado pelo prazo ajustado, respeitando *o pacta sunt servanda*, previsto no artigo 4º da Lei nº 8.245/91¹⁰.

¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 34-35.

³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <planalto.gov.br/ccvil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 7 mar. 2021.

⁴ *Ibidem*.

⁵ BRASIL. *Lei Federal nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 7 mar. 2021.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ SLAIBI FILHO, Nagib; SÁ, Romar Navarro de. *Comentários a lei do inquilinato*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 294.

⁹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 5.



A Lei nº 8.245/91¹¹ e também o Código Civil Brasileiro¹² possuem previsão de revisão judicial de contratos. A lei do inquilinato, em especial, possui os artigos 18 e 19¹³ que tratam da modificação de cláusula judicial. O artigo 18¹⁴ possibilita a inserção ou modificação da cláusula de reajustes; já o artigo 19¹⁵ prevê que, não havendo acordo entre as partes, caberá a revisão judicial do aluguel, isso se o contrato tiver três anos de vigência ou houver acordo anteriormente realizado.

As partes podem modificar o contrato de locação originário, adequando a realidade social atual sem que haja o reinício da relação jurídica, o Código Civil,¹⁶ ao tratar da matéria no artigo 317, apresenta como tese a desproporção entre o valor da prestação devida e o momento da execução do contrato. O que parece estar mais ajustado ao momento vivido na atualidade, tendo em vista que as restrições ocasionadas pela pandemia incontestavelmente geraram as desproporções e, conseqüentemente, a dificuldade no pagamento das prestações locatícias.

O artigo 478 do Código Civil¹⁷ aponta a possibilidade de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que ensejarão ao devedor o direito da resolução do contrato. A resolução é a consequência de fato superveniente à celebração do contrato, tendo como efeito a extinção da relação bilateral.¹⁸

Esse artigo se refere aos contratos de execução continuada ou diferida, ou seja, aqueles que se prolongam no tempo e sofrem os efeitos das modificações ajustadas.¹⁹ Três fatores remetem a um contrato de duração: a eclosão de fato superveniente extraordinário que gere onerosidade excessiva, o acontecimento imprevisível e a extrema vantagem para outra parte.²⁰

A onerosidade excessiva é pautada no estado de perigo e lesão, previstos nos artigos 156 e 157 do Código Civil,²¹ que ocasionam o desequilíbrio entre as prestações. A redução da cláusula penal (artigo 413 do Código Civil)²² e o abuso de direito (artigo 187 do Código Civil)²³

¹¹ Ibidem.

¹² BRASIL, op. cit., nota 3.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 541.

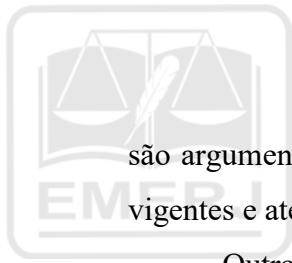
¹⁹ SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 27.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4, p. 562.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.



são argumentos usados como tese defensiva pelos locatários para flexibilizarem os contratos vigentes e até mesmo extingui-los durante a pandemia.

Outro fator é o acontecimento imprevisível, ou melhor, o fato superveniente que tem a qualidade de imprevisível. Prevista no artigo 478 do Código Civil,²⁴ a teoria da imprevisão, em apertada síntese, baliza a previsibilidade subjetiva observada pelas partes ou não de eventos extraordinários.

Um ponto interessante é o Enunciado nº 175 do Conselho de Justiça Federal,²⁵ que diz: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no artigo 478²⁶ do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que sugere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”. Esse enunciado é plenamente cabível e adequado em razão da questão sanitária vivenciada, já que a pandemia resulta em dificuldades na execução das obrigações, especialmente no que diz respeito ao pagamento dos aluguéis.

O Enunciado nº 365 do Conselho de Justiça Federal²⁷ diz: “A extrema vantagem do artigo 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidades excessiva, independentemente de sua demonstração plena”. Isso significa dizer que, em tese, não há a necessidade de plena demonstração do empobrecimento de uma parte em relação a outra.

Com isso, a resolução por alteração superveniente das circunstâncias poderá ser usada em eventos extraordinários como os relacionados à pandemia, dada a imprevisibilidade do fato e a onerosidade excessiva que irão colocar o contratante em mora, já que este não conseguirá adimplir a prestação locatícia no tempo certo.

2 A LEI ESTADUAL Nº 9.020/20 E SEUS EFEITOS NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS RESIDENCIAIS

O Projeto de Lei nº 2022/20,²⁸ do Estado do Rio de Janeiro, foi integralmente vetado pelo Governador do Estado à época, Sr. Wilson Witzel, agora afastado do cargo. No entanto, a Assembleia Legislativa derrubou o veto do executivo estadual. Com isso, foi editada a Lei

²⁴ Ibidem.

²⁵ CONSELHO da Justiça Federal. *Enunciado nº 175*. III Jornada de Direito Civil. Brasília, 2004. III Jornada de Direito Civil. Brasília, 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/316>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁷ CONSELHO da Justiça Federal. *Enunciado nº 365*. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/483>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

²⁸ BRASIL. *Projeto de lei nº 2022/20*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/74bd55baaf190cd70325852e0069581b?OpenDocument&Highlight=0,20200302022&ExpandSection=1>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

9.020/20,²⁹ que foi objeto de representação de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.³⁰ Foi concedida, então, a liminar³¹ pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de suspender a eficácia da lei, tendo como argumento a competência privativa da União Federal para editar a lei com esse conteúdo. Porém, a sua eficácia fora restaurada pelo Supremo Tribunal Federal através da Reclamação nº 45319³² movida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Enquanto o artigo 1º³³ da lei suspende “todos os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro” em processos, tendo por objeto exclusivamente as “situações de litígio em relação à ocupação de imóveis que antecedam a data da publicação da lei”, no artigo 2º³⁴, há a vedação da “aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora em casos de não pagamento de aluguel ou das prestações de quitação dos imóveis residenciais”, desde que comprovada a situação de vulnerabilidade.

O Projeto previsto na Lei nº 2022/20³⁵ tem como objetivo proteger a população de capacidade econômico-financeira reduzida. A justificativa do Projeto de Lei salientou que as “condições de moradia das populações mais pobres já se caracterizam pelo adensamento excessivo e coabitação”. De fato, não há que se negar que a pandemia ocasionada pela Covid-19 gerou aumento de desemprego e empobrecimento da população, ocasionando à população de baixa renda a perda de ganhos e a migração ao estado de miserabilidade, observados tanto no município quanto no Estado.

A Lei nº 9.020/20³⁶ nasce como resposta social ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a norma protege a pessoa humana da degradação, notadamente

²⁹ BRASIL. *Lei Estadual nº 9.020*, de 25 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=53&url=L2NvbnRsZWkubnNmL2IyNGEyZGE1YTA3Nzg0N2MwMzI1NjRmNDAwNWQ0YmYyLzQ4MWEyNGRiMWUwNTcxOTIwMzI1ODVmMzAwNTIyMmUyP09wZW5Eb2N1bWVudA%3D%3D>. Acesso em: 8 ago. 2021.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0079151-15.2020.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Maria Helena Pinto Machado. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/370588514/processo-n-0079151-1520208190000-do-tjrj>>. Acesso em: 14 set. 2021.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Representação de Inconstitucionalidade nº 0079151-15.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Cleber Ghelfenstein. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004644284DAB30E7AD262C423D961CF65ADC50D48395933&USER=>>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

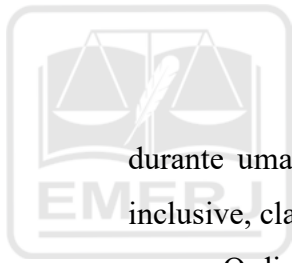
³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 45319*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1151863742/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-45319-rj-0111513-8320201000000/inteiro-teor-1151863744>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

³³ BRASIL, op. cit., nota 29.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.



durante uma calamidade pública. A CRFB/88³⁷ prevê tal preceito no artigo 1º, inciso III, inclusive, classificando-o como princípio fundamental.

O direito à moradia está previsto no artigo 6º da CRFB/88³⁸ e foi inserido no rol dos direitos sociais pela Assembleia Nacional Constituinte. Eis que é classificado como direito de segunda dimensão, o que significa dizer que é um direito relacionado ao valor de igualdade. Dessa forma, para que haja a proteção do cidadão, deverá haver a atuação positiva do Estado.

Desse modo, o Estado, através de ações, deverá proteger os mais vulneráveis, já que a titularidade desses direitos é da coletividade, e em prol desta atuará o Estado. Logo, os representantes do Estado, que são no caso em tela os políticos regularmente eleitos do executivo estadual, propuseram a Lei nº 2022/20³⁹ a fim de limitar as condutas ofensivas ocasionadas pelos particulares no âmbito das relações locatícias.

No artigo 1º da Lei nº 2022/20,⁴⁰ há a previsão de suspensão de todos os meios judiciais relacionados ao direito possessório, despejos e remoções judiciais e extrajudiciais em razão do estado de calamidade pública vivenciado no Estado do Rio de Janeiro. Dessarte, na prática, os mandados judiciais ficaram suspensos, sem que haja a possibilidade de executá-los.

A Lei nº 2022/20⁴¹ não deu a mesma proteção aos locadores, notadamente aqueles que vivem dos frutos civis, ou seja, os aluguéis que recebem em decorrência da locação dos imóveis de suas propriedades. Esse fato demonstra que, de certa forma, nem sempre o Estado, através de sua “mão forte”, consegue manter um equilíbrio nas relações contratuais e restabelecer o princípio da igualdade.

No artigo 2º da Lei nº 2022/20⁴² foi inserida a suspensão da aplicação de multas contratuais e juros de mora em caso de não pagamento de aluguel ou das prestações de quitação dos imóveis residenciais. Para isso, deverá o devedor comprovar absoluto estado de necessidade durante a calamidade.

Nesse artigo, o legislador estadual ultrapassou as relações locatícias, incluindo as questões relacionadas ao financiamento de imóveis residenciais – aspecto esse que não é objeto deste artigo, de modo que só será tratado o conteúdo relacionado aos contratos locatícios. Assim, parece que o legislador adentra em uma seara um tanto quanto complexa, na medida em que quando traz o verbo “suspender” ainda há de se entender o efeito que poderá ser tratado em

³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 mar. 2021.

³⁸ Ibidem.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

outra oportunidade, já que a suspensão não será de caráter perpétuo, pois em algum momento haverá a queda do efeito suspensivo.

No entanto, quando o legislador fala em “suspender a aplicação e cobrança de multas”, dá a entender que o legislador possui legitimidade e competência legislativa para legislar em matéria que diz respeito ao direito civil, ou seja, ao direito privado.

Para esclarecer a extensão do efeito da Lei nº 2022/20⁴³, basta consultar a CRFB/88, artigo 22, inciso I,⁴⁴ que prevê a competência privativa a União para legislar sobre direito civil. Ora, não pode o legislador estadual forçosamente legislar matéria que não lhe compete. Tal atitude fere gravemente o pacto federativo, já que não há dúvidas de que não compete ao Estado do Rio de Janeiro legislar sobre esse tema.

A proposta inicial da Lei nº 2022/20⁴⁵ visa prevenir o contágio e a propagação do vírus com a suspensão dos mandados de reintegração, poderá ocasionar um verdadeiro caos nas relações locatícias, que, de certa forma, poderá ter um efeito preventivo no que diz respeito à circulação de pessoas. Mas, na verdade, também traz a inadimplência dos contratos, gerando insegurança jurídica entre as partes.

Ademais, a Lei nº 2022/20⁴⁶ mitiga uma das faculdades do direito à propriedade, qual seja o direito de reavê-la, insculpido no artigo 1228 do Código Civil Brasileiro.⁴⁷ Não parece razoável uma lei estadual tratar de tal matéria e não estabelecer prazo para a sua validade, ou seja, permanecerá em vigor durante a calamidade, sem prazo final.

3 A RESPOSTA DO JUDICIÁRIO FLUMINENSE FRENTE AOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro durante a pandemia da Covid-19 vem apresentando boletins informativos sobre processos judiciais. Esses boletins tratam de diversos temas, dentre eles direito constitucional e administrativo, direito do consumidor e direito imobiliário.

Como o intuito deste trabalho está relacionado ao direito imobiliário, far-se-á um recorte sobre os últimos entendimentos do judiciário fluminense a respeito do tema. No

⁴³BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 37.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.



Boletim, edição número 4,⁴⁸ de 15 de setembro de 2020, há a apresentação do agravo de instrumento processo nº 0045364-92.2020.8.19.0000.⁴⁹ Nesse agravo foi discutida a matéria referente à proposta de redução de aluguel em alíquota de 50%, tendo em vista os efeitos da pandemia. No entanto, a desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho, da 27ª Câmara Cível, negou provimento ao agravo, sustentando que o locatário não teve seus proventos de aposentadoria reduzidos, não havendo, assim, o impacto financeiro da agravante. De outro lado, entende a douta desembargadora que a parte agravada pode estar sofrendo dano reverso, no sentido de estar sofrendo impacto financeiro em decorrência dos efeitos da pandemia.

O Boletim de número 6⁵⁰ do TJRJ, de 15 de outubro de 2020, traz um agravo de instrumento processo nº 0050644-44.2020.8.19.0000⁵¹ que trata de descontos de 30% aplicados pelo locador no aluguel em razão da pandemia. O agravante demonstrou que não discordava do percentual de redução, porém, requereu a suspensão dos descontos fixados na decisão agravada, tendo em vista o não pagamento pelos locatários (agravados) dos valores ali definidos. Seguiu apontando que os agravados têm depositado 30% do valor do aluguel, importância esta que na visão do garante comprometeria à sua subsistência. Nesse sentido, o douto desembargador negou provimento ao recurso alegando que a decisão de piso não merecia reforma, tendo em vista que o descumprimento da ordem judicial deverá ser comunicado ao juízo de origem.

O Boletim de número 11⁵² do TJRJ, de janeiro de 2021, apresenta a Rcl nº 45319,⁵³ que restabelece a lei que suspende despejos e remoções no Rio de Janeiro durante a pandemia. Processo esse em que o ministro Ricardo Lewandowski restabeleceu a eficácia da Lei Estadual nº 9.020/20⁵⁴ do Rio de Janeiro, que suspende o cumprimento de ordens de despejo, reintegrações, imissões de posse e remoções no estado durante o período da Covid-19, já descrito anteriormente.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 4, p. 10-11, set. 2020. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-4.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0045364-92.2020.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho. Disponível em: <<https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933742999/agravo-de-instrumento-ai-453649220208190000/inteiro-teor-933743008?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 6, p. 11, out. 2020. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-6.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0050644-44.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Claudio Luis Braga Dell Orto. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/29732834/processo-n-0050644-4420208190000-do-tjrj>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 11, p. 12, jan. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO11.pdf/06d387cc-22e1-b26d-78d2-16d0c50f5c6b?version=1.2>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 29.



Já o Boletim de número 12⁵⁵ do TJRJ, de fevereiro de 2021, colaciona o agravo de instrumento nº 0052158-32.2020.8.19.0000,⁵⁶ em que o desembargador Arthur Narciso de Oliveira Neto negou provimento ao recurso interposto pelo locador contra decisão que indeferiu o requerimento liminar de despejo de locatário inadimplente, em virtude da pandemia, com fundamento de que a determinação de desocupação do imóvel e imissão na posse vai de encontro às medidas sanitárias e põe em risco a saúde de todos os envolvidos.

No Boletim de número 14⁵⁷ do TJRJ, de abril de 2021, observa-se em processo específico questões relacionadas ao cumprimento provisório de sentença de primeiro grau que versa sobre despejo. No agravo de instrumento de nº 0019701-10.2021.8.19.0000,⁵⁸ o desembargador Cleber Ghelfenstein, da 14ª Câmara Cível, em decisão monocrática, negou o pedido de concessão de efeito suspensivo, no âmbito do agravo de instrumento proposto pela locatária contra a decisão nos autos da ação de despejo por falta de pagamento.

Insta salientar que o julgamento do agrava guarda íntima relação com a excepcionalidade da Lei Estadual nº 9.020/20⁵⁹, uma vez que, no caso concreto, a ação fora distribuída no ano de 2016, ou seja, anterior a pandemia da Covid-19. Logo, o débito locatício que fundamenta a demanda ajuizada é anterior ao período da pandemia e está de acordo com o teor do primeiro artigo da mencionada lei.

Esse entendimento, apesar de decisão monocrática e de gerar efeitos sobre os envolvidos no processo, condiz com o proposto pela Lei Estadual nº 9.020/20⁶⁰, tendo em vista que o primeiro artigo da lei menciona a suspensão dos mandados de despejo e reintegração em ações distribuídas durante a pandemia e não anterior a esta.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 12, p. 11, fev. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-12.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

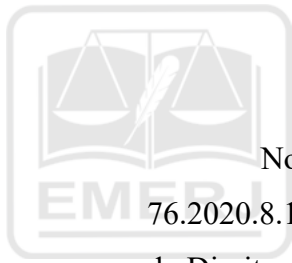
⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0052158-32.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Arthur Narciso de Oliveira Neto. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/297901571/processo-n-0052158-3220208190000-do-tjrj>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 14, p. 14, abr. 2021. Disponível em: <conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-14.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0019701-10.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Cleber Ghelfenstein. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7351591/0019701-10.2021.8.19.0000.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁶⁰ Ibidem.



No mesmo sentido do entendimento anterior está o processo de nº 0086409-76.2020.8.19.0000,⁶¹ indicado no Boletim de número 16⁶² do TJRJ, de maio de 2021. A juíza de Direito substituta de desembargador (JDS), Maria Celeste P. C. Jatahy, manteve a decisão do Juízo de primeiro grau, que deferiu um pedido liminar nos autos de uma ação de despejo por falta de pagamento. Fundamentou a magistrada no sentido de que a dificuldade financeira enfrentada pelo locatário não permite a esse que permaneça no imóvel em questão. Aduz ainda que a alegada dificuldade não é contemporânea a pandemia.

A ADPF 828⁶³ foi mencionada no Boletim de número 17⁶⁴ do TJRJ, de junho de 2021. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, determinou a suspensão, pelo período de seis meses, de ordens ou medidas de desocupação de áreas que já estavam habitadas antes de 20 de março do ano de 2020 quando foi aprovado o estado de calamidade pública. E também suspendeu o despejo de locatários de imóveis residenciais em condição de vulnerabilidade por decisão liminar, ou seja, sem prévia defesa, antes mesmo do devido processo legal.

Essa decisão é importante tendo em vista que evita o risco real do contágio da pandemia. Em matéria de ação de despejo em imóveis residenciais, na prática, mantém-se a suspensão prevista pela Reclamação nº 45319.⁶⁵ No entanto, a decisão não afasta a possibilidade de despejo de áreas de risco, de modo que o poder público poderá realocar essa população para abrigos públicos, mantendo-as em segurança.

O Boletim número 21 do TJRJ,⁶⁶ de agosto de 2021, trouxe o processo nº 0006784-56.2021.8.19.0000,⁶⁷ que trata de ação de despejo por falta de pagamento. A 17ª Câmara Cível, por unanimidade, reformou a decisão do magistrado de piso. Na decisão, o magistrado de

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0086409-76.2020.8.19.0000*. Relatora: Juíza Maria Celeste P.C. Jatahy. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207843231/agravo-de-instrumento-ai-864097620208190000/inteiro-teor-1207843249>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 16, p. 12, maio 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-16.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-suspende-meses-desocupacoes-areas.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 17, p. 11, jun. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-17.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 21, p. 10, ago. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-21.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0006784-56.2021.8.19.0000*. Relator; Desembargador Elton M.C. Leme. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/15037774/0006784-56.2021.8.19.0000.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.



primeiro grau concedeu a tutela de urgência, determinando a desocupação do imóvel locado no prazo de 15 dias corridos. No entanto, o relator e desembargador invocou o disposto na Lei Estadual nº 9.020/20⁶⁸, que prevê a suspensão das ações de despejo durante a pandemia, e ainda destacou o Decreto Estadual nº 47.608,⁶⁹ editado pelo Poder Executivo Estadual, que reconhece a necessidade de manutenção da situação de emergência no Estado.

O Boletim de número 22 do TJRJ,⁷⁰ de agosto de 2021, apresentou o entendimento da 25ª Câmara Cível, que determina a suspensão da ordem de despejo forçado durante a vigência da Lei Estadual nº 9.020/20⁷¹ no processo nº 0183214-88.2020.8.19.0001.⁷² Acresceu a relatora, desembargadora Marianna Fux, no sentido de que deu provimento parcial ao recurso tendo em vista a vigência da Lei Estadual nº 9.020/20⁷³.

Mencionou a doutra relatora que deve ser observada eventual decisão proferida pelo STF nos autos da Reclamação nº 45319/RJ,⁷⁴ já que a referida lei havia sido suspensa por decisão do Órgão Especial na ação de Representação de Inconstitucionalidade nº 0079151-15.2020.8.19.0000,⁷⁵ que fora restabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na própria reclamação mencionada.

Assim, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem julgando as questões judiciais relacionadas ao despejo e aos contratos locatícios realizados no Estado do Rio de Janeiro e, de forma geral, mantém a suspensão de liminares favoráveis aos despejos, excetuando-se as ações que já estavam em curso e que foram distribuídas anteriormente ao estado de calamidade pública gerado pela pandemia da Covid-19.

⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁶⁹ BRASIL. *Decreto Estadual nº 47.608*, de 18 de maio de 2021. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI5NTA%2C>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 22, p. 8, ago. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-22.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0183214-88.2020.8.19.0001*. Relator: Desembargadora Marianna Fux. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/15666335/0183214-88.2020.8.19.0001.pdf/c60c9613-e978-31ac-265e-df8f2290047a?t=1629993238207>>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁷³ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 31.



Neste trabalho, objetivou-se a pesquisa sobre a Lei nº 9.020/20 e seus reflexos nas locações residenciais urbanas. Com base no que foi apresentado e com a definição de contratos em geral, fora tratado especificamente o tema de locações, tendo em vista a amplitude que o direito contratual assim revela.

Os elementos de contrato delineados pelo Código Civil Brasileiro e também os princípios norteadores utilizados em caráter excepcional, principalmente com relação a revisão e resolução de contratos, foram trazidos ao presente estudo como fatores importantes nas relações locatícias, haja vista que a pandemia ocasionada pela Covid-19 modificou-as e gerou diversos efeitos.

A Lei nº 9.020/20, deixa algumas lacunas a serem colmatadas pelo judiciário fluminense, um exemplo disso diz respeito às ações em curso anteriores à edição da norma. Note-se que a lei no artigo 1º suspende os mandados de despejos e outras remoções inerentes as relações locatícias. No entanto, é silente as ações propostas anteriormente à edição da norma, já que é mandamental e revela a vedação referente especificamente em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública.

Ora, tal lacuna transfere ao judiciário uma responsabilidade que não é inerente ao poder original conferido a este, já que a aplicação da norma gera efeitos devastadores a terceiros. Dessa maneira, o intuito precípua trazido como justificativa para a promulgação da lei gera uma desordem no que é pertinente às relações locatícias tratadas e julgadas anteriormente a edição da lei.

Com relação ao artigo 2º da Lei nº 9.020/20, tem-se que de maneira descuidada a técnica gera mais um grave problema a ser enfrentado pelo judiciário fluminense, uma vez que trata da suspensão de multas e consectários gerais relacionados à inadimplência dos contratos locatícios residenciais. Suspensão esta justificada sob o manto da comprovação do absoluto estado de necessidade.

Traz o legislador conceito jurídico indeterminado quando diz absoluto estado de necessidade, já que não há parâmetro legal para definição do que do que seja absoluto. Assim, ao revés da falta de capacidade técnica do que se diz legislador, fica o judiciário alijado em um mar revolto e obrigado a enfrentar questões que parecem simples, mas que se tornaram complexas com a edição da dita norma.

Felizmente, o judiciário fluminense tem aplicado a técnica da ponderação e mitigação dos interesses dos terceiros para tentar dar solução nesses conflitos. Ora demonstra-se resistente



em aplicar a lei a casos anteriores a sua promulgação, ora demonstra-se fiel ao cumprimento da lei nos casos de distribuições de ações durante o estado de calamidade.

Dentro desse cenário, o judiciário deverá tentar ponderar os princípios constitucionais e gerais dos contratos quando forem enfrentados temas relacionados à Lei nº 9.020/20, para que haja um reequilíbrio entre as partes, já que, de um lado, a norma garante ao locatário a permanência nos imóveis locados, mas, por outro, não garante ao locador o pagamento dos aluguéis e dos consectários legais, o que dentro de uma visão contratualista gera dano aos que vivem de rendas provenientes aos frutos civis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. *Lei Federal nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-suspende-meses-desocupacoes-areas.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 45319*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1151863742/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-45319-rj-0111513-8320201000000/inteiro-teor-1151863744>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. *Decreto Estadual nº 47.608*, de 18 de maio de 2021. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI5NTA%2C>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. *Lei Estadual nº 9.020*, de 25 de setembro de 2020. Disponível em: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=53&url=L2NvbnRsZWkubnNmL2IyNGEyZGE1YTA3Nzg0N2MwMzI1NjRmNDAwNWQ0YmYyLzQ4MWEyNGRiMWUwNTcxOTIwMzI1ODVmMzAwNTIyMmUyP09wZW5Eb2N1bWVudA%3D%3D. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. *Projeto de lei nº 2022/20*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/0c5bf5cde95601f903256caa0023131b/74bd55baaf190cd70325852e0069581b?OpenDocument&Highlight=0,20200302022&ExpandSection=1>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0045364-92.2020.8.19.0000*. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933742999/>



agravo-de-instrumento-ai-453649220208190000/inteiro-teor-933743008?ref=juris-tabs>.
Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0006784-56.2021.8.19.0000*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/15037774/0006784-56.2021.8.19.0000.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n° 0183214-88.2020.8.19.0001*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/15666335/0183214-88.2020.8.19.0001.pdf/c60c9613-e978-31ac-265e-df8f2290047a?t=1629993238207>>.
Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Representação de Inconstitucionalidade n° 0079151-15.2020.8.19.0000*. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004644284DAB30E7AD262C423D961CF65ADC50D48395933&USER=>>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0019701-10.2021.8.19.0000*. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7351591/0019701-10.2021.8.19.0000.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0086409-76.2020.8.19.0000*. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207843231/agravo-de-instrumento-ai-864097620208190000/inteiro-teor-1207843249>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 4, set. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-4.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

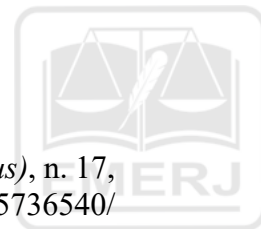
_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 6, p. 11, out. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-6.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 11, p. 12, jan. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO11.pdf/06d387cc-22e1-b26d-78d2-16d0c50f5c6b?version=1.2>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 12, p. 11, fev. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-12.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 14, p. 14, abr. 2021. Disponível em: <conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-14.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 16, p. 12, maio 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-16.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.



_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 17, p. 11, jun. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-17.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 21, p. 10, ago. 2021. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-21.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Boletim especial Covid-19 (coronavírus)*, n. 22, p. 8, ago. 2021. Disponível em: <conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7232834/BOLETIMCOVID-19-EDICAO-22.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0079151-15.2020.8.19.0000*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/370588514/processo-n-0079151-1520208190000-do-tjrj>>. Acesso em: 13 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0050644-44.2020.8.19.0000*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/297328340/processo-n-0050644-4420208190000-do-tjrj>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0052158-32.2020.8.19.0000*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/297901571/processo-n-0052158-3220208190000-do-tjrj>>. Acesso em: 14 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0079151-15.2020.8.19.0000*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/370588514/processo-n-0079151-1520208190000-do-tjrj>>. Acesso em: 14 set. 2021.

CONSELHO da Justiça Federal. *Enunciado nº 175*. III Jornada de Direito Civil. Brasília, 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/316>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

_____. da Justiça Federal. *Enunciado nº 365*. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/483>>. Acesso em: 8 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4.

GIL, Antonio C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1991.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCAVONE JUNIOR; Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti. *Lei do inquilinato*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SLAIBI FILHO, Nagib; Sá, Romar Navarro de. *Comentários a lei do inquilinato*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



ANÁLISE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DIANTE DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

Victor Rodrigues Bredoff

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – o universo digital tornou-se uma realidade na sociedade, modificando todas os meios de relação entre os seres humanos. Conforme a sociedade evolui, o direito deve evoluir, visando sempre trazer normas que regem de forma adequada o meio social. Não seria diferente com a inserção dos bens digitais e as suas consequências sociais e econômicas. A maneira como o modelo econômico foi modificado pela tecnologia faz com que seja necessário o surgimento de leis que visem proteger os indivíduos, vulneráveis diante do poderio econômico das grandes empresas. Além do mais, o crescimento tecnológico influencia não apenas a economia, mas principalmente os direitos da personalidade. O presente trabalho visa abordar a modificação do modelo econômico na sociedade pela tecnologia e o caminho trilhado pelo direito para reger todas as relações dela decorrentes.

Palavras-chave – Direito Digital. Capitalismo de vigilância. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Autodeterminação informativa.

Sumário – Introdução. 1. Bens digitais e a aplicação no capitalismo de vigilância. 2. A aplicação da autodeterminação informativa da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no mercado de comportamento futuro. 3. Influenciadores digitais do metaverso e o fortalecimento do mercado digital pelo capitalismo de vigilância. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Diante da evolução tecnológica e a sua inclusão na vida privada, o presente trabalho visa analisar a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em uma sociedade tomada pelo capitalismo de vigilância.

A principal função do direito é reger a vida em sociedade e criar normas para que essas relações sociais se deem de forma organizada. Contudo, o direito sempre estará atrasado perante o desenvolvimento social, tendo em vista que primeiro ocorre a evolução da sociedade e depois o desenvolvimento normativo para regular suas necessidades.

Dessa forma, a inclusão dos bens digitais na vida privada faz crescer a necessidade do amparo jurídico sobre o tema, ajustando a nova realidade virtual. Atualmente, há um crescimento imensurável da chamada “vida digital”, onde as pessoas dedicam seu tempo, relações pessoais, profissionais, adquirem patrimônio e outros atos que, até então, seriam apenas físicos.

O primeiro capítulo traz como questão norteadora o conceito de bens digitais e a aplicação destes no capitalismo de vigilância. Nesse sentido, as redes sociais configuram um



importante ponto de discussão: até que ponto os direitos civis e os dados pessoais são respeitados no mundo digital? Como se dá o controle desses direitos?

O segundo capítulo busca debater a autodeterminação informativa no mercado de comportamento futuro. A reflexão por trás deste capítulo gira em torno do consentimento dos usuários para que os provedores de aplicações de internet possam tratar dos seus bens, bem como a finalidade aplicada aos dados por estes provedores. Desse ponto se parte para as condutas dos provedores das redes sociais em um território enfraquecido de normas sobre o tema, e a dificuldade de evitar a utilização desses dados de maneira abusiva. Por se tratar de tema com pouca legislação vigente no Brasil, abre-se uma brecha para que os provedores de redes sociais atuem de forma livre e sem muitos impedimentos, o que atinge diretamente o direito dos seus usuários.

O terceiro capítulo faz a análise sobre o crescimento do metaverso atualmente e a sua influência no capitalismo de vigilância e a criação dos influenciadores digitais. Nesse capítulo se busca debater a vulnerabilidade dos usuários perante a tecnologia desenvolvida para o capitalismo de vigilância e qual seria um ideal normativo para o tema, de forma a equilibrar o direito dos usuários e os provedores digitais.

Dessa forma, a pesquisa é desenvolvida com base no método qualitativo, comparado e bibliográfico, com análise e comparação na legislação estrangeira, bem como na bibliografia existente no Brasil sobre o tema para sustentação da tese. A pesquisa será desenvolvida também pelo método exploratório, por não existir no Brasil muita discussão sobre o tema, e poucas normas aplicáveis a essas situações.

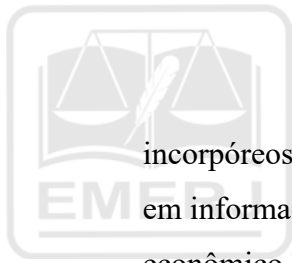
1. BENS DIGITAIS E A APLICAÇÃO NO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

Analisando o cenário atual de adoção de uma vida social por meio de dispositivos eletrônicos e provedores digitais, faz-se necessário a definição do conceito do chamado bens digitais e todas as suas diretrizes e efeitos para a sociedade.

Em que pese a diversidade cultural no mundo, a inclusão dos meios digitais se faz presente em quase todas as nações e, assim, é possível uma definição comparada do conceito de bens digitais.

No Brasil não há norma legislativa que estabeleça esse conceito, sendo este dever deixado para a doutrina. Nesse sentido, Bruno Zampier¹ define bens digitais como “bens

¹ LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens Digitais*. Indaiatuba, SP: Foco jurídico, 2017, p. 59.



incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico.”

Assim, o autor define que bens digitais são todos os conteúdos inseridos na internet com caráter pessoal, tendo ou não conteúdo econômico. O referido autor² define conteúdo como sendo uma expressão que engloba todo e qualquer segmento de informação, como textos, vídeos, áudios e imagens, qualquer dado posteriormente difundido na internet.

Já em artigo digital, Nicolas Wright³ define bens digitais como qualquer arquivo digital no computador pessoal, assim como contas online e assinaturas, incluindo fotos digitais, vídeos, músicas, contas de e-mails e perfis em redes sociais. O autor ainda vai além ao afirmar que as práticas digitais deixam traços que permanecerão após a morte dos usuários, sendo chamados de “restos digitais”.

Dessa forma, bens digitais são todos os arquivos contidos em aparelhos eletroeletrônicos, qualificados como bens incorpóreos, e que podem ensejar uma qualidade pessoal e patrimonial ao seu titular, carregados de informações inseridas pelos seus titulares.

Neste liame, conclui-se que as redes sociais configuram espécie do gênero bens digitais, tendo em vista a quantidade de dados, não apenas pessoais, mas também profissionais, que ali são inseridos pelos usuários, e que podem ter conteúdo econômico ou não.

Não há dúvidas de que as redes sociais possuem uma inserção imensa na vida em sociedade, sendo um dos maiores meios de comunicação social. Segundo pesquisa feita pela empresa Hootsuite e publicada pela *We Are Social*⁴, mais de 3 bilhões de pessoas utilizavam a rede social em 2018, número que cresce consideravelmente a cada mês, tendo em vista que mais de 4 bilhões de pessoas utilizam a internet.

Thiago Neves⁵ traz a seguinte definição de redes sociais:

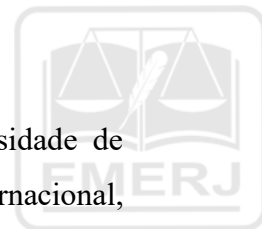
redes sociais são verdadeiros provedores de conteúdo, que oferecem diversos serviços aos seus usuários, de caráter tecnológico e virtual, particularmente mediante o oferecimento de conteúdo, que consiste em notícias, imagens, vídeos, dados e informações de um modo geral, publicados em sua maioria pelos próprios usuários, o que só é possível pela celebração de um contrato de natureza consumerista.

² Ibid.

³ WRIGHT, Nicolas. *Death and the internet: the implications of the digital afterlife*. First Monday, v. 19, number 6-2, 2014, [e-book]

⁴ KEMP, Simon. *Digital in 2018: World's internet users pass the 4 billion mark*. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/1/global-digital-report-2018>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

⁵ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Autonomia privada e privacidade nas redes sociais: Renunciabilidade e responsabilidade por danos*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 104.



A utilização crescente desses meios de comunicação faz gerar a necessidade de proteção normativa não apenas em âmbito nacional, mas também em âmbito internacional, tendo em vista que não há fronteiras para a internet, sendo esta talvez a maior experiência de globalização da humanidade.

As empresas titulares desse serviço exigem que o usuário assine um contrato ao criarem suas contas nas redes. Dessa forma, é importante destacar que este contrato entre o usuário e o provedor é regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, em que pese não haver uma legislação específica no ordenamento brasileiro para regulamentar as redes sociais e seus provedores de conteúdo, o usuário tem como forma de proteção, ainda que genérica, as normas de proteção ao consumidor.

Entretanto, essas normas regulam apenas interesses básicos do consumo, deixando a mercê dos provedores comportamentos específicos do dia a dia do usuário, como por exemplo a exposição de imagem, ou violação ao direito de privacidade e até mesmo os próprios direitos sucessórios, os quais precisam ser buscados pelo usuário no poder judiciário e atendidos pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

Discorrido o conceito dos bens digitais e o enquadramento das redes sociais nesse meio, é possível o debate acerca do tema para se chegar à compreensão de qual comportamento deve ser seguido pelos provedores e usuários, e até mesmo para suprir a ausência da legislação específica e entender uma melhor aplicação das normas vigentes.

Ultrapassado o entendimento de bens digitais, cabe discorrer sobre os direitos da personalidade, os quais estão diretamente interligados com a prática da utilização, não apenas das redes sociais, mas dos bens digitais como um todo.

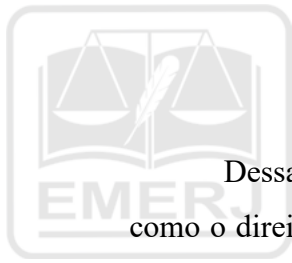
O Código Civil Brasileiro de 2002⁶ traz logo no seu início a proteção aos direitos da personalidade. Estes nada mais são do que os direitos que conferem ao indivíduo, pessoa natural, a plenitude da sua dignidade humana, capacidade de direito e sobrevivência, essenciais à pessoa natural.

Os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal⁷, ao conceituarem os direitos da personalidade, dizem que:

consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

⁶ BRASIL, *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁷ FARIAS; ROSENVALD apud TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 101-102.



Dessa forma, direitos da personalidade é gênero que comporta diversas ramificações, como o direito à imagem, à honra, à privacidade, entre outros. Segundo Caio Mário Pereira⁸, os direitos da personalidade não são, na prática, direitos e sim um ponto de partida da qual decorrem direitos, como à imagem, à honra, à privacidade, ao nome, entre outros.

Nesse sentido, os direitos da personalidade nada mais são do que atributos inerentes ao ser humano e, segundo o autor⁹, o princípio constitucional da igualdade previsto no art. 5º, II da CRFB/88 é a definição do conceito de personalidade, tendo em vista que sobrepõe esse conceito às diferenças entre sexo, condições intelectuais, orientação sexual, raça, entre outros, tratando-se, portanto, de direitos inerentes ao ser humano.

Diante da chamada Era Digital, na qual a sociedade se encontra submersa, os usuários dos bens digitais inserem, a todo tempo, diversos conteúdos na rede mundial de computadores. Estes conteúdos consistem em dados pessoais, não apenas os conhecidos como “sensíveis”, como endereço, orientação sexual e outros, mas também fotos, predileções, vídeos, orientação política etc.

Em razão da crescente utilização de redes sociais e rápida evolução dos bens digitais, criou-se o chamado “capitalismo de vigilância”, trazido por Shoshana Zuboff¹⁰ com o seguinte conceito:

1. Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas;
2. Uma lógica econômica parasítica na qual a produção de bens e serviços é subordinada a uma nova arquitetura global de modificação de comportamento;
3. [...]
4. A estrutura que serve de base para a economia de vigilância;
5. Uma ameaça tão significativa para a natureza humana no século XXI quanto foi o capitalismo industrial para o mundo natural nos séculos XIX e XX;
6. A origem de um novo poder instrumentário que reivindica domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado;
7. Um movimento que visa impor uma nova ordem coletiva baseada em certeza total;
8. Uma expropriação de direitos humanos críticos que pode ser mais bem compreendida como um golpe vindo de cima: uma destituição da soberania dos indivíduos.

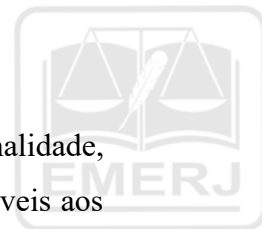
O capitalismo de vigilância, segundo a autora¹¹, não é a tecnologia em si, mas sim uma lógica, um modo, um meio de raciocínio que permeia e direciona a tecnologia numa ação. Os bens digitais são objetos, o meio pelo qual os capitalistas de vigilância se utilizam para obter a sua principal matéria-prima: a experiência humana e os seus comportamentos.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 203.

⁹ *Ibid.*, p. 202.

¹⁰ ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

¹¹ *Ibid.*, p. 26.



Assim, o capitalismo de vigilância está diretamente ligado aos direitos da personalidade, uma vez que, referidos direitos estão expostos diante dos bens digitais, sendo vulneráveis aos capitalistas de vigilância.

Os capitalistas de vigilância são aqueles que detêm o monopólio dos bens digitais, ou seja, atualmente, as grandes corporações de tecnologia, como *Google*, *Amazon*, *Facebook* e *Apple*. Segundo Shoshana Zuboff¹², o *Google* foi o pioneiro no capitalismo de vigilância, sendo seguido pelo *Facebook* e pela *Amazon*.

As referidas companhias possuem um método de funcionamento que visa obter o comportamento futuro do usuário e, assim, poder direcionar publicidades, atingindo um maior lucro na economia. Contudo, a publicidade pode não ser a única consequência do capitalismo de vigilância, mas ao se ter um mapeamento do comportamento futuro, é possível prever (e manipular) eleições, opiniões públicas e todo um movimento de massas.

É importante lembrar que os acontecimentos ocorridos durante a Primavera Árabe¹³, em 2010, por exemplo, foram organizados por meio das redes sociais Facebook e Twitter, fatos que desaguaram na derrubada de governos autoritários em países como Egito e Síria. Diversos países do Oriente Médio e do Norte da África sofreram crises políticas decorrentes de greves, manifestações e apelos, os quais tiveram toda a sua organização e promoção por meio das redes sociais. Durante os acontecimentos, muitos desses países aumentaram as restrições ao acesso às redes como uma maneira de impedir a oposição política, uma censura com o escopo de proteger políticas autoritárias.

Conforme o autor Bruno Bioni¹⁴, “as redes sociais acumulam os mais diversos dados pessoais dos seus usuários, que são extraídos ao longo de toda a sua interação com a aplicação. Uma vez logado, o usuário passa a fornecer um rico perfil de si, que é o que viabiliza o direcionamento da publicidade”.

Dessa forma, o ser humano é subjugado aos dados. De acordo com Ana Frazão¹⁵, os algoritmos, em posse de milhares de dados de um determinado indivíduo, podem influenciar e

¹² Ibid., p. 20.

¹³ BORGES, Thassio. *Redes sociais foram combustível para revoluções no mundo árabe*. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/18943/redes-sociais-foram-o-combustivel-para-as-revolucoes-no-mundo-arabe>>. Acesso em: 28 out. 2021.

¹⁴ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 18.

¹⁵ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: _____; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 37.



modificar o seu comportamento. Conforme a autora¹⁶, o acúmulo de dados sobre as pessoas pode ser utilizado para manipular as emoções e opiniões para diversos fins, inclusive políticos.

Antigamente, o capitalismo era baseado na incerteza, na busca da oferta e demanda, o que não ocorre no capitalismo de vigilância, onde o acúmulo de dados sobre as pessoas faz com que o mercado seja baseado no comportamento (mercado comportamental), ou seja, na certeza de como os indivíduos irão se comportar, havendo um retorno garantido de capital.

Portanto, diante da evolução rápida do capitalismo de vigilância e do uso dos bens digitais, urge a necessidade do direito reger a relação entre usuários e provedores de aplicações, bem como limitar, da maneira mais adequada possível, o uso de dados pessoais pelos capitalistas de vigilância.

2. A APLICAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO MERCADO DE COMPORTAMENTO FUTURO

Conforme o capítulo anterior, o acúmulo de dados sobre os usuários faz com que os algoritmos tracem um perfil idêntico ao usuário e, com base nesses dados, possam prever os seus comportamentos diante da experiência que lhe é proporcionada na internet. Diante disso, o capitalismo de vigilância proporciona o chamado mercado de comportamento futuro¹⁷, no qual as empresas atuam através de estatísticas de como aquele indivíduo irá se comportar diante da sua oferta, por exemplo.

É a partir do mercado de comportamento futuro que surgem, como exemplo, as publicidades direcionadas nas redes sociais, onde a publicidade aparecerá para um determinado usuário e não para outros, em razão dos dados fornecidos pelo próprio usuário através das redes sociais e demais sites por ele utilizados, é uma publicidade personalizada.

Tendo em vista que no Brasil não havia nenhuma legislação acerca dos dados inseridos pelos usuários na rede mundial de computadores, a lei nº 13.709 de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) surgiu como uma forma de regular essa perspectiva de mercado.

A privacidade dos usuários de internet é um tema que passou a preocupar o mundo, diante do risco que se tem em razão da vulnerabilidade do indivíduo perante os provedores de aplicações, os quais sabem tudo dos seus usuários, enquanto estes nada sabem daqueles (o chamado *one-way mirror*¹⁸).

¹⁶ Ibid., p. 37.

¹⁷ ZUBOFF, op. cit., p. 22.

¹⁸ PASQUALE apud FRAZÃO, op. cit., p. 49.

A vulnerabilidade dos usuários torna-se evidente no mercado de comportamento futuro, conforme descrito por Frank Pasquale¹⁹:

o facebook define quem somos, a Amazon define o que queremos e o Google define o que pensamos. Nós podemos estender essa epigrama para incluir as finanças, que definem o que temos (pelo menos materialmente) e nossa reputação, o que crescentemente define nossas oportunidades. Líderes em cada setor aspiram tomar essas decisões sem regulação, impugnação ou explicação. Se eles forem bem-sucedidos, nossas liberdades fundamentais e oportunidades serão terceirizadas para sistemas com poucos valores discerníveis além do enriquecimento de altos executivos e acionistas.

A título de exemplo, em outubro de 2021 o Facebook anunciou a mudança no nome da empresa para Meta após diversas denúncias ao Senado Federal norte-americano sobre vazamento de dados dos usuários da rede social e manipulação que enfraquecem a democracia. O ex-gerente de produtos do Facebook, Frances Haugen, afirmou ao Congresso norte-americano que o Facebook “fomentará mais atos violentos ao redor do mundo por conta da forma como seus algoritmos são projetados para promover conteúdo”²⁰. A alteração do nome da empresa fez surgir a palavra “metaverso”²¹, uma mistura da palavra “meta” com “universo” para denominar o universo digital que é dominado pela empresa.

Assim, visando proteger e adequar a privacidade dos usuários, a LGPD²² traz como alguns dos seus fundamentos o respeito à privacidade (art. 2º, I da lei nº 13.709/2018) e o respeito à autodeterminação (art. 2º, II da LGPD), sendo este último uma ramificação do primeiro.

Conforme analisado pela autora Ana Frazão²³, a Lei Geral de Proteção de Dados tem como objetivo o resgate à dignidade da pessoa e os seus direitos básicos relacionados à autodeterminação informativa. A autora vai além e define a proteção de dados como verdadeiro direito fundamental autônomo.

A LGPD²⁴ traz em seu artigo 5º, inciso I o conceito de dados pessoais como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, enquanto no inciso II está o conceito de dados pessoais sensíveis.

Art. 5º Para fins desta lei, considera-se:
[...]

¹⁹ PASQUALE apud FRAZÃO, op. cit., p. 42.

²⁰ G1. *Facebook anuncia Meta, novo nome para sua controladora*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/10/28/facebook-novo-nome-meta.ghtml>>. Acesso em: 29 out. 2021.

²¹ BBC NEWS BRASIL. *Meta: entenda o que é metaverso, que inspira novo nome do Facebook*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-59085379>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

²² BRASIL. *Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.

²³ FRAZÃO, op. cit., p. 100.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 22.



II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Contudo, em que pese a lei definir o conceito de dados sensíveis, há uma tese defendida por Danilo Doneda²⁵ que diz que os dados pessoais podem ser considerados sensíveis em razão do tratamento que recebem, e não pelo conteúdo em si. Segundo o autor²⁶, “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório - mas o uso que dele se faz, pode sê-lo”.

A autodeterminação, trazida pela lei como um dos seus principais fundamentos, é definida por Gustavo Tepedino e Chiara de Teffé²⁷ como “a faculdade de o particular controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de dados relativos a ele”, ou seja, é o usuário ter conhecimento da finalidade para a qual os seus dados serão utilizados, poder optar e decidir se o concede ou não, trazendo assim, segundo os autores, o consentimento informado.

Conforme o acúmulo de dados pelos provedores de aplicações, é possível, conforme já mencionado no capítulo anterior, se obter o comportamento futuro dos usuários. Essa previsão comportamental forma o "superávit comportamental", principal fonte de lucro dos capitalistas de vigilância, como o Google, por exemplo, que possui o "AdWords", empresa subsidiária cuja função é a publicidade direcionada aos usuários como a sua maior fonte de renda, tendo em vista que a referida empresa não cobra dos usuários pelos serviços de busca, sua função mais conhecida, mas não a mais lucrativa²⁸.

Nesse sentido, o Google se torna o maior exemplo do capitalismo de vigilância, utilizando sua função gratuita de buscas e pesquisas para obter os dados necessários, que serão utilizados para a publicidade direcionada financiada pelos seus principais clientes: os anunciantes. A função mais conhecida do Google, que é a pesquisa, nada mais é que sua matéria-prima para a verdadeira fonte lucrativa, o comércio através da publicidade.

O mercado de comportamento futuro utiliza os dados pessoais de forma a violar a autodeterminação dos usuários, que na maioria das vezes não sabem que estão fornecendo esses dados de forma que serão manipulados futuramente por ter seus comportamentos mapeados e, conforme as estatísticas, previstos, ensejando a publicidade direcionada de forma a manter os usuários como absolutamente vulneráveis na relação jurídica que se forma virtualmente.

²⁵ DONEDA apud TERRA, Aline de Miranda Valverde. A utilização econômica de rastreadores e identificadores on-line de dados pessoais. In: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, op. cit., p. 609.

²⁶ Ibid.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: In: Ibid., p. 291.

²⁸ ZUBOFF, op. cit., p. 95.

Conforme Shoshana Zuboff analisa:

[...] o Google não faria mais mineração de dados comportamentais estritamente para melhorar o serviço para seus usuários, e sim para ler as mentes destes a fim de combinar anúncios com seus interesses, que, por sua vez, eram deduzidos dos vestígios colaterais do comportamento on-line.

A questão é que a maior parte dos usuários não têm conhecimento sobre a imensa quantidade de informações pessoais que inserem na internet, não apenas dados como nome, CPF e endereço, mas dados sensíveis, como ideologia política, orientação sexual e predileções sobre os mais variados assuntos. E além de ignorarem o fato de que estão inserindo essas informações para os provedores de aplicações, os usuários não têm o conhecimento da finalidade para a qual esses dados serão utilizados.

A LGPD foi precisa ao definir a autodeterminação como um dos seus principais fundamentos, mas foi insuficiente no que diz respeito a conduta dos provedores de aplicações sobre os dados que utilizam ao não definir melhores hipóteses de tratamento, como, por exemplo, o dever de informar ao usuário, de maneira simples e clara, como tais dados serão utilizados, ou informar que aquela publicidade que surge ao entrar em determinado site aparece de forma direcionada para aquele usuário.

Foi criado na Europa, em 2018, o Regulamento Geral de Proteção de Dados nº 2016/679, a LGPD da União Europeia, que trouxe a política dos *cookies*, que nada mais são que um arquivo do computador fornecidos pelos sites para permitirem a estes uma espécie de memória, onde é registrado a informação da navegação, possibilitando ao usuário a experiência direcionada e personalizada, tendo em vista que todos os seus cliques são rastreados e armazenados pelo navegador²⁹.

O Regulamento Geral de Dados da União Europeia obriga os sites a serem honestos sobre a utilização dos *cookies*, devendo ser anunciado ao usuário a utilização desses registros e, principalmente, o consentimento da utilização pelo usuário. Contudo, embora os sites de navegação atualmente informem e perguntam aos usuários que *cookies* estão sendo colhidos, tal consentimento não é colhido de maneira clara, não tendo o usuário a devida consciência do que de fato está permitindo ao site. Além disso, pode dar a impressão ao usuário de que se ele negar o registro dos cookies, não poderá navegar pelo site que deseja.

Os provedores de aplicações possuem um domínio sobre o usuário, sendo este completamente vulnerável na relação com o navegador. Diante dessa vulnerabilidade, uma

²⁹ CNN. *Você deve aceitar o uso de cookies na internet? É melhor pensar duas vezes*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/voce-deve-aceitar-o-uso-de-cookies-na-internet-e-melhor-voce-pensar-duas-vezes/>>. Acesso em: 23 nov. 2021.



política de consentimento como a do cookie deve ser feita de maneira a deixar claro para o vulnerável o que ele está permitindo que seja feito e a finalidade desses registros.

Portanto, o desconhecimento dos usuários da função dos *cookies*, sua utilidade e tratamento final pelos provedores de aplicações, não foi trazida de forma expressa na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a qual se limita a impor aos provedores o dever de respeito à privacidade dos usuários e à autodeterminação informativa, sendo esta última aplicada de forma propositalmente displicente pelos navegadores.

3. INFLUENCIADORES DIGITAIS DO METAVERSO E O FORTALECIMENTO DO MERCADO DIGITAL PELO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

A Lei Geral de Proteção de Dados³⁰ traz em seu art. 7º, § 4º a dispensa ao consentimento do usuário para o tratamento dos seus dados quando estes tornaram-se públicos pelo próprio titular, sendo resguardados os seus direitos.

A inserção, cada vez maior, da sociedade no metaverso, faz com que os usuários insiram, cada vez mais, os próprios dados na internet, conforme já discorrido em capítulo anterior. Contudo, a lei não define claramente o que é “tornar público” para que possa ser dispensado o consentimento do usuário, bem como não considera que, diante da vulnerabilidade do usuário perante os provedores, não tem a devida consciência de que o seu dado está sendo publicizado na internet, pois se tornou tão comum a utilização de redes sociais, por exemplo, que o indivíduo que insere ali uma dado seu, não tem o conhecimento do seu alcance, e muito menos da finalidade e objetivo dos provedores.

Deve ser levado em consideração que muitos usuários aderem uma personalidade no universo digital completamente diferente da realidade, ou, tendo em vista a capacidade de leitura da personalidade pelos provedores, revelam a sua verdadeira personalidade apenas no meio digital.

Os influenciadores digitais são grandes exemplos do crescimento do metaverso e da dinâmica das relações sociais e econômicas. Recentemente, a influenciadora Sabrina Sato revelou a criação do seu avatar virtual, chamada Satiko. Trata-se de uma vida completamente virtual, sendo a avatar Satiko uma pessoa “autônoma” que, embora criada e controlada pela influenciadora, possui ideias, personalidades, predileções próprias, livres da personalidade da própria criadora, podendo abarcar um público maior, tendo em vista que é livre dos estigmas

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 22.



sociais impostos entre os humanos³¹. A influenciadora brasileira não foi a primeira a criar este tipo de formato publicitário e, certamente, não será a última.

A criação de uma pessoa virtual com suas próprias características e personalidade já são comuns no metaverso, como a criação de modelos, vendedores e até mesmo pessoas jurídicas, que são abstratas no mundo real, tornam-se pessoas digitais, com aparência própria e extremamente semelhante aos humanos, com todas as suas características.

As pessoas virtuais são manipuladas através de dados, inseridos pelos seus controladores, pessoas jurídicas ou naturais, bem como pelo algoritmo gerado pelos dados do público que deseja alcançar. Além do mais, tais avatares possuem a finalidade de lucro, sendo propriedades de marcas ou dos próprios influenciadores digitais.

A questão é que o crescimento desse meio de publicidade faz surgir uma dúvida quanto a regulação dos dados pessoais inseridos por aquele controlador no avatar digital. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trata dos dados como um todo, não especificando se são os dados do público formado pelos usuários, pessoas naturais, que consomem as redes sociais por mero hábito, ou se aqueles inseridos pelos fornecedores de conteúdos, como influenciadores digitais e até mesmo as pessoas jurídicas que exercem o seus mercados por estes meios.

O comércio gerado dentro dos provedores de aplicações, não apenas nas redes sociais, mas também lojas virtuais, influenciam, diretamente, no crescimento do capitalismo de vigilância, tendo em vista a maior facilidade e rapidez no lucro.

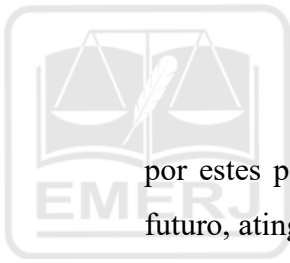
Além do mais, a criação desses avatares digitais demonstram não apenas a inserção do público na internet, a ponto de serem criadas pessoas completamente virtuais, mas também a vulnerabilidade dos usuários nesses meios, que são influenciados, literalmente, por robôs.

Conforme percorrido no primeiro capítulo, o capitalismo de vigilância tem como principal meio o mercado de comportamento futuro, sendo os avatares digitais uma tendência (e consequência) desse meio.

A interação dos usuários com as pessoas virtuais alimentam ainda mais o ciclo econômico do novo capitalismo. A LGPD define os direitos dos usuários, os deveres dos portadores dos dados quanto ao seu tratamento, porém não especifica o modo como a colheita poderá ser feita, quais são os limites que devem ser estabelecidos para a privacidade do usuário não seja invadida.

Importante observar que os controladores dos novos avatares digitais são meros clientes dos verdadeiros capitalistas de vigilância, tendo em vista que se utilizam dos dados colhidos

³¹ FORBES. *Sabrina Sato fala sobre Satiko, sua influenciadora digital*. Disponível em: <<https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/11/sabrina-sato-fala-sobre-satiko-sua-influenciadora-virtual/>>. Acesso em: 27 nov. 2021.



por estes para limitar o seu público alvo e poder concretizar o mercado de comportamento futuro, atingindo aqueles vulneráveis ao se produto.

Portanto, a autodeterminação informativa poderá ser um limitador importante da atuação dos “caçadores de dados”, desde que os provedores de aplicações prestem o dever de informação e obtenham um consentimento devidamente informado do usuário, diminuindo assim a vulnerabilidade destes perante o novo modelo econômico ditado por grandes empresas e exercidos por influenciadores digitais e comércio virtual, ou que os usuários tenham conhecimento da sua vulnerabilidade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou uma análise sobre o sistema mercadológico atual decorrente do crescimento exponencial dos meios digitais, o que criou o denominado capitalismo de vigilância e as suas consequências sobre os direitos dos usuários.

A discussão ainda é muito nova, galgando espaços na doutrina e na jurisprudência diante dos variados problemas que surgem com a evolução social na internet, e os passos lentos da legislação brasileira rumo à uma solução adequada para os usuários e para os capitalistas de vigilância.

A Lei Geral de Proteção de Dados, embora não tenha sido a primeira norma a tratar especificamente da internet no Brasil, certamente foi a que mais atingiu o comportamento dos provedores de aplicações e demais instituições que se utilizam dos dados pessoais dos usuários para obter lucro, seguindo a sistemática do comportamento futuro.

Contudo, ainda muito distante do ideal, o qual seria afastar, ao máximo, a vulnerabilidade dos usuários perante os gigantes capitalistas de vigilância. A lei trouxe fundamentos necessários para a proteção dos dados, como o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, porém falhou ao não diretamente normas incisivas sobre a aplicação dos fundamentos, como por exemplo a clareza quanto ao consentimento da obtenção de dados pessoais pelo provedores de navegação. Tal vulnerabilidade não restou afastada, ainda que o foco da LGPD tenha sido proteger o usuário da comercialização dos seus dados pessoais entre pessoas jurídicas de direito público e privado, que aumenta a cada dia que passa a despeito das normas aplicadas pela lei.

Portanto, em razão da inserção dos bens digitais no meio social, a evolução da tecnologia e do mercado de comportamento futuro não conseguem ser acompanhados pelo

Direito, não na mesma velocidade, fazendo com que as grandes empresas provedoras de tecnologia trabalhem sempre em um campo sem regras. O crescimento do capitalismo de vigilância estará sempre um passo à frente da Lei Geral de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS

BBC NEWS BRASIL. *Meta: entenda o que é metaverso, que inspira novo nome do Facebook*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-59085379>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BORGES, Thassio. *Redes sociais foram combustível para revoluções no mundo árabe*. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/18943/redes-sociais-foram-o-combustivel-para-as-revolucoes-no-mundo-arabe>>. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL, *Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

CNN. *Você deve aceitar o uso de cookies na internet? É melhor pensar duas vezes*. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/voce-deve-aceitar-o-uso-de-cookies-na-internet-e-melhor-voce-pensar-duas-vezes/>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

FARIAS; ROSENVALD apud TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

FORBES. *Sabrina Sato fala sobre Satiko, sua influenciadora digital*. Disponível em: <<https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/11/sabrina-sato-fala-sobre-satiko-sua-influenciadora-virtual/>>. Acesso em: 27 nov. 2021.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: ____; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

G1. *Facebook anuncia Meta, novo nome para sua controladora*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/10/28/facebook-novo-nome-meta.ghtml>>. Acesso em: 29 out. 2021.

KEMP, Simon. *Digital in 2018: World's internet users pass the 4 billion mark*. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/1/global-digital-report-2018>>. Acesso em: 13 mai. 2020.



LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens Digitais*. Indaiatuba, SP: Foco jurídico, 2017.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Autonomia privada e privacidade nas redes sociais: renunciabilidade e responsabilidade por danos*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WRIGHT, Nicolas. *Death and the internet: the implications of the digital afterlife*. First Monday, v. 19, number 6-2, 2014, [e-book].

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br