

**ORGANIZADORES**  
ANDRÉ MACHADO MAYA  
CONRADO PAULINO DA ROSA

# VIII SEMINÁRIO NACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS ÍNDISPONÍVEIS



## CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia  
André Luís Vieira Elói  
Antonino Manuel de Almeida Pereira  
António Miguel Simões Caceiro  
Bruno Camilloto Arantes  
Bruno de Almeida Oliveira  
Bruno Valverde Chahaira  
Catarina Raposo Dias Carneiro  
Christiane Costa Assis  
Cíntia Borges Ferreira Leal  
Eduardo Siqueira Costa Neto  
Elias Rocha Gonçalves  
Evandro Marcelo dos Santos  
Everaldo dos Santos Mendes  
Fabiani Gai Frantz  
Flávia Siqueira Cambraia  
Frederico Menezes Breyner  
Frederico Perini Muniz  
Giuliano Carlo Rainatto  
Helena Maria Ferreira  
Izabel Rigo Portocarrero  
Jamil Alexandre Ayach Anache  
Jean George Farias do Nascimento  
Jorge Douglas Price  
José Carlos Trinca Zanetti  
Jose Luiz Quadros de Magalhaes  
Josiel de Alencar Guedes  
Juvencio Borges Silva  
Konradin Metze  
Laura Dutra de Abreu  
Leonardo Avelar Guimarães  
Lidiane Mauricio dos Reis  
Ligia Barroso Fabri

Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem  
Luciana Molina Queiroz  
Luiz Carlos de Souza Auricchio  
Marcelo Campos Galuppo  
Marco Aurélio Nascimento Amado  
Marcos André Moura Dias  
Marcos Antonio Tedeschi  
Marcos Pereira dos Santos  
Marcos Vinício Chein Feres  
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral  
Marilene Gomes Durães  
Mateus de Moura Ferreira  
Milena de Cássia Rocha  
Mortimer N. S. Sellers  
Nígela Rodrigues Carvalho  
Paula Ferreira Franco  
Pilar Coutinho  
Rafael Alem Mello Ferreira  
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia  
Rayane Araújo  
Regilson Maciel Borges  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Renata Furtado de Barros  
Renildo Rossi Junior  
Rita de Cássia Padula Alves Vieira  
Robson Jorge de Araújo  
Rogério Luiz Nery da Silva  
Romeu Paulo Martins Silva  
Ronaldo de Oliveira Batista  
Sylvana Lima Teixeira  
Vanessa Pelerigo  
Vitor Amaral Medrado  
Wagner de Jesus Pinto



**VIII SEMINÁRIO NACIONAL  
TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE  
DIREITOS INDISPONÍVEIS**

*Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.*

Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2022 by André Machado Maya,  
Conrado Paulino da Rosa (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

[www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)

## EQUIPE EDITORIAL

### Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha  
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira  
Prof. Dr. Tiago Aroeira  
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

### Designer Responsável

Daniela Malacco

### Produtora Editorial

Kariny Martins

### Controle de Qualidade

Marina Itano

### Capa

Lucio de Godoy

### Diagramação

Mariana Silva de Oliveira

### Preparação de Texto

Anna Moraes  
José Rômulo Moreira Júnior

### Revisão

Responsabilidade do autor

### Assistentes Editoriais

Jean Farias  
Larissa Teixeira  
Ludmila Azevedo Pena  
Thaynara Rezende

### Estagiários

Diego Sales  
Laís Silva Cordeiro  
Maria Cristiny Ruiz



## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S471n VIII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis / organização André Machado Maya, Conrado Paulino da Rosa. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.  
556 p.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-252-6869-9

1. Direitos Indisponíveis. 2. Direitos Públicos Incondicionados.  
3. Direitos Transindividuais. I. Organizadores. II. Título.

CDD 340

CDU 34

# APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que o PPGD/FMP apresenta mais a essa coletânea de artigos científicos, oriunda do VIII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizada virtualmente no mês de maio de 2022. A presente publicação é mais uma contribuição do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul à pesquisa jurídica nacional. Trata-se de produto de um evento científico que se insere na tradição dos seminários nacionais e internacionais que o PPGD/FMP tem realizado ao longo dos últimos anos, observando sua usual formatação, consistente na realização de dois painéis, sendo um destinado à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados e o outro destinado à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, bem como na apresentação de trabalhos científicos que são submetidos à dupla revisão às cegas e apresentados em grupos de trabalhos temáticos. As pesquisas aprovadas são apresentadas à discussão pública, juntamente com os artigos disponibilizados pelos painelistas convidados compõem um apinhado bastante significativo da produção científica de expoentes da comunidade jurídica nacional, de membros do corpo docente e de mestres egressos do PPGD/FMP.

O VIII Seminário Nacional do PPGD/FMP, realizado no primeiro semestre de 2022 dedicou-se a pensar na tutela dos direitos indisponíveis sob uma perspectiva contemporânea, explorando temas atuais que afetam bens jurídicos individuais e transindividuais, e desafiam o Estado na sua tarefa de proteção e efetivação desses direitos e liberdades. Para essa reflexão, o evento foi organizado em dois painéis, com notável participação dos professores doutores Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Marcos Erhardt Junior (UFAL / CESMAC), Jânia Maria Lopes Saldanha (UNISINOS), Chiavelli Fazenda Falvigno (UFSC), Luciano Santos Lopes (FMC) e Fábio Ramazzini Bechara (MACKENZIE).

O primeiro painel centrou-se na reflexão sobre temas relacionados a tutela dos direitos transindividuais. Com este foco, o Professor Doutor Marcos Bernardes de Mello falou sobre os vinte anos do Código Civil e as

transformações pelas quais passou a sociedade dessas duas décadas e, principalmente, sobre a sua aplicação norteada pela interpretação civil-constitucional. O Professor Doutor Marcos Erhardt Junior tratou da vulnerabilidade digital no âmbito do direito sucessório e da necessidade de adequação do sistema jurídico brasileiro às novas realidades impostas em um mundo conectado, e a Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha abordou a questão da tutela dos direitos sociais no sistema interamericano.

O segundo painel, a seu turno, tratou da tutela dos direitos públicos incondicionados, com foco na proteção da ordem econômica por intermédio do Direito Penal. Neste âmbito, a Professora Doutora Chia-velli Fazenda Falvigno tratou do fenômeno da deslegalização do direito penal econômico, provocando uma reflexão acerca do abandono do princípio da legalidade estrita como consequência do recurso a técnicas de criminalização que se propõem a contornar as complexidades próprias da sociedade globalizada contemporânea, dentre as quais os tipos penais abertos e as normas penais em branco. Em semelhante linha de abordagem, o Professor Doutor Luciano Santos Lopes falou sobre o papel da dogmática penal nos crimes econômicos, provocando uma reflexão acerca da importância da dogmática para a delimitação da tutela penal. Por fim, o Professor Doutor Fábio Ramazzini Bechara tratou do princípio do *ne bis in idem* na perspectiva transnacional, problematizando a questão no âmbito da transferência de decisões estrangeiras.

As magistrais falas dos professores convidados somaram-se as apresentações de trabalhos da comunidade acadêmica, com o que é dada visibilidade à produção científica do PPGD/FMP. Divididas em dois grupos de trabalho, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos previamente obtiveram nota igual ou superior a 8,0 (oito) pontos na média aritmética atribuída por dois avaliadores no sistema *double blind peer review*, a fim de garantir a excelência dos trabalhos dados à publicação na presente coletânea

No total foram submetidos 36 (trinta e seis) artigos, na exata proporção de metade para cada um dos painéis. Após avaliação duplo cega, 25 (vinte e cinco) foram aprovados para publicação no e-book, sendo 13 (treze) para a linha 1 e 12 (doze) para a linha 2. Excluído um texto cuja autora solicitou que não fosse publicado, integram a presente coletânea 24 (vinte e quatro) artigos, aos quais se somam três artigos dos professores convidados.

Com essa publicação, oriunda do seu VIII Seminário Nacional, o PPGD/FMP almeja contribuir com a reflexão acadêmica acerca de temas relevantes e atuais relacionados com a tutela à efetivação dos direitos indisponíveis.

Boa leitura!

Porto Alegre, inverno de 2022.

**André Machado Maya**  
**Conrado Paulino da Rosa**  
ORGANIZADORES





# SUMÁRIO

## LINHA 1

A DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: DISCUSSÕES DOG MÁTICAS	15
	<i>Chiavelli Facenda Falavigno</i>

---

BREVES ELEMENTOS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA PERSECUÇÃO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DO ANTEPROJETO DE LGPD-PENAL BRASILEIRO	31
	<i>Rogério Gesta Leal Pedro Henrique Hermes</i>

---

A ATIVIDADE SECURITÁRIA E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO	51
	<i>Larissa Oliveira Palagi de Souza Mariany Oliveira Barcelos</i>

---

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ABORDAGEM DO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO	71
	<i>Carla Carrion Frós</i>

---

A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL: OS LIMITES DECORRENTES DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO	89
	<i>Leandro Reis de Souza</i>

---

A OCORRÊNCIA DE ERROS JUDICIAIS A PARTIR DA FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS: UMA ANÁLISE DO ART. 226 DO CPP	115
	<i>Bárbara Barbieri Erig</i>

---

A VISÃO DOS TRIBUNAIS QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO  
EX OFFICIO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL 131

*Júlio César Craveiro Devechi*

---

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA  
EM CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER 149

*Luanna Rennhack Sampaio*

---

ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES A PARTIR  
DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DO SISTEMA  
GLOBAL E DAS REGRAS DE BANGKOK

177

*Giovanna de Carvalho Jardim  
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger*

---

ESTUDOS INICIAIS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS ESTRUTURAIS  
PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS AMBIENTAIS

203

*Diego de Ávilla Rodrigues*

---

LINHAS DE DEFESA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: GESTÃO DE RISCOS  
E CONTROLE PREVENTIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA

219

*Rogério Gesta Leal  
Chaiene Meira de Oliveira*

---

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ABORDAGEM DA  
TUTELA DA VÍTIMA NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

235

*Ana Adelaide Brasil Sá Caye*

---

O DIREITO AO SILÊNCIO VERSUS O DIREITO DE MENTIR: GARANTIAS À  
NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

253

*Nadine Marinho Viera  
Rafaela Rojas Barros*

---

O PSICOPATA NO CRIME: A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM  
CASO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA 273

*Júlia Casagrande Valduga*

---

O TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO AUXILIAR DA CONCRETIZAÇÃO  
DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA  
ANÁLISE A PARTIR DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL NO CONTROLE DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS- 289

*Betieli da Rosa Sauzem Machado  
Ricardo Hermany*

---

## **LINHA 2**

---

A CRISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PERSPECTIVAS 311

*Francisco Saldanha Lauenstein*

---

A MATRIZ ELÉTRICA NACIONAL E AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: A  
CONTRIBUIÇÃO DA FONTE SOLAR NA PRODUÇÃO DE ENERGIA  
ELÉTRICA DE FORMA SUSTENTÁVEL 337

*Éverton Sebastiany de Araújo*

---

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS: MÉTODOS  
ADEQUADOS TRANSINDIVIDUAL CONFLICT RESOLUTION:  
APPROPRIATE METHODS 357

*Cristiane da Costa Nery*

---

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE INTERNET PELO  
CONTEÚDO POSTADO POR TERCEIRO: O EQUILÍBRIO NECESSÁRIO  
ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA 381

*Ana Adelaide Brasil Sá Caye  
Carla Carrion Frós*

---

ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS À MÃE E A PARTICIPAÇÃO  
PATERNA NA VIDA DA PROLE 401

*Geórgia Manfroi*

---

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O BLOQUEIO DO  
TELEGRAM 417

*Gabriella Spencer da Fontoura Teixeira  
Nicholas Augustus de Barcellos Nether*

---

MÍNIMO EXISTENCIAL E A APLICABILIDADE DIANTE DA LEI DE  
SUPERENDIVIDAMENTO 443

*Cristina Stringari Pasqual  
Larissa Oliveira Palagi de Souza*

---

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À  
JUSTIÇA: ANÁLISE DA DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO 461

*Emily Danielle Moraes Costa  
Buenã Porto Salgado*

---

PROTEÇÃO INTEGRAL E A CRIMINALIDADE INTRAFAMILIAR: O MENOR  
CONTEMPORÂNEO 489

*Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra*

---

RELAÇÕES CONVIVENCIAIS: ANÁLISE DA UNIÃO ESTÁVEL E DA  
UNIÃO DE FACTO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E  
PORTUGUÊS 511

*Luíza Sartori Parise  
Natália Trindade Emmel*

---

RELAÇÕES JURÍDICAS ELETRÔNICAS E A PROTEÇÃO DE DADOS  
PESSOAIS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL 537

*Rafaela Rojas Barros  
Nadine Marinho Viera*



**LINHA 1**



# A DESLEGALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: DISCUSSÕES DOGMÁTICAS

Chiavelli Facenda Falavigno

## INTRODUÇÃO

Esse trabalho parte de publicação anterior, e diz respeito a pontos abordados em palestra proferida na Fundação do Ministério Público.

O direito penal é baseado no princípio da legalidade, por disposição expressa do Código Penal e também da Constituição Federal. No entanto, não é raro atualmente que o estudioso do direito se depare com normas penais incompletas, as quais exigem, para sua total compreensão, o conhecimento de outras leis ou mesmo de regras de natureza infralegal. Este fenômeno se manifesta com maior frequência em determinadas áreas, sobremaneira aquelas que passaram a ser tuteladas pelo direito penal nos últimos anos, a saber, o meio ambiente e a economia.

Em que pese a clara vulneração da legalidade, grande parte da doutrina aceita como constitucionais ditas técnicas de reenvio. O problema se dá quando tal procedimento que deveria ser excepcional passa a permear diversos tipos de uma lei ou diversos elementos da norma, ocorrendo um verdadeiro processo de deslegalização, ou seja de transferência do conteúdo típico para outra espécie normativa que não a lei.

É nesse sentido que se impõe o debate sobre o uso do que se convencionou chamar assessoriedade administrativa do direito penal. Em que pese a assessoriedade possa ser observada tanto no direito penal quanto no processual penal, este trabalho se restringe aos seus aspectos normativos. A escolha do termo assessoriedade com esta grafia se dá por que, neste artigo, se entende que o direito administrativo assessora o direito penal, e não que este é um mero acessório daquele, conforme entende de parte da doutrina, como Érika Mendes de Carvalho e Renato Mello Jorge da Silveira.

Em termos normativos, são muitas as formas de manifestação de dita técnica de reenvio, sendo a mais conhecida delas a chamada norma penal em branco. Contudo, mesmo os elementos normativos do tipo e

os tipos penais abertos podem depender, para sua compreensão, de definição constante em regra administrativa. Ainda, há tipos que vinculam a ocorrência ou não da conduta criminalizada ao descumprimento de determinados atos administrativos específicos, como licenças e autorizações, configurando então a chamada assessoriedade do ato, que é bastante comum no direito penal ambiental.

A princípio, conforme já referido, o uso da norma complementada em matéria penal não traz, por si, uma violação de garantias insuperável, a menos que essa norma complementar passe a tomar o espaço próprio da lei penal, deslocando, por exemplo, a definição das condutas proibidas. É esse o exato ponto que se pretende discutir nessa pesquisa, que se propõe a analisar as causas e consequências do uso exacerbado da complementação legal, bem como algumas possibilidades de sua mitigação ou superação.

## **1 A DESLEGALIZAÇÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA**

São muitas as formas de complementação normativa que podem ser observadas hoje no direito penal brasileiro, seja aquela que se dá por meio de outras leis, seja aquela feita com a referência a atos infralegais. Centrando-se no segundo ponto, o questionamento central desse tópico consiste em verificar se e como se encontra determinado na doutrina o preciso momento em que a norma deixa de ser materialmente emanada pelo Legislativo, passando a Administração a exercer função legiferante, ou seja, a determinar os elementos centrais da moldura típica.

Em prévia pesquisa doutrinária, pode-se observar que são poucos os autores que se debruçam sobre esse ponto bastante controverso da complementação legal. À exceção de investigações acadêmicas que tenham como objeto a assessoriedade administrativa em si, a maior parte dos livros e manuais jurídicos se resume a definir o que é norma em branco, listando diversas classificações que pouco ou nada acrescentam à concepção crítica do instituto.

Segundo Aníbal Bruno, é certo que a disposição legislativa que necessita de complemento deve trazer uma proibição; porém, essa poderia ser enunciada de forma genérica. A norma integradora, no entanto, ainda que estabeleça as condições ou circunstâncias que complementam o tipo, não deve, por si, determinar o preceito principal. Por emanar de fonte subsidiária, ela é importante, na medida em que determina as condi-



ções que irão constituir os elementos integrantes do tipo previsto na norma principal, o qual, se ocorrido, acarretará a imposição da sanção-pena:

A quantidade do preceito ausente, necessitada de complemento, pode variar desde o máximo, quando a lei em branco contém a proibição de infringir determinado dispositivo de outra lei ou regulamento e neste é que se encontra todo o conteúdo da infração proibida, até um mínimo em que o dispositivo complementar dá apenas sentido a um dos elementos do tipo.<sup>1</sup>

Magalhães Noronha, por sua vez, em concordância com o pensamento de Jimenez de Asúa,<sup>2</sup> acredita que, para que se preserve o respeito aos princípios da reserva legal e da divisão dos Poderes, é essencial que a fonte heterogênea se resuma à função de determinar as condutas puníveis dentro do círculo em branco, reduzindo-se o poder de complementação à faculdade de determinar um interesse secundário, um pormenor necessário à consecução da vontade do Legislador.<sup>3</sup>

Não é outro o pensamento de Luiz Regis Prado, que, ao abordar o tema da limitação na complementação, já o faz na forma de alerta sobre a possibilidade de invasão de esferas de poder e dano intolerável ao princípio da legalidade:

Nada obstante, convém salientar que o uso dessa técnica legislativa pode ensejar em certos casos, ofensa ao princípio da intervenção penal legalizada (art 5o, XXIX; CF, art. 1o, CP). Para logo, infere-se que a previsão imperativa (positiva ou negativa) deve fixar com transparência os precisos limites (margens penais) de sua integração por outro dispositivo legal. Isso porque o caráter delitivo da ação ou da omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da absoluta reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade.<sup>4</sup>

Pode-se observar, portanto, que a doutrina tradicional, em sua maioria, tende a reconhecer a necessidade de uma limitação em termos

---

1 BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral, tomo 1o.. P. 205

2 JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Principios de derecho penal: la ley y el delito. P. 95.

3 MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Direito Penal. P. 59.

4 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.P. 146

do que pode ou não ser delegado à norma complementadora, sobretudo no que tange às chamadas leis em branco heterônomas ou próprias, que são as que se utilizam de complemento oriundo de outra esfera de Poder que não o Legislativo. A doutrina administrativa, por sua vez, ao elencar os atos por seu conteúdo ou forma,<sup>5</sup> não apresenta qualquer ressalva a respeito daqueles que possam ou não vir a servir como complemento de uma lei penal.

Da mesma forma, não se encontra delimitado em legislação nem assente na jurisprudência brasileira quais seriam os limites dentre as possibilidades de complementação. Assim, o que se observa na prática legal é a constante utilização dessa técnica legislativa originariamente excepcional, seja pelo número de tipos ou de elementos remetidos em cada tipo, sobremaneira na proteção de alguns bens jurídicos específicos, conforme se passa a analisar.

## **2 AS CAUSAS DO USO EXCESSIVO DE COMPLEMENTAÇÃO LEGAL: OS DITOS NOVOS BENS JURÍDICOS**

Pode-se, a partir do que foi exposto, iniciar uma discussão sobre um instituto basilar em matéria de direito penal brasileiro, qual seja, o bem jurídico. É essencial que se constate que o fenômeno da deslegalização, consistente no uso excessivo de complementação administrativa, não acontece de forma equitativa em todas as matérias que sofrem a incidência do direito penal. Em que pese se possam observar normas com reenvio que datam da redação originária do Código Penal pátrio, existem, sim, searas específicas nas quais se o Legislador parece sentir uma maior necessidade de recorrer a normas incompletas. Tais áreas chamam a atenção se analisadas sob o viés do bem jurídico protegido.

Basta observar alguns tipos penais da Lei 7.492 ou da Lei 9.605 para se constatar que essas são, sem dúvida, matérias que necessitam de ampla regulação administrativa. Afinal, tanto o direito penal econômico quanto o direito penal ambiental fazem uso de preceitos bastante técnicos para delimitar os aspectos centrais do bem jurídico protegido. Ademais, ambos os ditos bens possuem como característica a constante mutação, seja por causas naturais, como é o caso do meio ambiente, seja por causas artificiais, como ocorre à economia.

---

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. P. 237-246; BANDEIRA, Celso Antônio de Mello. *Curso de direito administrativo*. P. 349

O advento do chamado direito penal do risco expandiu as criminalizações nessas searas, o que se convencionou chamar de espiritualização ou desmaterialização do bem jurídico. Valores ditos coletivos ou transindividuais passaram a ser protegidos pela norma penal e, por já se encontrarem, na maioria dos casos, bastante regulados administrativamente, acarretaram uma consequência bastante óbvia: a necessidade de que esta regulação, muitas vezes definidora do bem, passasse a fazer parte dos tipos penais construídos.

Outra matéria que apresenta o uso exacerbado de assessoriedade é o chamado direito penal de drogas. Nesse ponto, conforme denunciam Sebastian Scheerer e Luis Carlos Valois,<sup>6</sup> se faz sentir a influência de políticas criminais estrangeiras, as quais foram internalizadas pelo Brasil por meio de Tratados Internacionais. Tais obrigações assumidas deixam o Estado brasileiro à mercê de listagens de substâncias feitas em agências estrangeiras, as quais são replicadas sem possibilidade de redução – mas sim de extensão – por órgãos administrativos nacionais. Não se pode deixar de salientar que, para além da questão normativa, a pouca discricionariedade do país em determinar como e o que fará parte de sua política criminal de drogas vem ocasionando verdadeiro genocídio da população mais pobre, uma vez que, nesse caso, a amplitude da norma se soma com a seletividade que é típica do funcionamento de instituições penais.

Por fim, a ausência de uma ciência da legislação – legisprudência - desenvolvida e da discussão de técnicas legislativas em matéria penal contribui para uma total falta de regulação no setor que, ademais, é impulsionado por pressões populares e midiáticas que associam direito penal excessivo e arbitrário a incremento de segurança pública.

Conforme Luiz Guilherme Mendes de Paiva, o processo legislativo penal se divide em três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Esse seria o caminho seguido por uma demanda social que é absorvida pelas estruturas burocráticas, transformando-se em projeto de lei discutido e aprovado nas instâncias políticas. Tais fases possuem, ainda, operações intermediárias, diversos atores e pressões, o que culminaria na criação de uma lei, no caso, penal.<sup>7</sup>

---

6 SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. Direito comparado: proibicionismo e alternativas. No prelo.

7 PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. P. 363.

No contexto da já exposta sociedade punitiva, a identificação de desajustes sociais com uma necessidade de intervenção penal se dá por meio de agentes sociais que representam a prevalência do ponto de vista de grupos sociais na definição de políticas públicas e, no presente caso, de políticas criminais.<sup>8</sup> Tal pensamento é bastante evidente quando se trata da questão das drogas, que penaliza de forma gravosa o crime de tráfico, deixando ampla margem de discricionariedade no momento da classificação de um fato como uso ou comércio, o que se dá, na prática, com grande influência de questões sociais e raciais.

Em termos de violações de garantias, são muitas as consequências que podem advir da norma excessivamente complementada, sobremaneira no que tange ao descumprimento de princípios que norteiam o direito penal e sua natureza minimalista. É nesse sentido que se passa, então, a realizar a análise do próximo tópico.

### **3 AS CONSEQUÊNCIAS DA DESLEGALIZAÇÃO**

São muitas as consequências do uso exacerbado e desregrado de normas em branco e outras técnicas de reenvio normativo, principalmente no que tange à violação de princípios basilares da ciência penal. Por óbvio que essa discussão não pode dar-se sem a referência à inadequação de muitas formas de regulação pensadas de forma tradicional, como o direito penal e sua dogmática clássica, às novas formas de violência no contexto de aceleração da sociedade atual.

No curto espaço deste trabalho, se analisarão brevemente as consequências tidas como mais gravosas, quais delas: o desvio no bem jurídico tutelado pela norma, a violação da legalidade tanto pela mudança na competência legislativa quanto pela vulneração da taxatividade da norma, a ocorrência indiscriminada de erro, a sobreposição de matéria penal e administrativa e a perda de efetividade da norma como um todo, redundando em direito penal simbólico.

#### **3.1 O DESVIO NO BEM JURÍDICO TUTELADO**

Sabe-se que o direito penal brasileiro se baseia no sistema de exclusiva proteção de bens jurídicos de terceiro, sendo esta análise essencial à confecção e à manutenção da norma criminalizadora. Assim, dúvidas

---

8 PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. P. 366.

sobre a real tutela do bem jurídico anunciado colocam em xeque a legitimidade do tipo penal, que passa a ostentar constitucionalidade duvidosa.

Por constituir valor de importância ímpar, o bem jurídico elegido pelo legislador merece, em detrimento de outros, proteção a ser feita por meio do direito penal, instrumento mais gravoso de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, ele é, sim, elemento que justifica e ampara a existência da norma. A forma com que a lei penal é confeccionada expressa, por sua vez, as ideias de política criminal adotadas pelo legislador e seus reais objetivos.

Conforme Helena Lobo da Costa, o bem jurídico é um critério fundamental para que se avalie a referência material de uma incriminação, de forma que o tipo penal deve possuir seu substrato em um bem jurídico penal, o que é um requisito mínimo, mas não suficiente, para sua legitimidade.<sup>9</sup>

Assim, pode-se concluir que, quando se trata, por exemplo, da Lei dos Crimes Ambientais, essa só encontra autorização constitucional para existir se suas normas tutelam o bem jurídico que a justificou,<sup>10</sup> ou seja, aquele que ela diz proteger, que é o meio ambiente.

Contudo, nota-se, não é o que ocorre em muitos dos tipos ali constantes, principalmente aqueles que usam de técnica legislativa referida na introdução deste trabalho como assessoriedade do ato, ou seja, aquela que da azo a normas que criminalizam o descumprimento de licenças e autorizações. Nesse momento, a lei deixa de proteger o meio ambiente e passa a tutelar, com ênfase ainda maior, o cumprimento de atos administrativos, que é, por fim, a própria atuação da Administração Pública. Isso é o que ocorre, por exemplo, no tipo descrito no artigo 29 da referida lei, que proíbe a caça da fauna silvestre sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

### **3.2 A MUDANÇA NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA**

No presente tópico e no subsequente, centra-se o debate no princípio da legalidade, especialmente em duas de suas vertentes, quais sejam,

---

9 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. P. 1.

10 Esse dado consta, aliás, na própria justificativa da lei: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

a reserva legal e a taxatividade. No que tange à primeira delas, para além do próprio princípio, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, encontra-se estabelecida, no artigo 22 desse mesmo diploma, a competência privativa da União para legislar sobre determinadas matérias, dentre as quais se incluem, no inciso I da norma, o direito penal e o direito processual.

Conforme bem explicita Frederico Horta, quando se parte do pressuposto de que a lei é a única fonte constitucional do poder punitivo, a definição de tipo ao qual se atribui uma pena por ato administrativo passa a ser, para se dizer o mínimo, de validade bastante duvidosa.<sup>11</sup> Ainda mais em alguns casos em que tal ato determina elementos centrais da conduta, como ocorre na Lei n. 11.343/2006, na qual todos os crimes dependem da complementação do termo “drogas”, feita por meio de uma Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pertencente ao Ministério da Saúde.

### **3.3 A VIOLAÇÃO DA TAXATIVIDADE**

Ainda sob o aspecto da legalidade, a taxatividade da norma penal se encontra adimplida quando essa é formulada de maneira clara e precisa, restringindo as interpretações possíveis e possibilitando ao maior número de pessoas, que são seus destinatários, sua correta e inequívoca compreensão. A precisão exigida diz respeito ao preceito, da descrição do fato, e à sanção, que consiste no estabelecimento da pena. Sua observância, pelo legislador, tutela não apenas o cidadão, que tem o direito subjetivo de conhecer a lei à qual se encontra submetido, mas também o juiz, que tem segurança em relação ao texto que deverá aplicar,<sup>12</sup> e os demais operadores do direito, que atuam na prática forense fazendo uso de dita lei em suas alegações.

No entanto, ao confrontar-se a taxatividade com a complementação administrativa e com as demais técnicas de reenvio, vislumbra-se a ocorrência de um conflito insuperável devido à existência de exigências antagônicas: se, por um lado, o direito penal pós iluminista apregoa a utilização de conceitos fechados, descritivos e seguros, visando a frear a oscilação do intérprete e aplicador e a garantir o cidadão contra o poder

11 HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. P. 95.

12 GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. P. 140

punitivo do Estado; de outro, a regulação da sociedade atual exige cada vez mais o uso de conceitos vagos e indeterminados, em uma tentativa de emprestar à norma velocidade semelhante ao fato social.<sup>13</sup>

Nesse sentido, o que pode se observar nas normas com reenvio, sobretudo no caso do uso exacerbado de elementos normativos e na construção de tipos abertos, é um mandamento quase genérico de proibição, que não permite ao cidadão uma previsão real sobre o que está ou não abrangido pela norma sancionadora, conforme se pode observar na famigerada gestão temerária da Lei 7.492. São muitos os casos em que o destinatário se guia mais por mandamentos éticos gerais de conduta do que pelo texto propriamente dito da lei penal.

### **3.4 A OCORRÊNCIA INDISCRIMINADA DE ERRO**

Sem dúvida, uma das principais consequências que se pode atribuir ao uso excessivo de normas penais em branco é a chamada ocorrência indiscriminada de erro de proibição,<sup>14</sup> o que deveria, em todo e qualquer caso prático, afastar a incidência da culpabilidade, acarretando a não punição. Tal consequência decorre diretamente da questão apontada no tópico acima, qual seja, a ausência de taxatividade dos tipos.

O uso excessivo de complementações, bem como a técnica de remissões em cadeia, dificulta o conhecimento real do mandamento proibitivo, uma vez que o conteúdo da lei penal em branco só poderá ser aferido por meio do pleno conhecimento da farta regulação administrativa que a complementa.

### **3.5 A SOBREPOSIÇÃO DE MATÉRIA PENAL E ADMINISTRATIVA**

Como já se referiu brevemente ao longo desse trabalho, são muitos os problemas decorrentes da má delimitação existente entre o direito penal e o direito administrativo no ordenamento brasileiro, seus âmbitos de atuação, as peculiaridades de suas sanções, etc. A ausência de definição sobre a

13 GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. P. 242.

14 Não se ignora a discussão existente na doutrina a respeito da classificação de erro como de tipo ou de proibição nos casos de assessoriedade, a qual não se adentrará no curto espaço desse artigo, fazendo-se remissão à obra completa de nossa autoria sobre o tema, qual seja, “A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro”.

natureza do ilícito penal e do ilícito administrativo,<sup>15</sup> a desproporcionalidade entre as sanções existentes nos dois ramos e a constante ocorrência de *bis in idem* – apoiada no falacioso argumento de independência das esferas – são apenas algumas das questões materiais a serem levantadas.

É o que leva a doutrina a falar na já referida administrativização do direito penal:

O fenômeno da administrativização do direito penal já foi amplamente diagnosticado pela doutrina. Sua principal característica consiste no excesso de complementações a que fica sujeito o ilícito penal. Assim, para compreender a tipicidade – e muitas vezes, também a ilicitude de uma conduta – é necessário recorrer a regulamentos, portarias, resoluções e até mesmo a atos administrativos, caso das autorizações, permissões e licenças. Não raro a ilicitude penal resume-se à desobediência à administração.<sup>16</sup>

Nestes novos ramos, sobretudo no direito penal econômico e ambiental, há incidência de norma punitiva em matérias que já eram bastante reguladas por outros setores, principalmente o administrativo. Assim, como já referido, a norma penal atua sobre atividade que se materializa por meio de descrição constante em regulamentos. É, portanto, bastante previsível que a sobreposição de ditas regras possa gerar incompatibilidades e dificuldades de compreensão, bem como sistemas paralelos que não se relacionam de forma a minimizar, mas a exacerbar a punição.

Além disso, insta salientar que são muitos os problemas processuais decorrentes da má delimitação entre as esferas, o que acarreta o uso de todo o procedimento administrativo como prova no processo penal, ainda que naquele setor as garantias de contraditório e defesa sejam muito mais limitadas que neste. Ainda, se pode questionar o arrolamento de fiscais, como no caso dos crimes tributários, como testemunhas no âmbito penal, uma vez que estes seriam parte do sujeito passivo do crime apurado, não podendo falar-se em imparcialidade daquele que lavrou o auto técnico que deu origem a todo o procedimento investigativo.

---

15 Sobre o tema, existem diversos entendimentos doutrinários. A fim de manter o escopo dessa pesquisa, nos referimos ao que já foi dito sobre esta questão no segundo capítulo desse trabalho, bem como ao artigo: “O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias.”, de Chiavelli Facenda Falavigno.

16 COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. P. 113



### 3.6 A PERDA DA EFETIVIDADE DA NORMA COMO UM TODO

Diante de todo o exposto, é essencial que se relate, por fim, no que redunda a ocorrência de demasiados problemas de legitimidade e efetividade do direito penal excessivamente complementado por disposições administrativas.

A conclusão a que se pode chegar está diretamente relacionada à ideia de consciência, ao menos em potencial, da ilicitude de uma conduta. Conforme Enrique Urzúa Cury, aquele que executa um delito só pode ser culpável por ele se, no momento da ação, possuía a possibilidade real de conhecer o injusto de sua atuação,<sup>17</sup> reforçando que o conhecimento da norma é, como já exposto, essencial para o reconhecimento do fato como passível de imposição de sanção criminal. Contudo, há um outro aspecto que merece menção nessa seara, qual seja, o efeito produzido internamente no sujeito pela ciência de que seu comportamento é penalmente reprovável.

Nesse sentido, é inegável que o desconhecimento da norma complementadora ou a sua má compreensão não possuem o condão de influenciar o comportamento do agente, de motivá-lo a agir de acordo com o direito ou dissuadi-lo da prática criminosa.

Conforme Ana Elisa Liberatore Bechara:

Quando a utilização de elementos normativos leva à transferência do próprio sentido da criminalização para fora do Direito Penal, delegando-o a normas extrapenais e, assim, à ampla interpretação judicial, opera-se uma grande insegurança e desorientação nos destinatários da norma, restando difícil a identificação das condutas proibidas criminalmente e, assim, a motivação em relação a elas.<sup>18</sup>

Helena Regina Lobo da Costa também endossa esse entendimento, afirmando que a compreensão da norma não é apenas uma garantia, mas também um elemento essencial para a motivação do destinatário, não sendo razoável sancionar quem desconhecia suas obrigações. Ademais, no caso dos delitos ambientais direcionados a empresas, tal situação se agrava pela presunção de conhecimento, uma vez que o responsável

17 CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal. P. 61.

18 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Tese (Titularidade). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. P. 125

teria o especial interesse de se informar, já que sua atividade o coloca em uma posição de criminoso em potencial:

Essa dificuldade de motivação acarretada pela assessoriedade administrativa consiste, evidentemente, em um obstáculo para a efetividade da norma penal. Obstáculo ainda maior advém da cumulação de seletividades: a seletividade do sistema penal é somada à seletividade do sistema administrativo, o que gera déficits de execução significativos e, o que é mais grave, aplicação seletivamente desigual da norma penal.<sup>19</sup>

Não é diverso o entendimento de Dulce María Santana Vega, para quem a falta de clareza do tipo, com sua remissão ao congestionado mundo normativo do direito administrativo, prejudicaria a função motivadora da norma, uma vez que o cidadão não tem o total conhecimento do que é incriminado, seja para não delinquir, seja para denunciar eventuais delitos.<sup>20</sup>

O uso da tutela penal, nesse contexto, resulta, muitas vezes, na construção de um sem número de tipos penais meramente simbólicos, os quais servem apenas à inflação legal, dificultando o conhecimento da norma. Explique-se: se o destinatário não conhece de fato ou não compreende o conteúdo da proibição, não tem qualquer possibilidade de que se direcione em seu sentido, ou de que dito conteúdo o motive a não delinquir.

Nesse sentido, a produção desenfreada de mais textos nessas áreas, principalmente em campo econômico e ambiental, com o uso de diversas remissões, serve apenas a finalidades políticas, sem contribuir de forma eficiente para a solução do problema, uma vez que sua influência sobre o comportamento dos cidadãos é, na maioria dos casos, uma ficção, já que mesmo operadores do direito têm dificuldades em conhecer e compreender de forma plena esses tipos.

#### **4 AS POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO DO FENÔMENO: DISCUSSÕES INTERDISCIPLINARES**

O objetivo desse subtítulo é propor várias medidas que, combinadas, possam solucionar algumas das consequências nefastas apontadas

---

19 COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. P. 83

20 SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. P. 22.

neste trabalho ou, ao menos, mitigar seus efeitos. Salienta-se que, para pensar o problema proposto, se faz necessário o uso de um olhar interdisciplinar, que busque abordar as mais diversas questões envolvidas em termos de ciências criminais e também de política legislativa.

No que tange à política criminal e à criminologia, se propõe o aprofundamento dos processos de descriminalização, sobretudo no que diz respeito às condutas relacionadas às drogas. Tais processos se fundamentam não apenas no princípio da *ultima ratio* do direito penal, mas também nas diversas consequências benéficas que proporcionam, seja em termos de diminuição da morosidade do Judiciário, seja na redução das violações de direitos humanos ocorridas em sede de execução penal. Para tanto, os estudos prévios e posteriores de impacto legislativo são essenciais para que se possa conter as demandas sociais por expansão penal, por meio da comprovação da real efetividade da norma punitiva no incremento da segurança pública.

Em um segundo momento, deve-se trabalhar com a ideia de construção de um sistema sancionador conjunto, de forma que o direito penal seja utilizado apenas na colmatação de lacunas, cumprindo sua função fragmentária. Para isso, pode-se pensar em uma criteriosa expansão do setor administrativo, sobretudo em questões atinentes a crimes ambientais e econômicos.

Um dos fundamentos de tal proposta é a natureza desses bens jurídicos que, por sua pouca estabilidade natural, no caso do meio ambiente, ou artificial, no caso da economia, dificilmente se adequam a uma regulação que necessite de longos procedimentos de confecção e alteração normativa, como é o caso da lei penal. Outra importante justificativa seria o fato de que tais áreas, que hoje sofrem a incidência do direito penal, já se encontravam intensamente reguladas por outros ramos jurídicos, os quais ostentam normas mais flexíveis e dinâmicas que as que emanam do ordenamento criminal, gerando incompatibilidades.

Ainda, a influência da globalização e o enfraquecimento do Estado levou atividades antes realizadas pelo setor público às mãos de empresas privadas concessionárias e permissionárias, gerando a responsabilidade do Estado de intervir para controlar e sancionar eventual prática de ilícitos nos setores. Demanda que deixa a questão de se tal intervenção deve impreterivelmente dar-se pela via penal.

Importante, no entanto, salientar que qualquer expansão do setor administrativo sancionador deve vir acompanhada de um repensar do

processo e do procedimento na área, sob pena de ocorrer um mero deslocamento do campo em que ocorrem arbitrariedades.

Em relação ao direito penal, estuda-se a possibilidade de uma maior regulamentação doutrinária sobre o procedimento legislativo, buscando estabelecer critérios dogmáticos com base em doutrina e jurisprudência estrangeira que poderiam minimizar as consequências negativas apontadas nesse trabalho. Importante mencionar que muitos tribunais constitucionais já se manifestaram expressamente sobre a questão, como o espanhol, o chileno e o peruano. Nesse ponto, ademais, aceita-se como premissa que a possibilidade de existência de normas penais em branco é amplamente majoritária, ainda que se possa questionar sua constitucionalidade em alguns casos.

Tais mudanças devem passar por alguns passos, como a proibição de remissões em cadeia, a necessidade da definição de elementos centrais do tipo pela lei penal, a mitigação das remissões dinâmicas, a definição do órgão complementador e da hierarquia do ato que pode complementar uma lei penal, etc. A necessidade de remissão recíproca e expressa e o exame de legalidade do ato administrativo também podem contribuir para a diminuição da ocorrência do erro e de violações à taxatividade, respectivamente.<sup>21</sup>

Assim, é essencial que se faça dois movimentos: a) a redução do uso do direito penal e, por consequência, da técnica da norma penal em branco, o que se daria pela descriminalização de algumas condutas e pela expansão da tutela feita por outro ramo do direito sancionatório diverso do criminal, e b) o estabelecimento de critérios dogmáticos que tais normas devem seguir, de forma que se reduza as consequências negativas de seu uso, o que acarretará mudanças que levem ao aprimoramento das formas de reenvio normativo existentes e do processo legislativo em matéria penal como um todo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As intersecções entre dogmática penal e política legislativa ainda são muito limitadas no Brasil, em que pese a existência de estudos que busquem interligar esses setores em diversos países, como Espanha, Ale-

---

21 Deixa-se de aprofundar tais propostas em razão dos limites desse trabalho, referindo-se novamente a pesquisa completa que se encontra publicada na nossa obra “A Deslegalização do Direito Penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro”.

manha e Itália. A lei é, ainda, a principal fonte de direito penal, e não se pode falar em uma aplicação previsível e adequada de uma norma com problemas de redação, compatibilidade constitucional, definição precisa de valores protegidos, etc.

A assessoriedade administrativa é, hoje, uma realidade do ordenamento punitivo pátrio, sendo essencial que os estudiosos do direito se debruçam sobre o fenômeno e busquem encontrar as melhores soluções para os problemas que se apresentam a partir dele.

## REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Tese (Titularidade). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral, tomo 1o. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

. Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal. Santiago : Ed. Jurídica de Chile, 1992 2

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. Norma Penal em Branco e Outras Técnicas de Reenvio em Direito Penal. São Paulo: Almedina, 2014.

HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis: La ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Direito Penal. São Paulo: saraiva, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Livro homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

SANTANA VEGA, Dulce María. El concepto de ley penal en blanco. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SCHEERER, Sebastian; VALOIS, Luis Carlos. Direito comparado: proibicionismo e alternativas. No prelo.

# **BREVES ELEMENTOS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA PERSECUÇÃO PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DO ANTEPROJETO DE LGPD-PENAL BRASILEIRO**

**Rogério Gesta Leal<sup>1</sup>**  
**Pedro Henrique Hermes<sup>2</sup>**

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo investigar os limites e possibilidades do anteprojeto de LGPD-Penal no Brasil, a partir de um breve panorama sobre o estado da arte em matéria de proteção jurídica aos dados pessoais e como uma legislação desse viés pode contribuir para o direito em apreço. Como métodos, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento o monográfico. Verificou-se que a proteção de dados pessoais assumiu relevância no contexto brasileiro, o que fez surgir a necessidade de regulamentação também no campo penal. Conclui-se que, apesar de seus limites e dificuldades, com a ausência de algumas previsões necessárias, como o relatório de impacto e a regulamentação de câmeras de vigilância por entes privados, a LGPD-Penal, através de seu anteprojeto, constitui instrumento jurídico de relevância na proteção dos dados.

**Palavras-chaves:** Proteção de dados – Persecução penal – Lgpd penal

---

1 Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e FMP, graduação, mestrado e doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. [gestaleal@gmail.com](mailto:gestaleal@gmail.com)

2 Bacharel em Direito e Mestrando em Direito junto a Universidade de Santa Cruz do Sul. Orientando do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. [pedrohermes.1@hotmail.com](mailto:pedrohermes.1@hotmail.com)

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais, no Brasil, vem assumindo notável importância nos diversos âmbitos legislativos, notadamente a partir da promulgação da LGPD brasileira, regulamentando o tratamento de dados pessoais no âmbito privado e público. Além disso, recentemente, foi erigido ao caráter de direito fundamental previsto expressamente na Constituição da República. Assim, observa-se contínuo desenvolvimento legislativo nessa seara, buscando, conseqüentemente, conferir uma proteção jurídica à pessoa diante do cenário de riscos e perigos da Internet. Contudo, a nova legislação buscou regulamentar o tratamento de dados relativos à segurança pública em legislação apartada, que ainda se trata de anteprojeto.

De outro lado, o contexto da Era Informacional também afetou a segurança pública de modo geral, incluindo a questão relativa à persecução penal. Nesse sentido, cada vez mais câmeras de vigilância, programas de cercamento eletrônico por videomonitoramento, reconhecimento facial, bancos de dados, entre outros mecanismos são utilizados na prevenção e combate a crimes na sociedade. O uso desses instrumentos não apenas garantem uma maior efetividade das forças de segurança pública, materializando um direito fundamental à segurança pública, mas também fazem erigir, nomeadamente no Brasil, a questão sobre a proteção de dados pessoais no âmbito da segurança pública e também da persecução penal, na esteira daquilo que a União Europeia já vem regulando.

Nesse sentido, o presente artigo científico parte da seguinte indagação: quais os limites e possibilidades para o anteprojeto de LGPD-Penal no Brasil? Busca-se responder o problema a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo e do método de pesquisa monográfico, a partir de pesquisas precedentes em âmbito nacional e internacional sobre a temática. A hipótese inicial é de que a proteção de dados nessa seara constitui importante mecanismo para se assegurar diversos outros direitos, como do devido processo legal, no âmbito da persecução penal.

A pesquisa ainda se divide em três tópicos. Em um primeiro momento, busca-se apresentar a legislação protetiva, de modo geral, aos dados pessoais no Brasil, com especial referência à promulgação da LGPD. No segundo tópico serão estudados os elementos que conjugam a questão da persecução penal e segurança pública com os dados pessoais, fazendo surgir debates sobre a proteção de dados nessa seara. Por fim, no terceiro momento, serão analisados de modo breve alguns dispositivos do ante-



projeto de LGPD-Penal brasileira e de que modo pretende-se regulamentar a questão, visualizando os limites e possibilidades dessa legislação.

## **2 NOTAS SOBRE PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA AOS DADOS PESSOAIS**

O objetivo da presente seção é realizar breves e gerais apontamentos sobre o atual panorama brasileiro sobre a proteção jurídica dos dados pessoais. Com a Internet, surgiram inúmeros novos mecanismos de comunicação, novas ferramentas e, principalmente, novas mudanças na sociedade, pois, como aponta Manuel Castells, “a Internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global” (CASTELLS, 2003, p. 08). Com o crescente aumento na sua utilização pelos internautas, ocorre, no mesmo patamar, a coleta cada vez maior de informações dos próprios usuários pelos provedores de conexão e aplicação na internet e também pelo próprio Estado, que acompanhou o desenvolvimento dessas novas tecnologias.

Intensificaram-se também os fluxos de informações e possibilidades de armazenamento delas. Nesse cenário, o maciço aumento de sua utilização passou a trazer mudanças no conceito de privacidade, de modo que a informação passou a ser estruturada, evidenciando riscos de violação dessa privacidade pela possibilidade de uso indevido dessas informações (FINKLESTEIN; FINKELSTEIN, 2019, p. 285).

Manuel Castells alerta que “o entusiasmo com a liberdade trazida pela Internet foi tamanho que esquecemos a persistência de práticas autoritárias de vigilância [...]” (CASTELLS, 2003, p. 143), sendo que grande parte desses mecanismos são efetivados com o próprio consentimento do usuário, detentor dessas informações, ou mesmo sem o seu conhecimento.

Nesse sentido, “uma vez que dados são coletados em forma digital, todos os itens de informação contidos no banco de dados podem ser agregados, desagregados, combinados e identificados” (CASTELLS, 2003, p. 142), demonstrando que, na verdade, é necessário haver cautela no que diz respeito à utilização da rede para a adequada proteção do usuário da internet, tendo em vista a ampla gama de informações e dados que possibilitam que terceiros conheçam o indivíduo.

Ressalta-se ainda que as ferramentas conexas ao “acesso à internet, telefones móveis, televisão interativa, entre outros, extraem dos cidadãos/usuários uma gama crescente de dados pessoais que são oferecidos

‘gratuitamente’ aos fornecedores de bens e serviços” (BUCHAIN, 2019, p. 210). Todavia, a lição de Rodotà é de que “o problema dos excessos na coleta de informações e dos abusos na sua utilização pode ser enfrentado com técnicas que não confiem somente no consentimento dos interessados.” (RODOTÀ, 2008, p. 81), ou seja, mediante a utilização de instrumentos jurídicos e tecnológicos que efetivamente protejam o usuário, mesmo que este tenha dado seu consentimento.

É dentro dessa questão que se debate acerca da proteção de dados pessoais dos usuários, especialmente mediante a criação dos instrumentos jurídicos mínimos que possibilitem a salvaguarda dos internautas. Diga-se que “a experiência legislativa segue justamente nessa direção, confirmando como é impossível prescindir de uma estratégia institucional articulada e integrada” (RODOTÀ, 2008, p. 81), devendo constituir efetiva atuação estatal<sup>3</sup> na gestão e criação dos mecanismos necessários de regulação das práticas do ambiente da informação, que transcendem as fronteiras e a soberania de qualquer Estado. Sendo assim, “[...] a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – *i.e.* é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos” (RODOTÀ, 2008, p. 17).

Alerta Danilo Doneda (2019, p. 24) que é “necessário que o ordenamento jurídico estabeleça critérios proporcionais de tutela da pessoa nesta área, que é muito fortemente ligada ao desenvolvimento da tecnologia”, uma vez que “a internet constitui um ambiente de exercício de diversos direitos fundamentais [...] a proteção da privacidade e dos dados pessoais apresenta-se como um pressuposto para o exercício desses direitos”. (MENDES, 2016, p. 38).

No Brasil, “a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro somente se estruturou em torno de um conjunto normativo unitário muito recentemente” (DONEDA, 2019, p. 259), sendo seu contexto de formação decorrente das disposições de direitos fundamentais previstas na Constituição da República, “cuja relação, propósito e alcance são fornecidos pela leitura da cláusula geral da personalidade” (DONEDA, 2019, p. 259). Esse amparo constitucional dos dados pessoais tinha seu alcance a partir dos direitos fundamentais da privacidade, intimidade, além da própria dignidade da pessoa humana, que vinham servindo de substrato teórico

---

3 Decorre disso a possibilidade de se afirmar, diante do agora direito fundamental à proteção de dados pessoais, a existência de um dever estatal de tutela, mediante uma atuação estatal legislativa e de políticas públicas na afirmação desse direito.

constitucional para essa fundamentação. Contudo, recentemente, o direito fundamental à proteção de dados pessoais foi inserido no rol do artigo 5º da Constituição da República, no inciso LXXIX, garantindo a proteção aos dados, inclusive nos meios digitais (BRASIL, 1988).

Diante disso, surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, qual seja a Lei nº. 13.709, promulgada em 2018, atendendo a uma exigência já existente no Marco Civil da Internet em seu artigo 3º, inciso III. A LGPD disciplina “o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2018), inovando nas disposições sobre a proteção de dados, segurança na rede, governança digital, além de criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

Fortemente inspirada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu<sup>4</sup>, a lei brasileira fez crescer ainda mais o debate acerca da proteção de dados pessoais, trazendo inovações, conceitos e regramentos referentes ao tratamento de dados no Brasil. Como ponto de partida ao estudo, observa-se que a lei conceitua dado pessoal como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018), além de categorizar como dado pessoal sensível o “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” (BRASIL, 2018). Em síntese, o âmbito de proteção do dado pessoal sensível é mais específico e com maiores regramentos, exigindo especial atenção por parte do agente de tratamento, dada a natureza dessas informações.

Além disso, um dos principais pontos é o conceito conferido ao tratamento de dados pessoais, que é

---

4 Sobre esse ponto, Ruaro e Glitz (2019, p. 346) referem: “A legislação europeia foi a grande norteadora da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, servindo de grande inspiração e refletindo importantes contribuições em nossa lei. Porém, o ponto mais emblemático desta inspiração legislativa está justamente no fato da diferença cultural existente entre a União Europeia e o Brasil. A comunidade europeia possui uma cultura de preservação da sociedade [...]. Em contrapartida, a população brasileira possui uma cultura bastante distinta da europeia, na qual o titular dos dados, por exemplo, não vê mal algum em fornecer o número de seu CPF para obter um mísero desconto em uma farmácia”.

[...] toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2018).

Em resumo, o tratamento – aqui se tratando em relação aos dados de meios digitais – contempla, por exemplo, qualquer tipo de cadastro, solicitação de serviços, consumo de mídias pela internet, para o qual é necessário o fornecimento das informações ao provedor, demonstrando a verdadeira amplitude daquilo que é o tratamento feito na rede pelos provedores de aplicação.

Além disso, com essa forma de operação das informações em meios digitais, Doneda (2019, p. 151) pontua uma “mudança qualitativa no tratamento dos dados pessoais, à qual aludimos, baseia-se na utilização de novos métodos, algoritmos e técnicas”, com a possibilidade de traçar o perfil do indivíduo, comumente utilizado para mapear gostos e interesses do usuário, com o objetivo de qualificar a prestação do conteúdo. No caso da segurança pública, como se verá, é técnica utilizada para traçar determinados perfis de criminosos, de modo a se evitar a prática de infrações penais.

Com isso, assume especial relevo no atual panorama do tratamento dos dados pessoais a questão referente ao consentimento. Apesar de já ter sido previsto no Marco Civil da Internet, a Lei Geral traçou contornos mais específicos sobre o instituto, definindo-o como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018), tratando-se de um ato unilateral do titular, vinculado, normalmente, à disposição contratual (DONEDA, 2006, p. 378).

Conectado com o fundamento da autodeterminação informativa, previsto no artigo 2º, inciso II, “o consentimento do titular dos dados recebeu tutela destacada na LGPD, ainda que não seja, vale lembrar, a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais nem hierarquicamente superior às demais” (TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 297-298). Todavia, é inegável o papel assumido pelo instituto com a promulgação da lei, frente as suas demais disposições, uma vez que se denota a “ênfase atribuída ao consentimento, seguindo a linha do regulamento europeu e das normas mais atuais sobre o tema, além de uma série de disposições que oferecem

regramento específico para concretizar, orientar e reforçar o controle dos dados através do consentimento” (TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 298).

Para Danilo Doneda (2006, p. 377), a importância do instituto “reside na possibilidade de autodeterminação em relação aos dados pessoais, e que esta autodeterminação deve o elemento principal a ser levado em conta para caracterizarmos tanto a natureza jurídica bem como os efeitos deste consentimento”. Entretanto, o mesmo autor adverte acerca de dois pontos a serem observados quando se está a analisar o consentimento: a utilização dele com o caráter meramente acessório, ligado a uma situação fundamental; e que seja ele um procedimento inócuo (DONEDA, 2019, p. 298-299).

Nesse sentido é que se diz que o consentimento deve ser informado, ou seja, o titular dos dados deve ter ciência acerca daquilo que está consentindo sobre seus dados, bem como ser advertido sobre a negativa em fornecê-lo, sendo plenamente vedado o consentimento dado de maneira genérica, nos termos do artigo 8º, §4º<sup>5</sup>. Essa necessidade de que ele seja informado serve “para evitar que seja inviabilizado pelos modelos de negócios em que se pretende impor o consentimento sem dar o efetivo conhecimento ao titular dos dados pessoais” (LIMA; RAMIRO, 2020, p. 252). Veja-se que “para diminuir a assimetria técnica e informacional existente entre as partes, exige a lei que ao cidadão sejam fornecidas informações transparentes, adequadas, claras e em quantidade satisfatória acerca dos riscos e implicações do tratamento de seus dados” (TEPEDINO; TEFFÉ, 2019, p. 301).

Todavia, importante lembrar que o consentimento não é o único meio que permite o tratamento de dados pessoais. A Lei Geral arrola dez hipóteses em seu artigo 7º que possibilitam que os agentes de tratamento operem com dados, podendo-se citar, dentre eles, o próprio consentimento, a proteção do crédito, cumprimento de obrigação legal pelo controlador, execução contratual, entre outros (BRASIL, 2018). Excluiu-se, contudo, o tratamento de dados para fins de segurança pública e persecução penal, que serão regulamentados por legislação própria.

---

5 Conforme Lima e Ramiro (2020, p. 252) “a fim de corrigir tal assimetria, a LGPD determina que será nulo o consentimento manifestado de maneira genérica (art. 8º, §4º da LGPD), ou seja, o consentimento deve estar relacionado à uma finalidade específica do tratamento de dados pessoais inclusive por que assim estabelecem os princípios da finalidade, adequação e necessidade (art. 6º, inc. I, II e III da LGPD). Além disso, o consentimento fornecido por escrito deve constar de cláusulas destacadas das demais (art. 8º, §1º da LGPD)”.

Essas hipóteses de tratamento devem observar e ser lidas em conjunto com outros pontos fulcrais da LGPD, quais sejam os princípios da finalidade, adequação, necessidade e transparência do tratamento dos dados pessoais, que balizam a interpretação e as operações dessas informações. Como se observa, esses princípios estão dispostos no artigo 6º, juntamente com os outros princípios do livre acesso, qualidade dos dados, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização, pautando a forma de tratamento de dados pessoais (BRASIL, 2018).

Segundo a própria LGPD, a finalidade diz respeito à “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (BRASIL, 2018), não se podendo utilizar de finalidades genéricas ou imprecisas para tratamento dos dados. Em sentido semelhante é previsto o princípio da adequação. Conforme a própria definição legal, a adequação é “a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento” (BRASIL, 2018).

Por sua vez, a necessidade vem estampada pela restrição dos dados coletados a apenas aqueles necessários para a finalidade informada (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 75). Conforme a definição dada pela LGPD, o princípio da necessidade diz respeito a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (BRASIL, 2018). Também há que se conferir o destaque ao princípio da transparência, que é a “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial” (BRASIL, 2018).

Por esses motivos que tal princípio é um dos mais presentes na LGPD, dado que não se encontra apenas no momento da coleta, mas por toda a operação de dados (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 76), podendo estar presente inclusive após todo o tratamento das informações. Se somados os fatores previstos na legislação, além da importância elevada da proteção dos dados, do consentimento, da finalidade, adequação, necessidade e transparência do tratamento, verifica-se farto arcabouço protetivo do internauta no que toca às suas informações concedidas.

Nesse contexto, apesar da presente pesquisa abordar a proteção de dados pessoais em uma legislação própria para a segurança pública e

persecução penal, advoga-se que, tratando-se a lei nº. 13.709/18 de uma lei geral, não pode a lei que disciplinar a temática destoar das previsões norteadoras dessa legislação. Importa, todavia, visualizar como os dados pessoais estão relacionados com a segurança pública, tida aqui como direito fundamental, e a persecução penal.

### **3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DADOS, SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL**

O escopo da presente seção é evidenciar a relação entre o tratamento de dados pessoais e sua utilização para a segurança pública e a persecução penal, em suas distintas esferas e mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Vale destacar que a utilização de dados pessoais, a depender da forma e justificativa de tratamento, também recebe proteção jurídica diferenciada.

Inicialmente, uma distinção conceitual entre persecução penal e segurança pública deve ser feita. São disciplinas que guardam relativa semelhança, mas possuem âmbitos de proteção próprios e instrumentos distintos de efetivação. Enquanto que a persecução penal atua na lógica de responsabilização de crimes, mediante a atividade investigativa e punitiva, o campo da segurança pública atua, basicamente, na ideia de prevenção de danos e de riscos à sociedade através da criminalidade. Decorre disso a afirmativa da possibilidade de se “estabelecer certas ideias gerais de validade comum a ambos, mas não é possível, por exemplo, estabelecer hipóteses comuns de levantamento de dados pessoais para os dois. Enquanto um está voltado à prevenção de perigos, outro está interessado na punição de crimes” (VIANA; MONTENEGRO, GLEIZER, 2020, p. 5).

A persecução penal é, portanto, a atividade punitiva estatal, materializada através dos instrumentos previstos no Código Penal e de Processo Penal, bem como em legislações esparsas. Por sua vez, a segurança pública pode ser considerada um direito fundamental, tendo em vista que encontra amparo em nossa Constituição. Na lição de Leal e Gilioli (2018, p. 34):

O direito à segurança pública foi um dos direitos eleitos como fundamentais no texto constitucional e este direito não decorre por estar o mesmo instituído na Constituição como dever do Estado e uma responsabilidade de todos, mas essencialmente por se a segurança pública, através de políticas públicas executadas na área como

forma de se materializar a garantia dos objetos jurídicos eleitos como fundamentais, tais como: a vida, a propriedade, a liberdade.

Ou seja, reside aí a importância de se tratar de modo ponderado os procedimentos relacionados à segurança pública, tendo em consideração que afeta o exercício e garantia de diversos outros direitos fundamentais. Esse direito não assume, logo, uma feição coletiva ou individual, haja vista

Com relação aos fundamentos constitucionais da segurança, é possível fazermos referência àquelas duas perspectivas já referidas, de um lado, a que lhe outorga a condição de interesse coletivo, e, de outro, a que lhe reconhece a condição de direito fundamental individual. Estas posições, todavia, não são irreconciliáveis, e devem estar associadas, e isto porque as dimensões individuais e coletivas/sociais das relações humanas, hoje e cada vez mais, contam com interseções integracionistas, basta vermos o que ocorre nas chamadas redes sociais (Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Google+); tudo e todos estão interligados (LEAL, 2020, p. 354).

O tratamento de dados pessoais, principalmente os relativos dos grandes bancos de dados estatais, é circunstância bem presente na atualidade, pois, como refere Leal (2020, p. 365) acerca da relação com a privacidade, que “vem sendo cada vez mais ampliado na doutrina jurídica internacional, justamente em face do excesso de exposição que as relações sociais contemporâneas possuem com as novas tecnologias de comunicação e a realidade virtual”.

Muitas das ações nessa seara se materializam mediante o compartilhamento de dados e informações entre instituições públicas, na busca de se atingir os fins almejados pela prevenção e combate aos crimes. Todavia, essa forma, muitas vezes não realizada de modo adequado, posto que descolados de finalidades específicas e concretas para as ações do Estado. Veja-se que essas formas se expandem ao longo do tempo, possibilitando a formação de grandes bancos de dados e informações sobre pessoas, criminosas ou não, fazendo com que o Estado assuma um grande controle de informações em tempos de tecnologia para fins de persecução e prevenção, alimentados pelo medo e fundamentados na segurança da população. Nesse sentido



Logo, o terreno encontra-se fértil para que o medo crescente da população seja alimentado e utilizado como capital político para justificar e legitimar a ampliação do alcance do estado de polícia por meio, agora, desse novo agente: o *Big Data*. Porém, partindo-se da epistemologia garantista, pensando-se um direito penal para fins de resguardo dos direitos fundamentais em detrimento da ampliação do Estado de Polícia, pensar o policiamento a partir do risco pode ser um caminho perverso em direção ao emergencialismo penal (GARCIA; GONTIJO, 2021, p. 37).

Em cenários de maior risco à privacidade e aos dados pessoais, fundamenta-se a possibilidade de Estados de Exceção, fundados, por exemplo, nas questões de segurança pública, operadoras de restrições a direitos fundamentais. Leal (2020, p. 361) traz o exemplo do Estado de Urgência promovido na França a partir de ataques em Paris, no ano de 2015, sob o fundamento da segurança pública e nacional, onde restou autorizada a promoção acesso a domicílios sem autorização judicial e outras devassas à privacidade e dados pessoais.

A formatação de modelos baseados no tratamento de dados pessoais pode consubstanciar fator de perigo e riscos aos direitos fundamentais, se realizados de modo desmedido e sem a devida regulação, pois:

Em uma sociedade de informação com relativa centralidade no trânsito e acúmulo de dados pessoais, o modelo repressivo penal pode se associar ao modelo de parcerias preventivas de natureza tecnológico-informacional. Assim, apesar da ausência de respostas eficazes no combate à criminalidade pelo modelo repressivo, ele não só continua em expansão como pode encontrar um aliado para preencher as lacunas que poderiam indicar seu esgotamento: o modelo de parcerias preventivas (GARCIA; GONTIJO, 2021, p. 37).

Alguns autores pontuam que a utilização de dados e informações para tais finalidades pode reforçar o sistema punitivo e seletivo, nomeadamente no Brasil, acarretando ainda mais na perda da efetividade de alguns direitos. Em sendo assim, exsurge a necessidade de regulamentação mínima para se balancear esses direitos, dado que a restrição a direitos fundamentais possui reserva legal. Gize-se que a legislação já regulamenta a questão da restrição à privacidade e de dados para a persecução em alguns aspectos, como é o caso do sigilo bancário, interceptação telefôni-

ca e telemática, cujas balizas se dão na verificação do caso concreto pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, há ausência de regulamentação mais robusta no campo da segurança pública, podendo gerar riscos aos direitos fundamentais. Provém desse contexto a contundente crítica de Garcia e Gontijo (2021, p. 36):

Isso se dá, contudo, de modo a reforçar a seletividade do sistema punitivo – mediante a racionalização de dados racistas, por exemplo – e a ampliar a perda de direitos e garantias fundamentais. Seja por meio de videomonitoramento, mecanismos de rastreamento, perfilhamento, entre outros, fato é que as tecnologias possibilitaram a ampliação dos instrumentos à serviço da segurança pública e da persecução penal, sem, contudo, ainda vigorar uma legislação que balize de forma adequada o tratamento de dados e informações nessa seara.

Diante disso, exsurge o debate acerca da necessidade de uma LGPD-Penal que vise abarcar as hipóteses de tratamento de dados pessoais nesse campo. Recentemente, uma comissão de juristas elaborou o anteprojeto de legislação que busca regulamentar a questão no Brasil, ao que se passa a analisar.

#### **4 O ANTE-PROJETO BRASILEIRO DA LGPD-PENAL: LIMITES E POSSIBILIDADE DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NA PERSECUÇÃO PENAL E SEGURANÇA PÚBLICA**

Como visto anteriormente, a legislação brasileira relativa aos dados pessoais se estruturou muito recentemente a partir da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Nesse sentido, o debate central do presente estudo versa sobre a possibilidade de proteção de uma LGPD-Penal brasileira que abarque, de modo mínimo, a proteção necessária às atividades de tratamento relacionadas à segurança pública e a persecução penal. Haja vista a amplitude de matérias tratadas, o presente estudo apresentará de modo sumário as possíveis contribuições e déficits da legislação.

As alíneas *a* e *d* do inciso III do artigo 4º da LGPD referem que a legislação em questão não é aplicável as atividade de segurança pública e de investigação e repressão a infrações penais, cuja regulamentação será de forma específica (BRASIL, 2018). Surge, então, a iniciativa e necessidade de uma legislação própria que discipline a matéria, cujos moldes

estão delineados pelo anteprojeto da LGPD-Penal brasileira, na busca de regulamentação das questões atinentes às investigações criminais, ações penais, prevenção de crimes, cujos dados são utilizados para traçar perfis, realização de diligências policiais, consultas a dados de indivíduos investigados, entre outros.

Leal acentua, da mesma forma, que a LGPD reservou espaço a uma legislação específica nessa matéria, referindo, porém a existência de outros desafios relacionadas ao tema:

Ao mesmo tempo, em seu art. 4º, inc. III, a norma autorizou a flexibilização daqueles direitos para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, sendo que o tratamento de dados pessoais previsto neste inc. III será regido por legislação específica, “que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”. Por certo que aqui já temos outros desafios que é o de densificar materialmente – e no caso concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma e diante de cenários os mais particulares existentes – como o da segurança da saúde pública na pandemia (LEAL, 2020, p. 368).

Trata-se, portanto, como já dito, de balizar e verificar os direitos relacionados, que no choque de direitos entre a segurança pública e os dados:

De qualquer sorte, temos que o Direito Fundamental à Segurança da coletividade pode prevalecer, no Estado Democrático de Direito, sobre os direitos fundamentais da pessoa humana que, eventualmente, coloquem em risco ou provoquem danos a esta comunidade, mas tão somente no limite do necessário à restauração da segurança ameaçada/violada, prestando contas o Estado, por ação e omissão, dos seus atos( LEAL, 2020, p. 167).

Da leitura do anteprojeto, denota-se que há forte carga principiológica no tratamento de dados proposto, na esteira daquilo que já vinha sendo a LGPD, de modo ainda mais contundente. Afora as questões hermenêuticas, tais princípios assentam aquilo que o tratamento de dados já vinha sendo regrado desde o Marco Civil da Internet. Nesse sentido, a legis-

lação apresenta três bases legais restritivas que permitem o tratamento dos dados, que também devem ser lidas à luz princípios propostos, quais sejam:

- I - quando necessário para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente, na persecução do interesse público, na forma de lei ou regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei;
- II - para execução de políticas públicas previstas em lei, na forma de regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei;
- III - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, contra perigo concreto e iminente (ANTEPROJETO, 2018).

Ponto importante trazido pelo anteprojeto é a centralidade que o Conselho Nacional de Justiça ocupa como autoridade em relação à garantia do adequado tratamento e de efetivação dos direitos. Veja-se que, enquanto a LGPD erigiu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, subordinada à Presidência da República, preferiu o anteprojeto reforçar o papel do CNJ na efetividade do sistema de justiça brasileira. Conforme a doutrina:

A opção da comissão de juristas pelo CNJ como autoridade competente no âmbito da LGPD Penal tem como objetivo garantir uma independência necessária para a proteção do cidadão e a colaboração internacional, concentrando os poderes de supervisão em um órgão fora da estrutura do Executivo.

Na medida em que o CNJ não possui, até então, subórgão específico competente para analisar questões de regulação de dados, a lei garante a autonomia e expertise técnicas do órgão com a criação da Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP) dentro da própria estrutura do CNJ.

Ademais, a escolha do CNJ como Autoridade Competente reforça as críticas direcionadas à opção legislativa da LGPD em subordinar a ANPD à Presidência da República, o que poderia impactar na autonomia e independência do órgão no exercício de suas funções, especialmente em um contexto tão sensível como o tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública e investigações criminais. (LEMOS *et. al.*, 2021, p. 3)

Além disso, interessante aspecto é a disciplina das tecnologias de monitoramento utilizadas massivamente no Brasil que, até o momento, não contam com regulamentação. A previsão consta a partir do artigo 42, classificando a atividade como de risco, devendo ser acompanhada do devido relatório de impacto. Contudo, observa-se que o anteprojeto, em alguma medida, pode se caracterizar bastante limitador a determinadas atividades relacionadas à segurança pública, considerando que a dicção do artigo 43 declarando como “vedada a utilização de tecnologias de vigilância diretamente acrescida de técnicas de identificação de pessoas indeterminadas em tempo real e de forma contínua quando não houver a conexão com a atividade de persecução penal individualizada e autorizada por lei e decisão judicial” (ANTEPROJETO, 2018). Ou seja, há a possibilidade de extinção das técnicas de monitoramento em tempo real para verificação, por exemplo, de pessoas que possuem mandados de prisão pendentes, prática corriqueira em grandes capitais brasileiras. De outro lado, há a crítica acerca das influências que essas tecnologias exercem nos indivíduos:

Nota-se que pode também existir um impacto para a livre expressão e desenvolvimento da personalidade. A ciência da observação tende a impactar no comportamento livre dos indivíduos, o que leva a que o uso da tecnologia, particularmente em espaços públicos, sem as devidas salvaguardas e garantias, possa ter um efeito inibidor ou resfriador. Essa situação é mais delicada em contextos de manifestações e protestos, uma vez que nesses casos se engaja também a participação cívica e democrática. Portanto, deve existir um cuidado no desenho e na implementação de tecnologias dessa categoria para que haja o uso responsável e de acordo às salvaguardas e garantias necessárias. (LEMOS *et. al.*, 2021, p. 5).

Outra crítica trazida pela doutrina, já desde a LGPD, é a ausência de previsão legal acerca dos relatórios de impacto, que não foi objeto de preocupação do anteprojeto, limitando-se a referir hipóteses de sua necessidade ou possibilidade de requisição do documento. A ausência de diretrizes mínimas que devem estar presentes em documento de tamanha importância no tratamento de dados acarreta a fragilização das formas de operabilidade de tratamento, possibilitando concretos riscos à pessoa. Conforme crítica (BIONI *et. al.*, 2020, p. 9):

Nesse sentido, um dos pontos criticáveis da Lei Geral de Proteção de Dados foi não indicar procedimentos mínimos para a confecção do relatório de impacto à proteção de dados (uma das espécies de avaliação de impacto que serão tratadas na nota), que hoje é uma das principais ferramentas de governança em diferentes ordenamentos jurídicos. E, mesmo nos casos em que o legislador adotou uma técnica mais prescritiva, como foi o caso Europeu, na GDPR, ainda existem muitas disputas interpretativas sobre como extrair uma normatividade que desengatilhe uma proteção robusta para os titulares dos dados.

Salienta-se que a existência de previsões procedimentais, ainda mais em relação a dados tratados pelo Estado, resguardam o devido processo legal e aqui que se tem chamado de devido processo informacional, pois, assim “garante-se **contraditório e ampla defesa, o que ganha relevo ainda maior na seara penal, uma vez que as decisões ali tomadas impactam** um dos bens jurídicos cuja perda é de maior gravidade: a liberdade de locomoção” (BIONI *et. al.* 2020, p. 9) [grifo do autor].

Logo, há que se balizar que a futura legislação forneça uma adequada proteção jurídica aos dados pessoais em matéria penal, sem dificultar o exercício estatal da proteção ao bem jurídico segurança pública e persecução penal. Ademais, não se mostra plausível que a legislação vindoura destoe dos princípios e fundamentos norteadores da vigente LGPD, apesar das restrições expressamente previstas, tendo em consideração que a atividade de tratamento de dados, dentro das peculiaridades, não pode se fazer irrestrita e desordenada nesse âmbito, ainda mais quando descoladas dos fundamentos já assentados.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve o objetivo de analisar os limites e possibilidades de uma LGPD-Penal no Brasil, notadamente frente ao uso de dados e informações pessoais para a segurança pública e persecução penal. Ademais, buscou analisar, mesmo que brevemente, o anteprojeto de lei que visa regulamentar a questão no Brasil.

Observou-se que a Lei Geral de Proteção de Dados já representou significativo avanço na proteção de dados pessoais no Brasil, disciplinando minimamente o tratamento de dados, com especial enfoque na questão relativa aos dados que se encontram armazenados em meios digitais, assentando o consentimento como uma questão fundamental.

Todavia, a significativa utilização de tecnologia no âmbito da persecução penal e segurança pública fez erigir a necessidade legislativa de regulamentar o uso de dados pessoais nesses contextos, de modo a se balancear o direito fundamental à segurança pública e o da proteção dos dados pessoais, sobretudo pela significativa necessidade dessas informações para os procedimentos necessários dos órgãos competentes.

Nesse sentido, acertado é o anteprojeto de legislação quando pretende regulamentar de modo específico, a partir de bases legais restritivas, o tratamento desses dados, fazendo figurar no Conselho Nacional de Justiça a autoridade central para garantir os direitos e elaborar diretrizes nesse contexto. Além disso, a questão da regulamentação do monitoramento por meios tecnológicos é fator determinante para se falar em proteção de dados nesses ambientes. Entretanto, observa-se alguns déficits legislativos, exemplo da ausência de regulamentação em relação ao uso de câmeras de videomonitoramento, a especial por entes privados, que devem ser debatidos no momento adequado em conjunto com a sociedade, haja vista ainda se tratar de um anteprojeto.

Como já referido, é preciso que a legislação preveja situações mínimas a disciplinar e regulamentar a previsão do tratamento de dados pessoais, sem olvidar da necessária proteção ao direito fundamental à segurança pública e embaraçar a atividade de persecução penal de modo inefetivo, haja vista o interesse social no combate à criminalidade.

## REFERÊNCIAS

ANTEPROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS para segurança pública e persecução penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-detrabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outrosdocumentos/DADO-SAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. *Proteção de dados no campo penal e de segurança pública*: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 05 jul. 2021.

BUCHAIN, Luiz Carlos. A Lei Geral de Proteção de Dados: noções gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1010, p. 209-229, dez. 2019.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, fev. 2020. ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5343>. Acesso em: 05 set. 2020.

GARCIA, Rafael de Deus.; GONTIJO, Rogério Bontempo Cândido . Algoritmos e segurança pública: controle e vigilância no policiamento baseado em dados. *Revista Latino-Americana de Criminologia*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 14-43, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/relac/article/view/36735>. Acesso em: 21 mar. 2022.



LEAL, Rogério Gesta; GILIOLI, Volnete. *A segurança pública como direito fundamental social na sociedade de riscos: qual a função do direito penal?*. Chapecó: Unoesc, 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Direito fundamental à proteção de dados em tempos de pandemia: necessárias equações entre segurança pública e privada. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 357-374, jul./dez., 2020.

LEMOS, Alessandra. *Comentários ao Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a Segurança Pública*. Rio de Janeiro: Instituto Tecnologia e Sociedade, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do Titular dos Dados Pessoais. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019*, São Paulo: Thomson Almedina, 2020. p. 249-277.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 37-69, jul./ago. 2016.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 53-83.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; GLITZ, Gabriela Pandolfo Coelho. Panorama Geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil e a inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais europeu. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 340-356, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/11545/pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA,

Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 287-322.

VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlando. A esfera protegida dos dados pessoais e as intervenções informacionais do Estado: A dogmática constitucional aplicada ao tratamento de dados na Segurança Pública e no Processo Penal. *In*: BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. *Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal*. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020.

# A ATIVIDADE SECURITÁRIA E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO

**Larissa Oliveira Palagi de Souza**

Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada. Pesquisadora dos grupos de pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental,” “Teoria do Direito: da academia à prática” e “ Colisão De Direitos Fundamentais E O Direito Como Argumentação”. E-mail: larissaops@gmail.com

**Mariany Oliveira Barcelos**

Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. Pesquisadora dos grupos de pesquisa PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos versus Interesses Privados” e “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental.” E-mail: marianybarcellos@hotmail.com

**Resumo:** O presente trabalho discute o tratamento de dados para a avaliação do risco pelas seguradoras diante da sistemática de proteção de dados pessoais estabelecida pela Lei 13.708/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). A referida legislação consolidou a necessidade de consentimento para a coleta e tratamento dos dados pessoais para todas as atividades que envolvam o tratamento de dados, o que inclui as seguradoras. Assim é necessária, na atividade securitária, a adoção de procedimento negocial que viabilize a contratação do seguro com a manutenção de suas finalidades, sem prejudicar o desenvolvimento da sua atividade. A metodologia utilizada no trabalho privilegia a abordagem hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, através de legislação e doutrina.

**Palavras-chaves:** contrato de seguro; avaliação do risco; regulação de sinistro; lei geral de proteção de dados; consentimento.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo analisar os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados no regime de contratação de seguros, em especial no que se refere à necessidade de consentimento do pretense segurado e daquele que já celebrou o contrato de seguro para o tratamento de seus dados pessoais pela empresa seguradora.

A relevância desta pesquisa fundamenta-se na necessidade de se identificar uma solução para essa nova condição negocial para os contratos de seguro trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados, que acarreta impactos relevantes tanto para os consumidores como as entidades seguradoras. Assim, o presente trabalho visa a identificar as posturas negociais a serem observadas para equilibrar o impacto do consentimento do pretense segurado e daquele que já celebrou o contrato de seguro para o desenvolvimento da atividade securitária.

Diante da ausência de medidas concretas para tentar equalizar essa relação entre as partes integrantes do no contrato de seguro, o trabalho tem como escopo questionar quais medidas poderão ser realizadas para que o consentimento obrigatório, trazido pela Lei Geral de Proteção de Dados, possa ser gestionado sem gerar danos a ambos os lados da relação negocial securitária.

O método privilegia a abordagem hipotético-dedutiva. O trabalho está pautado na pesquisa bibliográfica e documental, analisando a legislação e doutrina especializada sobre o assunto. A técnica de coleta de dados será por meio de documentação indireta e qualitativa, buscando analisar a documentação existente, estabelecendo relações lógico-jurídicas e tecnológicos para chegar a conclusões que possam contribuir para uma adequada relação entre segurado e seguradora.

Desta forma, o primeiro tópico aborda a relação entre o tratamento de dados pessoais e a avaliação do risco pelas seguradoras para o desenvolvimento da atividade. Na sequência será trabalhado o conceito de consentimento, tomando-se por referência a forma como este é regulado Lei Geral de Proteção de Dados. Também, será ponderada a necessidade de informar o titular dos dados de forma adequada sobre as implicações de seu consentimento e as possíveis consequências decorrentes da revogação do consentimento. Após serão enfrentadas as consequências que a revogação do consentimento do titular dos dados acarretará na fase pré-contratual e contratual do contrato de seguro. O último tópico trata

do consentimento do pretense segurado e daquele que já firmou o contrato de seguro como requisito legal para a coleta e tratamento de seus dados pessoais na atividade securitária, questionando a necessidade de uma regulamentação mais pormenorizada deste procedimento.

Em síntese, o foco do presente ensaio é demonstrar o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados, mais precisamente do regramento que esta oferece ao consentimento do titular dos dados, na atividade securitária e a necessidade de edição de regulamentação mais minuciosa desta etapa negocial do contrato de seguro pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP -, para que se possa alcançar um patamar normativo capaz de conciliar o desenvolvimento da atividade securitária e a tutela do consumidor na relação que vier ser estabelecida ou até mesmo na já existente.

## **2 A AVALIAÇÃO DO RISCO NA ATIVIDADE SECURITÁRIA**

O passo inicial para a formalização do contrato de seguro é a análise do risco, o que só pode ser perfectibilizado a partir da coleta e tratamento de dados dos pessoais dos pretendidos segurados. Afirma-se que a atividade securitária está estritamente associada ao tratamento de dados, sendo este o precursor da atividade securitária.

Ensina Luiza Moreira Petersen (2018, p. 43) que “caracterizam o contrato de seguro, como elementos essenciais, (i) os sujeitos da relação contratual: segurador e segurado, (ii) o risco, (iii) o interesse legítimo, (iv) a cobertura ou garantia e o (v) prêmio”. Em outras palavras, o Contrato de Seguro é firmado mediante pagamento do prêmio, o qual tem ligação com o risco assumido e previamente conhecido pelo ente segurador.

Assim, para a configuração do contrato de seguro, é necessário que o elemento do risco esteja bem determinado e segmentado, uma vez que sem ele, não é possível auferir o valor real do prêmio, que é um elemento do contrato de seguro. Voltando às lições de Luiza Moreira Petersen, (2018, p. 71) “o risco se proteja no contrato de seguro como elemento nuclear; constitui a matéria-prima do seguro, o elemento natural que justifica esse contrato”.

O Contrato de Seguro só existe porque existe o risco, sendo este a sua base (PEREIRA, 2014, p. 118), ou seja, é este elemento que estimula o legítimo interessado em precaver-se, servindo também como referencial para basilar os critérios para o valor fixado como garantia/indenização.

Por fim, é a mensuração previa do risco assumido que servirá como referencial para a decisão da seguradora para a contratação e, por consequência, também do valor do prêmio a ser cobrado.

Nesse sentido, a partir do que afirma Luiza Moreira Petersen (2018, p. 103), observa-se que a predeterminação do risco coberto constitui importante característica do Contrato de Seguro, qualificando-o enquanto elemento contratual essencial. Conforme disposto no artigo 757 do Código Civil “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do seguro contra riscos predeterminados”.

Portanto, a atividade securitária não é capaz de se desenvolver sem a classificação do risco a partir da coleta e o tratamento de dados pessoais, uma vez que esses dois elementos - tratamento de dados e aferição do risco -, são os precursores para a formalização do contrato de seguro.

Bruno Miragem (2020, p. 493) nesta direção, leciona:

É com base nas informações relativas ao bem segurado (e.g. valor, localização), à pessoa segurada (e.g. idade, sexo, estado de saúde) e ao comportamento do segurado (e.g. consumo de cigarro), que o segurador calcula o risco coberto, precifica o seguro e decide sobre a pertinência e as condições da contratação. Assim, quanto maior for a quantidade e qualidade das informações disponíveis, maior será a eficiência da subscrição do risco.

O tratamento dos dados pessoais na atividade securitária, para a classificação do risco na fase pré-contratual garante aos entes seguradores a autonomia ampla da qual são detentores.

Ensina Thiago Junqueira (2020, p. 37) que o “segurador possui uma autonomia muito mais ampla do que os demais fornecedores de bens e serviços no mercado de consumo em termos de recusa de contratação e precificação de acordo com o perfil do segurado”.

As seguradoras podem, a partir da análise dos dados coletados e tratados, recusar a proposta, uma vez que não estão obrigados a assumir risco que considerem desproporcionais ao equilíbrio contratual. A análise do risco tem por base os dados coletados e tratados, o que é direito legítimo da seguradora já que os entes seguradores não estão obrigados a assumir qualquer obrigação que não considere razoável.

O Contrato de Seguro para ser perfectibilizado tem o respaldo contratual de coletar e tratar dados pessoais dos pretendidos segurados e tam-

bém dos já segurados. Afirma Thiago Junqueira (2020, p. 37-38) que coleta e tratamento dos dados pessoais para fins de desenvolver a atividade securitária começa na fase pré-contratual, uma vez que o Código Civil que é o diploma legal por excelência da atividade securitária, determina no artigo seu 759 que a emissão da apólice deve ser antecedida por uma proposta – preferencialmente assinada pelo candidato a segurado – com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

A título de ilustração é possível se cogitar da hipótese em que um pretense segurado que pretende contratar seguro residencial, necessita fornecer inicialmente seus dados pessoais como nome, idade, profissão, endereço residencial, endereço do bem que pretende segurar, dentre outros dados pertinentes. Tais referências constarão na proposta entregue à seguradora, para que a mesma obtenha, minimamente, informações capazes de verificar o potencial risco que assumirá, acaso aceite a contratação.

Os entes seguradores se valem da declaração inicial fornecida pelo pretense segurado para classificar o risco a ser assumido. Ensina Antígono Donati (1952, p. 181-185) que a declaração do risco inicial resulta do reconhecimento de uma assimetria informativa quanto ao risco que recai sobre o interesse segurado. Nesse contexto, percebe-se que, desde o primeiro contato, a seguradora já coleta dados com a finalidade de tratá-los para a avaliação do risco, confiando na veracidade dos dados pessoais informados.

Ocorre que para o desenvolvimento da atividade securitária, a coleta de dados não se exaure na fase inicial, pois é imprescindível que na fase de execução, ou seja, na fase da regulação do sinistro, eventuais alterações que envolvam o segurado e que possam causar agravamento e/ou alteração do risco, sejam de conhecimento das seguradoras.

O tratamento dos dados é importante na fase contratual propriamente dita, uma vez que o procedimento da regulação do sinistro, o qual se destina à verificação da existência de cobertura para o ocorrido e liquidação do valor a indenizar, também exige o conhecimento e análise de inúmeros dados pessoais do segurado. Nesse sentido, ensinam Bruno Miragem e Luiza Petersen (2020, p. 1):

[...] O tratamento dos dados é necessário ao próprio adimplemento do contrato. O procedimento de regulação do sinistro, que se destina à apuração da existência de cobertura para o ocorrido e liquidação do valor a indenizar, também pressupõe o conhecimento de uma série de dados pessoais do segurado. (MIRAGEM, 2020, p. 1)

Nota-se, então, que para o desenvolvimento da atividade securitária e classificação do risco, a coleta e o processamento dos dados do pretense segurado é fundamental, não havendo como o ente segurador firmar qualquer contrato sem antes avaliar, a partir das informações processadas, o risco que envolve tal contrato.

Portanto, verifica-se que a relação entre a avaliação do risco e o tratamento de dados é a precursora da atividade securitária, sendo impossível a classificação do risco sem a coleta e tratamento dos dados, de forma o tratamento de dados acaba por constituir como um dos núcleos fundamentais da atividade securitária. Não obstante a isso, as seguradoras, estão enfrentando alguns desafios para realizar a junção entre avaliação de risco e tratamento de dados pessoais dos segurados, devido a necessidade de o consentimento do titular dos dados, o qual traz algumas questões que necessitam de uma regulamentação mais detalhada e adequada.

### **3 A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO NA COLETA DE DADOS PESSOAIS**

A importância do consentimento do titular dos dados passou a ser reconhecida no ordenamento jurídico nacional com o advento da Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet. Os artigos, 7.º, incisos VII e IX e 16.º, II, desta legislação trouxeram a expressa necessidade do consentimento do usuário para a coleta, o uso, o armazenamento e tratamento dos dados pessoais, tal como para transferência de terceiros. (BIONI, 2021, p.130).

É necessário destacar que o art. 7.º, do Marco Civil da Internet, garante ao usuário o direito de não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado, ou nas hipóteses previstas em lei. Neste sentido o consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais. (SANTOS; TALIBA, 2018, p.227).

Após o advento da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – colocar em evidência a relevância do consentimento nas atividades que envolvam tratamento de dados pessoais, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a qual confere ao Brasil uma lei geral para proteção concreta e específica dos dados pessoais.



Nesse contexto, como bem elucidada o Serviço Federal de Processamento de Dados – SEPRO - a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei n.º 13.709/2018), trouxe como principal tema o consentimento. Este tem como o titular a pessoa a quem se referem os dados que deve, se quiser, quando questionada, de forma explícita e inequívoca, permitir que suas informações sejam usadas, por empresas e órgãos públicos, na hora da oferta de produtos e serviços, gratuitos ou não. (SEPRO, 2022).

A Lei Geral de Proteção de Dados traz, principalmente, nos artigos 2º, 7º e 8º a questão do consentimento do titular dos dados. O artigo 2º, II, destaca o fundamento da autodeterminação informativa, o qual, conforme Bruno Miragem e Luiza Moreira Petersen (2020, p. 8) confere ao indivíduo o poder de controlar o fluxo de seus dados, decidindo quando e dentro de quais limites eles serão utilizados. O artigo 7º da referida legislação dispõe que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado dentro das hipóteses nele previstas, sendo o inciso I referente ao consentimento e, mais, o § 6º do mesmo artigo, refere que a dispensa do consentimento não desobriga os agentes de tratamento de dados das obrigações previstas em tal legislação, especialmente aquelas ligadas aos princípios gerais e ao direito dos titulares de dados.

Assim, Laura Schertel Ferreira Mendes (2020, p.14) afirma que a autodeterminação informativa, conferida pela Lei Geral de Proteção de Dados, no artigo 7º, II, ao titular dos dados pessoais, age como norma de proteção, com o intuito de garantir poder ao titular de fornecer os seus dados pessoais para utilização, o que deve ser levado em consideração pelos juízes em casos concretos.

Portanto, fica evidente a importância do consentimento do titular dos dados pessoais para a coleta e tratamento dos dados em qualquer atividade que desta hipótese legal dependa. Além do mais, é relevante lembrar que o titular dos dados é a pessoa a quem se referem. Não sendo o que o utiliza, nem aquele que o salvaguarda em banco de dados. Tal conceito tem especial relevância, pois na prática existem muitos dados particulares que estão sendo utilizados com finalidades diferentes daquelas consentidas pelo titular dos dados, sendo muitas vezes até ilícitas. (SEPRO, 2022).

A Lei Geral de Proteção de Dados, portanto, elenca diversas normas que têm como objetivo tutelar os dados de seu titular. Destarte, o titular ou responsável legal dos dados deverá consentir, de forma específica e destacada, para finalidades bem definidas previamente. Em síntese, o

consentimento para coleta de dados (quando a lei assim exigir) deve ser livre, informado e inequívoco. (SANTOS; TALIBA, 2018, p.228).

A observação da Lei Geral de Proteção de Dados e seu respectivo cumprimento por toda atividade que envolva o tratamento de dados pessoais é imprescindível, pois, o não cumprimento da legislação acarretaria uma afronta à proteção da privacidade e dos dados pessoais, princípio elencado na Lei do Marco Civil da Internet.

Diante do contexto da análise do consentimento, verifica-se que o cerne da Lei Geral de Proteção de Dados é conceder proteção aos titulares de dados pessoais e uma regulamentação mais precisa e efetiva acerca da utilização dos dados pelas atividades que deles dependam, porque atualmente os dados pessoais são a mola propulsora da economia.

Ensina Bruno Bioni (2021, p. 3) que a sociedade dita como pós-industrial, não se caracteriza mais pelo que poderia produzir, mas pelo que os serviços poderiam ofertar, sendo a informação, elemento nuclear para o desenvolvimento da economia.

Nesse sentido, podendo-se as empresas prestadoras de serviços, valer-se dos dados pessoais dos titulares como mecanismos de impulso econômico, o legislador brasileiro, a partir da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, instituiu uma nova e moderna forma de regulamentação para que o titular dos dados tenha direito de exercer controle sobre seus dados.

Portanto, uma regulamentação clara e específica acerca do tratamento de dados pelas atividades que dela dependam era imprescindível, pois, os dados possuem um titular e este deve ter ciência acerca de como seus dados estão sendo utilizados e para qual finalidade, sendo a hipótese legal do consentimento uma forma de conceder controle ao titular dos dados.

Entretanto, os dados dos titulares possuem classificações, ou seja, a Lei Geral de Proteção de Dados, classificou os dados pessoais em dados pessoais, dados pessoais sensíveis e anonimizado.

Os dados pessoais em um conceito geral, são informações relacionadas a uma pessoa natural que pode ser identificada de forma direta ou indireta, isto é, dados que revelem algo sobre aquele indivíduo (SERPRO, 2022).

No entanto, conforme palavras de Laura Schertel (2008, p. 62), são classificados como dados pessoais sensíveis àqueles em que o trata-

mento pode constituir uma ameaça maior à personalidade individual do titular, sendo dados referentes, dentre outros, à raça, orientação sexual, saúde e religião. Extrai-se, assim, que os dados sensíveis são aqueles que estão ligados à subjetividade do titular de dados.

Ocorre que, de acordo com Thiago Junqueira (2021, online), o legislador brasileiro não hierarquizou as hipóteses legais de tratamento para os dados pessoais não sensíveis – gerais –, sendo todas elas dispostas nos incisos (I a X) do artigo 7º da referida lei. Não obstante, o tratamento dos dados sensíveis, previstos no artigo 5º, inciso II, deve ser analisada com base no artigo 11 da Lei Geral de Proteção de Dados, de acordo com o qual é possível se constatar, que os dados sensíveis possuem maior proteção, pois sua utilização indevida pode acarretar danos mais intensos do que a utilização indevida dos dados gerais.

É expressamente vedado o uso compartilhado dos dados sensíveis com o objetivo de obter vantagens econômicas, salvo algumas exceções (artigo 11, § 4º e § 5º) (JUNQUEIRA, 2021). Nesse contexto, verifica-se que para as atividades que tratam dados, é necessário o amparo de uma hipótese legal de tratamento (art. 7º da LGPD), sobretudo quando os dados utilizados para tratamento forem sensíveis.

Assim, sendo o consentimento uma hipótese legal que ampara o tratamento de dados, é imprescindível refletir sobre o dever de informação na coleta dos dados pessoais, uma vez que o consentimento somente poderá ser colhido a partir da prestação de informações claras, transparentes e bem informadas pelo agente de tratamento. Para tanto é oportuna a lição oferecida por Claudia Lima Marques (2012, p. 798) no sentido de que a informação implica em agir com transparência, isso é maior clareza, veracidade e respeito ao parceiro negocial, por meio de uma troca de informações entre fornecedor e consumidor.

Nessa linha, para o consentimento do usuário sobre a utilização de seus dados, as informações deverão ser claras, transparentes, demonstrando para que fins os dados serão usados. Assim, o princípio da boa-fé estará garantido, bem como também a atuação de forma efetivamente livre e consciente daqueles que se encontram envolvidos na negociação.

Caso isso não se estabeleça, a relação negocial poderá restar prejudicada em sua própria validade ou ao menos no dimensionamento de seus efeitos obrigacionais. Outrossim, qualquer alteração na finalidade da coleta deverá ser objeto de consulta e, sendo caso de novo consentimento do titular, uma vez que o princípio da finalidade está relacionado a pri-

vacidade informacional e, na hipótese de modificação, o titular pode não concordar com o novo caminho que seus dados percorrerão, o que violaria a autodeterminação informativa (SANTOS; TALIBA, 2018, p.227).

Por fim, é preciso ainda salientar a possibilidade de revogação do consentimento que está elencada no artigo 8º, § 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, mencionando que o consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular. Diante dessa perspectiva, alguns setores do mercado poderão ser atingidos, devido à ausência de uma legislação precisa sobre o assunto, o que é caso das seguradoras. Como esclarece Thiago Junqueira, a ausência de consentimento, ou a revogação desse poderá acarretar dificuldades à atividade do segurador que necessita dos dados dos segurados para analisar o risco da proposta de seguro. Logo, a prestação da atividade da seguradora se tornaria quase que inviável (2021, online).

Portanto, é importante que se reflita sobre problemática da revogação do consentimento, mormente nos contratos de seguro.

#### **4 A PROBLEMÁTICA DA REVOGAÇÃO DO CONSENTIMENTO NA ATIVIDADE SECURITÁRIA**

Conforme ensina Silvio Venosa (2021, p. 25) quando o ser humano usa da sua manifestação de vontade com a intenção de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico.

O Contrato de Seguro é, portanto, um negócio jurídico realizado entre duas ou mais pessoas, onde, através do pagamento do prêmio, a seguradora assume risco previamente conhecido.

Leciona Domingos Afonso Filho (2000, p. 28) que o contrato de seguro para produzir seus efeitos jurídicos da forma desejada pelas partes, deve sujeitar-se aos mesmos princípios e pressupostos da validade que regem o direito contratual, como, por exemplo, a autonomia de vontade.

Na perspectiva dos Contratos de Seguro, fora abordado que é imprescindível o tratamento de dados para a avaliação do risco, sendo a autonomia da vontade de contratar exercida pelo fornecimento do consentimento pelo pretense segurado e mantida durante a relação contratual.

Nesse sentido, importa entender os impactos da revogação do consentimento para o tratamento de dados na atividade securitária, a

partir da percepção que o Contrato de Seguro é um contrato bilateral<sup>1</sup>, firmado a partir da vontade das partes.

A atividade securitária, para desenvolver-se de forma efetiva, tem como núcleo essencial a classificação do risco, advinda do tratamento de dados pessoais. A hipótese legal na qual ampara-se a atividade securitária é o consentimento do titular dos dados. O consentimento, conforme abordado, pode ser revogado (art. 8º, §5º da Lei Geral de Proteção de Dados). No entanto, se o consentimento for revogado pelo titular dos dados, estaria a atividade securitária prejudicada de desenvolver-se? Silvio Venosa (2021, p. 631) afirma que o Contrato de Seguro pode extinguir-se, dentre outras hipóteses, pelo mútuo consentimento.

Assim, é passível entender que, na fase pré-contratual, se o titular dos dados revogar o consentimento concedido à seguradora para o tratamento dos dados para a aferição do risco, o contrato não será formalizado, eis que tal revogação enseja a vontade de uma das partes de não contratar.

No entanto, caso entenda o titular dos dados por firmar contrato de seguro e, ao mesmo tempo, não consentir em fornecer todos os dados requeridos pela seguradora, este teria um impasse na contratação, pois, a seguradora, a partir da assimetria informativa, necessita de informações mínimas para a averiguação do risco. A revogação do consentimento neste momento, é capaz de gerar um impasse comercial, pois não está o titular dos dados obrigados a consentir em fornecer todos os dados, mesmo que tenha interesse em contratar e a seguradora não está obrigada a aceitar informações que considera incompletas para a aferição precisa do risco.

Ernesto Tzirulnik (1999, p. 178-179), afirma que as informações prestadas pelo segurado terão papel crucial nas decisões tomadas pelo segurador, em função da estrita boa-fé pela qual se rege o contrato de seguro.

Não diferente será a revogação do consentimento quando já firmado contrato de seguro, onde a seguradora necessitará tratar os dados para a regulação do sinistro, por exemplo, o objeto do seguro é o seguro de vida, em que uma das garantias contratadas, para qual o segurado efetuou o pagamento do prêmio é a de invalidez permanente por acidente. Para que o ente segurador avalie a liberação da garantia contratada, deverá efetuar a regulação do sinistro, a partir do tratamento de dados, sendo possível buscar o acesso de dados médicos, para verificar se a invalidez

---

1 Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. (VENOSA, 2021, p. 57)

não decorre de doença. Para tal acesso a dados médicos, os quais são considerados sensíveis à luz da Lei Geral de Proteção de Dados, a seguradora necessitará do consentimento do segurado e sua manutenção.

Nas palavras de Bruno Miragem e Luiza Moreira Petersen (2020, p. 8) a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer tempo pelo titular de dados pode dificultar ou inviabilizar a realização da prestação pelo segurador.

A revogação do consentimento, no contexto exposto, poderá inviabilizar a realização da atividade securitária, sendo que, se já firmado o contrato de seguro, a este não restaria alternativa que sua resolução, sem a regulação do sinistro e liberação da garantia securitária contratada.

Diante desse impasse, é importante que se reflita sobre esta problemática, mormente nos contratos de seguro, para que se alcance, de forma efetiva uma relação equitativa entre as partes.

## **5 O CONSENTIMENTO COMO EXIGÊNCIA PARA O TRATAMENTO DE DADOS NA ATIVIDADE SECURITÁRIA: NECESSIDADE DE REGULAÇÃO**

O ponto crucial da atividade securitária é a avaliação do risco, tanto para a firmação de eventual contrato de seguro, quanto para a regulação do sinistro que ocorre em caso de contrato já existente e a ocorrência do risco assumido pela seguradora. A coleta dos dados do pretense segurado, ou seja, na fase pré-contratual, decorre inicialmente da declaração inicial fornecida por ele mesmo (MIRAGEM; PETERSEN, 2020, p. 5-34).

Referem Danilo Doneda e Laura Schertel (2021, p. 15) que a Lei Geral de Proteção de Dados, (Lei n. 13.709/2018) impõe que toda a atividade de tratamento de dados ampare-se em um requisito legal:

De acordo com a LGPD, portanto, todo tratamento de dados pessoais deve estar amparado por uma das bases legais presentes em seu artigo 7º, entre as quais o consentimento do titular, a execução de um contrato, a proteção da vida, a tutela da saúde, o legítimo interesse, entre outros.

A atividade securitária não foge à regra. A hipótese legal para tratamento de dados da qual a atividade securitária se utiliza, até mesmo na fase pré-contratual, é o consentimento, o qual está expresso na Lei Geral de Proteção de Dados.

O consentimento, no entanto, traz consigo alguns complicadores (BIONI, 2016, p. 147). O consentimento tem-se tornado um paradigma para as empresas que dele dependem com fins de coleta e tratamento dos dados, deixando-se claro a necessidade de regulamentações específicas sobre o assunto (GOMES, 2020, p. 324).

Merece destaque para o contexto que o contrato de seguro tem intensa regulação setorial, não estando livre para ser firmado sem observar critérios estabelecidos pelos entes reguladores da atividade securitária, bem como à margem das legislações que a regulamentam (JUNQUEIRA, 2020, p. 35).

Nesse mesmo sentido, o autor Bruno Miragem aduz que as seguradoras, como regra, exploram os seguros privados, através do regime jurídico de direito privado, passando por intensa regulação do Estado (2014, p. 32). Outrossim, a atividade securitária, a partir da regulação do Estado, perpassa pelo Código Civil, uma vez que se trata contrato típico, em alguns casos, pelo Código de Defesa do Consumidor por ser configurada a relação de consumo e passa pela fiscalização e supervisão da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP<sup>2</sup> (MIRAGEM, 2014, p. 32).

Ocorre que com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, a atividade securitária também passa a desenvolver-se em observação as disposições presentes em tal lei. A referida legislação trouxe consigo a criação da Agência Nacional de Proteção de Dados, que é o órgão responsável por, dentre outros, supervisionar lei e promover a regulamentação dos setores que atuam com o tratamento de dados pessoais, conforme referem Danilo Doneda e Laura Schertel (2021, p.4):

A LGPD criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, regulamentada pelo Decreto nº 10.474/2020, que é o órgão responsável pela supervisão da lei, por elaborar as diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados pessoais e Privacidade e promover a regulamentação dos setores que lidam com dados pessoais.

Nesse contexto, entende-se que, para além da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP -, a atividade securitária também estará de certa forma regulada pela Agência Nacional de Proteção de Dados, a qual

---

2 Superintendência de Seguros Privados é uma autarquia da Administração Pública Federal brasileira, responsável pela autorização, controle e fiscalização dos mercados de seguros, previdência complementar aberta, capitalização e resseguros no Brasil.

é uma criação para atender a necessidade de aplicação e regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Ensinam Danilo Doneda e Laura Schertel (2021, p. 19) que a legislação tuteladora dos dados pessoais traz determinações que asseguram os direitos dos titulares, os quais são denominados como “ARCO” que significa a abreviação de acesso, retificação, cancelamento e oposição:

Os direitos básicos atribuídos ao titular pelas diversas legislações nacionais e tratados internacionais para o controle do fluxo de seus dados são conhecidos pela sigla “ARCO”, abreviação de: acesso, retificação, cancelamento e oposição.

Diante de tal gama de direitos concedidos ao titular dos dados, observa-se que a atividade securitária tem seu desenvolvimento ligado à autorização do consumidor ao tratamento de seus dados, podendo ele revogar tal autorização.

A revogação do consentimento, já abordado, é uma situação que pode inviabilizar o desenvolvimento da atividade securitária, uma vez que a continuidade da avaliação do risco ou da regulação do sinistro para a verificação do preenchimento dos pressupostos que ensejam a liberação da garantia contratada, estaria obstaculizada pela ausência de autorização para o tratamento dos dados por parte do titular (MIRAGEM, 2020, p. 8).

Nessa perspectiva, estando a atividade securitária ligada ao tratamento de dados, a partir do consentimento do titular, tem-se como imprescindível uma regulamentação mais efetiva sobre as situações de revogação do consentimento, especificamente na atividade securitária, entre a Superintendência de Seguros Privados e a Agência Nacional de Proteção de Dados.

Nas palavras de Luís Poças (2020, p. 3), o objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados é regulamentar e dar diretrizes de comportamento às atividades que tratam dados, assim como tem a intenção de conceder maior proteção ao titular dos dados:

O propósito central do RGPD – e, bem assim, da LGPD – é o de tutelar o tratamento de dados respeitantes a pessoas singulares (ou naturais). Para o efeito, os referidos diplomas consagram um amplo leque de direitos dos titulares dos dados e meios reforçados de proteção dos mesmos.



Nesse aspecto, não tem a Lei Geral de Proteção de Dados a intenção de inviabilizar o tratamento de dados por parte das empresas, eis que tal óbice traria significativo impacto econômico. Daí decorre, portanto, a necessidade de maior regularização de forma setorizada, eis que, conforme o próprio nome sugere, a legislação de tutela dos dados é destinada para toda e qualquer atividade que envolva o tratamento de dados, sem considerar suas especificações, o que, verifica-se ser imprescindível.

A análise dos impactos do consentimento no setor de seguros pela Agência Nacional de Proteção de Dados e pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP - proporcionará sanar as lacunas existentes entre a concessão do consentimento e a realização da atividade securitária, trazendo maior segurança tanto para o consumidor que terá seu interesse de proteção dos dados atendido, assim como, perfectibilizará o desenvolvimento da atividade securitária, seja para firmar o contrato de seguro e garantir proteção ao legítimo interesse do segurado, seja na fase de regulação de sinistro, quando se analisará a liberação da garantia contratada.

## **6 CONCLUSÃO**

O presente trabalho trouxe a debate o procedimento de tratamento de dados para a avaliação do risco pelas seguradoras e como a Lei Geral de Proteção de Dados influenciou nas atividades das securitárias. Isso porque a referida legislação consolidou a necessidade de consentimento do pretenso segurado para a coleta e tratamento de seus dados pelas seguradoras, bem como permitiu a revogação deste a qualquer tempo.

Nesta seara, as seguradoras, como verificado, ainda necessitam identificar e implementar técnicas adequadas de atender as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados, principalmente, no que tange ao consentimento do consumidor, sem prejudicar o desenvolvimento da sua atividade.

A análise dos impactos do consentimento no setor de seguros pela Agência Nacional de Proteção de Dados e pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP - proporcionará sanar as lacunas existentes entre a concessão do consentimento e a realização da atividade securitária, trazendo maior segurança tanto para o consumidor que terá seu interesse de proteção dos dados atendido, assim como, perfectibilizará o desenvolvimento da atividade securitária, seja para firmar o contrato de seguro e garantir proteção ao legítimo interesse do segurado, seja na fase de regulação de sinistro, quando se analisará a liberação da garantia contratada.

A Lei Geral de Proteção de Dados vem desencadeando uma nova problemática que inviabilizaria o tratamento de dados por parte das empresas, uma vez que tal fato irá gerar um significativo impacto econômico. Assim, existe a necessidade de regularização de forma setORIZADA, já que conforme o próprio nome sugere, a Lei Geral de Proteção de Dados é destinada para toda e qualquer atividade que envolva o tratamento de dados.

Diante desta análise, verificou-se que caberá ao setor de seguros, através da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP - e pela Agência Nacional de Proteção de Dados, proporcionar e sanar as lacunas existentes entre a concessão do consentimento e a realização da atividade securitária, garantindo, assim, uma maior segurança tanto para o consumidor que terá seu interesse de proteção aos dados atendido, assim como, o desenvolvimento da atividade securitária.

## REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Autodeterminação informacional: paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14, ago. 2018. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em 10 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24, abr. 2014. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em 10 abr. 2022.

DONATTI, Antígono. *Los Seguros Privados: manual de derecho*. Traduzido por Arturo Vidal Solá. Barcelona: Libreria Bosch, 1952.

DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura Mendes. Coordenação científica: **Código de Boas Práticas**. Proteção de Dados para Prestadores Privados em Saúde. Edi-

ção 2021. Iniciativa da Confederação Nacional de Saúde. Brasília. Disponível em: <https://www.smnadv.com.br/cnsaude-lanca-codigo-de-boas-praticas-em-relacao-a-lgpd-para-prestadores-privados-de-servicos-na-area/>. Acesso em 10 abr. 2022.

GOMES, Rogério Dias de Pinho. **Do Consentimento aos legítimos interesses – novas formas e requisitos de licitude para o tratamento de dados pessoais no contexto da inteligência artificial**. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coord). O direito civil na era da inteligência artificial. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

JUNQUEIRA, Thiago. **Aplicação da LGPD no setor de seguros**. 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-jul-08/seguros-contemporaneos-aplicacao-lgpd-setor-seguros#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2021-jul-08/seguros-contemporaneos-aplicacao-lgpd-setor-seguros#_ftn1). Acesso em: 10 abr. 2022.

JUNQUEIRA, Thiago **Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **O contrato de seguro no direito brasileiro**. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S.L.], v. 25, n. 04, p. 1-18, 2020. Fundação Edson Queiroz.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Transparência e Privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luíza. **O contrato de seguro e a lei geral de proteção de dados**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Thompson Reuters, vol. 1018/2020, p. 1-34.

MIRAGEM, Bruno: **O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução**. CARLINI, Angélica; MIRAGEM, Bruno (coord.). **Direito dos segu-**

**ros: fundamento de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Novo Paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Thomson Reuters, vol. 1252019, p. 3-34, Set – Out. 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Seguro e inteligência artificial: novo paradigma tecnológico e seus reflexos na causa e na estrutura do contrato de seguro.** In: TE-PEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coord). O direito civil na era da inteligência artificial. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Discriminação injusta e o direito do consumidor.** In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). O direito do consumidor no mundo em transformação. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Os direitos do segurado e os deveres do segurador no direito brasileiro atual e o no Projeto de Lei do Contrato de Seguro (PCL 29/2017): exame crítico.** Revista de Direito do Consumidor. Vol. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 27. p. 128-141. Maio-jun. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Fernanda Chaves. **Fundamentos técnicos – Atuariais do seguro.** In: CARLINI, Angélica; MIRAGEM, Bruno (coord.). Direito dos seguros: fundamento de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PETERSEN, Luiza Moreira. **O risco no contrato de seguro.** Editora Roncarati, 2018.

POÇAS, Luís. **Os seguros de pessoas e o tratamento de dados sensíveis.** In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (coord). Temas atuais de direitos dos seguros: volume 1. 1ª ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E OS POSSÍVEIS IMPACTOS.** Revista dos Tri-

**bunais:** Brazil Data Protection Regulation and possible impacts, São Paulo, v. 998/2018, p. 225-239, dez. 2018.

SEPRO, Serviço Federal de Processamento de Dados – **Serpro e LGPD: segurança e inovação. segurança e inovação.** 2022. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/cidadao/seu-consentimento-e-lei>. Acesso em: 10 abr. 2022.

TZIRULNIK, Ernesto. **Estudos de direito do seguro**, São Paulo: Max Limonad, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: contratos.** 21ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021.



# A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ABORDAGEM DO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO

**Carla Carrion Frós**

Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Integra o Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência da FMP. Promotora de Justiça MP/RS. Membro da COPEVID – Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do CNPG - Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, do GEPEVID - Grupo Especial de Enfrentamento e Prevenção da Violência Doméstica contra a Mulher do MPRS. E-mail: carlacarrionfros@gmail.com

**Resumo:** A possibilidade de execução provisória da pena está diretamente ligada ao estudo e a extensão do princípio da presunção de inocência. Sobre o tema, duas são as decisões paradigmáticas no Supremo Tribunal Federal: o *Habeas Corpus* 84.078/MG e o *Habeas Corpus* 126.292/SP. Para tanto, necessária uma reflexão, ainda que breve, sobre o alcance do princípio da presunção de inocência. Por outro lado, importante referir que em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, os artigos 283, com redação alterada pela Lei nº 13.964/2019, disciplinando as hipóteses de prisão no ordenamento processual penal, 637 do Código de Processo Penal, este estabelecendo que o Recurso Extraordinário não tem efeito suspensivo.

**Palavras-chaves:** execução provisória da pena; princípio da presunção de inocência e sua extensão; legislação em vigor; decisões do Supremo Tribunal Federal.

## 1 INTRODUÇÃO

A cláusula da presunção de inocência impõe, em um primeiro momento, a regra da proibição de execução provisória da pena, que somente pode ser aceita em determinadas hipóteses, presentes os requisitos e pressupostos da prisão preventiva. Há, porém, divergências quanto a esse entendimento, tanto na doutrina quanto nos Tribunais em face da própria complexidade do tema.

Nos tribunais brasileiros a jurisprudência sempre oscilou acerca da possibilidade de execução provisória da pena. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, por 7x4, modificou a jurisprudência assentada antes no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG. Na ocasião, entendeu-se que a execução provisória era incompatível com o princípio da presunção de inocência. Em 2016, foi novamente a jurisprudência alterada, ao ser julgado o *Habeas Corpus* 126.292/SP que, por maioria, reconheceu a possibilidade de execução da pena após julgamento em 2ª instância, o que para muitos viola também o princípio do devido processo legal. Na sequência, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, todas de 2019, novamente reformaram o posicionamento.

Pretende-se, então, neste artigo, abordar os principais aspectos de cada uma das decisões: o *Habeas Corpus* 84.078/MG e o *Habeas Corpus* 126.292/SP. O estudo será dividido em três partes: inicialmente, discorrer-se-á sobre o princípio da presunção de inocência, como garantia processual penal e sua compatibilidade com as prisões de natureza penal e cautelar, bem como a sua extensão, e o princípio do duplo grau de jurisdição. Logo após, analisar-se-á o tratamento dispensado à execução provisória da pena na legislação brasileira e a harmonia entre os dispositivos legais vigentes. Na sequência, discorrer-se-á sobre a evolução da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Em linhas gerais, considerações acerca da observância do direito de liberdade do réu serão feitas sem descurar-se do direito da sociedade à segurança e de risco de prescrição caso a execução da pena tenha de aguardar o trânsito em julgado, sempre lembrando, outrossim, que outros meios existem diante de alguma ilegalidade no cumprimento provisório da pena, como o ajuizamento do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Adotar-se-á a investigação do tipo jurídico-descritivo como metodologia, sem, contudo, esgotar o tema, mas com argumentos, apoiados na revisão bibliográfica, capazes de apresentar uma aplicação equilibrada



do princípio da presunção de inocência com o do duplo grau de jurisdição e suas características.

## **2 A NECESSÁRIA CONFORMIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

A origem do princípio da presunção de inocência está na Magna Carta de 1215, que veio a remodelar a figura do rei e a estabelecer que os súditos não poderiam ser condenados à prisão sem antes passar por um processo judicial. A roupagem de hoje, entretanto, somente surgiu com a Revolução Francesa, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, em seu artigo 9º, estabeleceu que todo acusado deve ser presumido inocente, até que seja declarado culpado. Este mesmo regramento já estava também previsto no item VIII da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia.

Atualmente, está previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 11, parágrafo 1º, no artigo XXVI<sup>1</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, assim como no artigo 6º da Convenção dos Direitos do Homem de 1950, no artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e no art. 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (KURKOWSKI, 2019).

No Brasil, a Constituição Federal, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelece, no artigo 5º, inciso LVII, a “presunção de inocência”: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Com base neste dispositivo, parte da doutrina entende que a prisão somente pode ser decretada antes do trânsito em julgado se de natureza cautelar, sob pena de inadequada antecipação de pena (FERNANDES, 2005).

Igualmente, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, há de ser destacado que o Decreto nº 678/92, ao ratificar o Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 8º, incluiu mais um dispositivo na legislação a referendar este mesmo princípio. Isso significa que esta garantia não pode ser mitigada, uma vez que o acusado apenas perde a condição de inocente após sentença condenatória irreversível e para que esta condição seja garantida, uma série de consequências são impostas: a

---

1 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa.

do *in dubio pro reo*, a de que compete à acusação provar o alegado e ao tratamento digno ao acusado (THUMS, 2006).

Para a doutrina este artigo trata do princípio da não culpabilidade que garante a todo o cidadão que o cumprimento da pena pressupõe a prática de um fato típico e antijurídico e a prova da culpabilidade para alguém ser declarado culpado. Este mesmo princípio também decorre do inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal que trata justamente da individualização da pena, que tem no seu nascedouro a culpabilidade do réu (LUISI, 2003).

Com efeito, a presunção de inocência constitui uma garantia fundamental de qualquer sistema processual democrático e está relacionada à limitação do poder punitivo do Estado. Trata-se de um princípio que garante ao cidadão a sua liberdade, até o trânsito em julgado da condenação, sendo um dos postulados do sistema acusatório, no qual há separação entre os órgãos encarregados da acusação, da defesa e do julgamento (BARROSO, 2021).

Da leitura de conhecidos diplomas internacionais, vê-se, contudo, que a discussão gira em torno dos limites da presunção de inocência, a partir das expressões “*trânsito em julgado*” e “*até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*”, que, claramente, aludem aos momentos possíveis de perda do acusado da qualidade de inocente.

É certo afirmar, porém, que o momento de verificação da culpa envolve dois sistemas: o sistema do trânsito em julgado final e o do duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XVII assim dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, ou seja, todo cumprimento de pena está associado à declaração de que o acusado cometeu um fato típico e antijurídico (BRASIL, 1988).

Mas qual a extensão desta inocência? A execução provisória encontra respaldo na Constituição Federal?

Nesse diapasão, importante discorrer sobre o princípio expresso da presunção de Inocência e a discussão sobre a culpabilidade, uma vez que há quem defenda a constitucionalidade da execução provisória em instâncias extraordinárias, como regra, sem que se possa falar em prisão de um inocente.

Importante referir que para alguns, como adiante se verá, inocência e culpa não são as mesmas coisas. Para alguns, a Constituição Federal

garante a presunção de inocência, ou seja, o estado de inocência, e não da culpa. Estabelecida a culpa, não há de se indagar dos fatos, somente cabendo às instâncias superiores a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. E aqui reside a grande controvérsia: o direito coletivo à segurança deve prevalecer? O Supremo Tribunal Federal, antes de 2009, com grande impacto no Direito Penal, entendia que, enquanto pendente recurso, o estado de inocência permanecia, ainda que não mais se discutisse a culpa.

Afrânio Silva Jardim (2005) afirma que a presunção de culpa, então, estabelecida na Constituição é impropriamente chamada de presunção de inocência, que remonta a declaração à Constituição Francesa de 1791. O que a Constituição veda, sim, é que o legislador ordinário inverta o ônus da prova. A presunção de não culpa obriga o Ministério Público ou o querelante demonstrar a prática da infração penal alegada. Aliás, o próprio inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal e o inciso LXI deste mesmo artigo prevê a possibilidade de prisão provisória mediante ordem escrita e bem fundamentada.

Sendo assim, sustenta-se que a discussão sobre a prova ocorre, portanto, apenas em duas instâncias: em primeiro e segundo grau. Fora dessas hipóteses, não são mais as provas analisadas, o que significa que a inocência do réu se encerra quando a culpa se forma. Não haveria, com efeito, uma vez comprovada a culpa, razão para impedir a execução da pena quando pendente recurso especial e extraordinário, porque estes recursos não têm efeito suspensivo, de modo que a decisão do tribunal *a quo* poderia ser perfeitamente executada. A própria Lei de Execução Penal, em seu artigo outrossim, prevê a sua aplicação aos presos provisórios, o que significa dizer que a pena pode ser executada provisoriamente.

Nessa toada, não haveria, com efeito, uma vez comprovada a culpa, razão para impedir a execução da pena quando pendente recurso especial e extraordinário, porque estes recursos não têm efeito suspensivo, de modo que a decisão do tribunal a quo poderia ser perfeitamente executada.

E diretamente relacionado a este princípio tem-se, ainda que implicitamente, o princípio do duplo grau de jurisdição. Isso porque o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por essa razão, o princípio da presunção de inocência está atrelado ao encerramento da instrução probatória, oportunidade na qual decide o

Magistrado pela condenação ou não do réu (KURKOWKI, 2019), sendo o Brasil um dos poucos países que não permite a execução provisória, mesmo quando nem mesmo o Pacto de San José exija o trânsito em julgado.

No entanto, Pacelli e Fischer (2019), mesmo contrários à execução provisória da pena e antes da alteração da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, admitem a possibilidade de uma interpretação conforme a Constituição para a aplicação da execução provisória da pena, quando presentes evidências da não reversão da condenação.

Não se olvide, outrossim, que a suposta colisão entre a presunção de inocência e o princípio da segurança pode ser solvida pelo sopesamento entre estes princípios, tendo como norte a proibição de insuficiência de determinado direito fundamental (ALEXY, 2015).

### **3 DA NÃO CULPABILIDADE À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

Grande parte dos autores aduzem que toda prisão antes do trânsito em julgado da condenação tem natureza cautelar, somente sendo admitida, portanto, se presentes os pressupostos da chamada prisão preventiva. Não admitem estes autores a possibilidade de execução provisória, de natureza satisfativa, ainda que sujeita a recurso, uma vez que prejudicial ao réu. Em sentido contrário, sustentam outros que a ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial autorizam a execução provisória da pena privativa de liberdade (PACELLI; FISCHER, 2019).

A chamada execução provisória da pena, objeto de inúmeras críticas, por afronta ao princípio da presunção de inocência, possibilita a antecipação da pena privativa de liberdade do réu, já condenado em primeiro e segundo grau, ainda que recursos sejam interpostos aos tribunais superiores.

Importante também observar o teor do artigo 597 do Código de Processo Penal. A interpretação deste artigo leva à conclusão de que a apelação contra sentença penal condenatória é recebida no efeito suspensivo, não sendo possível a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, enquanto pendente de julgamento recursos às instâncias superiores.

Já o artigo 637 do Código de Processo Penal estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, o que significa dizer que admite a possibilidade de execução provisória da pena após o exaurimen-

to das instâncias ordinárias, não caracterizando constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão.

A execução provisória da pena da mesma forma foi objeto de debates no Superior Tribunal de Justiça enquanto ainda pendente de julgamento recursos especiais e extraordinário interpostos, tanto que editado o enunciado da Súmula nº 267 do Superior Tribunal de Justiça: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”; e o enunciado da Súmula nº 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª- Região.

O enunciado da Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal, sem utilizar a expressão “execução provisória”, a sua vez, decorreu também de jurisprudência de diversos tribunais, nos anos 90, justamente porque uma decisão condenatória, por vezes, leva anos para transitar em julgado em razão dos inúmeros recursos protelatórios interpostos; nada mais justo, assim, autorizar-se a progressão de regime antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória mediante a expedição de guia de recolhimento provisória. Nessa toada, também editada a Súmula nº 717 nos seguintes termos: “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

Entretanto, com as alterações realizadas no Código de Processo Penal pelas Leis nº 11.689/2008 e nº 11.719/2008, que revogaram os artigos 406, parágrafo primeiro, e 594, não mais se admite a prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível e de decisão de pronúncia, salvo se de natureza cautelar.

No mesmo sentido a alteração sofrida na redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime, ao estabelecer que a prisão está restrita à prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares ou após o trânsito em julgado da condenação criminal e o artigo 313, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, ao determinar que não será admitida a prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento da pena.

Esta mesma lei, dentre as alterações, fixou que a sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri, no tocante aos seus efeitos, se a pena for superior a 15 anos, deve o Juiz determinar a execução provisória da pena. Eis o teor da alínea “e” do inciso I do artigo 492 do CPP, *verbis*:

mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. (BRASIL, 1941).

Alega-se, em sentido contrário, que a pena não pode ser executada provisoriamente, uma vez que caso desconstituída a decisão a pena terá sido injustamente cumprida, não sendo suficientes os argumentos por vezes invocados no sentido de que os fatos não serão objeto de análise nas Cortes Supremas ou de que o Pacto de São José da Costa Rica<sup>2</sup> não refere recurso afora o do duplo grau de jurisdição (BRITO, 2020).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, mais de uma vez, mudou seu posicionamento. Exemplo disso são os julgamentos dos *Habeas Corpus* 84.078/MG e *Habeas Corpus* 126.292/SP, conforme já apontado.

Por oportuno, impende referir que países como os Estados Unidos, Inglaterra, Espanha, Portugal e Argentina, fixam que uma vez condenado em duplo grau de jurisdição, possível a execução da pena, ainda que outros recursos sejam interpostos, sem que se fale em violação de qualquer direito ou garantia. O mesmo ocorre no Canadá, onde depois de ser o acusado considerado culpado, deve a pena ser cumprida sentença. Aliás, em todos estes países há uma distinção entre a sentença dada pelo juiz monocrático e aquela prolatada por jurados (MUNIZ, 2019).

#### **4 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ainda assim, por um longo período, as decisões do Supremo Tribunal Federal não falavam em violação a este princípio quando da execução provisória de uma sentença criminal. Nesse sentido o *Habeas Corpus* 68.726/SP. Antes mesmo deste *Habeas Corpus*, o de nº 67.770/RS, de 1989, de relatoria do Ministro Celso de Mello, já assestara que o princípio da presunção de inocência não teria revogado os

---

2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Decreto nº 678/92. Segundo a regra da Convenção toda pessoa acusada deve ter direito a recorrer da sentença ou tribunal para juiz ou tribunal superior.

dispositivos que tratavam das prisões cautelares à época. No mesmo teor, o *Habeas Corpus* 67.857/SP, no qual já prevalecia o princípio da segurança pública (Kurkowski; Piedade, 2017).

Esse entendimento perdurou até 2009, quando, em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, foi decidido em sentido diametralmente oposto. Por maioria de sete votos a quatro, foi reconhecida a impossibilidade de execução provisória da pena, uma vez que incompatível com o princípio da presunção de inocência. A Corte Superior passou a entender, assim, que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença somente seria possível por meio de prisão cautelar.

A partir de então, passou-se a exigir o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal, salvo se de natureza cautelar a prisão, sob o argumento da inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”, por afronta aos artigos 5º, inciso LVII, e 1º, inciso III, ambos da Constituição Federal. Isso porque a própria Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória e se sobrepõe, temporal e materialmente, ao artigo 637 do Código de Processo Penal, consoante constou da ementa do acórdão.

No ano de 2016, novamente os Ministros integrantes do Supremo Tribunal decidiram em sentido oposto, por ocasião do julgamento nº 126.292/SP, passando desta vez a admitir a possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação da sentença no segundo grau.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o Ministro Teori Zavascki, relator, monocraticamente, deferiu o pedido liminar relativo à suspensão da ordem de prisão provisória ordenada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O Pleno, contudo, denegou o *habeas corpus* e reverteu a liminar concedida pelo Ministro Teori Zavascki.

A partir desta decisão, diversas discussões surgiram, vez outra, acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena antes de esgotado o julgamento de todos os recursos.

Os parâmetros então utilizados foram: o limite do princípio da presunção da inocência e o equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender ao princípio também da segurança.

Aliás, esse entendimento não era novo. Conforme inicialmente apontado, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado posição no sentido de que era possível a execução provisória da pena privativa de

liberdade, consoante estabelecido no *Habeas Corpus* 68.726. Neste ficou determinado que, mantida a condenação, ou seja, exauridas as instâncias ordinárias, nada há de ilegal ou inconstitucional na expedição de mandado de prisão pelo juízo de segundo grau.

O Ministro Relator Teori Zavascki, em seu voto, discorreu sobre os limites da discussão sobre a culpabilidade e que implicância no processo penal tem tal princípio, argumentando que é “no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2006).

Os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Dias Toffoli seguiram o entendimento do relator, apenas, em sentido contrário, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

No voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso são apresentados fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução provisória. Para este Ministro, um dos fundamentos para a decretação de uma prisão no Brasil é a existência de uma determinação escrita e fundamentada. O que basta. O segundo argumento refere-se ao alcance a ser dado ao dispositivo em comento uma vez que o dispositivo fala em culpabilidade, mas qual seria então este marco? Por fim, o terceiro fundamento envolve reconhecer que após a condenação em 2º grau a execução da pena constitui-se em uma exigência da ordem pública (DAMASCENO, 2019).

Para Barroso, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 126.292, não mais se justificaria a ideia conservadora do princípio da presunção de inocência, razão pela qual necessária seria uma interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal em consonância com os anseios sociais, e a mutação constitucional seria o instrumento teórico para justificar esta mudança. Segundo o Ministro, a mutação constitucional seria um “mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto” (Min. Luís Roberto Barroso, (voto no *Habeas Corpus* nº 126.292, p. 30), em face “de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo” (Min. Luís Roberto Barroso, voto no *Habeas Corpus* nº 126.292, p. 30, no dia 17 de fevereiro de 2016).

Na oportunidade, o Ministro Barroso, ao lavrar seu voto, ainda fez breve análise do tema da mutação constitucional, que autoriza a



modificação e o alcance das normas constitucionais em razão de uma mudança na realidade fática sobre o que deva ser considerado justo (BARROSO, 2016).

Ressalte-se que foram interpostos embargos de declaração em face desta decisão. O Supremo, porém, rejeitou os aclaratórios, e confirmou o entendimento antes fixado, sem efetuar, contudo, a modulação dos seus efeitos. A Ministra Rosa Weber ressaltou o seu posicionamento, em sentido contrário, tendo o Ministro Celso de Mello sido voto vencido.

Neste mesmo ano, em razão das inúmeras discussões travadas acerca da (in)constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, duas ações declaratórias foram ajuizadas: 43 e 44. Nestas buscava-se a plena vigência e constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal a fim de evitar os efeitos da decisão tomada nos autos do *Habeas Corpus* 126.292, de 17 de fevereiro de 2016. As liminares foram apreciadas em 05 de outubro de 2016.

Quando do julgamento das ações, no dia 07 de novembro de 2019, o Ministro Marco Aurélio votou pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, afirmando que do teor do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal extrai-se justamente que a pena somente pode ser executada após a condenação em definitivo.

Na sequência, foi aberta a divergência pelo Ministro Alexandre de Moraes exatamente sob o argumento de que a decisão condenatória em segunda instância é suficiente para a execução provisória da pena. No mesmo sentido o voto do Ministro Falcão, tendo constado do voto que a menos que seja conferido efeito suspensivo ao recurso deve a pena ser executada esgotadas as instâncias ordinárias. Na mesma linha, foi o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, destacando que o entendimento de que aguardar o trânsito em julgado somente abre espaço para o ajuizamento de recursos protelatórios e sensação de impunidade. Rosa Weber votou pela constitucionalidade.

Luiz Fux divergiu do relator e votou pela constitucionalidade da execução provisória da pena, na medida em que esgotadas as instâncias ordinárias já pode ser declarado culpado o réu e a prisão necessária. Ricardo Lewandowski, em sentido contrário, votou pela inconstitucionalidade da execução provisória. Alegou que o sistema brasileiro é passível de erros e que a vontade do legislador ordinário deve prevalecer. Carmen Lúcia, com base nos princípios da segurança jurídica e da efetividade penal asseverou que o inciso LVII deve ser lido com outros dispositivos

como o inciso LXI, sendo suficiente o princípio da presunção de inocência. Gilmar Mendes modificou sua posição e Celso de Mello votou igualmente pela inconstitucionalidade. Ao final, o Ministro Dias Toffoli, modificando seu entendimento, votou pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena.

Em 2018, foi ajuizada uma ação declaratória de constitucionalidade a fim de também suspender as execuções provisórias em curso, tendo o Ministro Marco Aurélio, relator, deferido o pedido, mas sendo a decisão, após, suspensa pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Barroso, neste julgamento, adotou assim o princípio do duplo grau de jurisdição, firmando o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em sede de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Há quem sustente, porém, que por ser a presunção de inocência um direito fundamental, o posicionamento do Ministro Barroso teve a intenção de limitar o exercício do referido direito, com evidente violação aos limites materiais de reforma da Constituição.

Da decisão, verifica-se que Barroso recorreu à mutação constitucional, sob o argumento de que a Constituição necessita se adaptar às realidades sociais. E nesse ponto, sob o viés democrático e à luz da força normativa da Constituição, tem a mutação constitucional a função de promover mudanças na ordem constitucional, sem, porém, serem os núcleos essenciais da Constituição e os direitos fundamentais atingidos.

O Direito Penal tem como uma de suas missões a contenção e a redução da criminalidade, o que significa dizer que este ramo do direito deve servir de instrumento de proteção de bens jurídicos relevantes.

Por certo também que o artigo 144 da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir segurança aos integrantes do corpo social, o que significa dizer que a segurança pública enquanto dever do Estado impõe a este a obrigação de garantir proteção às pessoas e a seus patrimônios seja garantindo a segurança e prevenindo a prática de novos crimes seja reprimindo tantos outros.

Nesse sentido, existem direitos fundamentais a serem observados. Todavia, igualmente não pode ser afastada a proteção da coletividade, impedindo que o *ius puniendi* estatal seja cumprido sem que antes sejam esgotadas todas as vias recursais até que ultimado o cumprimento da sentença condenatória de 1º grau, já confirmada em 2º grau, ou seja,

garantido já o direito ao duplo grau de jurisdição, mas no aguardo de decisões que garantam o efetivo trânsito em julgado da decisão.

De qualquer sorte, ao lado da dignidade humana dos presos grava o interesse social da segurança pública, e nessa perspectiva possível também dizer que o princípio da presunção de inocência pode ser mitigado, o que não importa, por certo, na sua banalização.

Evidentemente, o interesse por este tema gira em torno da controvérsia ao longo dos anos no Supremo Tribunal Federal. Destas decisões observa-se que a temática ainda está em aberto tamanha as controvérsias ainda existentes. Por estas decisões têm-se que os direitos fundamentais não podem ser vulnerados, mas que uma proteção deficiente da mesma forma não pode ser admitida, sendo de rigor a busca de uma solução o mais justa possível capaz de abrigar direitos fundamentais individuais, mas também o de segurança da sociedade (PULIDO, 2013).

Com efeito, ao lado dos direitos de defesa, que impõem ao Estado a obrigação de não violar a liberdade constitucionalmente prevista, existe também uma vinculação do Estado de prestação positiva no que diz respeito à segurança. Trata-se de impor ao Estado, igualmente, o dever de atuar de forma efetiva na proteção da sociedade.

Dessa feita, a leitura do preceito constitucional há de ser feita de forma sistêmica e não de forma isolada, uma vez que de uma leitura pura e simples do disposto na Constituição, poder-se-ia dizer que inviável a prisão antes do trânsito em julgado, ausentes os pressupostos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como adotando os argumentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal. Obviamente, inaceitável qualquer condenação sem o devido processo legal (PACCELI; FISCHER, 2019). Mas a execução provisória observa igualmente os direitos fundamentais do réu como a do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e o da presunção de não culpabilidade.

Por fim, impende sinalar a Proposta de Emenda à Constituição nº 199 de 2019, que propõe alteração aos artigos 102 e 105 da Constituição federal, para os efeitos de transformar os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, prevendo a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância, a pretexto de mitigar a sensação de impunidade.

Nesse aspecto, a proposta prevê a extinção dos recursos extraordinário e especial, possibilitando a prisão em segunda instância, sem que se fale em violação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, uma vez que por intermédio destes recursos possível somente, caso aprovada, a revisão do julgamento.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Do acima pontuado, percebe-se que hoje ainda persiste o debate jurídico-político sobre a possibilidade de prisão em segunda instância e sobre qual deve ser a melhor interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Para aqueles contrários à execução, dita provisória, o recolhimento à prisão somente cabe se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Entretanto, nesse estudo, verificou-se que, para alguns, essa garantia fundamental pode ser flexibilizada, a fim de possibilitar a submissão de condenados à prisão-pena antes do trânsito em julgado, uma vez que após a segunda instância, os recursos especial ou extraordinário não permitem a revisão dos fatos, mas tão somente a discussão jurídica sobre a aplicação correta das normas jurídicas. Para outros, evidente a violação de garantia constitucionalmente prevista da presunção de inocência.

O que se vê, porém, são inúmeros recursos utilizados para estender indefinidamente o feito e evitar o trânsito em julgado definitivo de uma sentença de primeiro grau, graças ao sistema judicial recursal brasileiro. Recursos com a finalidade meramente protelatória são interpostos para retardar a condenação, a prisão dos réus ou mesmo levar à prescrição. Justamente em razão disso também a efetividade da sentença condenatória de primeiro grau e de segundo grau fica afetada, bem como a própria credibilidade da justiça.

E nesse contexto, em que pese a relevância do princípio da presunção de inocência, este pode ser objeto de restrições e ponderações, em especial diante da existência de mecanismos outros capaz de combater uma possível prisão ilegal.

Nesse diapasão, a execução provisória da pena, ainda que pendente recurso extraordinário e/ou especial é possível se interpretados os dispositivos constitucionais, e princípios correlatos, de maneira sistêmica. Esta possibilidade é possível pela proporcionalidade, que impõe uma proibição de insuficiência em face da segurança pública, e por intermédio

de um processo de “construção” das normas previstas na Constituição Federal (BARROSO, 2021).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Ed. Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 2ª tiragem, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro De 1941. **Código de Processo Penal de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 30 de nove. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília, DF: 2008. Disponível em : [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm)Acesso em: 30 de nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília, DF: 2008. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Melo Brasília, DF: 2001. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília: DF. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796> Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Recorrido: Banco Central do Brasil – BACEN. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília: DF. 1991. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1500208>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 68.726/SP**. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Mora. Relatora: Min. Néri da Silveira. Brasília: DF. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Brasília: DF. 2003. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Brasília: DF. 2003. Disponível : [http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 267**. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Brasília: DF. 2002. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.=%28%40NUM+%3E%3D+%22201%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22300%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%22201%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22300%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM>. Acesso em: 30 de nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Súmula 122**. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Porto Alegre: RS. 2016. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=12527](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12527). Acesso em: 30 nov. 2021.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DAMASCENO, Adriano Antunes. Presunção de inocência e execução da pena no Supremo Tribunal Federal: o dito pelo não dito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. RBCCrim. 152, p. 261-275. 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/rbccrim/164-/?ano\\_filtro=2019](https://arquivo.ibccrim.org.br/rbccrim/164-/?ano_filtro=2019) Acesso em: 02 dez. 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Ed. Fabris: Porto Alegre. 2ª ed. rev. e atualizada, 2003.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. **Execução Provisória da Pena no Júri**: fundamentos políticos e jurídicos. Belo Horizonte. Editora O'Plácido, 2019.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Justificação Constitucional da Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade na Pendência dos Recursos Extraordinários e Especial recebidos sem Efeito Suspensivo. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**. vol. 9, nº 18, p. 121-163, maio-ago. 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/35630827/JUSTIFICA%C3%87%C3%83O\\_CONSTITUCIONAL\\_DA\\_EXECU%C3%87%C3%83O\\_PROVIS%C3%93RIA\\_DA\\_PENA\\_PRIVATIVA\\_DE\\_LIBERDADE\\_NA\\_PEND%C3%8ANCIA\\_DOS\\_RECURSOS\\_EXTRAORDIN%C3%81RIO\\_E\\_ESPECIAL\\_RECEBIDOS\\_SEM\\_EFEITO\\_SUSPENSIVO\\_UFMT?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/35630827/JUSTIFICA%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_DA_EXECU%C3%87%C3%83O_PROVIS%C3%93RIA_DA_PENA_PRIVATIVA_DE_LIBERDADE_NA_PEND%C3%8ANCIA_DOS_RECURSOS_EXTRAORDIN%C3%81RIO_E_ESPECIAL_RECEBIDOS_SEM_EFEITO_SUSPENSIVO_UFMT?email_work_card=view-paper). Acesso em: 01 maio 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 14 ed.

MUNIZ, Alexandre Carrinho. Execução Provisória da Pena após Condenação pelo Tribunal do Júri segundo os parâmetros do Habeas Corpus n. 126.292/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal. *In: Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. Florianópolis, v. 14, n. 31, p. 25-51, dez. 2019. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuaacao/article/view/51/42> Acesso em: 29 nov. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, DF: UNICEF [2020?]. Adotada e proclamada em 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 dez. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Brasília, DF: UNICEF [2020]. Disponível em: <https://www.un.org/es/> Acesso em 06 dez. 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamente com a colaboração de Bruno Siegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2006.



# A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL: OS LIMITES DECORRENTES DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO

**Leandro Reis de Souza**

Mestrando e Pós-graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Comunicação Social com ênfase em Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, participante do Grupo de Pesquisa “O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal” pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Escrivão de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul.

**Resumo:** O artigo trata da possibilidade da identificação criminal genética do acusado, diante dos limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação, ser utilizada como prova lícita no processo penal. Nesse contexto, verificou-se as seguintes hipóteses para obtenção do perfil genético do acusado e sua posterior comparação com os materiais genéticos encontrados nos locais de crime: a coleta não autorizada do perfil genético do acusado, a coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados pelo acusado nos atos de polícia judiciária e a utilização dos perfis genéticos armazenados no banco de dados genético – CODIS. Examinou-se o instituto da prova no processo penal, discorrendo sobre a verdade processual, a carga probatória e a lei de identificação criminal. Os limites à liberdade probatória foram contextualizados através dos conceitos doutrinários sobre a incidência da garantia contra a autoincriminação e a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. O método da pesquisa utilizado foi o lógico-dedutivo. Ao fim, foi demonstrado que as hipóteses, desde que atendidos os requisitos legais, configuram uma prova lícita.

**Palavras-chave:** banco de dados genético; identificação criminal genética; garantia contra autoincriminação; princípio da proporcionalidade; prova no processo penal.

## 1 INTRODUÇÃO

A reconstrução dos fatos investigados ocorre, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação e o devido processo legal, através da materialização da prova. O direito dispõe de diversos meios de prova para chegar à verdade processual, dentre eles, a prova documental, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas ou coisas e, em especial, a prova pericial.

O convencimento do juiz é baseado na verdade do processo, que, por sua vez, devido o processo ser um instrumento falível, pode não corresponder à verdade dos fatos. Por esta razão, a produção de provas não está restrita a acusação. A defesa tem grande interesse em comprovar suas teses defensivas, não devendo ficar inerte baseada unicamente no princípio da presunção da inocência.

O avanço da ciência e as alterações ocorridas na lei de identificação criminal aprimoraram as técnicas de investigação. Com o advento da Lei 12.654/12, o perfil genético passou a ser considerado uma das formas possíveis de identificação criminal. A individualização da conduta certa e determinada da infração penal evita o erro judiciário. Em outras palavras, impede que o inocente reste processado, condenado e punido no lugar do culpado.

A admissão e a produção dos meios de provas possuem limites legais impostos pelo ordenamento jurídico que vedam a busca ilimitada da verdade, entre eles, a proibição da utilização de provas produzidas com violação a garantia contra a autoincriminação. Tal garantia, que abrange todos os atos processuais, atua na tutela da integridade física do réu, servindo de obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual.

A persecução penal, por outro lado, não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado da garantia contra a autoincriminação. Isso não resulta na colaboração inarredável do acusado em busca de uma verdade baseada no combate a criminalidade, mas a possibilidade desta garantia *prima facie*, através do princípio da proporcionalidade, ser afetada no caso concreto.

Nesse contexto, será abordada a possibilidade da identificação criminal genética do acusado, diante dos limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação, ser utilizada como prova lícita no processo penal. Para tanto, através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando o método lógico-dedutivo, serão verificadas as seguintes hipóteses:

a coleta não autorizada do perfil genético do acusado, a coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados pelo acusado nos atos de polícia judiciária e a utilização dos perfis genéticos armazenados no banco de dados genético – CODIS.

## **2 A PROVA NO PROCESSO PENAL**

A verdade processual sempre será uma verdade reconstruída, independente dos métodos utilizados para a comprovação dos fatos alegados em juízo, estando relacionado ao grau de contribuição das partes e da determinação da certeza do juiz. (PACELLI, 2014, p. 334). A busca da verdade não é o fim último do processo penal, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios, mas sim para a correta aplicação da lei penal. (BADARÓ, 2017, p. 389).

A construção da verdade processual, após transitar em julgado a decisão final, produz a certeza jurídica, que poderá, ou não, corresponder à verdade dos fatos, mas irá estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal, incidindo, assim, todas as consequências legais e constitucionais. (PACELLI, 2014, p. 328). A decisão judicial não é, necessariamente, a revelação da verdade, mas a escolha dos significados que parecem válidos ao juiz; tendo como resultado final seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo legal. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Com efeito, a prova se coloca como um mecanismo que permite a escolha racional entre as diversas hipóteses sobre os fatos debatidos no processo. Partindo-se da premissa de que é possível a reconstrução dos fatos, ainda que esta não reflita uma verdade absoluta, a prova assume a função de um instrumento para fundamentar a escolha pela versão dos fatos que possa se definir como verdadeira. (BADARÓ, 2003, p. 161-162).

A produção de provas não está restrita a acusação, a defesa também tem interesse em comprovar suas teses defensivas, apontando falhas do órgão acusatório, desfazendo provas contrárias ao interesse defensivo, levantando contradições em depoimentos, perícias e acareações, apresentando documentos e valendo-se de todos os meios lícitos para a demonstração cabal da sua inocência. A carência de provas para sustentar a tese acusatória, por outro lado, pode resultar numa decisão favorável ao réu, baseado no princípio da presunção de inocência. (NUCCI, 2015, n.p.).

Contudo, ao não provar nenhuma das suas teses defensivas, como por exemplo, a de estar em lugar diverso no momento do crime,

permitirá a acusação avançar na demonstração da tese acusatória. A defesa, ao perder uma chance probatória, alicerçada no exercício do direito de silêncio, não terá um prejuízo processual; entretanto, assumirá o risco de uma sentença desfavorável. (NUCCI, 2015, n.p.).

### **3 A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA GENÉTICA NA CONSTITUIÇÃO DA PROVA**

A perícia não configura a materialidade do delito, constitui, na verdade, uma porção do tipo penal, esclarecendo aspectos relacionados à sua autoria. As provas periciais, inclusive as provas genéticas, serão sempre provas relativas, não existindo valor decisivo ou necessariamente de maior prestígio que as outras. Caso contrário, o juiz poderia ser substituído pelo perito, transformando o julgador num mero homologador de laudos e perícias. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Nos últimos anos ocorreu grande avanço nas técnicas para mapear e sequenciar o genoma humano, possibilitando, assim, a tipagem do DNA e a consequente identificação de pessoas. (MEDEIROS, 2009, p. 7). O desenvolvimento das tecnologias sobre o genoma humano, no âmbito do processo penal, apresentam resultados positivos quanto à identificação de vítimas e de autorias delitivas. A integração dos conhecimentos disponibiliza formas de produção probatória essenciais para que o grau de certeza da decisão criminal resulte na redução do erro judicial. (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, n.p.).

#### **3.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO**

A Constituição Federal, no inciso LVIII do artigo 5º,<sup>1</sup> inseriu, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal da pessoa civilmente identificada, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988). A Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal, trouxe no seu artigo 3º<sup>2</sup> as hipóteses de identificação criminal

---

1 Art. 5º. LVIII. o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1988).

2 Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I - o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II - o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III - o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV - **a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do**

da pessoa civilmente identificada, que ocorrerá através de processo datiloscópico e fotográfico, conforme dispõe o artigo 5º do referido diploma legal.<sup>3</sup> (BRASIL, 2009).

A Lei 12.654/12, por sua vez, incluiu a coleta de material genético como uma das formas possíveis de identificação criminal. (BRASIL, 2012). Na hipótese da identificação criminal ser essencial às investigações policiais, poderá, mediante autorização do juízo competente, ocorrer, também, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, conforme previsto no parágrafo único do artigo 5º da Lei 12.037/09.<sup>4</sup> (BRASIL, 2009).

O requisito legal de ser essencial às investigações somente restará atendido quando o pedido estiver devidamente fundamentado, além de demonstrado, no caso concreto, a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. A coleta de material genético para fins probatórios, diferentemente dos condenados, pode ocorrer em virtude da investigação da prática de qualquer delito, não existindo um rol de crimes estabelecido para este fim. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A Lei 7.210/84, que dispõe sobre a Lei de Execução Penal, traz no seu artigo 9º-A<sup>5</sup> à extração de DNA de forma obrigatória para identificação do perfil genético dos condenados por crimes dolosos, com violência

**Ministério Público ou da defesa (grifo nosso);** V - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI - o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

- 3 Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. (BRASIL, 2009).
- 4 Art. 5º Parágrafo Único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei n.º 12.654, de 2012). (BRASIL, 2009).
- 5 Art. 9º-A O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019). (BRASIL, 1984).

grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, quando do ingresso no estabelecimento prisional. (BRASIL, 1984). Nestas hipóteses, não se faz necessário autorização judicial, tendo como único requisito legal a natureza do crime objeto da condenação. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Desse modo, a coleta de perfil genético possui duas finalidades: uma probatória, destinada a servir de prova num caso concreto; e outra de obrigação para os condenados nos crimes previstos no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, destinada a alimentar o banco de dados de perfis genéticos. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

### **3.2 O DNA NO PROCESSO PENAL**

O código genético de uma pessoa permite extrair com precisão sua identificação, uma vez que, com exceção dos gêmeos idênticos e univitelinos, cada indivíduo é geneticamente diferente do outro. A identificação genética do ser humano é estável, ou seja, sua individualidade biológica é permanente. Tal premissa permite afirmar que cada pessoa é representada de forma exclusiva através de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida. (RUIZ, 2016, n.p.).

O DNA, apesar de ser um vestígio biológico, é considerado pelos peritos forenses um dos exames periciais mais seguros e completos. Dentre algumas características importantes de serem destacadas está o fato do DNA manter-se em perfeitas condições mesmo sob efeito do calor de até 100° C. (MEDEIROS, 2009, p. 74). O DNA não é tão deteriorável como as marcas deixadas pelas digitais, que podem ser parciais ou não identificáveis, sendo objeto de análise até mesmo o corpo carbonizado ou mumificado. (RUIZ, 2016, n.p.).

O DNA mitocondrial, que também pode ser utilizado para a identificação de uma pessoa, é útil somente para comparações em linha de ascendência materna. (RUIZ, 2016, n.p.). É certo, também, que o DNA mitocondrial, apesar de estar sujeito, assim como os demais, a ação das enzimas, bactérias e fungos, é mais seguro e completo em caso de identificação por amostras degradadas. (MEDEIROS, 2009, p. 75).

A grande dificuldade encontrada na análise de vestígios biológicos trata-se da contaminação por mistura biológica de outras pessoas. A coleta de DNA deve ser realizada pelo menor número de pessoas, sendo

necessário, dentre outros procedimentos, a utilização de um par de luvas para cada vestígio, o acondicionamento individual e em recipientes adequados, a redução do contato direto com as evidências e a não utilização de formol, fixador, reagente químico ou reveladores nocivos àquela substância armazenada. (MEDEIROS, 2009, p. 76).

Outro aspecto refere-se à forma de coleta do DNA, que pode ser realizada de maneira invasiva, como por exemplo, os exames de sangue e ginecológico, ou não invasiva, através dos fios de cabelo. A obtenção do DNA através da saliva pode ser considerada invasiva, como a coleta de células bucais por *swabs* orais, ou não invasiva, por materiais dispensados pelo acusado, como por exemplo, chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerante, que ao serem utilizados deixem resquícios de material genético. (QUEIJO, 2012, p. 294-296).

A extração de material genético deverá ocorrer sempre de maneira adequada e indolor. O legislador, contudo, não estabeleceu a forma e o procedimento para extração de material biológico diante da possibilidade do acusado não consentir com a coleta obrigatória; tão pouco definiu a espécie de material a ser coletado: saliva, sangue, cabelo ou outro material genético. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 165-166).

### 3.3 O BANCO DE DADOS GENÉTICO - CODIS

O banco nacional de perfis genéticos, instituído pelo Decreto n.º 7.950/13, tem por objetivo armazenar os dados de perfis genéticos coletados para subsidiar às investigações criminais. O decreto prevê a possibilidade de utilização do banco de dados para identificação de pessoas desaparecidas, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 8º,<sup>6</sup> sendo vedado o uso dos perfis genéticos doados pelos parentes consanguíneos das pessoas desaparecidas para outra finalidade. (BRASIL, 2013).

No ano de 2009, através de um termo de compromisso, o FBI disponibilizou para o Brasil o software *Combined ADN Index System* – CODIS, programa de gerenciamento de perfis genéticos, desenvolvido pelo FBI em parceria com quatorze laboratórios especialistas em questões forenses. (CORAZZA; CARVALHO, 2014, p. 425). Os perfis genéticos armazenados no banco de dados, em atenção ao §1º artigo 5º-A da Lei

---

6 Art. 8º. Parágrafo único. A comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas serão utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades. (BRASIL, 2013).

12.037/09,<sup>7</sup> revelam somente a determinação de gênero dos periciados, sendo vedado a identificação dos traços somáticos ou comportamentais, assegurando o direito à intimidade. (RUIZ, 2016, n.p.).

Os perfis genéticos inseridos no banco nacional são aqueles coletados das pessoas civilmente identificadas, quando essenciais às investigações, e dos condenados por crimes dolosos, com violência grave contra a pessoa, contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável. As autoridades policiais, mediante autorização judicial, com objetivo de instruir determinada investigação criminal, podem acessar o banco nacional de perfis genéticos para comparar os perfis ali cadastrados com os materiais genéticos encontrados no decorrer da investigação policial. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 161).

A exclusão dos perfis genéticos do banco de dados ocorrerá, conforme dispõe o artigo 7º-A da Lei 12.037/09,<sup>8</sup> quando o réu for absolvido, ou, em caso de condenação, mediante requerimento, decorridos vinte anos do cumprimento da pena. (BRASIL, 2009). O banco de dados dos perfis genéticos, controlado de forma segura e restrita, de acordo com a legislação, auxilia na constituição da prova de casos considerados complexos, evitando, assim, o erro judicial, um dos principais problemas no processo penal. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 164).

#### **4 A GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO**

As garantias constitucionais devem preservar e tutelar, mediante atuação judicial, os direitos fundamentais estabelecidos por nosso ordenamento jurídico. Dentre as garantias reconhecidas pelo direito processual penal, baseada no direito ao silêncio, e fortalecida pelos princípios do devido processo legal, da inocência e da ampla defesa, encontra-se a garantia contra a autoincriminação. (TUCCI, 2009, p. 50-51).

---

7 Art. 5º-A. §1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei n.º 12.654, de 2012). (BRASIL, 2009).

8 Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: I - no caso de absolvição do acusado; ou II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL, 2009).



A garantia contra a autoincriminação, amparada no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal<sup>9</sup> (BRASIL, 1988) e na letra g do §2º do artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,<sup>10</sup> conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (COSTA RICA, 1969), atua como obstáculo ao arbítrio estatal na busca incondicional à verdade processual, permitindo que o acusado não participe da formação da culpa. A garantia contra autoincriminação abrange todos os atos processuais que necessitam da colaboração do acusado para a sua efetivação, a fim de resguardar sua integridade física e suas liberdades individuais de intimidade e privacidade. (PACELLI, 2014, p. 389-390).

Algumas matérias relevantes do processo penal são impactados de forma significativa pela garantia da não autoincriminação: o interrogatório, o etilômetro, o exame grafotécnico e, em especial, as intervenções corporais. A produção de prova no processo penal acarreta o conflito de pelo menos dois valores: o poder de punir do Estado e o direito de defesa do acusado. O problema ocorre quando o órgão acusador ingressa na esfera de privacidade e dignidade da pessoa, ou quando se faz necessária sua participação na constituição da prova. (MALAQUIAS, 2014, p. 164-172).

Isso porque a garantia contra a autoincriminação objetiva proteger a pessoa contra os possíveis excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, impedindo violências físicas e morais que visam a colaboração do acusado na investigação criminal. (QUEIJO, 2012, p. 77). A participação do acusado na produção da prova é possível somente em casos excepcionais, com expressa previsão legal e quando inexistir risco de afetação dos direitos fundamentais da pessoa. (MALAQUIAS, 2014, p. 164-172).

A garantia contra a autoincriminação, assim como os demais princípios e garantias constitucionais, não são absolutos, devendo qualquer restrição estar prevista em lei, sem eliminar ou afetar o conteúdo essencial do direito restringido. A Lei 12.654/12, que alterou as leis de identificação criminal e de execução penal, resultou numa restrição a garantia contra a autoincriminação. Agora, havendo necessidade para a investigação e autorização judicial, pode ser feita a extração compulsória

---

9 Art. 5º. LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, 1988).

10 Artigo 8º. Garantias judiciais: 2. 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: (...) g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. (COSTA RICA, 1969).

de material genético do acusado para comprovação da autoria do crime. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

A persecução penal não pode ser inviabilizada pelo reconhecimento ilimitado de direitos fundamentais, inclusive da garantia contra a autoincriminação. Isso não significa na colaboração inarredável do acusado em busca de uma verdade baseada no combate a criminalidade. (QUEIJO, 2012, p. 26). O que se objetiva com a coleta do perfil genético é identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo. Não se trata de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa. (NUCCI, 2013, p. 412-416).

## **5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O modelo jurídico do Estado Democrático de Direito é composto por regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos que devem ser cumpridos exatamente conforme determinado, aplicadas através da subsunção; enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados numa medida tão alta quanto possível, admitindo cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29-31).

Os princípios e garantias previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, uma vez que podem sofrer limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Cada um dos princípios constitucionais deve ser submetido, no caso concreto, à análise da proporcionalidade em relação aos demais valores constitucionais colidentes. (BADARÓ, 2017, p. 91).

A solução da colisão de princípios se dá através da ponderação, que se encontra dentro do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>11</sup> Este subprincípio ou princípio parcial é responsável por formular a lei da ponderação material: quanto maior o grau de intensidade da

---

11 A doutrina majoritária entende que o princípio da proporcionalidade é composto pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Entende-se por juízo de adequação a verificação da relação do meio empregado na realização do interesse que merece maior proteção, sendo suficiente que a medida seja apta a fomentar sua realização. No juízo de necessidade, comparam-se as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental, tendo o cidadão o direito à menor desvantagem possível. A proporcionalidade em sentido estrito depende das possibilidades jurídicas, podendo ser otimizada em graus variados. Exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da

intervenção de um princípio  $P_i$ , maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio fundamental  $P_j$ . A aplicação da ponderação na solução de um caso de colisão de direitos fundamentais resulta na relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

A aplicação da ponderação na solução de um caso de colisão de direitos fundamentais resulta na relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249). Na hipótese da colisão de uma regra de natureza constitucional com um princípio constitucional, a regra terá uma força maior do que o direito *prima facie* assegurado pelo princípio colidente. Isso porque o próprio legislador constituinte já fez o sopesamento e decidiu privilegiar um dos princípios e o direito fundamental correspondente, preestabelecendo a solução de eventual ponderação pela predefinição de uma regra que assegura um direito definitivo em relação a um dos princípios colidentes. (BADARÓ, 2017, p. 93).

A utilização do princípio da proporcionalidade deve ser percebida como um mecanismo de maior proteção dos direitos fundamentais, que atuam num sistema de coexistência, não havendo qualquer violação ou desrespeito em dar efetividade a um direito constitucional de maior relevância e importância em detrimento a outro de menor peso no caso concreto. (BADARÓ, 2017, p. 97). A aplicação do princípio da proporcionalidade permite que os princípios coexistam, sem que sejam eliminados; diferentemente das regras, que obedecem à lógica do tudo ou nada. (QUEIJO, 2012, p. 91-92).

Dessa forma, o aplicador do direito, diante da hipótese de uma posição jusfundamental definitiva de não colaboração a uma determinada diligência persecutória, deverá verificar, primeiramente, se a consequência jurídica buscada faz parte do direito *prima facie*, bem como se existe alguma norma que possibilite sua afetação. Por fim, através da proporcionalidade e baseado nas razões e contrarrazões apresentadas no caso concreto, verificar a imposição ou não da proibição do Estado nela intervir. (TROIS NETO, 2011, p. 135-136).

---

restrição aos direitos fundamentais, ou seja, se as vantagens produzidas superam as desvantagens decorrentes de sua utilização. (BADARÓ, 2017, p. 90-96).

## 6 AS HIPÓTESES DE IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E FORMAÇÃO DA PROVA

Atualmente, as provas genéticas desempenham papel fundamental no procedimento investigatório, sendo decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito. Entretanto, sua eficácia está condicionada, em muitos casos, a uma comparação entre o material genético encontrado no local do crime e aquele a ser proporcionado pelo acusado. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Não existe qualquer óbice quanto à coleta de amostras de sangue, cabelos, pelos ou outras células corporais que se encontram no próprio local dos fatos, nas vestes da vítima ou em outros objetos ali dispensados. (MEDEIROS, 2009, p. 83). Caso a investigação preliminar aponte a necessidade de coletar materiais genéticos nas roupas ou na casa do acusado, deve a autoridade policial representar por mandado de busca e apreensão. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

Dentre as diversas hipóteses para a obtenção do perfil genético, a que apresenta o entendimento mais pacífico na doutrina e na jurisprudência, sem dúvida, refere-se aquela resultante do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, permitindo a intervenção corporal como conteúdo de autodefesa. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.). A intervenção corporal consentida é, em tese, aceita mais amplamente em virtude do acusado ter disponibilidade sobre o seu corpo, não existindo obstáculos para a intervenção corporal, desde que ínfima e sem danos. (RUIZ, 2016, n.p.).

Tal prática é comum nos casos em que o acusado objetiva trazer ao processo provas da sua inocência, fornecendo, assim, seu material biológico. Apesar do consentimento do acusado em fornecer seu material genético, é imperativo que este seja claramente informado a respeito de suas garantias processuais, como a garantia contra autoincriminação, sob pena da prova ser considerada ilícita. (RUIZ, 2016, n.p.).

Outra possibilidade de coleta, diante da dificuldade de obter-se o perfil genético diretamente do acusado ou de uma amostra do DNA desprendida do seu corpo, trata-se da coleta do material genético de uma terceira pessoa, alheia às investigações. Imprescindível, diante do objetivo da coleta, que este terceiro seja parente do acusado, em razão da semelhança hereditária carregada nos genes, a fim de surtir interesse na investigação criminal para a indicação ou não da autoria de determinado delito. Contudo, diante da recusa desse terceiro em realizar a coleta de material genético,

não cabe qualquer imposição de medida coercitiva, mesmo que importe na única medida capaz de esclarecer a autoria do delito. (RUIZ, 2016, n.p.).

## **6.1 A PROVA OBTIDA ATRAVÉS DA COLETA NÃO AUTORIZADA DO PERFIL GENÉTICO DO ACUSADO**

A coleta do DNA do acusado como elemento probatório, através da intervenção corporal, sem o seu consentimento, é, sem dúvida, uma das formas mais controversas de obtenção do perfil genético. O legislador, através da Lei 12.654/12 (BRASIL, 2012), estabeleceu a possibilidade de coleta de material genético sem o consentimento do acusado. (LOPES JÚNIOR, 2016, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no habeas corpus n.º 70061747622, enfrentou esta questão, fundamentando sua decisão no princípio da proporcionalidade. No caso em questão, o paciente, que responde pelo crime de homicídio, requereu a suspensão da eficácia da decisão que determinou sua condução compulsória ao Posto Médico Legal para coleta de material genético, objetivando o posterior confronto com o material coletado junto à vítima. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

O relator Desembargador Jayme Weingartner Neto, no seu voto, argumentou que a identificação criminal através da coleta de material biológico, quando essencial às investigações policiais, pode ser aplicada ao caso, ao menos por analogia. A medida gera tensão entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação, dos direitos ao silêncio, à intimidade, à liberdade e à intangibilidade corporal, e o direito à segurança e o dever de proteção geral do Estado, somados à persecução penal e à tutela jurisdicional adequada. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

De acordo com o relator, nesta hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade, sendo necessário analisar os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No caso em tela, o subprincípio da adequação foi devidamente atendido, sendo a prova pretendida apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva. Contudo, no que tange ao subprincípio da necessidade, devido o réu já ter sido preso cautelarmente, restou claro a existência de outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados, também não foi contemplado, inexistido, para sua aferição, qualquer informação acerca do procedimento a ser utilizado

para coleta do material genético. Portanto, a coleta de material genético do acusado de forma compulsória, apesar de possível, não passou no filtro da proporcionalidade. (BRASIL, TJ-RS, 2014).

Anote-se, entretanto, que existem decisões recentes do próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul posicionando-se pela autorização da coleta compulsória do material genético do acusado. No habeas corpus n.º 70076369479, a defesa alegou que o encaminhamento do paciente ao Instituto Geral de Perícias para coletar DNA, contra sua vontade, com o fim de produção de provas, é flagrantemente inconstitucional, violando o direito ao silêncio. No caso em comento o acusado teve a prisão preventiva decretada pela prática dos delitos, em tese, de estupro e de roubo majorado. (BRASIL, TJ-RS, 2018).

O relator Desembargador Ivan Lemar Bruxel, no seu voto, argumentou que o direito do réu a não se autoincriminar não pode ser tomado de forma absoluta, devendo ser ponderado com outros valores tutelados pelo Estado. A coleta de DNA se apresenta como prova que exige colaboração passiva do paciente, a qual preserva sua integridade física e respeita o primado da dignidade humana, não sendo alcançada pelo *nemo tenetur se detegere*. Na verdade, trata-se da colisão dos direitos fundamentais da integridade física do investigado, através de procedimento minimamente invasivo, e do direito social à persecução penal e à paz social, decorrentes do interesse público na busca da verdade e na garantia da ordem pública. No caso em comento, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, verificou-se que o sacrifício imposto à integridade física é mínimo, enquanto o fundamento autorizador é de extrema relevância social. A ordem foi denegada por maioria dos votos. (BRASIL, TJ-RS, 2018).

A coleta compulsória do perfil genético do acusado, apesar de não estar pacificada na jurisprudência, tem encontrado abrigo em decisões recentes, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Contudo, nas hipóteses em que o acusado negar-se a fornecer material biológico, e a extração obrigatória não estiver prevista em lei, a coleta compulsória resultará em afronta a garantia constitucional da não autoincriminação, e, conseqüentemente, a prova constituída será considerada ilícita. (BECK; RITTER, 2015, p. 335).

## **6.2 A PROVA OBTIDA ATRAVÉS DA COLETA DOS MATERIAIS GENÉTICOS ENCONTRADOS NOS OBJETOS DISPENSADOS OU UTILIZADOS PELO ACUSADO NOS ATOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA**

A obtenção de material genético poderá ocorrer também de forma indireta, quando a autoridade apreende um objeto que fora descartado espontaneamente pelo acusado. Não se trata do material recolhido na cena do crime, mas de DNA obtido, por exemplo, através de uma cusparada ou da saliva encontrada na bituca de um cigarro. Nesta hipótese não há qualquer afronta a autoincriminação ou a presunção de inocência, podendo estas evidências, se comparadas aos materiais genéticos encontrados no local do crime, configurar uma prova relevante no convencimento judicial. (MEDEIROS, 2009, p. 81-82).

Da mesma forma tem posicionado-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No julgamento do recurso de apelação n.º 70071800981, interposto pelo Ministério Público, que requereu a anulação da sentença absolutória do juízo *a quo* e a condenação do réu pelo crime de latrocínio, os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado acordaram, à unanimidade, que, no caso concreto, não houve qualquer ato que pudesse implicar na afetação dos direitos intransponíveis do acusado. A discussão, no mérito, tratava-se do exame pericial realizado em duas baganas de cigarro descartadas pelo acusado no interior da Delegacia, que permitiram a confrontação do material genético com o tecido sanguíneo que corresponde a achado pericial oriundo da porta de entrada da residência da vítima. A defesa sustentou a nulidade do laudo pericial sob o argumento da ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*. (BRASIL, TJ-RS, 2017).

O relator Desembargador Sandro Luz Portal, no seu voto, destacou que o caso não envolve, em último exame, o direito de um indivíduo não produzir prova contra si. A coleta de material genético sem qualquer intervenção corporal e realizada em objetos encontrados no ambiente, como em chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e de refrigerantes, que contenham resquícios de saliva, não representa ato invasivo à integridade da pessoa, sendo a recusa do acusado irrelevante para a constituição da prova penal. Ressaltou, ainda, que o próprio acusado decidiu fumar e atirar as baganas fora, gesto este que não lhe foi ordenado. (BRASIL, TJ-RS, 2017).

O Desembargador destacou que nenhum princípio é absoluto, o que acarretaria ao sistema processual penal brasileiro a impossibilidade de

qualquer perspectiva adequada e concreta de apuração da autoria em delitos de qualquer natureza, salvo se o fato criminoso tiver sido filmado. Por fim, conclui que a garantia de não produzir prova contra si mesmo não pode ser interpretada sem a imposição de qualquer limite no ordenamento jurídico, servindo como fator de violação real ou potencial de toda uma série paralela de outros direitos fundamentais. (BRASIL, TJ-RS, 2017).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado não necessita de autorização judicial. A prova que por ventura vier a ser constituída, após ser comparada com as amostras questionáveis do local do crime, será considerada válida, não resultando na afronta dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo, nem mesmo na invasão da esfera da intimidade ou da vida privada do acusado. (RUIZ, 2016, n.p.).

A polícia judiciária, em alguns casos, para evitar a coleta coercitiva de material genético do acusado, utiliza-se de algumas estratégias, como por exemplo, arrecadar um cigarro ou um copo com água utilizado pelo acusado que está sendo interrogado. Tal iniciativa visa obter seu material genético através da saliva, a fim de ser analisado posteriormente pelos peritos forenses.

Na apelação criminal n.º 1.0024.13.047987-6/001, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a defesa interpôs recurso em face da decisão que declarou válida a prova pericial produzida nos autos da ação penal que apura os crimes de extorsão, estupro, homicídio e ocultação de cadáver. No caso em comento, o réu, que estava preso, teve material genético colhido no copo e na colher utilizados por ele após a refeição no presídio. De acordo com a defesa, a admissão da referida prova viola os princípios da ampla defesa e da dignidade do réu. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

O relator Desembargador Eduardo Brum, que foi voto vencido no acórdão, concordou com a tese defensiva de violação do princípio da ampla defesa, configurado diante da deslealdade do aparato de persecução penal contra a esfera individual de liberdade. Segundo o Desembargador, o fato do réu estar custodiado em estabelecimento prisional e ser obrigado a utilizar copos e talhares para se alimentar e saciar sua sede afronta a paridade de armas, não existindo razoabilidade na admissão da prova. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

Contudo, os Desembargadores Júlio Cezar Guttierres e Feital Leite, opuseram divergência ao voto do relator, sob o argumento que as provas obtidas por exames periciais não invasivos prescindem de auto-



rização do acusado. Ademais, a garantia contra a autoincriminação e a inviolabilidade da intimidade não pode ser tomados de forma absoluta, comportando relativização quando ponderados com outros valores tutelados pelo Direito. No caso, o direito à intimidade e à liberdade do apelante é substancialmente inferior à gravidade do fato e ao abalo causado à segurança pública e ao poder-dever do Estado de realizar a justiça penal. (BRASIL, TJ-MG, 2013).

Isso não significa, porém, que o Estado está autorizado a ludibriar o acusado. É necessário analisar se a obtenção do perfil genético, durante os atos de polícia judiciária, foi precedida de algum comportamento ardid dos agentes públicos. A coleta de material biológico de um cigarro utilizado e dispensado tão somente por iniciativa do acusado, pode, no caso concreto, atender as exigências dos subprincípios da proporcionalidade. Esta situação assemelha-se a hipótese da coleta de materiais genéticos dispensados ou descartados pelo acusado, que prescinde de autorização judicial e não afronta à esfera da intimidade ou à garantia contra autoincriminação. (RUIZ, 2016, n.p.).

Em contrapartida, a conduta ativa da autoridade ao oferecer qualquer objeto para o acusado, ou obrigá-lo a utilizá-lo, de forma premeditada, com o fim específico de obter o seu perfil genético, importa na ilicitude da prova. O resultado desta coleta de material biológico, mesmo sem expressa vedação legal, configura violação aos direitos do acusado, sendo dever do Estado adverti-lo quanto ao alcance das suas garantias, em especial, a não autoincriminação. (PACELLI, 2014, p. 345). O princípio da proporcionalidade, nesta hipótese fática, não pode ser aplicado. A estratégia de enganar o acusado quanto ao objetivo da realização de determinado ato da polícia judiciária, evidentemente, não atende ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como está em desacordo com o devido processo legal. (RUIZ, 2016, n.p.).

As amostras de saliva, sangue, urina, cabelo ou outros tecidos orgânicos coletados em objetos descartados pelo investigado, de acordo com a doutrina e jurisprudência, não encontra qualquer óbice quanto a sua utilização como prova no processo penal. A dissonância no entendimento ocorre nas hipóteses em que o acusado for obrigado ou induzido a utilizar os objetos que contenham seu perfil genético, principalmente, no que tange a violação do direito a ampla defesa e a garantia contra a autoincriminação. (BECK; RITTER, 2015, p. 335).

### **6.3 A PROVA OBTIDA ATRAVÉS DOS PERFIS INCLUÍDOS NO BANCO DE DADOS GENÉTICO - CODIS**

A tipagem do DNA, normalmente utilizada para comparações entre os perfis genéticos dos acusados e as amostras coletadas no local do crime, pode também ser utilizada nas investigações que não possuem suspeitos. Após coletados, os dados passam a integrar, de forma sigilosa, o banco nacional de perfis genéticos; permitindo, assim, que a autoridade solicite a comparação de amostras de materiais biológicos com todos os perfis contidos no banco de dados. (MEDEIROS, 2009, p. 53).

Anote-se, que tal situação é análoga à das impressões digitais latentes, em especial, após o desenvolvimento do AFIS – Sistemas Automatizados de Identificação por Impressões Digitais. Atualmente, os peritos forenses podem colocar um padrão não identificado de uma impressão digital latente no sistema e compará-la, rapidamente, com todos os padrões contidos no banco de dados. Para ambos os casos impõe-se sigilo e segurança das informações armazenadas. (MEDEIROS, 2009, p. 53).

Nesse contexto, uma das discussões que se faz pertinente refere-se à existência ou não de limites jurídicos quanto ao armazenamento de perfis genéticos em banco de dados para à resolução de crimes futuros, a partir da comparação do DNA encontrado no local de um crime. (RUIZ, 2016, n.p.). O cadastro genético nacional dos condenados de forma obrigatória, e dos acusados quando a identificação criminal for essencial às investigações, acaba por etiquetá-los, levando a polícia judiciária a direcionar o direito penal primeiramente, na direção destas pessoas; visando, dessa forma, solucionar casos sem indícios suficientes para iniciar uma investigação. (GUEDES; FELIX, 2014, p. 164).

O Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 973.837, reconheceu a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do artigo 9-A da Lei 7.210/84, introduzida pela Lei n.º 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes específicos. No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar. O relator Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, argumentou ser favorável ao reconhecimento da repercussão geral, em razão da ausência

de previsão quanto à eliminação dos perfis genéticos coletados como consequência da condenação. (BRASIL, STF, 2016).

Por sua vez, no julgamento do habeas corpus n.º 407627-MG, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, impetrado pela defesa para impedir a coleta compulsória do DNA do apenado, que foi deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, após interposição do agravo em execução pelo Ministério Público, não reconheceu qualquer ilegalidade no ato. O relator Ministro Felix Fischer, em decisão monocrática, destacou que não desconhece a repercussão geral do recurso extraordinário n.º 973.837, que ainda não teve o mérito julgado; entretanto, não há ordem de suspensão de processos que versam sobre o tema, inexistindo qualquer óbice à aplicação do artigo 9-A da Lei 7.210/84. (BRASIL, STJ, 2018).

Com efeito, o Ministro concluiu que o material biológico que se busca colher com o exame de DNA não tem por finalidade a produção de prova, mas a composição de banco de dados; uma vez que a condenação do apenado fundamentou-se em elementos concretos de autoria e materialidade, cuja sentença já transitou em julgado. Ao final do seu voto, concluiu que, no caso, não há como acolher a tese de que a coleta de material genético configuraria ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação. (BRASIL, STJ, 2018).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005, decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade do artigo 9-A da Lei 7.210/84. O Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, relator para o acórdão, fundamentou a decisão sob o argumento que a coleta de DNA representa grande avanço científico e consequente segurança na identificação das pessoas, não comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado. (BRASIL, TJ-MG, 2017).

No que tange a inclusão de perfis genéticos dos investigados no banco de dados, com o objetivo de identificar a autoria de outros delitos, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do habeas corpus n.º 5035657-07.2016.4.04.0000, posicionou-se, à unanimidade, de forma favorável. A defesa impetrou remédio constitucional para evitar a inclusão do DNA do paciente no banco de dados, sob a alegação da inconstitucionalidade da Lei 12.654/12, devido à afronta aos princípios e garantias fun-

damentais, em especial, ao direito do réu de não produzir prova contra si mesmo e à presunção de inocência. (BRASIL, TRF-4ª Região, 2016).

O relator Desembargador Leandro Paulsen, no seu voto, ressaltou que o legislador já ponderou, na lei atacada, as situações suficientemente graves e aptas a ensejar a restrição à incolumidade corporal e à intimidade. É cediço que a coleta do material genético é essencial para a investigação criminal, para verificar ou para afastar a autoria dos delitos, em tese, praticados pelo paciente. A inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12, alegada pela defesa, não foi, até o momento, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, que tão somente reconheceu a repercussão geral do assunto. Ademais, a Turma já se manifestou pela constitucionalidade da identificação genética, quando do julgamento do habeas corpus n.º 5029013-19.2014.000. (BRASIL, TRF-4ª Região, 2016).

É inegável que o objetivo principal da existência de um banco de dados genéticos justamente é permitir o armazenamento de amostras de DNA para futura comparação com os materiais genéticos encontrados em local de crime. Contudo, é clara a divergência doutrinária e jurisprudencial em relação ao fato do banco de dados disponibilizar os perfis genéticos oriundos do passado judicial dos condenados e dos investigados como a primeira hipótese de autoria dos crimes ocorridos posteriormente, independente da existência de indícios de autoria ou materialidade. (RUIZ, 2016, n.p.).

## **7 CONCLUSÃO**

No contexto atual, com o desenvolvimento científico sobre as formas de extração e análise do DNA, as provas genéticas possuem uma posição de destaque na persecução penal. A coleta de perfil genético do acusado e sua comparação com o material biológico encontrado no local do crime pode constituir uma prova robusta na identificação da autoria de determinado delito.

As provas permitem ao juiz, através da atividade recognitiva acerca de um fato passado, escolher, de forma racional e fundamentada, dentre as diversas hipóteses fáticas alegadas pelas partes, aquela que lhe fornece maior grau de convencimento. Entretanto, admitindo-se que o processo penal é um sistema falível, a decisão judicial não representa, necessariamente, a revelação da verdade. Busca-se a construção de uma verdade processual, baseada nos direitos e garantias constitucionais, capaz

de produzir a certeza jurídica necessária para estabilizar a controvérsia objeto da jurisdição penal e de evitar o erro judiciário.

Apesar da matéria não estar pacificada na doutrina e na jurisprudência, tem-se como uma prova lícita, desde que atendido os requisitos legais, a identificação criminal do acusado através da coleta compulsória do seu perfil genético, bem como através da coleta dos materiais genéticos encontrados nos objetos dispensados ou utilizados exclusivamente por iniciativa dele nos atos de polícia judiciária. Para tanto, faz-se necessário à aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso concreto, entre a garantia contra autoincriminação e o direito à segurança e à tutela jurisdicional adequada. O aplicador do direito deve ponderar, no caso concreto, se a coleta pretendida é apta a gerar maior segurança quanto à autoria delitiva (adequação), se existem outros meios menos gravosos de alcançar o objetivo da persecução penal (necessidade), e sopesar o grau de intervenção na esfera íntima do acusado, a gravidade do delito e os resultados alcançados com a coleta compulsória (proporcionalidade em sentido estrito).

O cadastro no banco de dados genético – CODIS somente dos perfis genéticos oriundos do passado judicial dos condenados e dos investigados, com a posterior comparação com os materiais genéticos encontrados em investigações futuras, sem sequer figurarem como suspeitos, acaba por etiquetá-los, criando um problema de seletividade, como se estas fossem as únicas pessoas que pudessem cometer crimes. Nesse contexto, a solução passa por nova alteração normativa, a fim de possibilitar a identificação genética de todos as pessoas, independentemente de ser essencial às investigações ou resultante de uma condenação em determinados crimes.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A Coleta de Perfil Genético no Âmbito da Lei 12.654/2012 e o Direito à Não Autoincriminação: uma necessária análise. **Revista Ajuris**, V. 42, n.º 137, p. 321-341, março 2015. Disponível em: [www.aju-](http://www.aju-)

ris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/387/321. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm). Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n.º 407627-MG (2017/0167688-6). Relator: Félix Fischer. Brasília/DF, julgado em 25/04/2018. Dispo-

nível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=407.627&b=DTX-T&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 973837-MG (Repercussão Geral). Relator: Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 23/06/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28973837%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gplwsch>. Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do MG (Órgão Especial)**. Arguição de Inconstitucionalidade n.º 1.0024.07.521170-6/005. Relator Revisor: Edilson Olímpio Fernandes. Belo Horizonte/MG, julgado em 23/02/2017. Disponível em: [http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=380B64EB2E219F92F21176A137DC3FE5.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.5211706%-2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=380B64EB2E219F92F21176A137DC3FE5.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.5211706%-2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do MG (Quarta Câmara Criminal)**. Apelação Crime n.º 1.0024.13.047987-6/001. Relator Revisor: Júlio César Guttierrez. Belo Horizonte/MG, julgado em 29/05/2013. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115498484/apelacao-criminal-apr-10024130479876001-mg/inteiro-teor-115498543>. Acesso em: 02 mai.2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Oitava Câmara Criminal)**. Apelação Crime n.º 70071800981. Relator: Sandro Luz Portal. Porto Alegre/RS, julgado em 14/06/2017. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70071800981&num\\_processo=70071800981&codEmenta=7319718&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071800981&num_processo=70071800981&codEmenta=7319718&temIntTeor=true). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Primeira Câmara Criminal)**. Habeas Corpus n.º 70061747622. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre/RS, julgado em 22/10/2014. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70061747622&num\\_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061747622&num_processo=70061747622&codEmenta=6001836&temIntTeor=true). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do RS (Sétima Câmara Criminal)**. Habeas Corpus n.º 70076369479. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre/RS, julgado em 08/03/2018. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fone-tica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70076369479&num\\_processo=70076369479&codEmenta=7660009&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076369479&num_processo=70076369479&codEmenta=7660009&temIntTeor=true). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Oitava Turma)**. Habeas Corpus n.º 5035657-07.2016.404.0000. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre/RS, julgado em 31/08/2016. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394032071/habeas-corpus-hc50356570720164040000-5035657-0720164040000/inteiro-teor394032079?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 mai 2022.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e a Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes. A Identificação Genética dos Civilmente Identificáveis como Meio de Prova de Autoria. **Revista Jurídica Cesumar**, Mestrado, v. 14, n.º 2, p. 413-434, jul./dez. 2014. Disponível em: [periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621](http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621). Acesso em: 02 mai. 2022.

COSTA RICA. **Pacto de San Jose da Costa Rica: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.Htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.Htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUEDES, Gabriel Pinto, FELIX, Yuri. A Identificação Genética na Lei n.º 12.654/2012 e os Princípios de Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Criminais**, Ano XII, n.º 53, p. 157-179, abr./jun. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio *nemo tenetur se detegere* no Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 941, p. 145-176, março / 2014.

MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUIZ, Thiago. **A Prova Genética no Processo Penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



# A OCORRÊNCIA DE ERROS JUDICIAIS A PARTIR DA FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS: UMA ANÁLISE DO ART. 226 DO CPP

**Bárbara Barbieri Erig**

Mestranda e bolsista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito fundamental à segurança e direito de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal”. Advogada. E-mail de contato: [babi.erig@icloud.com](mailto:babi.erig@icloud.com).

**Resumo:** A ocorrência de erros judiciais é cada vez mais visível no ordenamento jurídico, tanto brasileiro quanto nos demais países. Em virtude disso, a presente pesquisa se propõe questionar como o descumprimento do procedimento de reconhecimento pessoal e fotográfico, previsto no art. 226 do CPP, pode acarretar prejuízos para o sistema judiciário. Para tanto, serão abordados tópicos como a importância do respeito ao devido processo legal, análise do art. 226 do CPP no que tange ao seu conteúdo e sua interpretação jurisprudencial e, ao final, será verificada a ocorrência de erros judiciais a partir da inobservância dos requisitos mencionados no dispositivo supra. Quanto a metodologia, será utilizado o método hipotético-dedutiva, sendo a pesquisa de natureza aplicada. Ademais, será efetuada análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, jurisprudencial, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais.

**Palavras-chaves:** devido processo legal; reconhecimento pessoal; erros judiciais.

## **1 INTRODUÇÃO**

O tema de erros judiciais está cada vez mais em pauta não só no meio acadêmico e jurídico, mas também no meio social. Isso porque corriqueiramente são noticiados casos, através das mídias tradicionais ou digitais, a respeito da má realização de procedimentos investigatórios e as consequentes prisões equivocadas que isto acarreta.

Em virtude disso, em razão da relevância social que isto proporciona, o presente artigo se dispõe a analisar um dos inúmeros âmbitos ensejadores destes erros judiciais, qual seja, o reconhecimento pessoal ou fotográfico previsto no Código de Processo Penal, em seu art. 226.

Nesta senda, no que tange ao problema de pesquisa, questiona-se “de que forma o descumprimento do procedimento de reconhecimento pessoal e fotográfico, previsto no art. 226 do CPP, pode acarretar prejuízos para o sistema judiciário?”.

Para responder o referido questionamento, serão abordados tópicos como a importância do respeito ao devido processo legal, análise do art. 226 do CPP no que tange ao seu conteúdo e sua interpretação jurisprudencial e, ao final, será verificada a ocorrência de erros judiciais a partir da inobservância dos requisitos mencionados no dispositivo supra.

Destarte, no que tange ao método de pesquisa, será utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, sendo a pesquisa de natureza aplicada. Ademais, será efetuada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, jurisprudencial, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais.

## **2 A IMPORTÂNCIA DO RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

De acordo com a doutrina positivista, pode-se dizer que o princípio do devido processo legal teve sua origem na Magna Carta das Liberdades Inglesas, ratificada no ano de 1215 pelo Rei João. O capítulo 39 do referido documento, mais precisamente em sua atualização realizada no ano de 1225, apresentou a primeira referência ao que se entende hoje por princípio do devido processo legal (FERREIRA, 2013). O referido capítulo previa que:

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing

in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land (BRITISH LIBRARY, 1215).<sup>1</sup>

Ou seja, dispunha que nenhum homem seria detido ou privado de seus bens senão mediante um julgamento legal a ser realizado pelos seus pares, ou através da lei da terra. Ainda, o capítulo posterior, qual seja, número 40, trouxe que o Estado não venderia, negaria ou retardaria o direito e a justiça aos seus cidadãos (BRITISH LIBRARY, 1215).

Esta previsão legal, conhecida na época como “lei da terra”, teve seu conteúdo irradiado não só aos países da Europa, mas também alcançou o ordenamento jurídico norte-americano. Nesta senda, a cláusula do devido processo legal foi inscrita na Quinta Emenda da *Bill of Rights*, em 1791, em que havia expressa previsão de que ninguém poderia ser privado da vida, liberdade ou bens sem que fosse submetido ao devido processo legal. Ainda, a referida emenda previa que a propriedade não poderia ser expropriada para uso público sem que houvesse justa indenização (UNITED STATE, 1787).

*A posteriori*, no ano de 1866, sobreveio a Emenda Quatorze, a qual assegurou aos cidadãos, em face dos Estados, a mesma garantia, nos seguintes termos:

Amendment XIV, Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws <sup>2</sup>(UNITED STATE, 1787).

- 
- 1 Tradução livre: “Nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado de seus direitos ou posses, ou posto fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem procederemos com força contra ele, ou enviaremos outros para fazê-lo, exceto por julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra.
  - 2 Tradução livre: “Emenda XIV, Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.”

Cita-se que tal princípio é considerado como patrimônio imanente do Estado de Direito, tendo sido adotado pelas Constituições de vários países e em inúmeros tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), Pactos Internacionais dos Direitos Civis e dos Povos (1966), dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Convenções Americana de Direitos Humanos (1969), Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989), sobre Direitos das Crianças (1989), e Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) (FERREIRA, 2013).

O Brasil, além de ser signatário de diversos destes tratados, também prevê expressamente o princípio do devido processo legal em sua Constituição Federal de 1988, através do art. 5º, inciso LIV, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Outrossim, seu conteúdo é utilizado como base para diversas outras garantias asseguradas na Constituição Federal, tais como o contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV); a igualdade processual (art. 5º, inc. I); a impossibilidade de utilizar provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI); o juiz competente (art. 5º, inc. XXXVII e LIII) (BRASIL, 1988), dentre outras.

Nesta senda, faz-se de suma importância referir que o princípio do devido processo legal pode ser definido como o conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, mas que, ao mesmo tempo, também são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição (CINTRA, 2001).

Outrossim, de acordo com Reis ([20--]), entende-se que o princípio do devido processo legal está intrinsecamente relacionado ao direito à ampla defesa e, portanto, para que haja o respeito ao princípio supracitado, além de todas haver a necessidade de respeito às formalidades, também deve-se permitir a ampla defesa com a correspondente produção de provas e submissão ao contraditório.

Ressalta-se, ainda, que a doutrina entende que o princípio do devido processo legal pode ser dividido em dois prismas, um material e um processual. Enquanto aspecto material, entende-se que o referido princípio é um garantidor de direitos, em que se busca proteger as pessoas contra normas opressivas, podendo ser extraído de seus fundamentos os

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, imperando na elaboração e na aplicação da lei mais justa (SEIXAS, 2014).

Sob o ponto de vista processual, no entanto, é aquele que possibilita o efetivo acesso à justiça pela parte, pois visa possibilitar os mais amplos meios de deduzir a pretensão ou defesa. Tem como objetivo, portanto, verificar se os procedimentos empregados por aqueles responsáveis na aplicação da lei, ou regulamento, estão sendo devidamente respeitados, bem como garantir às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa (SEIXAS, 2014).

Em síntese, dispôs o Ministro Carlos Velloso, na liminar proferida na ADIn n. 1.511-7-DF11 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que a diferença entre os dois aspectos é a seguinte:

Due process of law, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa (BRASIL, 1996).

Embora seja inequívoco que as leis devem ser elaboradas a partir de uma noção de justiça, razoabilidade e racionalidade, a presente pesquisa não foca no âmbito substancial ou material, mas sim no âmbito do devido processo legal processual. Isso porque se pretende demonstrar que o não cumprimento de determinados procedimentos e do respeito ao direito de defesa acarreta violação de diversos outros direitos basilares dos cidadãos e, inclusive, pode levar a prisões errôneas.

### **3 ANÁLISE DO ART. 226 DO CPP**

O reconhecimento pessoal trata-se de um procedimento formal e solene, que visa auxiliar na busca da verdade real durante a investigação ou instrução processual penal, no sentido de reconhecer pessoas, quais sejam possíveis autores ou partícipes do crime. E, em virtude disto, o reconhecimento é considerado como um meio de prova.

O reconhecimento de pessoa ou coisa é um meio de prova no qual alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas ou coisas semelhantes às descritas. Trata-se de ato eminentemente formal, para cuja validade é rigorosamente necessária a observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP (BADARÓ, 2020).

Para tanto, conforme mencionado supra por Badaró, o Código de Processo Penal traz em seu art. 226 os requisitos necessários para que seja realizado o referido procedimento de reconhecimento pessoal, nos seguintes termos:

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

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

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

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

**Parágrafo único.** O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento (BRASIL, 1941).

Conforme se pode verificar no inciso I, a pessoa que será submetida ao procedimento de reconhecimento deve, primeiramente, realizar uma descrição a respeito da pessoa que deve ser reconhecida. Após a colheita das informações pela autoridade competente, serão juntadas, se possível, pessoas com características semelhantes às indicadas, a fim de que a pessoa responsável pelo reconhecimento possa indicar o responsável (inciso II).

Cita-se, ainda, que os incisos III e IV tratam a respeito da segurança da prova obtida através do reconhecimento pessoal. Isto é, caso haja receio por parte do indivíduo que está participando do reconhecimento, os supostos reconhecidos não poderão vê-lo. Ainda, deverá ser lavrado



auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, com confirmação da pessoa reconhecedora e de duas testemunhas.

Em virtude do procedimento de produção desta prova estar estritamente definido em lei, bem como partindo do pressuposto de que em matéria penal a forma é uma garantia às partes, Lopes Júnior (2016) esclarece que se pode atestar que não há espaços para informalidades judiciais no ponto.

No entanto, a jurisprudência tanto dos tribunais estaduais, quanto do Superior Tribunal de Justiça, sempre foi no sentido de que a não observância dos procedimentos previstos no art. 226 do CPP não ensejaria a invalidação do ato de reconhecimento, em virtude de se tratar de mera sugestão do legislador.

Inclusive, destaca-se que prática realizada em inúmeras delegacias de polícia referente ao reconhecimento fotográfico, em que há a apresentação de fotos de suspeitos às vítimas, estas também vinham sendo consideradas como um ato legítimo, principalmente quando ratificado em juízo. Isto é, quando em audiência o magistrado apresenta o réu à vítima e solicita que confirme se é, ou não, o autor dos fatos criminosos denunciados (MPPR, 2020).

A título exemplificativo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça neste sentido de convalidação dos atos que desrespeitaram os requisitos do art. 226 do CPP:

[...] 6. Desse modo, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, **ainda que o reconhecimento do Réu na fase policial não tenha observado as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal, se for posteriormente ratificado pelas vítimas no curso da instrução judicial, não há falar em absolvição do Réu em decorrência da suscitada nulidade do procedimento, sendo plenamente válido para comprovar a autoria delitiva, especialmente quando aliado às demais provas constantes dos autos, como na hipótese em epígrafe.** 7. Cumprir ressaltar, ainda, que “[a]s disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal se consubstanciam em recomendações legais, e não em exigências, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei [...]” (STF, 2020) (grifo nosso).

[...] 2. **A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que “a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de**

**exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova** (AgRg no AREsp n. 837.171/MA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 20/4/2016), como ocorreu na hipótese dos autos. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, 2020) (grifo nosso).

Todavia, a doutrina, além de determinados magistrados, se sobrepôs a este entendimento firmado, em virtude dos inúmeros equívocos que a flexibilização do procedimento pode causar. Nesta senda, cita-se ao fenômeno reconhecido na psicologia como “falsas memórias”, em que a vítima, em virtude do momento traumático sofrido, pode vir a adquirir memórias que não condizem com a realidade. Ainda, tais memórias podem ser potencializadas em virtude da forma sugestiva como as perguntas são realizadas no momento do reconhecimento, ou até mesmo através de notícias veiculadas através das mídias sociais (LOPES JÚNIOR, 2017).

Isto posto, doutrinadores defendem que tanto o reconhecimento pessoal, quanto o reconhecimento fotográfico, são meios precários e com alta possibilidade de falhas. Para Badaró (2020), a principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas e o confronto entre a descrição antecipada feita e os traços físicos da pessoa identificada. Por isso, é necessária a estrita observância do procedimento probatório previsto no artigo 226 do CPP, a fim de que o reconhecimento pessoal possa ser validamente considerado como prova.

Nucci (2016), por sua vez, ao tratar do reconhecimento fotográfico, salienta que a identificação de uma pessoa ou o reconhecimento de uma coisa por intermédio da visualização de uma fotografia pode não espelhar a realidade, dando margem a muitos equívocos e erros. Nada obstante, caso seja essencial a realização deste, é preciso que a autoridade policial ou judicial siga os preceitos do art. 226 do PP, para que o procedimento seja mais confiável. No entanto, para o doutrinador, o reconhecimento fotográfico não pode ser considerado uma prova direta, mas sim um mero indício.

Tal entendimento obteve maior visibilidade e adesão nos últimos anos e, com isto, obteve-se uma mudança jurisprudencial no Tribunal Superior. Isso porque passou-se a adotar o entendimento de que a inobservância de requisitos mínimos do procedimento de reconhecimento pode levar a erros judiciais, conforme se passará a demonstrar no próximo tópico.

#### **4 A OCORRÊNCIA DE ERROS JUDICIAIS A PARTIR DA INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP**

Em contrariedade ao entendimento que estava consolidado, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus nº 598.886/SC, em 18 de dezembro de 2020, entendeu que o procedimento previsto no artigo 226 do Código não se trata de mera recomendação do legislador, mas sim é rito de observância necessária, sob pena de invalidade do ato (BRASIL, 2020).

Nesta senda, restou definido que o reconhecimento pessoal, seja realizado presencialmente ou através de fotografia, na fase do inquérito policial, somente é apto para identificar o réu e delimitar a autoria delitiva quando forem seguidos os requisitos legais e, ainda, quando for corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque adotou-se a posição crítica da psicologia, em que existem falhas e equívocos na memória humana, bem como singularidades no que tange à capacidade de armazenamento de informações. Nesta senda, ao longo do tempo a memória pode se fragmentar e se tornar inacessível para a reconstrução do fato.

Com isto, pode-se referir que o valor probatório do reconhecimento possui alto grau de subjetivismo, que potencializa as falhas e, consequentemente, acarreta erros judiciais, os quais muitas vezes são irreversíveis.

Quanto ao reconhecimento por meio fotográfico o cenário é ainda temerário, visto que é realizado por simples exibição de fotos extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, previamente selecionadas pelas autoridades policiais. Destarte, ainda que se procure seguir os procedimentos do art. 226 do CPP com as devidas adaptações, não se pode preterir o fato de que o caráter estático, a qualidade da foto e a ausência de expressões possam comprometer a idoneidade e a confiabilidade do procedimento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIAIS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO

OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório. 4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato. 5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças. [...] (STF, 2020).

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também se alinhou a este caso paradigmático ao julgar o *Habeas Corpus* nº 652.284, em 03 de maio de 2021. Nesse desiderato, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca votou no sentido de que o reconhecimento fotográfico é uma prova inicial, que deve ser ratificada pelo reconhecimento presencial e, mesmo havendo confirmação em juízo, não pode servir como prova única da autoria do crime (BRASIL, 2021).

Tal mudança jurisprudencial além de estar alinhada com as críticas que já vinham sendo realizadas pela doutrina jurídica e da psicologia, também está de acordo com os dados que vem sendo produzidos no que tange aos erros judiciais causados em virtude do descumprimento dos procedimentos mínimos de reconhecimento.

Nesse sentido, a ONG norte-americana *Innocence Project* apurou que aproximadamente 69% das mais de 375 condenações injustas nos Estados Unidos foram advindas de identificações equivocadas de testemunhas oculares. Tais equívocos restaram demonstrados através de evidências de DNA apuradas após a condenação dos indivíduos, o que, por consequência, acarretou a anulação das decisões (*Innocence Project*, 2022).

Outrossim, outro ponto levantado pela organização é que além de trazer inúmeros prejuízos aos sujeitos que são equivocadamente acusados, as identificações errôneas também prejudicam as investigações desde os estágios iniciais, ao passo que as autoridades policiais se focam em construir um caso contra uma pessoa inocente, enquanto o verdadeiro perpetrador do crime permanece inatingível.

No que tange ao Brasil, especificamente, pode-se citar o caso de Silvio José da Silva Marques, que foi condenado a quase 17 anos de prisão por tentativa de latrocínio ocorrida em 2015 na cidade do Rio de Janeiro. A condenação se baseou exclusivamente em reconhecimento fotográfico pela vítima, de forma ilícita e em desacordo com os procedimentos previstos no art. 226 do CPP (*Innocence Brasil*, 2022).

À vista disso, destaca-se que o acusado foi colocado somente ao lado de mais uma pessoa, embora a lei determine que o acusado seja colocado ao lado de várias pessoas. E, segundo a alegação apresentada pelos advogados, os policiais responsáveis por conduzir a investigação se dirigiram ao hospital em que estava internada a vítima e apresentaram a foto de Silvio informando que ele havia confessado o crime, o que seria uma seria uma indução.

Após 05 anos, 11 meses e 14 dias de cumprimento de pena, membros da *Innocence Project* Brasil conseguiram comprovar nos autos que Silvio, no momento do crime, estava treinando em uma academia situada a mais de 30 quilômetros de distância do local dos fatos, ensejando na sua soltura e absolvição.

Este e mais inúmeros outros casos demonstram a insegurança e a falibilidade que o não seguimento dos procedimentos legais previstos para a realização do reconhecimento pessoal ou fotográfico ocasiona para o judiciário brasileiro.

Para evitar, ou ao menos reduzir a ocorrência destes erros judiciais, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luiz Fux, determinou a instituição de um grupo de trabalho destinado à realização de estudos e à elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário (CNJ, 2021).

Tal grupo de trabalho foi instituído pela Portaria nº 209/2021, de 31 de agosto de 2021, denominado GT Reconhecimento Pessoal, o qual será coordenado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Cruz.

Diante do exposto, pode-se verificar que o descumprimento dos requisitos mínimos do art. 226 do CPP podem acarretar inúmeros prejuízos não só aos indivíduos que terão suas vidas prejudicadas, mas para o próprio ordenamento policial e jurídico que não conseguirão apurar corretamente os crimes cometidos.

## **5 CONCLUSÃO**

Observou-se, com o presente trabalho, que embora o devido processo legal tenha sido previsto, ainda que indiretamente, em 1215 na Inglaterra, seu conteúdo permeia todos os ordenamentos jurídicos e ainda não há de se falar em um conceito único e absoluto.

Nesta senda, no que tange ao Brasil, destaca-se que embora esteja previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, seu sentido base é utilizado para embasar inúmeros outros direitos concedidos constitucionalmente aos cidadãos, tais como o contraditório, a ampla defesa e a igualdade processual.

Destarte, destacou-se que o não cumprimento de determinados procedimentos e do respeito ao direito de defesa acarreta violação de

diversos outros direitos basilares dos cidadãos e, inclusive, pode levar a prisões errôneas.

Em virtude disso, apresentou-se o art. 226 do CPP, que trata do reconhecimento pessoal e fotográfico. Este dispositivo estabelece procedimentos necessários para que o reconhecimento seja realizado, tais como realização prévia de descrição da pessoa acusada pelo indivíduo que o visualizou. Posteriormente, a colocação da pessoa supostamente acusada perante a outras que possuam semelhanças, para que o cidadão reconhecedor possa apontá-la.

Verificou-se, no entanto, que tal procedimento não é cumprido em sua integralidade na prática, visto que na maioria dos casos as pessoas são chamadas nas delegacias policiais para visualizarem álbuns fotográficos contendo pessoas que já foram anteriormente acusadas de algum delito, induzindo as testemunhas de forma ainda que indireta.

Ainda, quando realizado o reconhecimento pessoal, tampouco são observados os procedimentos de chamada prévia para descrição e posterior avaliação do indivíduo acusado perante outros com semelhanças aparentes.

Para o STJ, no entanto, estes requisitos eram considerados como simples indicações realizadas pelo legislador, e não como requisitos obrigatórios a serem seguidos. No entanto, no ano de 2020, houve uma mudança jurisprudencial, que passou a referir que o art. 226 do CPP deve ser seguido em sua integralidade, bem como o reconhecimento deve ser convalidado através de outras provas no âmbito da fase judicial, colhidas sob a égide da ampla defesa e do contraditório.

Tal mudança se deu ao fato de críticas que estavam sendo realizadas principalmente com embasamentos psicológicos. Isso porque restou demonstrado através de pesquisas médicas que a memória pode apresentar falhas em virtude de acontecimentos traumatizantes. Ainda, os seres humanos estão sujeitos às chamadas falsas memórias, em que assumem como verdade situações que sequer ocorreram, com base em lembranças distorcidas.

De mais a mais, apresentou-se que já existem pesquisas no âmbito internacional, através da *Innocence Project*, referindo que as falhas de reconhecimento representam mais da metade das ocorrências de erros judiciais nos Estados Unidos.

No Brasil, por sua vez, a realidade também não é distinta, visto que a jurisprudência do país apresenta inúmeros casos em que as pessoas

foram condenadas basicamente em razão do reconhecimento (pessoal ou fotográfico), mas depois restou demonstrada a inocência destas, como foi o caso apresentado de Silvio José da Silva Marques.

Logo, respondendo ao questionamento realizado inicialmente, pode-se atestar que o descumprimento do procedimento de reconhecimento pessoal e fotográfico, previsto no art. 226 do CPP, acarreta prejuízos para o sistema judiciário na medida em que enseja a prisão de indivíduos inocentes, que nunca conseguirão recuperar amplamente a sua visão perante a sociedade, tampouco os traumas adquiridos com o encarceramento errôneo.

Cita-se, ainda, que há também prejuízos ao sistema judiciário como um todo, embora este não tenha sido o ponto central do presente artigo. Isso porque há o desmantelamento das garantias judiciais, não há confiabilidade nas instituições que deveriam assegurar os direitos dos indivíduos acusados, tampouco há eficácia nos procedimentos investigatórios, e conseqüentemente nas decisões, visto que lastreados em provas consideradas como inválidas.

Logo, é preciso que haja o respeito integral dos preceitos contidos no art. 226 do CPP para que haja a redução da margem de erro dos erros judiciais ocasionados tanto pela falha humana, bem como pela falha procedimental.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. STJ. **AgRg no HC 608.756/SP**, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 06/10/2020, DJe 19/10/2020.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp 1623978/MG**, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

BRASIL. STJ. **HC nº 598.886/SC**, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, data de julgamento: 27/10/2020, T6 - Sexta Turma, data de publicação: DJe 18/12/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206308161/habeas-corporus-hc-598886-sc-2020-0179682-3/inteiro-teor-1206308173>.



BRASIL.STJ.HCnº652.284/SC,Relator:MinistroReynaldoSoaresdaFonseca,data de julgamento:16/03/2021,T5–QuintaTurma.Disponível em:<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisa-Generica&termo=HC%20652284>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1511. Brasília, DF, 16 de outubro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701223/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1511-df/inteiro-teor-103093553>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRITISH LIBRARY. **Magna Carta 1215**. Disponível em: <https://www.bl.uk/learning/timeline/item95692.html>. Acesso em: 02 maio 2022.

CNJ. **Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021**. Institui Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Prt\\_209\\_2021\\_CNJ.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Prt_209_2021_CNJ.pdf). Acesso em: 07 maio 2022.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. Anotações sobre o devido processo legal: da Magna Carta a Constituição de 1988. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa: RIDB, Ano 2 (2013), nº 8, 7601-7626. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

INNOCENCE BRASIL. **Nossos casos**. 2022. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/nossos-casos>. Acesso em: 07 maio 2022.

INNOCENCE PROJECT. **Eyewitness identification reform**. 2022. Disponível em: <https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>. Acesso em: 07 maio 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Jus, 2016.

MPPR. **Estudo de caso: o reconhecimento de pessoas e a observância ao procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal**. Curitiba: MPPR, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

REIS, Whith Martins dos. **O princípio do devido processo legal no âmbito da Constituição Brasileira**. [20--]. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30944.pdf>. Acesso em: 06 maio 2022.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. A importância do princípio constitucional do devido processo legal para o efetivo acesso à justiça no Brasil. **Caderno do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**. Porto Alegre: UFRGS, 2014, vol. 9, nº1. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/2413>. Acesso em: 04 maio 2022.

UNITED STATES. **Constitution of United States**. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 03 maio 2022.

# A VISÃO DOS TRIBUNAIS QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO EX OFFICIO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL

**Júlio César Craveiro Devechi**

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania no PPGD do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP/PR) e em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (IDRFB/PR). Integrante do Grupo de Pesquisa “As Transformações do Direito Público Contemporâneo e seus Reflexos na Atividade Empresarial” no PPGD do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Analista Judiciário na Justiça Federal do Paraná (JFPR). E-mail: jcdevechi@gmail.com.

**Resumo:** O artigo buscará demonstrar a medida em que a supressão da expressão “de ofício”, realizada pela Lei nº 13.964/2019 no § 2º do artigo 282 e no *caput* do artigo 311 do Código de Processo Penal vem repercutindo na jurisprudência pátria. Além da análise legal e jurisprudencial, será realizada a pesquisa bibliográfica sobre o tema, sem a pretensão de esgotá-lo. O recorte da pesquisa de jurisprudência tomará por base os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. Ao cabo, verificar-se-á que: (i) a principal intenção do legislador pátrio, ao editar a Lei nº 13.964/2019, foi reforçar a estrutura acusatória do processo penal brasileiro; (ii) apesar de a prisão preventiva figurar como a medida cautelar pessoal por excelência, as demais medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP também impõem ao investigado ou acusado importantes restrições a seus direitos e garantias fundamentais; e (iii) a jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça da Região Sul está avançando para interpretar a impossibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva e das demais medidas cautelares pessoais.

**Palavras-chave:** processo penal; medidas cautelares; decretação; de ofício; jurisprudência.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime” ou “Lei Anticrime”, promoveu uma discreta mas importante alteração no § 2º do artigo 282 e no *caput* do artigo 311 do Código de Processo Penal (CPP).

As redações anteriores desses dispositivos estabeleciam que as medidas cautelares diversas da prisão e a prisão preventiva podiam ser decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes e, no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. O “Pacote Anticrime” apenas suprimiu a expressão “de ofício”, impedindo que o magistrado criminal atue sem prévia provocação.

O presente trabalho acadêmico buscará demonstrar a medida em que essa alteração legislativa tem se consolidado na jurisprudência pátria, com enfoque para os Tribunais Superiores e, em âmbito regional, para os Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. Além da análise legal e jurisprudencial, a pesquisa passará pela revisão bibliográfica, sem a pretensão de esgotar o tema.

De partida, será exposta a ideia central das mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no Código de Processo Penal, com especial atenção para o reforço da estrutura processual acusatória, que veda o protagonismo judicial nas fases de investigação e de instrução.

Em seguida, o trabalho indicará que, assim como a prisão preventiva, as demais medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP também implicam restrições importantes à esfera de liberdades individuais da pessoa investigada ou acusada. Nesse ponto, será traçado um paralelo entre os incisos do referido dispositivo legal e as previsões constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Por fim, será abordada a visão dos Tribunais quanto ao tema. Para facilitar a visualização dos resultados da pesquisa jurisprudencial, ela será dividida em dois tópicos: um específico sobre a medida cautelar mais severa (prisão preventiva) e outro sobre as medidas cautelares diversas da prisão.

## 2 O SISTEMA ACUSATÓRIO E AS MEDIDAS CAUTELARES

### 2.1 O REFORÇO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO “PACOTE ANTICRIME”

Dentre as mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no Código de Processo Penal (CPP), o legislador buscou reforçar a ideia de que o sistema acusatório vigora entre nós, algo que a doutrina e a jurisprudência já vinham fazendo por meio da interpretação dos dispositivos do CPP à luz da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

A intenção do legislador restou cristalina desde a leitura do primeiro dispositivo legal objeto de alteração no Código de Processo Penal por meio da referida Lei. Houve a inclusão ao CPP de um artigo 3º-A, que dispõe: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. A despeito dessa alteração legal estar suspensa *sine die* por ordem do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305 (BRASIL, 2020a), não há como negar que o viés acusatório do processo penal foi o mote central da Lei nº 13.964/2019.

Nesse ponto, a doutrina destaca:

(...) com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, pretendeu-se a alteração do princípio gestor de todo o conteúdo do processo penal. Assim, claramente, buscou-se a substituição de quaisquer resquícios do sistema inquisitório pelo acusatório (novo art. 3º-A do CPP). Os papéis do juiz e do Ministério Público foram notadamente revistos (...) (GEBRAN NETO; ARENHART; MARONA, 2021, p. 161).

Segundo o professor Aury Lopes Júnior, com a entrada em vigor do novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal, “não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de ofício violando o *ne procedat iudex ex officio*, ou que produza prova de ofício, pilares do modelo acusatório” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 53).

Em seguida, o mesmo autor ressalta:

A redação do artigo expressamente adota o sistema acusatório e prevê duas situações: 1º) veda a atuação do juiz na fase de investigação, o que é um acerto, proibindo portanto que o juiz atue de

ofício para decretar prisões cautelares, medidas cautelares reais, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, etc; 2º) veda – na fase processual – a substituição pelo juiz da atuação probatória do órgão acusador (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 54).

Guilherme de Souza Nucci comemora a inserção do artigo 3º-A ao Código, anunciando: “finalmente, depois de mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, surge uma lei ordinária, no Código de Processo Penal, para afirmar que o processo penal terá estrutura acusatória” (NUCCI, 2020, p. 37).

Ao tratar da prisão preventiva e para manter a coerência orgânica do modelo acusatório, a Lei nº 13.964/2019 também alterou o artigo 311 do Código de Processo Penal e expressamente suprimiu a possibilidade de o magistrado criminal decretar o encarceramento cautelar de ofício, sem prévia provocação da acusação ou da autoridade policial.

Idêntica alteração se deu no artigo 282, § 2º, do CPP. A partir de agora, a decretação de medidas cautelares diversas da prisão — as quais, como se verá adiante, representam restrições às esferas de liberdade do indivíduo — também dependem de requerimento das partes, do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

Outras manifestações do “Pacote Anticrime”, no sentido de robustecer e privilegiar a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, podem ser visualizadas: (i) no novo instituto do “juiz das garantias” (artigos 3º-A a 3º-F do CPP), cuja atuação se restringe às fases de investigação e de recebimento da denúncia, não podendo atuar nas fases posteriores de instrução e julgamento; e (ii) na nova sistemática de arquivamento do inquérito policial (artigo 28 do CPP), ao não mais prever a intervenção do Poder Judiciário nas etapas de formalização desse procedimento.

Portanto, pode-se afirmar com segurança que a principal pretensão do legislador pátrio, ao editar a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), foi sedimentar o sistema acusatório no âmbito do processo penal brasileiro. Assim, as orientações e diretrizes desse sistema, opostas ao sistema inquisitório, devem permear a leitura e a aplicação prática de todos os institutos previstos no Código de Processo Penal.

## **2.2 AS MEDIDAS CAUTELARES E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O artigo 319 do Código de Processo Penal enumera nove medidas cautelares diversas da prisão. São elas: (i) comparecimento periódico em Juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo magistrado, para informar e justificar atividades; (ii) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (iii) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante; (iv) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (v) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (vi) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (vii) internação provisória do acusado, nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; (viii) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e (ix) monitoração eletrônica.

No Estado Democrático de Direito, a regra é a liberdade plena do indivíduo, sem a imposição de qualquer restrição estatal. Sobre o tema, assim se posiciona a doutrina:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 359).

O artigo 319 do Código de Processo Penal, a despeito de se apresentar como um benefício à pessoa investigada ou acusada — já que a livra da prisão —, indica uma série de imposições restritivas à esfera de liberdades individuais.

O comparecimento periódico em Juízo, para informar e justificar atividades (inciso I), por exemplo, demonstra a vigilância do Estado sobre a vida privada do indivíduo (artigo 5º, inciso X, da CF/1988). As proibições constantes nos incisos II, IV, V e VII são evidentes representações de restrição do direito de livre locomoção pelo território nacional (artigo 5º, inciso XV, da CF/1988).

A proibição de manter contato com determinada pessoa (inciso III) revela a intenção do aparato estatal em limitar o direito de reunião assegurado no inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal. A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (inciso VI) mitiga o livre exercício profissional garantido no artigo 5º, inciso XIII, da Carta Magna.

A fiança, por sua vez, limita o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, da CF/1988). A monitoração eletrônica (inciso IX), amplamente difundida com a utilização de “tornozeleiras”, permite ao Estado acompanhar todos os passos do investigado ou acusado, em tempo real, figurando como um mecanismo relevante de delimitação dos direitos de livre locomoção e de intimidade da pessoa monitorada.

Assim, apesar de a prisão preventiva figurar como o mecanismo cautelar extremo por excelência, não há dúvidas de que as demais medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal restringem direitos fundamentais da pessoa investigada ou acusada. Essa ideia já foi objeto de manifestação jurisprudencial, pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 708.434/SP: “A prisão preventiva é espécie do gênero cautelares e, como toda restrição a direitos fundamentais, deve observar o princípio da proporcionalidade” (BRASIL, 2022b).

## **2.3 A VISÃO DOS TRIBUNAIS**

### **2.3.1 PRISÃO PREVENTIVA**

Nas Cortes de Justiça brasileiras, após o advento das alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, tem sido recorrente a manifestação do entendimento pela vedação da possibi-



lidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva, ainda que decorrente da conversão da prisão em flagrante.

Essa constatação deriva da submissão da pesquisa jurisprudencial, por amostragem, a um recorte geográfico nos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul e nos Tribunais Superiores, bem como a um recorte temporal, a partir de janeiro de 2020 — momento da entrada em vigor do assim denominado “Pacote Anticrime” —, e à indicação dos seguintes termos de consulta: “prisão”, “preventiva”, “decretação” e “de ofício”.

No Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), em 07 de abril de 2022, a Quinta Câmara Criminal afirmou a inviabilidade da decretação de ofício da prisão preventiva, sem pedido do órgão acusatório ou de representação da autoridade policial, mormente depois da nova redação conferida ao artigo 311 do CPP pela Lei nº 13.964/2019 (PARANÁ, 2022b).

O mesmo já havia ocorrido em 03 de agosto de 2021 no julgamento do *Habeas Corpus* nº 0035635-89.2021.8.16.0000 pela Terceira Câmara Criminal do colegiado paranaense:

(...) Manifestação do Ministério Público pela concessão de liberdade provisória ao paciente com a aplicação de medidas cautelares – Decisão do Juízo que decretou a prisão preventiva do paciente que viola a não possibilidade de decretação da custódia cautelar de ofício - Reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) que veda, expressamente, a possibilidade de decretação de prisão de ofício pelo magistrado – Necessidade de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público – Precedentes do STJ – Constrangimento ilegal verificado – Ordem conhecida e parcialmente concedida para o fim de revogar a prisão preventiva e aplicar as medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal (PARANÁ, 2021).

Em Santa Catarina, assim decidiu a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (TJSC), por unanimidade de votos:

Se o Juiz indefere representação por prisão preventiva formulada pela Autoridade Policial ou deixa de converter prisão em flagrante em preventiva, é vedado que o magistrado, sob o pretexto de corrigir erro material na primeira decisão, reconsidere-a e decrete a custódia cautelar do investigado, uma vez que não se admite

a retificação *ex officio* de inexatidão material em prejuízo do réu (SANTA CATARINA, 2021).

A Quarta Câmara Criminal do TJSC também destacou o viés acusatório da mudança legislativa promovida pelo “Pacote Anticrime”:

O Pacote Anticrime conferiu nova redação ao art. 311 do Código de Processo Penal, de modo a suprimir a expressão “de ofício” e, assim, a possibilidade de o julgador, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, decretar a prisão preventiva sem requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, ajustando o tratamento da matéria ao modelo acusatório conferido ao sistema penal brasileiro, caracterizado pela separação das atividades desempenhadas pelo atores processuais, pela inércia da jurisdição e imparcialidade do julgador (SANTA CATARINA, 2020).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), a Primeira Câmara Criminal manifestou-se, por maioria de votos, em sentido diverso. Para parte do colegiado, a nova regra esculpida no artigo 311 do Código de Processo Penal não se aplica à hipótese de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva:

(...) “A decisão que homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva não padece de ilegalidade por ter sido decretada de ofício, como quer fazer crer a Defesa. Não se trata da hipótese prevista no art. 311 do CPP. No caso de apreciação de prisão em flagrante, o magistrado prescinde de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial para decretar a prisão preventiva, sendo um dos caminhos apontados pelo art. 310 do CPP”. Liminar revogada. Ordem denegada, por maioria. Na origem, expeça-se mandado de prisão (RIO GRANDE DO SUL, 2022a).

Em contrapartida, a Terceira Câmara Criminal da mesma Corte acentuou que a ausência de requerimento pela prisão preventiva, com sua decretação de ofício, vai de encontro à nova normativa introduzida no Código de Processo Penal nos artigos 282, §2º, e 311 pela Lei nº 13.964/2019, ainda que no contexto da conversão da prisão em flagrante (RIO GRANDE DO SUL, 2022c).

Também para a Terceira Câmara Criminal, contudo, a formalização posterior desse requerimento seria capaz de suplantar a ilegalidade da prisão cautelar decretada sem provocação (RIO GRANDE DO SUL, 2022b).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), nas edições nº 184 e nº 185 da ferramenta “Jurisprudência em Teses”, publicadas, respectivamente, em janeiro e em fevereiro de 2022, destacou: (i) não é possível a decretação da prisão preventiva de ofício em face do que dispõe a Lei nº 13.964/2019, mesmo se decorrente da conversão da prisão em flagrante (BRASIL, 2022c); (ii) a posterior manifestação do órgão ministerial ou da autoridade policial, pela conversão ou decretação da prisão cautelar, é capaz de suprir o vício de inobservância formal do prévio requerimento para a prisão preventiva decretada de ofício (BRASIL, 2022c); e (iii) antes da entrada em vigor do “Pacote Anticrime”, não era ilegal a decretação da prisão preventiva de ofício, ainda que decorrente da conversão da prisão em flagrante, pois as normas de natureza processual sujeitam-se ao princípio *tempus regit actum* e não retroagem para atingir atos praticados antes da sua vigência (BRASIL, 2022d).

Sem embargo das aparentes contradições no entendimento da Corte Superior com o sistema acusatório puro — em especial (i) ao admitir uma espécie de posterior convalidação, pelos órgãos de persecução penal, da decisão judicial que decreta a prisão preventiva de ofício; e (ii) ao estabelecer, a despeito das orientações vigentes desde a ordem constitucional de 1988, a ausência de ilegalidade na decretação do encarceramento cautelar de ofício antes das alterações realizadas no CPP —, observa-se que a Lei nº 13.964/2019 impôs um amadurecimento aos precedentes jurisprudenciais no tocante à matéria.

### **2.3.2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO**

Ao contrário do visualizado no item anterior — vinculado à impossibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva —, não é tão comum encontrar o mesmo amadurecimento jurisprudencial em relação às medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. Ao se lançar os termos “medidas”, “cautelares”, “diversas”, “prisão” e “de ofício” e refinar a consulta a partir de janeiro de 2020, os resultados alcançados nos sites de busca dos Tribunais de Justiça do Paraná (TJPR), de Santa Catarina (TJSC) e do Rio Grande do Sul (TJRS) ou não abordam o tema — caso

dos Tribunais catarinense e gaúcho — ou o abordam de forma reflexa — caso do Tribunal paranaense.

Com efeito, a Quarta Câmara Criminal do TJPR, ao conceder a ordem de *Habeas Corpus* para revogar a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva pelo magistrado de primeira instância, decidiu ser “igualmente inviável o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão de ofício (art. 282, § 2º, do CPP)” (PARANÁ, 2022a). A questão, todavia, não foi aprofundada. Somente houve referência ao assunto para justificar a não substituição da medida cautelar mais gravosa (prisão), anulada com a concessão da ordem, por outras medidas cautelares mais brandas diretamente pela instância revisora.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 638.655/SC, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em precedente ainda isolado, reconheceu a ocorrência de constrangimento ilegal na imposição de ofício de medidas cautelares diversas da prisão, ressaltando: “em matéria de medidas cautelares pessoais, a atuação jurisdicional de ofício é vedada, independente da fase que se encontre o procedimento e do grau de limitação na liberdade que o provimento acautelatório eventualmente enseje”. Nesse contexto, as medidas cautelares diversas da prisão, fixadas de ofício pelo Juízo de primeiro grau na análise do auto de prisão em flagrante, foram cassadas (BRASIL, 2022a).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), apesar de tratar de forma mais específica sobre a prisão preventiva, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 188.888/MG, fez expressa referência à alteração legislativa promovida no artigo 282, § 2º, do CPP, com enfoque à supressão do termo “de ofício”:

A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, não mais sendo lí-

cita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP (BRASIL, 2020b).

A despeito de não se poder falar em uma consolidação, o entendimento atrelado à impossibilidade de atuação de ofício do magistrado, também no tocante às medidas cautelares pessoais diversas da prisão, vem ganhando força. Essa constatação é louvável, pois, da forma já dita neste ensaio, os incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal trazem mecanismos de restrição de direitos e de garantias fundamentais da pessoa investigada ou acusada.

### **3 CONCLUSÃO**

Os resultados alcançados na presente pesquisa revelam: (i) a principal intenção do legislador pátrio, ao editar a Lei nº 13.964/2019 e promover sensíveis alterações no CPP, foi reforçar a estrutura acusatória do processo penal brasileiro; (ii) apesar de a prisão preventiva figurar como a medida cautelar pessoal por excelência, as demais medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP também impõem à pessoa investigada ou acusada importantes restrições a seus direitos e garantias fundamentais; e (iii) a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF) e dos Tribunais de Justiça dos Estados da Região Sul (TJPR, TJSC e TJRS) está avançando no sentido de interpretar a impossibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva, nos termos do artigo 311 do CPP, e das demais medidas cautelares pessoais, nos moldes do § 2º do artigo 282 do mesmo Código.

O fortalecimento do sistema acusatório entre nós, por meio das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), representa não apenas uma garantia ao indivíduo — que verá as fases de investigação e de instrução conduzidas sem o protagonismo do órgão responsável por julgá-lo —, como também a valorização do papel dos atores processuais, mormente a do Ministério Público. Nesse aspecto, antes de decidir sobre a imposição de medidas cautelares, o magistrado deverá

proceder à oitiva do órgão que, em regra, é o titular privativo da Ação Penal (artigo 129, inciso I, da CF/1988).

Dessa forma, mostra-se de suma importância a solidificação da jurisprudência no mesmo sentido do mote central da Lei nº 13.964/2019, garantindo-se, assim, a aplicabilidade prática da estrutura acusatória no processo penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, 24 dez. 2019. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 638.655/SC**. Habeas Corpus. Processual Penal. Lesão corporal. Ameaça. Injúria. Desacato. Desobediência. Vias de fato. Medidas cautelares diversas da prisão impostas, de ofício, na análise do auto de prisão em flagrante. Impossibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem de *habeas corpus* concedida. Relatora Laurita Vaz, Brasília, 05 abr. 2022, Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numregistro=202100014822 & dt publicacao=08/04/2022> Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Habeas Corpus nº 708.434/SP**. Habeas Corpus. Tráfico e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Art. 312 do CPP. Alegação de ausência de fundamentação. Princípio da proporcionalidade. Ausência de descrição da gravidade concreta da conduta. Relator Sebastião Reis Júnior, Brasília, 08 mar. 2022, Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numregistro=202103763226&dtpublicacao=15/03/2022>. Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição nº 184. Brasília, 21 jan. 2022. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20184%20-%20Do%20Pacote%20Anticrime.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20184%20-%20Do%20Pacote%20Anticrime.pdf). Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição nº 185. Brasília, 11 fev. 2022. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20185%20-%20Do%20Pacote%20Anticrime%20II.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20185%20-%20Do%20Pacote%20Anticrime%20II.pdf). Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299**. Decisão Monocrática (Medida Cautelar): Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal. Artigo 96 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Ausência de dotação orçamentária prévia. Artigo 169 da Constituição. Autonomia financeira do Poder Judiciário. Artigo 96 da Constituição. Impacto sistêmico. Artigo 28 do CPP. Alteração regra arquivamento. Artigo 28-A do CPP. Acordo de não persecução penal. Sistema de freios e contrapesos entre acusação, juiz e defesa. Artigo 310, § 4º, do CPP. Relaxamento automático da prisão. Audiência de custódia. Proporcionalidade. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora*. Medidas cautelares parcialmente deferidas. Relator Luiz Fux, 22 jan. 2020, Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203609&text=.pdf>. Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Habeas Corpus nº 188.888/MG**. “Habeas Corpus” – Audiência de custódia (ou de apresentação) não realizada – A audiência de custódia (ou de apresentação) como direito subjetivo da pessoa submetida a prisão cautelar – Direito fundamental assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 7, n. 5) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 9, n. 3) – Reconhecimento jurisdicional, pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio), da imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) como expressão do dever do Estado brasileiro de cumprir, fielmente, os compromissos assumidos na ordem internacional – “Pacta sunt servanda”: cláusula geral de observância e execução dos tratados internacionais (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigo 26) – Previsão da audiência de custódia (ou de apresentação) no ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015) – Inadmissibilidade da não realização desse ato, ressalvada motivação idônea, sob pena de tríplice responsabilidade do magis-

trado que deixar de promovê-lo (CPP, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019) – “Habeas Corpus” concedido de ofício. Relator Celso de Mello, Brasília, 06 out. 2020, Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc ID=754666552>. Acesso em 29 abr. 2022.

GEBRAN NETO, João Pedro; ARENHART, Bianca Geórgia Cruz; MARONA, Luís Fernando Gomes. **Comentários ao novo inquérito policial**: conforme a Lei nº 13.964/2019. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei nº 13.964, de 24.12.2019. São Paulo: Forense, 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Criminal. **Habeas Corpus nº 0074505-09.2021.8.16.0000**. Habeas Corpus – Crime de tráfico – Custódia preventiva – Pretensão de sua revogação, indicando a ausência de fundamentos concretos e suficientes à medida – Possibilidade por motivo diverso – Prisão em flagrante convertida em preventiva de ofício pela autoridade coatora – Provi-dência inviável ante as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 – Necessidade de requerimento prévio e expresse do Ministério Público ou da autoridade policial – Inteligência do art. 311, do CPP – Ato não observado, configurando o respectivo constrangimento ilegal – Pedido de manutenção da segregação no bojo de incidente processual que se revela insuficiente ao atendimento da norma processual em debate – Igualmente inviável o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão de ofício (art. 282, § 2º, do CPP) – Liberdade provisória conferida, confirmando a liminar – Ordem concedida. Relator Carvílio da Silveira Filho, Curitiba, 14 fev. 2022. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000019762531/Acórdão-0074505-09.2021.8.16.0000#>. Acesso em 29 abr. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Criminal. **Habeas Corpus nº 0075370-32.2021.8.16.0000**. Habeas Corpus. Roubo Majorado. Prisão Preventiva. Decretação de ofício na sentença. Inviabilidade. Ausência de pedido do órgão acusatório ou de representação da autoridade policial neste particular. Nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal. Constrangimento ilegal



evidenciado. Revogação da prisão. Extensão aos corréus por força do art. 580 do CPP. Ordem concedida, confirmando as liminares. Relator Humberto Gonçalves Brito, Curitiba, 07 abr. 2022. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000-0019800011/Acórdão-0075370-32.2021.8.16.0000#>. Acesso em 29 abr. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. **Habeas Corpus nº 0035635-89.2021.8.16.0000**. Habeas Corpus – Pleito de revogação da prisão preventiva do paciente em virtude da ausência dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal e violação ao princípio da presunção de inocência – *Writ* que deve ser concedido – Manifestação do Ministério Público pela concessão de liberdade provisória ao paciente com a aplicação de medidas cautelares – Decisão do Juízo que decretou a prisão preventiva do paciente que viola a não possibilidade de decretação da custódia cautelar de ofício - Reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) que veda, expressamente, a possibilidade de decretação de prisão de ofício pelo magistrado – Necessidade de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público – Precedentes do STJ – Constrangimento ilegal verificado – Ordem conhecida e parcialmente concedida para o fim de revogar a prisão preventiva e aplicar as medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal. Relator João Domingos Küster Puppi, Curitiba, 03 ago. 2021. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017947301/Acórdão-0035635-89.2021.8.16.0000#>. Acesso em 29 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Criminal. **Habeas Corpus Criminal nº 5031224-89.2022.8.21.7000**. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Prisão preventiva decretada na origem, amparada na gravidade concreta do delito. Requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP preenchidos. Necessidade de assegurar a incolumidade da ordem pública. Apreensão de duas naturezas de entorpecentes, uma delas potencialmente lesiva. Outrossim, como bem asseverou o parecer ministerial “a decisão que homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva não padece de ilegalidade por ter sido decretada de ofício, como quer fazer crer a defesa. Não se trata da hipótese prevista no art. 311 do CPP. No caso de apreciação de prisão em flagrante, o magistrado prescinde de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial para decretar a prisão preventiva, sendo um dos caminhos apontados pelo art. 310 do CPP”. Liminar revogada. Ordem denegada, por maioria. Na origem, expeça-se mandado de prisão. Relator Jayme Weingartner Neto, Redatora Andréia Nebenzahl de Oliveira, Porto Alegre, 14 abr. 2022. Dis-

ponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50312248920228217000&site=ementario>. Acesso em 30 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. **Habeas Corpus Criminal nº 50048088420228217000**. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Prisão preventiva devidamente fundamentada. Decretação da prisão preventiva de ofício. Posterior requerimento do Ministério Público. Inexistência de ilegalidade. Índícios de autoria e materialidade dos crimes. Requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP configurados. *Fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Gravidade concreta da conduta. Apreendida vasta quantidade de maconha. Risco de reiteração delitiva. Paciente que responde a outro processo por tráfico de drogas. Ordem denegada. Relator Roberto Carvalho Fraga, Porto Alegre, 18 fev. 2022. Disponível em [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50048088420228217000&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50048088420228217000&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em 30 abr. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. **Habeas Corpus Criminal nº 52500510420218217000**. Habeas Corpus. Homicídio tentado. Prisão preventiva decretada de ofício. Impossibilidade. Prisão relaxada. Ausência de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, sendo essa decretada de ofício, o que vai de encontro à nova normativa introduzida no Código de Processo Penal (artigos 282, §2º, e 311) pela Lei nº 11.394/19 [*sic*] e, portanto, caracteriza a ilegalidade do decreto prisional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Liminar ratificada. Ordem concedida. Unânime. Relator Leandro Augusto Sassi, Porto Alegre, 18 fev. 2022. Disponível em [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=52500510420218217000&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=52500510420218217000&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em 30 abr. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Criminal. **Habeas Corpus Criminal nº 5037493-82.2020.8.24.0000**. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Audiência de custódia não realizada. Ilegalidade ausente. Pandemia de COVID-19. Medida excepcional de enfrentamento para minimizar os riscos de contágio. Recomendação n. 62/2020 do CNJ. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ausência de provocação. Decretação de ofício. Afronta ao sistema acusatório e à Lei n. 13.964/19. Constrangimento ilegal evidenciado. Pedido de ordem conhecido e concedido. Extensão dos efeitos aos corréus. Relator Sidney Eloy Dalabrida, Florianópolis, 03 dez. 2020. Disponível em [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321607371136958479805351124108&categoria=acordao\\_eproc](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321607371136958479805351124108&categoria=acordao_eproc). Acesso em 29 abr. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. **Habeas Corpus Criminal nº 5016056-48.2021.8.24.0000**. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Custódia inicialmente indeferida. Posterior decretação sem provocação. Correção de erro material de ofício em prejuízo do réu. Ordem concedida. Relator Sérgio Rizelo, Florianópolis, 20 abr. 2021. Disponível em [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321618940790537176029158500562&categoria=acordao\\_eproc](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321618940790537176029158500562&categoria=acordao_eproc). Acesso em 29 abr. 2022.



# CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

**Luanna Rennhack Sampaio**

Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Mestranda em Direito, na mesma instituição, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela mesma instituição. Bolsista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior.

**Resumo:** O presente artigo tem por objeto o estudo da violência doméstica e da proposta de aplicação da Justiça Restaurativa na solução destes conflitos. Nesse sentido, inicialmente, são traçadas importantes considerações acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como são abordados os principais avanços do ordenamento jurídico brasileiro no combate a esse fenômeno perverso. Em um segundo momento, levando em consideração as diversas propostas de evolução e transformação do direito penal e o advento das propostas de justiça penal consensual, aborda-se a Justiça Restaurativa, uma das principais alternativas na solução de conflitos penalmente relevantes. A posteriori, explora-se a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas em casos envolvendo violência doméstica contra a mulher. Nesse sentido, são trazidos argumentos contrários e favoráveis à utilização de tal instrumento, a fim de demonstrar as diversas interpretações a respeito da resolução de conflitos e contribuir para as discussões existentes na doutrina acerca deste tema. No que se refere ao método aplicado, utilizar-se pesquisa básica. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas e resoluções nacionais e internacionais.

**Palavras-chaves:** Violência doméstica. Justiça Restaurativa. Mulher. Justiça Penal consensual.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa trazer à baila a temática da violência doméstica e familiar contra a mulher e a aplicabilidade (ou não) de práticas restaurativas na solução destes conflitos.

A violência doméstica e familiar contra a mulher não é fenômeno recente e afeta mulheres de todas as idades, etnias, sexualidades, classes sociais. Trata-se de atos de agressão (física, psicológica, moral, sexual, patrimonial) fomentados pelas relações historicamente desiguais de poder entre homens e mulheres, nas quais a figura feminina assume uma posição inferior e marginalizada em relação à figura masculina. Nesse sentido, não obstante os diversos avanços conquistados pelo Movimento Feminista na busca pela proteção da mulher, percebe-se que ainda é longo o caminho a ser percorrido para erradicar a violência de gênero, na medida em que os níveis de violência doméstica e familiar contra a mulher se mantêm elevados no Brasil ano após ano.

Em razão deste cenário, críticas são tecidas ao atual paradigma retributivo da justiça penal, visto que o mesmo não parece se mostrar eficaz no efetivo combate da violência de gênero. Nesta toada, tendo por plano de fundo as diversas propostas de evolução e transformação do direito penal, na busca por uma maior eficiência e celeridade, parte da doutrina passa a ver na justiça restaurativa uma alternativa para soluções de conflitos envolvendo casos de violência doméstica contra a mulher.

Deste modo, a fim de investigar as possibilidades (ou não) de aplicação da Justiça Restaurativa nos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, o presente artigo foi dividido em três capítulos. No primeiro, aborda-se a violência doméstica contra a mulher, traçando-se, assim, breves considerações acerca deste fenômeno ainda tão presente nas sociedades modernas. Mais que isso, são abordados os avanços do ordenamento jurídico no combate a essa violência e, por fim, são apontadas algumas críticas feitas a falta de eficiência do sistema penal brasileiro atual.

Em um segundo momento, estuda-se, ainda que de modo sucinto, as evoluções e transformações do direito penal e o advento das propostas de justiça penal consensual. Dentro deste contexto de consensualidade, investiga-se a chamada Justiça Restaurativa, uma das principais propostas de solução alternativa dos conflitos ocorrido em âmbito doméstico e familiar.

Já no terceiro capítulo, explora a possibilidade de aplicação das práticas restaurativas na solução de casos envolvendo violência doméstica contra a mulher. Nesta toada, são abordados argumentos contrários e favoráveis, a fim de possibilitar uma melhor compreensão desta temática tão complexa, demonstrando-se, assim, as diversas interpretações a respeito da resolução de conflitos e contribuir para as discussões existentes na doutrina acerca deste tema.

Ainda, o método utilizado na presente pesquisa é o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza básica. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas e resoluções nacionais e internacionais.

## **2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E OS AVANÇOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO COMBATE AO ABUSO DOMÉSTICO**

Inicialmente, é importante que se trace algumas considerações acerca do fenômeno da violência doméstica. Desse modo, o termo “violência”, conforme conceitua a Organização Mundial da Saúde (OMS), refere-se ao “uso intencional de força física ou do poder real ou ameaça contra si próprio, contra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha possibilidade de resultar em uma lesão, morte, dano psicológico, deficiência ou privação de liberdade” (BRASIL, 2006).

Com relação à violência que tem como alvo a mulher, pode-se afirmar que se trata de: “todo ato de violência de gênero que resulte em, ou possa resultar em danos ou sofrimento físico, sexual ou psicológico da mulher, incluindo a ameaça de tais atos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, tanto na vida pública como na vida privada” (HEISE; PITANGUY; GERMAIN, 1994, p. 3). No mesmo sentido, assevera Piovesan (2002, p. 214) que a violência contra a mulher constitui qualquer conduta, comissiva ou omissiva, que discrimine, agrida ou coaja a vítima pelo simples fato de ela ser mulher, vindo a causar na mesma, “dano, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político ou econômico ou perda patrimonial”, podendo a violência acontecer tanto em espaços públicos, quanto privados. Mais que isso, esse fenômeno afeta mulheres de diferentes idades, etnias, sexualidades, classes sociais (BARROS, CAMPOS; FERNANDES, 2014, p. 134).

Ademais, necessária se mostra a distinção entre violência contra a mulher e violência doméstica. Conforme leciona Saffioti (2002, p. 322), estas são duas expressões distintas, na qual a segunda (violência domés-

tica) está contida na primeira (violência contra a mulher), sendo esta, gênero, e a aquela espécie.

Segundo o disposto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994), a violência contra a mulher pode ser dividida quanto a sua tipologia (física, sexual, psicológica, moral e patrimonial) e quanto a sua incidência (doméstica, social/comunitária e estatal). Assim sendo, a violência doméstica é aquela violência (psicológica, moral, patrimonial, física ou sexual) “ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

Destaca-se que, embora a violência doméstica possa ser praticada por homens contra mulheres e por mulheres contra homens, culturalmente, no Brasil, assim como no restante do mundo, a mulher é a vítima preferencial (BRASIL, 2007, p 68). Isso se dá em vista da violência contra mulheres ser fruto das “relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres” (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Nesta senda, leciona Saffioti (1999, p. 87) que “o poder apresenta duas faces: a da potência e a da impotência. As mulheres são socializadas para conviver com a impotência; os homens – sempre vinculados à força – são preparados para o exercício do poder”. Em outras palavras, a mulher se torna a vítima preferencial da violência em decorrência de uma construção cultural, política e religiosa que naturalizou e justificou a dominação do homem sobre a mesma (ACOSTA; GOMES; BARLEM, 2013, p. 548).

A violência e repressão perpetrada contra a mulher não é um fenômeno recente. Desde a Grécia antiga a mulher era vista como um ser inferior; já no período renascentista, a mulher “não apenas continuou sendo tratada como uma pessoa inferior ao homem como sua situação piorou aos extremos” (SANTOS, 2014, p. 26). Deste modo, aponta-se que é durante o Renascentismo que houveram o maior número de feminicídios na história da humanidade, houve, assim, na Europa, um fenômeno generalizado de repressão sistemática às mulheres, isto é, os aos quatro séculos de ‘caça às bruxas’ (SANTOS, 2014, p. 26).

Nota-se, portanto, que ao longo da história, a divisão de papéis na sociedade entre homens e mulheres justificava a dominação masculina e a repressão da mulher. Em vista disso, percebe-se que durante muito



tempo no Brasil e no mundo, o papel social desempenhado pela mulher evidenciava sua subordinação e submissão ao homem e justificava a opressão sofrida por esta.

Não obstante os séculos de perseguição, reprimenda e marginalização, no século XIX ocorre a primeira onda do Movimento Feminista, “quando as mulheres, primeiro na Inglaterra, organizaram-se para lutar por seus direitos, sendo que o primeiro deles que se popularizou foi o direito ao voto” (PINTO, 2010, p. 15).

Não obstante, “este feminismo inicial, tanto na Europa e nos Estados Unidos como no Brasil, perdeu força a partir da década de 1930 e só aparecerá novamente, com importância, na década de 1960” (PINTO, 2010, p. 16). Nesse sentido, nesta segunda fase, iniciada em meados de 1960, os movimentos feministas que passaram a ocorrer em diversos países, articulando-se internacionalmente, “deram visibilidade social às distintas formas de discriminações e de violências contra as mulheres, construindo uma agenda política que foi decisiva para a construção legislativa e doutrinária internacional” (BARSTED, 2016, p. 17-18).

No que se refere ao cenário brasileiro, pode-se afirmar que no século XIX ocorreu a consolidação de algumas mudanças sociais no tocante às mulheres. Nesse sentido, a primeira onda no Brasil, em 1922, deu origem a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, que buscava lutar pelo sufrágio feminino e pelo direito ao trabalho sem a obrigação da autorização pelo marido (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 78). Porém, é no século XX que o movimento feminista de fato ganha força no Brasil, reivindicando, principalmente, o direito ao voto, ao divórcio e à liberdade sexual (FELTRIN et al., 2018, p. 16). Deste modo, apontam Mioduski, Olegario e Mandalozzo:

A segunda onda surge nos anos 1970, em meio a crise na democracia, durante a ditadura militar. Aqui luta-se pela valorização do trabalho da mulher, pelo direito ao prazer e contra a violência sexual. Em 1975, foi criado o Movimento Feminino pela Anistia e o jornal Brasil Mulher (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 78).

Nesse sentido, o Movimento Feminista passou a lutar contra a violência doméstica, inspirando e instigando as mulheres a denunciarem os abusos que sofriam no âmbito doméstico e familiar. Assim, a violência

contra a mulher começou a ser visto como um problema social a ser enfrentado. Nesse sentido, assevera Silva que:

a opinião pública foi sendo sensibilizada para a questão, que vinha sendo tratada apenas sob a ótica das relações interpessoais. Assim, um fenômeno que era considerado como um componente natural decorrente das relações pessoais e que, desta forma, era remetido à dinâmica do mundo doméstico - o domínio do privado - passa a ser publicizado, assumindo uma conotação política (SILVA, 1992, p. 97-98).

Assim, diversas foram as conquistas do feminismo Brasileiro, sendo algumas delas: a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984, que, tendo sua secretária com status de ministro, promoveu, conjuntamente com importantes grupos, uma campanha nacional para a inclusão dos direitos das mulheres na nova Constituição Federal (PINTO, 2010, p. 17); criação, em 1985, no Estado de São Paulo, na Secretaria da Segurança Pública, a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher (DDM)<sup>11</sup> pelo decreto estadual nº 23.769, de 06/08/1985 (SANTOS, 2007, p. 53); em 1986 foi criado o Centro de Orientação Jurídica, (COJE) para orientar juridicamente a mulher, informá-las sobre os seus direitos e encaminhá-las ao local competente para tomar medida legal; posteriormente, foi criado o Centro de Convivência de Mulheres Vítimas de Violência Doméstica (COMVIDA) que foi o primeiro abrigo do país, em um local sigiloso, com a função de acolher mulheres em situação de risco de vida (OLIVEIRA, 2020, p. 17). Desse modo, a mulher passou a ter a possibilidade de denunciar seu agressor, cuja conduta passou a ser interpretada como crime, além de ser orientada acerca das medidas legais cabíveis, bem como receber o auxílio psicológico necessário ou até mesmo, uma forma de “fuga” do ambiente doméstico.

Não obstante, foi apenas em 07 de agosto de 2006 que é sancionada no país uma lei específica que visava proteger vítimas de violência doméstica, qual seja: a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). A referida lei, conforme estabelecido em seu art. 1º, cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, assevera Ávila:

A lei possui disposições relacionadas às políticas de prevenção, às medidas de proteção imediata, bem como mecanismos destinados a elevar a responsabilização do agressor, já que a impunidade sis-

têmica seria vista como aspecto relevante na invisibilidade política desta violência (ÁVILA, 2020 p. 207).

Assevera Sbardellotto que:

Na aludida Lei, optou o legislador por não estabelecer a existência de qualquer tipo penal alusivo à matéria. Apenas definiu quais são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher no artigo 7º. Nele se vê que, dentre outras, constituem formas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e violência moral. Importante referir que a incidência da Lei Maria da Penha somente está autorizada quando a violência se der nos ambientes elencados no artigo 5º, isto é, no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (SBARDELLOTTO, 2009, p. 203).

Esta lei constitui uma conquista importante do movimento feminista no enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil, especialmente porque criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além de mecanismos de repressão e prevenção da violência. Dentre as inovações, pode-se apontar a previsão de atendimento especializado, ininterrupto e imediato pela autoridade policial; a possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência de forma isolada ou cumulativa; e o atendimento integral da vítima por equipe multidisciplinar (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOTTO, 2021, p. 80-81).

Mais que isso, em 2015 foi criada a Lei nº 13.104/15 ou Lei do Femicídio. A referida lei promove a alteração do art. 121 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072), de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos (BRASIL, 2015). Desse modo, a lei considera feminicídio quando o assassinato envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020, online).

Não obstante, o número de feminicídios, por exemplo, tem seguido o caminho contrário de homicídios dolosos e roubos seguidos de morte, segundo levantamento feito pelo jornal Folha de S. Paulo mostrou que, em 2019, houve uma alta de 7,2 % em relação a 2018. Nesse sentido,

segundo a Coordenadora da bancada feminina na Câmara, a deputada Professora Dorinha Seabra Rezende a Lei do Feminicídios foi um avanço no combate à violência contra as mulheres, mas ainda é preciso fazer mais (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020).

Nesta esteira, a despeito de todos os mecanismos supracitados, que, inegavelmente, auxiliam no enfrentamento da violência doméstica, ainda é longo o caminho a ser percorrido para erradicar a violência de gênero. Afinal, violência doméstica pode ser entendida como um dos maiores problemas enfrentados pela sociedade e pelo sistema penal brasileiro, na medida em que mesmo com a sanção da Lei nº 11.340/06 os índices de violência continuam elevados. Assim, diversos teóricos apontam que um dos motivos que pode explicar esse quadro é a verdadeira inadequação do sistema penal tradicional em resolver crimes dessa natureza, isto porque as respostas penais oferecidas são pouco variadas, resumidas basicamente no encarceramento. Nesse sentido, explica Pasinato que:

Dia após dia se fortalece o entendimento de que o sucesso da Lei está ameaçado pelas muitas falhas que se identificam em sua aplicação. Seja porque existem poucos serviços para o atendimento das mulheres ou porque não se responsabilizam os culpados, ou porque há insuficiente compromisso de governos para a articulação das redes inter setoriais, ou, ainda, pelas contingências de recursos humanos e a baixa especialização dos profissionais que têm contribuído para a permanência de atendimentos discriminatórios e prejudiciais às mulheres. Circunstâncias que resultam, ao fim e ao cabo, na não universalização do acesso à justiça e em direitos para mulheres que terminam, muitas vezes, com um boletim de ocorrência em uma das mãos e uma medida de proteção na outra, sem que, para além desses papéis, existam políticas que deem mais efetividade à sua proteção e condições para que saiam da situação de violência (PASINATO, 2015, p. 535).

Diante deste contexto, muitos teóricos criticam o modelo punitivista, na medida em que se entende que o mesmo não ofereceria uma resposta suficiente para enfrentar a complexidade da violência (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 81). Nesse sentido, segundo Novais (2020, p. 09) o atual sistema penal não se mostra eficaz na proteção das mulheres, na medida em que não previne novos atos de violência, não escuta os interesses das vítimas e, de igual forma, não auxilia na compreensão do significado da violência para gestão do conflito,

nem permite uma transformação das relações de gênero. Mais que isso, “a lógica retributiva atua na repressão e não na prevenção, alcança os efeitos e não a causa da violência, intervém nas pessoas e não nas situações, de modo a reproduzir a violência àqueles que historicamente já são clientes do sistema penal, em razão da classe e da cor” (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALAZZO, 2021, p. 81).

Diante desse quadro, parte da doutrina passa a ver na justiça restaurativa uma alternativa ao atual paradigma retributivo, sendo posto que o método restaurativo propõe que o referido crime seria, antes de mais nada, um conflito entre dois indivíduos, devendo ambos serem protagonistas do processo na busca por uma solução adequada e eficaz. Deste modo, no capítulo seguinte serão traçadas algumas considerações acerca da chamada justiça penal consensual e o paradigma restaurativo.

### **3 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E O PARADIGMA RESTAURATIVO**

Em um momento inicial, entende-se necessário discorrer, ainda que de modo sucinto, acerca da justiça penal consensual. Assim sendo, hodiernamente, muitas são as propostas de evolução e transformação do processo penal, a fim de torna-lo um instrumento mais eficaz, que busque a resolução dos novos conflitos. Busca-se, deste modo, maior celeridade e simplificação procedimental, a fim de tornar o processo penal mais eficaz e menos moroso (WEDY; KLEIN, 2019, p. 281). Nesse sentido, asseveram Wedy e Klein:

Como suposta resposta a essa demanda, surge como um modo de abreviação do caminho necessário para a imposição da sanção penal, a justiça negocial, no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, sendo necessária sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, em razão dos desafios enfrentados, atualmente, pelo processo penal. Há, portanto, a necessidade de que o processo se adapte ante um ambiente social mais complexo, no entanto, sem deixar de preservar o núcleo de valores essenciais para a concretização de suas finalidades (WEDY; KLEIN, 2019, p. 281).

Nesta esteira, a emergência da chamada justiça consensual em ordenamentos jurídicos pertencentes ao sistema do *civil law* (como é o caso do Brasil) mostra-se um fenômeno mais recente, característico da segunda metade do século XX; já em países com o sistema da *common law*, mostra-se uma prática já comum e mais consolidada (WEDY;

KLEIN, 2019, p. 281). Para Giacomolli e Vasconcellos (2015, p. 1112) “a expansão dos espaços de consenso é cristalina tendência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro.” Igualmente, apontam Milhomem e Suxberger que:

internacionalmente, o processo penal dá indícios evolutivos no sentido de uma abertura à verdade consensual. Não se trata de negar a premissa inquisitiva da busca pela verdade, a intenção é dar maior dinamicidade ao sistema de responsabilização criminal, a partir da interação com acusado e sociedade, no intuito de solucionar os conflitos sociais com menor custo e tempo (MILHOMEM; SUXBERGER, 2021, p. 12)

Interessante destacar que a Organização das Nações Unidas (ONU) recomenda aos seus países-membros que adotem um sistema penal/punitivo consensual. Nesta toada, países como Áustria, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Noruega, Nova Zelândia, Argentina, Chile, Costa Rica, Brasil, são alguns dos adeptos deste sistema, mesmo que, a princípio, esta adoção se dê timidamente (COSTA, 2014, online).

Deste modo, o Processo Penal Consensual parte da concepção de ser o crime um fenômeno um conflito interpessoal e social, cuja solução efetiva se obtém através de um processo de comunicação, interação e negociação entre as próprias partes, vítima e ofensor. Assim sendo, o modelo consensual seria um dos três modelos de solução de conflitos criminais existentes, sendo eles: a) modelo dissuasório clássico (fundado na função retributiva da pena); b) modelo ressocializador, que atribui à pena a finalidade de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva); e c) modelo consensual de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (GOMES, 2007, online).

Outrossim, dentro deste modelo consensual, Gomes (2007, online) aponta que é possível distinguir dois sub-modelos bem diferenciados: a) o modelo da Justiça criminal negociada (que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc., ou seja, o *plea bargaining*); e b) o modelo pacificador ou restaurador (Justiça Restaurativa), foco da presente pesquisa e que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos

à vítima, satisfação das expectativas de paz social da comunidade, entre outros objetivos.

Mais especificamente com relação ao cenário brasileiro, apontam Giacomolli e Vasconcellos (2015, p. 1113) que a possibilidade de busca de soluções dialogadas/consensuais dentro do processo penal foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I. Ainda, apontam os autores que também:

Ademais, criou o sistema dos Juizados Especiais Criminais (JECrims), competentes ao processamento, ao julgamento e à execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, por meio de um procedimento sumariíssimo, com recurso a uma Turma Recursal Criminal, formada por juizes de primeiro grau. Contudo, somente a Lei n 9.099/1995 delimitou a competência dos o JECrims, estabelecendo o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, disciplinando o consenso acerca da pena e do processo. Nessa perspectiva, permitiu a realização do acordo civil perante o juiz criminal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, com efeitos cíveis e criminais, além da transação acerca da pena e da suspensão condicional do processo (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1113).

Deste modo, pode-se afirmar que o marco inicial da justiça penal consensual brasileira é a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), criada para tratar de crimes com menor potencial lesivo e que trouxe consigo os institutos consensuais como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo (WEDY; KLEIN, 2019, p. 281).

Outrossim, parte da doutrina sustenta que foi por meio da Lei nº 9.099/95 que se teve, no ordenamento jurídico brasileiro, uma abertura para a aplicação de práticas restaurativas (FURQUIM, 2015, p. 1912). Nesse sentido, aponta Pinto:

Com as inovações da Constituição de 1988, e o advento, principalmente, da Lei 9.099/95, abre-se uma pequena janela, no sistema jurídico do Brasil, ao princípio da oportunidade, permitindo certa acomodação sistêmica do modelo restaurativo e nosso país, mesmo sem mudança legislativa (PINTO, 2005, p. 29).

Nesta toada, no ano de 1999 se realizam os primeiros estudos teóricos acerca das práticas jurídicas restaurativas. E, em 2003, o tema

ganhou expressão nacional após a criação da Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, em abril de 2003 (ORSINI; LARA, 2013, p. 308). Deste modo, em 2010, a Justiça Restaurativa é institucionalizada, no Brasil, com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e posteriormente por meio da Resolução nº 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 82-83). Nesse sentido, é a definição de Justiça Restaurativa dada pela Resolução nº 225, em seu art. 1º:

conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Mais que isso, pode-se, também, citar a Resolução nº 118, de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que, conjuntamente com a Resolução nº 225 do CNJ, fomentou o surgimento das práticas restaurativas como uma alternativa na resolução de conflitos penalmente relevantes, bem assim como um novo paradigma de justiça penal ainda não normatizadas no ordenamento jurídico brasileiro (OLIVEIRA, 2017, p. 250). Neste diapasão, atualmente, para Oliveira (2017, p. 250), o que outrora era considerado uma utopia, hoje pode ser considerada como uma prática que faz parte da realidade do sistema jurídico brasileiro.

Justiça Restaurativa, portanto, é um modelo jurídico-penal no qual a busca pela solução do conflito (gerado em razão de uma infração penal) se dá de modo consensual, com a participação ativa do infrator, da vítima e da sociedade nessa busca (GIMENEZ, 2012, p. 6058). Walgrave, assim, define justiça restaurativa como sendo “uma das respostas possíveis para fazer-se justiça após a ocorrência de uma ofensa que visa primordialmente reparar o dano social, relacional e individual por ela causado” (WALGRAVE, 2008, p.21). Para Marshall a justiça restaurativa “é o processo pelo qual as partes envolvidas numa ofensa particular se encontram para determinar coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro. As partes envolvidas numa ofensa incluem, naturalmente, a vítima e o agente, mas poderão igualmente in-



cluír as famílias de cada um e quaisquer outros membros das respectivas comunidades” (MARSHALL, 1996, p.37).

Nesta toada, diferentemente da justiça tradicional (retributiva), na Justiça Restaurativa se busca resolver os conflitos por meio da voluntariedade, do diálogo, da escuta e do respeito entre os envolvidos. Procura-se, assim, a reparação do dano causado, sendo assumido pelas partes envolvidas a responsabilidade pela reparação (GRANJEIRO, 2012, p. 37). Assim, Fabeni explica que:

O resultado restaurativo “significa um acordo construído no processo restaurativo”. Os resultados restaurativos incluem “respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor”- Resultado restaurativo, portanto, não se confunde com a sanção imposta pelo juiz — a pena. Também não se vincula exclusivamente, o resultado restaurativo pela reparação ou ressarcimento econômico pelo dano sofrido, “pelo contrário, a reparação assume amplo alcance quando vinculada a processo restaurativo baseado na comunicação entre as partes” (FABENI, 2013, p. 25)

Para tanto, percebe-se que para além de um método não violento de resolução de conflitos, a Justiça Restaurativa inaugura um novo paradigma de justiça. No paradigma restaurativo, o foco central é a autonomia e o diálogo entre as pessoas, no sentido de criar oportunidade para os envolvidos de participarem na construção de soluções concretas que possibilitem prevenir a violência e lidar com suas implicações (DICK; MALACARNE, 2014, p. 4). Nesta esteira, as práticas restaurativas são um procedimento alternativo que se propõe a resolver conflitos de forma mais eficaz, abrangente e pacífica e que busca, ao invés de retribuir um mal por outro mal, como ocorre na justiça tradicional (e que causa abalos psicológicos em todos os envolvidos no conflito), restaurar os danos e alcançar a pacificação social (SILVA JÚNIOR; PEREIRA, 2020, online). De igual sorte asseveram Mioduski, Olegario e Mandalozzo que:

a Justiça Restaurativa pode ser entendida como um movimento social, que visa promover justiça envolvendo todos aqueles que foram afetados e possuem interesse no crime ou no conflito, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas. Ela possui características fundamentais que a distinguem do modelo tradicional de

justiça, pois tem foco nos danos e nas consequentes necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade; trata das obrigações resultantes desses danos, tanto do ofensor quanto da comunidade; utiliza processos inclusivos e cooperativos, envolvendo todos que foram afetados e têm interesse na situação; e busca corrigir os males (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 82)

Pode-se apontar como principais características da Justiça Restaurativa: processo próprio, informal, flexível, gratuito, de caráter voluntário e confidencial. (FABENI, 2013, p. 27). Ainda, importante ressaltar que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada utilizando-se de diferentes metodologias, como por exemplo: os processos circulares, os encontros entre vítimas e ofensores, e as Conferências de Grupo Familiar (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 83). No Brasil, a metodologia mais conhecida e utilizada nas práticas restaurativas é a de círculos de construção de paz, difundida por Kay Pranis (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 83).

Ademais, as práticas restaurativas podem ser aplicadas nas mais diversas situações e conflitos, como por exemplo as decorrentes das relações ocorridas nas áreas de educação, família, vizinhança, criminal, infância e juventude, entre outras. No cenário brasileiro, Mioduski, Olegario e Mandalozzo (2021, p. 83) apontam que a aplicação da Justiça Restaurativa “é mais frequente em situações envolvendo atos infracionais, conflitos escolares e violência doméstica conforme apontou o mapeamento realizado pelo CNJ (2019), sendo menos frequente nas situações de maior gravidade, relacionadas com crimes de tráfico de drogas, trânsito e de cunho sexual.”

Logo, após tecidas importantes considerações acerca da justiça penal consensual e, conseqüentemente, das práticas restaurativas, explorar-se-á, no próximo capítulo, a aplicação da Justiça Restaurativa em casos envolvendo violência doméstica. Nesse sentido, serão trazidos argumentos contrários e favoráveis à utilização destas práticas neste contexto tão delicado e complexo que é o da violência doméstica e familiar contra a mulher.

#### **4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: POSSIBILIDADES DE UMA SOLUÇÃO CONSENSUAL?**

Inicialmente, cumpre destacar que o legislador ao instituir a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/ 06), “não estabeleceu o procedimento a ser adotado para as infrações penais que caracterizam violência doméstica e familiar contra a mulher. Desta forma, para elas deverá ser adotado o procedimento comum [...]” (SBARDELLOTTO, 2009, p. 203). Ainda, Sbardellotto (2009, p. 203) assevera que “o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 impede absolutamente a possibilidade de incidência da Lei nº 9.099/ 95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista”, excluindo, também, a possibilidade de aplicação dos benefícios previstos na lei supracitada.

Não obstante, a vedação da aplicação de qualquer procedimento conciliatório, consensual (previstos na Lei nº 9.099/95), Mioduski, Olegario e Mandalozzo (2021, p. 82) apontam que não há proibição de se utilizar, de modo complementar, de práticas restaurativas, na medida em que, muito embora não haja disposição permissiva expressa, o art. 30 da Lei Maria da Penha prevê o desenvolvimento “trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares”, dentre os quais a Justiça Restaurativa pode se encaixar.

Nesta toada, em um primeiro momento serão abordados alguns posicionamentos doutrinários contrários à aplicação da Justiça Restaurativa em sede de violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim sendo, “nas primeiras aproximações entre a Justiça Restaurativa e a violência contra a mulher existiu certa oposição de grupos feministas. Acreditavam que não havia nada a mediar; que o objetivo era salvar a instituição familiar; que a prática diminui a gravidade do crime e revitimizava a vítima” (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 82).

Outrossim, as principais críticas feitas à aplicação de práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica contra a mulher dizem respeito à “reapropriação dos conflitos pelas partes”, à “privatização do conflito” e ao “desequilíbrio de poder entre as partes”, na medida em que não haveria uma autoridade para solucionar os conflitos, podendo o infrator, assim, eximir-se da responsabilidade de reparar o dano (FABENI, 2013, p. 148).

Deste modo, parte da doutrina aponta que o encontro entre o infrator e vítima dentro das práticas restaurativas serviria apenas para fomentar a vitimização da mulher, na medida em que essas já se encontram

em uma posição de desigualdade em relação aos homens (em razão das relações baseadas em opressão e dominação masculina), prejudicando, assim, o equilíbrio de poder entre as partes e, conseqüentemente, a obtenção de um resultado satisfatório (POZZOBON; LOUZADA, 2013, p. 7). Ademais, certas correntes feministas acreditam que aplicar a Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica seria reduzir a importância e a gravidade dessas infrações, tratando as mesmas como crimes de menor potencial ofensivo; ou seja, a Justiça Restaurativa não conseguiria coibir a violência, na medida em que lhe faltaria uma carga intimidatória e repressiva (POZZOBON; LOUZADA, 2013, p.8). Nesse mesmo sentido, entende-se que, com a implementação do modelo restaurativo, haveria a banalização da gravidade da violência sofrida pela mulher no âmbito doméstico e familiar.

De igual modo, em audiência pública da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara, evento que tinha por objetivo discutir a recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca da aplicação das práticas da Justiça Restaurativa em casos que envolvam violência doméstica contra a mulher, a defensora pública e coordenadora dos núcleos de defesa da mulher da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) Dulcyelle Almeida apontou que “fazer restauração de conflitos em círculos de discussão entre agressor e vítima sem se explicitar os riscos que o processo mal conduzido poderia gerar para a revitimização dessas mulheres é um grande perigo” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017, online). Almeida ressaltou, igualmente, que “outra preocupação é que a Justiça Restaurativa seja implementada de forma unilateral pelo Poder Judiciário sem uma discussão com o movimento de mulheres, sem o diálogo com os profissionais especializados” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017, online).

Além de Almeida, Débora Duprat, procuradora federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal também se posicionou contrariamente à aplicação de práticas restaurativas em casos de violência contra a mulher, afirmando ser inviável usar a justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra mulher (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2017, online). Segundo a procuradora:

já houve decisão nesse sentido do Supremo Tribunal Federal para não colocar em risco a vida da mulher vítima da violência. “Sempre se soube que a conciliação é um modelo reprodutor da violência. Nós só vencemos a violência contra a mulher, mediante

sanção típica do Direito Penal. A justiça restaurativa aparece na contramão, porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) não admitia as práticas de conciliação, nem os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)”, explicou (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2017, online).

Na mesma ocasião também, a professora de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, Fabiana Severi, explicou que a aplicação da Lei Maria da Penha vai além de simplesmente punir, afinal a referida lei determina a existência de uma rede de atendimento interdisciplinar para a mulher. Mais que isso, explicou que foram realizados estudos que concluíram que a conciliação não é a forma mais adequada de se tratar casos de violência doméstica (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2017, online). De acordo com a mesma, o “sistema interamericano de direitos humanos já aponta riscos e proíbe o uso de conciliação e mediação nos casos de violência doméstica. Demoramos 30 anos para entender que esse mecanismo não é adequado para enfrentar a violência doméstica” (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2017, online).

Em sentido oposto, há aqueles que defendem a aplicação da Justiça Restaurativa na solução de conflitos domésticos seria a forma mais eficaz de alcançar os objetivos “atribuídos originalmente ao sistema penal de censurar o comportamento, proteger a vítima, reduzir a reincidência e reintegrar o agressor” (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALAZZO, 2021, p. 84). Do mesmo modo, Fabeni (2013, p. 151) assevera que a utilização da Justiça Restaurativa no trato da violência doméstica contra a mulher é um instrumento que busca a satisfação das necessidades e a restauração dos laços afetivos fragilizados (isso, aqui, não significa dizer que haverá, necessariamente, uma reconciliação).

Assim, conforme já referido anteriormente, não se almeja, com as práticas restaurativas, a reaproximação do casal para a convivência doméstica. Em verdade, o objetivo da Justiça Restaurativa é que vítima e agressor seguem em frente com suas vidas e acabam com acabando com os ciclos de reprodução de papéis e da própria violência (DIEHL; PORTO, 2018, p. 699-700). Assim, a Justiça Restaurativa não se trataria de buscar o perdão ou a reconciliação dos envolvidos, embora seja uma consequência possível (caso assim desejem as partes); as práticas restaurativas não devem ser confundidas com mediação (ZELL; PORTO, 2015, p. 4). São

entendimentos assim que, segundo Zell e Porto (2015, p. 4) que deturpam sua correta aplicação.

Nessa mesma esteira, explica Zehr (2008, p. 18) que nos casos de violência doméstica, para além da necessidade de reparação dos danos causados, é preciso que se suprima os episódios de violência, isto é, deve haver uma verdadeira mudança no relacionamento das partes, não se pode apenas voltar ao estado anterior. Tal mudança é importante na medida em que a violência doméstica não se resume a lesões ou ameaças, englobando, também, as mais diversas situações que envolvem o convívio familiar (filhos, divisão de bens, etc). Deste modo, as práticas restaurativas buscam, para além do empoderamento da vítima, refrear as constantes reincidências dos agressores, o alastramento da violência familiar, além de preservar integridade física e moral dos filhos e demais envolvidos (GOMES; GRAF, 2016, p. 4-5). Não obstante, propõem, também, estabelecer um canal aberto de diálogo entre as partes (e não a reconciliação do casal), em razão da necessidade de decisões futuras concernentes aos filhos, aos bens, etc (SILVA; LIMA, 2019, p. 21). Nesta feita, Zell e Porto afirmam que:

a instituição de práticas restaurativas configura-se um novo olhar na esfera judiciária, nas relações familiares e comunitárias, abrindo um horizonte de participação democrática e de autonomia, ao construir espaços específicos que possibilitam o diálogo pacífico entre as partes envolvidas em um conflito (ZELL; PORTO, 2015, p. 4).

Acerca dos benefícios da aplicação da Justiça Restaurativa em situações de violência doméstica contra a mulher, compilando os resultados obtidos na pesquisa do CNJ (2018), Mioduski, Olegario e Mandalozzo apontam como sendo os principais deles:

1. Empoderamento das vítimas – o procedimento restaurativo pauta-se na garantia da fala da vítima e da escuta qualificada de todos os participantes, de modo a devolver a mulher o comando da situação, pois que o conflito retorna à sua posse.
2. Ambiente favorável à discussão de conflitos paralelos e subjacentes - A forma como os processos restaurativos são conduzidos, com observância dos princípios e valores, favorece a discussão de conflitos paralelos à agressão denunciada e que dão causa ou geram consequências aos envolvidos. Esta é uma demanda real e que provoca frustração das vítimas com o sistema processual brasileiro.

3. Respeito aos interesses e escolhas da vítima - Nem todas as vítimas desejam a punição do agressor, grande parte das vítimas procuram o Poder Judicial para prevenir ou interromper a violência.
4. Potencial de evitar a prática de novas agressões do mesmo agressor contra a mesma vítima – A experiência de diálogo e conexão, na qual as partes têm a oportunidade de falar e de ser ouvido, possibilita às partes a entender as necessidades e os pedidos de cada uma.
5. Satisfação das vítimas - O processo restaurativo proporciona o sentimento de justiça e de segurança à vítima, a qual tem a oportunidade de falar e de participar ativamente de todo o procedimento, além de sua subjetividade ser respeitada (MIODUSKI; OLEGARIO; MANDALOZZO, 2021, p. 84-85).

Imperioso, por fim, salientar a necessidade de atenção acerca de alguns dos cuidados que devem ser observados na aplicação da Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, compilados por Ávila (2020, p. 222-224): a) o processo restaurativo seria adicional ao processo tradicional, não se configurando como um substituto ou uma pré-condição;

b) as práticas restaurativas seriam aplicadas às vítimas que assim desejassem (e não para todas as vítimas);

c) a vítima, antes de concordar ou não em se submeter a esse processo, seria juridicamente aconselhada de todas as suas opções e preparar a mesma para a decisão (não colher a decisão em um único ato processual);

d) o infrator também deve concordar em participar do processo restaurativo;

e) capacitação dos profissionais, a fim de não se endossar institucionalmente visões estereotipadas e sexistas de papéis, revitimizando as mulheres;

f) a aplicação de práticas restaurativas deveria levar em conta um critério de elegibilidade (certos níveis de agressão tornariam a restauração não aconselhável, por exemplo);

g) criação de diretrizes específicas para a Justiça Restaurativa aplicada no contexto da violência doméstica, que incluiriam avaliação de risco e procedimentos de preparação individualizados às necessidades das vítimas, prévia assunção de responsabilidade pelo infrator, entre outros;

h) avaliação do melhor momento para a aplicação de práticas restaurativas, evitando-se momentos de vulnerabilidade emocional ou econômica da vítima

i) os resultados possíveis desse processo deveriam ser previamente previstos e seu cumprimento efetivamente monitorado, levando em consideração que o objetivo primordial é a reparação da violência e promoção da proteção à mulher;

j) eventuais acordos cíveis firmados ao longo do processo restaurativo seria avaliados pelo mediador e pelo juiz, de forma a evitar que a desproporção de poderes induza a mulher a acordos que lhe sejam prejudiciais.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, percebe-se que a violência doméstica e familiar tem como vítimas mulheres de todas as idades, religiões, orientações sexuais, etnias e pode se materializar das mais diversas formas: moral, física, sexual, psicologicamente e, até mesmo, patrimonial. Mais que isso, esse não é um fenômeno recente.

Neste sentido, durante muito tempo, no Brasil e no mundo, o papel social desempenhado pela mulher evidenciava sua subordinação e submissão ao homem e justificava a opressão sofrida por esta. É no século XIX que se tem notícia da primeira onda do Movimento Feminista, na busca por maior proteção e garantia de direitos às mulheres. Desde então, diversas foram as conquistas do Movimento Feminista. No Brasil, esse movimento ganhou força a partir da segunda metade do século XX, podendo-se citar dentre as conquistas em prol das mulheres a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984, a criação, em 1985, no Estado de São Paulo, na Secretaria da Segurança Pública, a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher (DDM) pelo decreto estadual nº 23.769, de 06/08/1985, entre outros.

Ainda, em 2007 é sancionada no país uma lei específica, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que tem por objetivo proteger vítimas de violência doméstica. Esta lei constitui uma conquista importante dos movimentos feministas no enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil, uma vez que criou vários mecanismos de repressão e prevenção da violência.

Entretanto, a despeito de todos os mecanismos desenvolvidos, que, inegavelmente, auxiliam no enfrentamento da violência doméstica,



ainda é longo o caminho a ser percorrido para erradicar a violência de gênero. Na medida em que, mesmo com a sanção da Lei nº 11.340/06, os índices de violência continuam elevados. Assim, diversos teóricos apontam que um dos motivos que pode explicar esse quadro é a verdadeira inadequação do sistema penal tradicional em resolver crimes dessa natureza, isto porque, as respostas penais oferecidas são pouco variadas, resumidas basicamente no encarceramento.

Diante desse quadro, hodiernamente, muitas são as propostas de evolução e transformação do processo penal, a fim de torná-lo em um instrumento mais eficaz, que busque a resolução dos novos conflitos. Busca-se, deste modo, maior celeridade e simplificação procedimental, a fim de tornar o processo penal mais eficaz e menos moroso. Assim, tem-se o advento das propostas de justiça penal consensual. Dentro deste contexto de consensualidade, parte da doutrina passa a ver na justiça restaurativa uma alternativa ao atual paradigma retributivo. Afinal, o método restaurativo propõe que o referido crime seria, antes de mais nada, um conflito entre dois indivíduos, devendo ambos serem protagonistas do processo na busca por uma solução adequada e eficaz.

Portanto, após a investigação de posicionamentos contrários e favoráveis à aplicação de práticas restaurativas na resolução de conflitos domésticos e familiares, percebe-se que existem diferentes perspectivas acerca da relação entre Justiça Restaurativa e violência doméstica contra a mulher. Nesta toada, algumas correntes entendem que as práticas restaurativas não seriam uma resposta “forte” o suficiente às infrações cometidas, ocorrendo, assim, uma verdadeira banalização dos horrores enfrentados diariamente por diversas mulheres. Por outro lado, há aqueles que afirmam que aplicação da Justiça Restaurativa nesses casos traria imensos benefícios, não só à vítima, mas ao infrator e a toda a sociedade. De qualquer modo, entende-se que esse é um tema complexo e que deve ser tratado com cautela e em constante diálogo com a sociedade, de modo a garantir a melhor proteção da mulher e evitar retrocessos na busca pela quebra do ciclo da violência baseada em gênero.

## **6 REFERÊNCIAS**

ACOSTA, Daniele Ferreira; GOMES, Vera Lucia de Oliveira; BARLEM, Edison Luiz Devos. Perfil das ocorrências policiais de violência contra a mulher. *Acta Paulista de Enfermagem*, São Paulo, v. 26, n. 6, p. 547-53., 2013. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ape/a/Rskb4kPqDGTn6WyYhcJLpKN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 8 dez. 2021.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Especialistas criticam uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra mulher**. 27 de set. de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/523960-especialista-s-criticam-uso-da-justica-restaurativa-em-casos-de-violencia-domestica-contra-mulher/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Lei do Feminicídio faz cinco anos**. 09 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/643729-lei-do-feminicidio-faz-cinco-anos/>. Acesso em: 26 mai. 2021.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Justiça restaurativa e violência doméstica: contribuição ao refinamento das garantias processuais de proteção às mulheres. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 204-231, 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/103251>. Acesso em: 9 dez. 2021.

BARROS, Sônia; CAMPOS, Paulo Fernando; FERNANDES, João José. **Atenção à saúde de populações vulneráveis**. São Paulo: Manole, 2014.

BARSTED, L.L. O feminismo e o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil. In: SARDENBERG, C.M.B., and TAVARES, M.S (org.). **Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento** [online]. Salvador: EDUFBA, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Violência: uma epidemia silenciosa**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Brasília: CONASS (Conass Documenta, 15), 2007.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 05 dez.2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de Agosto de 2006**. Lei Maria da Penha Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2013**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13104&ano=2015&ato=defMTS65UNVpWTacb>. Acesso em: 8 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de ações programáticas estratégicas. **Atenção integral para mulheres e adolescentes em situação de violência doméstica e sexual**: matriz pedagógica para formação de redes. Brasília: 2006.

COSTA, Carlos Eduardo de Mira. Processo Penal Consensual: linhas gerais **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 02 dez 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38249/processo-penal-consensual-linhas-gerais>. Acesso em: 02 dez 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 30 nov. 2021

DICK, Vera Lucia; MALECARNE, Vilmar. Justiça Restaurativa e Círculo da Paz: combatendo a violência com o cuidado. In: PARANÁ. Secretaria de Estado da Educação. Superintendência de Educação. **Os desafios da escola pública paraense na perspectiva do professor PDE**, 2014, Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Programa de Desenvolvimento Educacional. – Curitiba: SEED, 2016. v.1. Disponível em:

DIEHL, Rodrigo Cristiano; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: o poder judiciário no enfrentamento à violência contra mulher. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 3, p.689-709, set./dez. 2018.

FABENI, Lorena Santiago. **Justiça Restaurativa e a violência doméstica cometida contra a mulher**. 2013. 184 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7361>. Acesso em: 9 dez. 2021.

FELTRIN, T.; BATISTA, N. L.; CORREA, G. C.; BECKER, E. L. S. O século XX para o Feminismo no Brasil. **RELACult - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**, [S. l.], v. 4, 2018. Disponível em: <https://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/734>. Acesso em: 29 nov. 2021

FURQUIM, Saulo Ramos. A Justiça Restaurativa e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 1, n. 2, p. 1899-1934, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [s. l.], v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set 2015.

GIMENEZ. Charlise Paula Colet. A justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflitos. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro (RIDB)**, São Paulo, ano 1, n. 10, p. 6055-6094, 2012. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica\\_restaurativa/jr\\_instrumento\\_de\\_paz\\_social.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/jr_instrumento_de_paz_social.pdf). Acesso em: 24 nov. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação. **Jus**. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa> Acesso em: 24 nov. 2021.

GOMES, Jurema Carolina da Silveira; GRAF, Paloma Machado. **Circulando relacionamentos: uma nova abordagem para os conflitos decorrentes da violência de gênero**. Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, p.1-12, 2016.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima. **A agressão conjugal mútua na perspectiva da justiça restaurativa: a Lei Maria da Penha sob questão**. 2012. 314 p. Tese (Doutorado Psicologia Clínica e Cultura) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10697>. Acesso em: 1 dez. 2021.

HEISE, L.; PITANGUY, J.; GERMAIN, A. **Violencia contra la mujer: la carga oculta sobre la salud**. Washington DC: Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud, 1994.

MARSHALL, T. F. Evolution of Restorative Justice in Britain. **European Journal on Criminal Policy and Research**, [s. l.], v. 4, n. 4, p. 21-43, 1996.

MILHOMEM, Leonardo Dantas; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa. **Revista de Processo**, v. 318. ano 46. p. 51-74. São Paulo: Ed. RT, ago/2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Procuradoria-Geral da República. Especialistas criticam recomendação do CNJ sobre aplicação de Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica**. [29 de setembro de 2017]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/em-audiencia-publica-especialistas-criticam-recomendacao-do-cnj-sobre-aplicacao-de-justica-restaurativa-em-casos-de-violencia-domestica>> Acesso em: 01 nov. 2021.

MIODUSKI, Bianca Maria; OLEGARIO, Mariane Leticia Pedroso; MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto. Justiça Restaurativa e feminismo não-carcerário: contribuições para o enfrentamento da violência contra as mulheres. *In*: ORTH, Gláucia Mayara Niedermeyer; GRAF, Paloma Machado; MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto; CANTARELLI, Viviane Pereira de Ornellas. **Diálogos sobre justiça restaurativa: reflexões entre GEJUR/ UEPG e CJR/OABSP**. Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2021. cap. 4, p. 74-88.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração sobre a eliminação da violência contra as mulheres**. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/104, de 20 de Dezembro de 1993. 1993. Disponível em: [https://popdesenvolvimento.org/publicacoes/temas/descarregar-ficheiro.html?path=4\)+-Direitos+Humanos%2Fc\)+G%C3%A9nero%2FDeclara%C3%A7%C3%A3o+So+bre+A+Elimina%C3%A7%C3%A3o+Da+Viol%C3%Aancia+Contra+As+Mulheres.pdf](https://popdesenvolvimento.org/publicacoes/temas/descarregar-ficheiro.html?path=4)+-Direitos+Humanos%2Fc)+G%C3%A9nero%2FDeclara%C3%A7%C3%A3o+So+bre+A+Elimina%C3%A7%C3%A3o+Da+Viol%C3%Aancia+Contra+As+Mulheres.pdf). Acesso em: 26 nov. 2021.

NOVAIS, Maysa Carvalhal dos Reis. **Justiça Restaurativa em crimes de violência doméstica**: por uma práxis decolonial a partir do feminismo não-carcerário. Editora Dialética. 2020.

OLIVEIRA, Carlíane Ribeiro de. O Enfrentamento ao Fenômeno da Violência Doméstica e as Formas de Atendimento à Mulher. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, São Paulo, ano 5, ed. 12, vol. 13, p. 134-172, dez. 2020

OLIVEIRA, Tássia Loiuze de Moraes. **Justiça restaurativa: um novo paradigma de justiça criminal.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, ano 16, n. 50, p. 233-255, jul./dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Eradicar a Violência Contra a Mulher: “Convenção de Belém do Pará”.** Belém do Pará, 09 jun. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: A afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Responsabilidades.** Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013.

PASINATO, Wânia. Oito Anos de Lei Maria da Penha: Entre Avanços, Obstáculos e Desafios. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 2, n. 23, p.533-545, maio 2015.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, História e Poder. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/GW9TMRsYgQNzxNjZNcSBf5r/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 9 dez. 2021.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In. SLAKMON, C.R. De Vitto; R. Gomes Pinto (org). **Justiça Restaurativa.** Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia (Coord.). **CEDAW: Relatório nacional brasileiro: Protocolo facultativo.** Brasília: Ministério da Justiça, 2002. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POZZOBON, Graziela Neves; LOUZADA, Marcelle Cardoso. **A Justiça Restaurativa como ferramenta alternativa para resolver os conflitos de gênero nas relações domésticas.** In: Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, Santa Cruz do Sul, 2013. Disponível em: [http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao\\_e\\_jr/article/view/10916](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10916)> Acesso em: 28 nov. 2021

SAFFIOTI, H.I.B.E. Violência contra a mulher e violência doméstica. In: BRUSCHINI, C.; UMBEHAUM, S. (Orgs.). **Gênero, democracia e sociedade brasileira**. São Paulo: Fundação Carlos, 2002. p. 321-338. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/248616/Viol%C3%Aancia+contra+a+mulher+e+viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica+H.+Saffioti.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

SAFFIOTI, H. I. B. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. **São Paulo em perspectiva**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 82-91, 1999.

SANTOS, Ana Lúcia dos. **Delegacia da Mulher**:: um lugar de queixas - queixas de um lugar. 2007. 191 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências e Letras Assis – Universidade Estadual Paulista, Assis, 2007. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/97684/santos\\_al\\_me\\_assis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/97684/santos_al_me_assis.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 9 dez. 2021.

SANTOS, Jeová Rodrigues dos. **O fenômeno da violência contra a mulher na sociedade brasileira e suas raízes histórico-religiosas**. 2014. 258 f. Tese (Doutorado em Ciências da Religião) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2014. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/766/1/JEOVA%20RODRIGUES%20DOS%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito: Perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, M.V. Violência contra a mulher: quem mete a colher? São Paulo: Cortez, 1992.

SILVA JÚNIOR, Valderi Pontes da; PEREIRA, Cláudia de Moraes Martins. A aplicação da Justiça Restaurativa na resolução de conflitos envolvendo crimes de violência doméstica contra mulher: a desconstituição da cultura do modelo penal punitivista. **Âmbito Jurídico**. 01 de out. de 2020. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-aplicacao-da-justica-restaurativa-na-resolucao-de-conflitos-envolvendo-crimes-de-violencia-domestica-contra-mulher-a-desconstituicao-da-cultura-do-modelo-penal-punitivista/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-aplicacao-da-justica-restaurativa-na-resolucao-de-conflitos-envolvendo-crimes-de-violencia-domestica-contra-mulher-a-desconstituicao-da-cultura-do-modelo-penal-punitivista/#_ftn1). Acesso em: 24 mai. 2021.

SILVA, Artenira da Silva e Silva; LIMA, Dandara Miranda Teixeira de. O paradigma da justiça restaurativa frente à justiça retributiva: reflexões sobre os limites e possibilidades da sua aplicação em casos de violência doméstica contra mulheres. **Questio Iuris**. Rio de Janeiro, vol.12, n. 2, p. 1-31, 2019.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship**. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

WENDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, p. 279 - 306, São Paulo: Ed. RT, /Jun. 2019.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

ZELL, Maristela; PORTO, Rosane Teresina Carvalho. **A aplicação das práticas restaurativas na violência doméstica e familiar: possibilidades e limites**. In: XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, p.1-17, 2015.



# ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DO SISTEMA GLOBAL E DAS REGRAS DE BANGKOK

**Giovanna de Carvalho Jardim**

Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do grupo de pesquisa do CNPq “Constituição e Sociedade” e do grupo de pesquisa do PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. Advogada. E-mail: g-jardim@hotmail.com.

**Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

Pós-doutora em Direito pela UFSC, Doutorado e Mestrado pela UFPR. Professora na FMP, FURG e FURB. Pesquisadora CNPq e FAPERGS. Advogada. E-mail: fabiana7778@hotmail.com.

**Resumo:** A sociedade apresenta caráter patriarcal, acentuando desigualdades de gênero que refletem nas normas jurídicas e, conseqüentemente, na população carcerária. Por isso, o presente artigo tem por objetivo geral refletir e estudar os direitos que as mulheres, principalmente encarceradas, possuem em âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Enquanto objetivos específicos, visa-se, em um primeiro momento, discorrer sobre os principais instrumentos de proteção das mulheres no sistema global de direitos humanos, e, posteriormente, apresentar os direitos previstos nas Regras de Bangkok, focando na implementação destas pelo Brasil. Enfatiza acerca da medida em que as mulheres presas possuem proteção do direito internacional dos direitos humanos do sistema ONU. Para tanto, utilizou-se, principalmente, da abordagem hipotética-dedutiva, técnica de pesquisa essencialmente bibliográfica dos instrumentos de proteção do sistema global de direitos humanos e obras importantes a respeito do assunto, bem como relatórios, legislações e decisões. Por meio deste, foi possível concluir que há uma ampla normatividade que contempla as especificidades femininas, mas ainda faltam políticas de implementação em nosso país.

**Palavras-chave:** encarceramento feminino; direito internacional dos direitos humanos; regras de bangkok.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde 2010, com a aprovação das Regras de Bangkok da Organização das Nações Unidas, têm ocorrido maiores análises sobre a situação das mulheres na prisão, com alguns movimentos para melhorar as condições e oportunidades de reabilitação para as mulheres. Contudo, apesar dos maiores avanços, a população carcerária feminina continua a aumentar em muitos países e regiões.

O encarceramento feminino em massa é um problema contemporâneo, que decorre das graves deficiências jurídicas. Com isso, o aumento exponencial da população carcerária feminina no Brasil, nos últimos anos, documentado pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2019, faz emergir questionamentos. Vivemos em uma sociedade de caráter patriarcal, de forma que as mulheres não são colocadas como prioridade das preocupações por parte do Estado.

Dentre as várias questões que ainda não apresentam respostas concretas na conjuntura carcerária, a pesquisa partirá do seguinte problema: “Em que medida as mulheres presas possuem proteção do direito internacional dos direitos humanos do sistema ONU?”. A finalidade é demonstrar se, mesmo com inúmeras normativas internacionais, ser mulher ainda se demonstra como um obstáculo na aplicação e efetivação de direitos no encarceramento em nosso país.

Por isso, o presente estudo tem como objetivo geral refletir e estudar os direitos que as mulheres, principalmente encarceradas, possuem em âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Para tanto, enquanto objetivos específicos, visa-se, em um primeiro momento, discorrer sobre os principais instrumentos de proteção das mulheres no sistema global de direitos humanos, e, posteriormente, apresentar os direitos previstos nas Regras de Bangkok.

Nessa toada, a presente pesquisa privilegiou o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica dos instrumentos de proteção do sistema global de direitos humanos e obras importantes a respeito do assunto, bem como relatórios, legislações e decisões.

A relevância do trabalho reside em contribuir para as discussões concernentes a este tema, por meio de uma análise pouco explorada, ou

seja, do direito internacional, com ênfase nas pouco conhecidas “Regras de Bangkok”, que o Brasil participou ativamente para a aprovação em Assembleia Geral da ONU.

Portanto, o artigo enfatizar-se-á, inicialmente, de questões introdutórias de Direitos Humanos, passando pelos principais instrumentos do sistema global, com ênfase naqueles que salvaguardam, de alguma forma, os direitos das mulheres privadas de liberdade. Por fim, abordar-se-á acerca das Regras de Bangkok, pois são voltadas especificamente para a parcela populacional em questão.

## **2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Os direitos humanos estão ligados às normas de índole internacional, advindas do sistema global ou regional de proteção, contra violações e arbitrariedades de um Estado, em relação às pessoas sujeitas à sua jurisdição (MAZZUOLI, 2017, p. 23-25). De acordo com Ramos (2016, p. 29), esses direitos são indispensáveis e essenciais para uma vida livre, igual e digna. Não existe um rol predeterminado de direitos mínimos, pois as necessidades humanas são variantes, a depender do contexto histórico vivido, com demandas sociais que devem ser traduzidas para o âmbito jurídico, através dos direitos humanos.

Seu fundamento, portanto, consiste na própria existência da pessoa, com as seguintes características: 1. historicidade; 2. universalidade; 3. essencialidade; 4. irrenunciabilidade; 5. inalienabilidade; 6. inexauribilidade; 7. imprescritibilidade; 8. vedação do retrocesso (MAZZUOLI, 2017, p. 30). A dignidade humana, prevista na Constituição Federal, constitui valor importante no ordenamento jurídico. No mesmo sentido, em instrumentos internacionais, “é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes *conteúdo ético*” (RAMOS, 2016, p. 77, grifo do autor).

Como primeiro direito, entre todos, há o direito a ter direitos, em consonância com o entendimento de Hannah Arendt, explicado por Lafer (1997, p. 58), que, para Ramos (2016, p. 31), constitui a consequência de uma sociedade pautada na defesa de direitos (sociedade inclusiva). No mesmo sentido, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal ao assumir que o direito a ter direitos é a prerrogativa básica e essencial, este pressuposto viabiliza os outros direitos e a liberdade, sendo cabível a

qualquer pessoa, mas, em particular, aos que nada têm e de tudo necessitam (BRASIL, 2008).

Com a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos serviram como uma reação da sociedade internacional em relação às atrocidades cometidas no período. Os principais precedentes históricos são o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho – OIT (MAZZUOLI, 2017, p. 59-60). Nesse sentido, surge a responsabilização dos Estados, que tem por objetivo atribuir a uma potência soberana a responsabilidade quanto à prática de uma ação atentatória ao direito internacional, com a reparação pelos prejuízos sofridos. Vale salientar que os Estados são os principais obrigados em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, advindo disso a sua responsabilização pelas violações. Por princípio fundamental da responsabilidade, tem-se a ideia de justiça referente aos compromissos assumidos no cenário internacional, com duas finalidades principais: preventiva (coerção psicológica aos Estados) e repressiva (reparação do dano ao sujeito prejudicado) (MAZZUOLI, 2017, p. 39-41).

A estrutura normativa internacional dos direitos humanos é composta por um sistema global (Organização das Nações Unidas – ONU) e sistemas regionais (africano, americano e europeu). Tais sistemas são coexistentes e complementares; assim, em caso de falta de solução em um sistema regional, a vítima pode utilizar-se do sistema global, e vice-versa. O sistema global apresenta caráter geral e específico, com amplo debate na ONU sobre direitos humanos e sua proteção. No mesmo sentido, no sistema regional também se encontram instrumentos de caráter geral (alcançam todas as pessoas) e específico (alcançam apenas determinados sujeitos) (MAZZUOLI, 2017, p. 66-68).

### **3 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DAS MULHERES DO SISTEMA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS**

O sistema global, vinculado às Nações Unidas, é composto por diversos tratados, que vão além da Carta Internacional de Direitos Humanos. Ele envolve, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos Internacionais de 1966, servindo como uma reafirmação do compromisso da ONU após a Guerra Fria (RAMOS, 2016, p. 152).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi pensada a partir da Carta das Nações Unidas, com o propósito de positivação de direitos mínimos dos seres humanos, sendo considerado um marco normativo de

proteção do sistema global e um suporte axiológico. Serve como fonte de inspiração para outros instrumentos, em âmbito global e regional, inclusive sendo referenciado (MAZZUOLI, 2017, p. 83-88). Conforme Pereira e Quadros (2009, p. 283-284), citados por Mazzuoli (2017, p. 90), no Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos EUA em Teerã, a Corte Internacional de Justiça considerou a Declaração Universal dos Direitos Humanos como um costume, integrando, portanto, as normas do *jus cogens* (hierarquicamente superiores, impostas a todos, imperativas e inderrogáveis).

Logo no artigo 1º da Declaração, enuncia-se que todos são iguais em dignidade e direitos. No artigo 2º, há a proibição de distinções por quaisquer condições, e no artigo 5º, a proibição de tortura, assim como tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. No artigo 25 (2), temos a garantia de cuidados especiais para a maternidade e infância. Assim, mesmo as mulheres em situação de cárcere são dignas e merecedoras de respeito aos direitos humanos, com assistência específica (ONU, 1948).

A ONU tem firmado pactos e convenções, com a finalidade de assegurar direitos, tendo em vista que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não dispõe de meios técnicos de aplicação. Para tanto, há o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Assim, o objetivo dos pactos era de “conferir *dimensão técnico-jurídica* à Declaração Universal de 1948, tendo o primeiro Pacto regulamentado os arts. 1º ao 21 da Declaração, e o segundo os arts. 22 a 28” (MAZZUOLI, 2017, p. 99-101, grifo do autor).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem por finalidade a proteção e efetivação de direitos civis e políticos, com um rol mais amplo que o da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de maiores exigências de obrigações (MAZZUOLI, 2017, p. 104). Foi adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, para tornar vinculantes direitos contidos na Declaração de 1948, através de mecanismos de monitoramento dos Estados (RAMOS, 2016, p. 152).

Conforme o artigo 3º (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b), os Estados Partes devem assegurar aos homens e mulheres o igual gozo de direitos, sendo que a “lei deve proibir qualquer tipo de discriminação, de forma que toda e qualquer pessoa, independente de raça, cor, sexo, religião, opinião política, etc., sejam tratadas igualmente, pelo artigo 26” (RAMOS, 2016, p. 156). Pelo artigo 7º (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b), não podem ser submetidos à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desuma-

nos ou degradantes, e, no mesmo sentido, pelo artigo 10 (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b), a pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade. De acordo com Ramos (2016, p. 154), a pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e dignidade, de modo que as pessoas processadas devem estar em ambiente separado das condenadas e com tratamento diferenciado, com o propósito de reabilitação.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, apresenta a finalidade de proteção e judicialização, com um rol mais extenso de direitos de “segunda geração”, com normas programáticas (realização progressiva por parte dos Estados) (MAZZUOLI, 2017, p. 111-113). Foi adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, mas entrou em vigor apenas em 1976. De acordo com o Pacto, em seu artigo 12(1) (BRASIL, 1992a), a todos é garantido o desfrute em mais elevado nível de saúde física e mental, ou seja, os Estados Partes devem auxiliar na efetivação desse direito para qualquer pessoa, independente da situação na qual se encontre.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da ONU de 1979, salientando, desde o preâmbulo, “a importância de se *modificar* o papel tradicional do homem e da mulher na sociedade e na família para que se possa alcançar a *igualdade* plena entre homem e mulher” (RAMOS, 2016, p. 180, grifo do autor). Em seu artigo 1º, apresenta o significado de discriminação contra a mulher, que consiste em uma distinção, exclusão, restrição, que consista no sexo e que procure resultar em prejuízo ou anulação de reconhecimento da mulher, com base na igualdade entre homens e mulheres, direitos humanos e liberdade fundamentais, seja na conjuntura política, econômica, social, cultural, civil e qualquer outra. (ONU, 1979).

Entre as garantias previstas na Convenção, conforme o artigo 2º (ONU, 1979), os Estados Partes devem seguir uma política de eliminação da discriminação contra a mulher, inclusive no sentido de zelar pela obrigação no âmbito das instituições públicas (alínea “d”), o que abrange, portanto, os presídios brasileiros, sem que haja razão para tratamento desigual entre homens e mulheres, exceto no caso de maternidade (como visto anteriormente). Em relação à assistência médica, as mulheres devem ter assistência apropriada durante a gravidez, no parto, e em momento posterior, bem como os Estados Partes devem eliminar toda e qualquer discriminação que possa ocorrer nesse âmbito. As mulheres encarceradas, nesse trilhar, são detentoras do direito de assistência quando grávidas, mesmo

que privadas do direito à liberdade (ONU, 1979). Conforme Ramos (2016, p. 184-185), os Estados devem adotar medidas políticas com o foco na eliminação da discriminação contra a mulher, que sejam apropriadas para seu pleno desenvolvimento e progresso, garantindo-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade e condições com o homem, além de ações afirmativas temporárias.

Nos termos do artigo 1º da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, tortura consiste em atos que resultem em dores e sofrimentos agudos, sejam físicos ou mentais, realizados de forma intencional, com o objetivo de obter informações/confissões, castigar por ação cometido e, até mesmo, para intimidar/coagir, quando realizados por pessoas em funções públicas ou com seu consentimento (BRASIL, 1991).

Portanto, certos atos cometidos por funcionários em prisões, que estejam em acordo com os seguintes elementos, devem ser punidos como crimes de tortura: “(i) natureza do ato, dolo do torturador, (ii) finalidade, (iii) envolvimento direto ou (iv) indireto de agente público” (RAMOS, 2016, p. 186). Os Estados, nesse sentido, devem tomar meios eficazes para impedir tais atos, através de medidas administrativas, legislativas ou judiciais, sem que possa haver a alegação de “circunstâncias excepcionais” para condutas de tortura, nem mesmo justificação de ordem superior de autoridade (artigo 2º) (BRASIL, 1991).

A respeito das crianças, filhas de mães presas, foi realizada a Convenção sobre os Direitos das Crianças das Nações Unidas. Ela está em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, trazendo o direito das crianças de receberem cuidados e assistências especiais, tendo em vista o seu período de desenvolvimento e sua falta de maturidade física e mental (RAMOS, 2016, p. 195). Pelo artigo 9º, as crianças não devem ser separadas de seus pais, salvo em caso de melhor interesse, com a oportunidade de todas as partes participarem e manifestarem suas opiniões sobre a situação. Em caso de separação de mães e filhos em âmbito prisional, eles devem manter relações pessoais e contatos diretos, de forma a evitar o rompimento de laços familiares e de afeto. Se a criança permanecer junto à mãe, como já dito, as penitenciárias devem estar adequadas para atender às suas necessidades à nível de desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social (BRASIL, 1990a; BRASIL, 1990b).

De acordo com o Protocolo de Istambul, os Estados devem conceber tanto regras, quanto procedimentos, a fim de registrar os casos de tortu-

ra, com a devida orientação acerca da prevenção. No Brasil, o Protocolo foi recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014 (RAMOS, 2016, p. 195). Ademais, a Declaração e Programa de Ação de Viena destaca a universalidade, indivisibilidade e interrelação dos direitos humanos, de forma que a comunidade internacional deve dar-lhes importância global, além de reafirmar os direitos das mulheres, que são prioritários na eliminação de qualquer forma de discriminação (RAMOS, 2016, p. 219).

Pelo anexo da Resolução nº 43/173 da Assembleia Geral da ONU, foi concebido o conjunto de princípios para a proteção de todos os indivíduos sob qualquer forma de detenção ou encarceramento. Por esse conjunto de princípios, os indivíduos presos devem ser tratados de forma humana, pela dignidade intrínseca a toda e qualquer pessoa (princípio 1), assim, os direitos humanos não podem ser restritos ou derogados (princípio 2). Em conformidade com outros instrumentos de direitos humanos, há o princípio de não discriminação e a proteção prioritária das mulheres, especialmente lactantes e gestantes (princípio 5), bem como a proibição de tortura, tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante (princípio 6). Entre outros tantos princípios, há o 19, que garante o direito de visita e correspondência, com oportunidades de comunicação, sendo facilitado tal direito através do princípio 20, com a possibilidade de o detento ser mantido encarcerado em local próximo à sua residência. Ademais, devem ser garantidas condições de segurança e boa ordem do local (princípio 25), tratamentos e cuidados médicos (princípio 24) e materiais educativos, culturais e informativos (princípio 28) (BRASIL, 2009b).

Em conformidade ao anexo da Resolução nº 45/111 da Assembleia Geral da ONU, tem-se os princípios básicos para o tratamento de prisioneiros. A custódia dos prisioneiros deve estar alinhada aos objetivos sociais e responsabilidades estatais de bem-estar e desenvolvimento dos membros da sociedade (princípio 4), de modo que devem ocorrer esforços e incentivos para a abolição do confinamento em solitária (princípio 7). O princípio 5 é de grande importância, no sentido de preservação dos direitos humanos e liberdades fundamentais da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e seu Protocolo Opcional, assim como outros direitos definidos em outros instrumentos da Organização das Nações Unidas. Além disso, os presos devem participar de atividades culturais e educacionais (princípio 6), realizar trabalhos remunerados significativos para reinserção no mer-



cado de trabalho e para sustento da família (princípio 8) e ter a facilitação da sua reintegração à sociedade (princípio 10) (BRASIL, 2009b).

No 37º Período de Sessões do Comitê de Direitos Humanos da ONU (1990), foi concedido o comentário geral nº 18, que trata da não discriminação. Nesse sentido, as garantias de homens e mulheres, no sentido de gozo de direitos, não compreende um tratamento igual em todas as instâncias, pois existem situações de grande vulnerabilidade, como é o caso da gravidez. Assim, pelo comentário geral nº 28 (§ 15), aprovado pelo Comitê em sua 1.834ª sessão (68º período de sessões), em 2000, traz que “as mulheres privadas de liberdade devem receber sempre tratamento humano e respeito pela sua dignidade inerente, em particular durante o parto e enquanto cuidam de seus filhos recém-nascidos” (NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

O comentário geral nº 21 do Comitê de Direitos Humanos, do 44º Período de Sessões (1992), aborda sobre o tratamento humano de pessoas privadas de liberdade, impondo, conforme o parágrafo 4º, o respeito à dignidade, como regra fundamental e universal, garantida nas mesmas condições que as pessoas livres (§ 3º). Nesse mesmo comentário, é previsto tratamento diferenciado para presos provisórios, através da segregação, visto que “é necessária para enfatizar sua condição de pessoas não condenadas que, ao mesmo tempo, gozam do direito de serem presumidas inocentes” (§ 9º). Já o comentário geral nº 20, do mesmo Período de Sessões, trata da proibição de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, no sentido de garantia da integridade física e mental dos indivíduos (§ 2º), ou seja, abrange “não apenas aos atos que causam dor física, mas também aos atos que causam sofrimento mental à vítima” (§ 5º) (NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

O comentário geral nº 14 do Comitê dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos da ONU, do 22º período de sessões (2000), versa sobre o mais elevado nível possível de saúde. A saúde, portanto, abrange tanto causas socioeconômicas, que proporcionam condições para uma vida saudável, quanto outros fatores implícitos, como alimentação e nutrição, habitação, acesso à água limpa e potável, e condições sanitárias, trabalhistas e ambientais adequadas e sadias (NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

Assim, o governo brasileiro tem a obrigação de respeitar, proteger e cumprir o direito internacional à saúde (§ 33). É considerada prática violatória a discriminação em relação às necessidades da mulher e seu estado de saúde (§ 34), inclusive, entre as obrigações prioritárias, devem dedicar-se com atenção à saúde reprodutiva e materna (pré-natal e pós-natal) (§ 44, alínea “a”). Em relação aos grupos fragilizados e marginalizados, deve ser garantida a introdução aos centros, bens e serviços relacionados à saúde, sem quaisquer discriminações (§ 43, alínea “a”) (NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

Em concordância com a recomendação geral nº 24 da vigésima sessão (1999) do Comitê para Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, deve ser dado cuidado especial às necessidades e direitos de saúde relacionados às mulheres que pertencem aos círculos mais vulneráveis e desfavorecidos (§ 6º), como é o caso das mulheres encarceradas. Já a recomendação geral nº 19 trata da violência contra as mulheres, no sentido de inclusão de ações “que infligem danos ou sofrimentos físicos, mentais ou sexuais, ameaças de tais atos, coerção e outras privações da liberdade”, o que abrange, por conseguinte, os atos praticados contra as presas quando relacionados ao seu gênero (NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2020).

Os instrumentos aqui trazidos são de grande importância no cenário dos direitos humanos, demonstrando que as mulheres, sejam elas livres ou encarceradas, são detentoras de diversos direitos, sem que estes possam ser desrespeitados pelos Estados, devido aos compromissos assumidos internacionalmente, a nível global. Além disso, é necessário tratar de forma mais detalhada sobre um documento da Organização das Nações Unidas: as Regras de Bangkok, que tratam especificamente do tema aqui proposto.

#### **4 REGRAS DE BANGKOK**

Tendo em vista que o sistema carcerário foi pensado, primordialmente, para homens, especialistas da ONU se reuniram com a finalidade de identificar os maiores problemas relacionados à população carcerária feminina, tendo em vista as peculiaridades do gênero não abordadas em outras ocasiões. Assim, surgiram, em 21 de dezembro de 2010, as chamadas Regras de Bangkok, que são 70 disposições das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mu-

lheres infratoras, servindo como um guia para os Estados Partes adotarem providências concretas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

As regras surgem como uma forma de os Estados assumirem um compromisso no atendimento à mulher presa, contemplando suas necessidades específicas e propiciando a aplicação dos direitos humanos. Ainda, pela primeira vez, foram abordadas as questões atinentes aos cuidados especiais das crianças que moram com suas mães nas prisões. Por isso, representam um marco histórico para o reconhecimento da equidade de gênero (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 18).

Essas regras não foram feitas para substituir as regras anteriores de tratamento dos presos. Pelo contrário, servem como um preenchimento das lacunas deixadas pelas Regras mínimas para o tratamento de reclusos, documento publicado em Genebra (ONU, 1955), que tinha por objetivo a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes, mas não tratava de assuntos como dignidade, acesso à saúde, direito de defesa, etc., que foram trazidos com as Regras de Mandela, em 2015 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016b).

As Regras reconhecem que nem todos os Estados apresentam as mesmas condições sociais e econômicas, de forma que as normas não precisam ser aplicadas da mesma maneira. Entretanto, estimula um empenho constante para superar as dificuldades na aplicação, tendo em vista o propósito comum de todos, que consiste na melhoria da situação das mulheres encarceradas, de seus filhos e de suas comunidades. Elas servem como incentivo para a adoção de legislação que estabeleça alternativas à prisão, priorizando o financiamento de tais sistemas. Além disso, são um convite para que os Estados-membros considerem as necessidades e realidades específicas das mulheres no momento de desenvolvimento de leis, procedimentos e políticas, inspirados nas Regras de Bangkok (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Apesar de o encontro entre os Estados-membros ter acontecido em 2010, somente em 2016 foi publicada a resolução pelo Conselho Nacional de Justiça no Brasil. O documento representa, no Direito Internacional, uma fonte de *soft law* ou *droit dur*, conforme o entendimento de que o rol do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (BRASIL, 1945) não é taxativo. É uma norma desprovida de força vinculante: seu descumprimento não acarreta sanções aos Estados. Conforme Mazzuoli (2015, p. 185), não se pode dizer que essa nova fonte não tem relevância no Direito

Internacional, pois sua importância está atrelada à prática internacional. Muitas vezes, essas regras objetivam comportamentos futuros dos Estados, de forma que consistem em orientações a serem seguidas.

É ressaltado que as Regras são inspiradas em princípios contidos em várias convenções e declarações das Nações Unidas (em acordo com as provisões internacionais), sendo dirigidas às autoridades penitenciárias (o que inclui os responsáveis por formular políticas públicas, os legisladores, o Ministério Público, o Judiciário e os funcionários/as encarregados de fiscalizar a liberdade condicional) e agências de justiça criminal envolvidas na administração de penas não privativas de liberdade e medidas em meio aberto. Ainda, compreendem que uma parte das mulheres que cometem crimes não demonstram risco à sociedade, de modo que seu encarceramento pode vir a criar obstáculos à sua reinserção social (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a, p. 16).

A respeito do cumprimento das Regras no país, seu principal instrumento de recomendação é a Carta de Brasília, um documento que resulta do ciclo de debates durante o seminário do Conselho Nacional de Justiça. O documento enfatiza a importância do poder público e da sociedade para detectar as causas estruturais da violência contra a mulher, assim como normas jurídicas discriminatórias, e colocam atenção sobre a necessidade de criação de políticas públicas para mulheres detidas ou em instituições prisionais (CAVALCANTI, 2011).

Entretanto, é sabido que muitas mulheres se encontram em situação de desamparo: o cárcere foi analisado, em grande parte, pela perspectiva masculina, de forma que ainda existe descaso estatal em relação às presas. De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a, p. 12), mesmo o nosso governo tenha se envolvido ativamente para a consolidação e elaboração das Regras de Bangkok, contribuindo para a aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, não houveram políticas públicas consistentes, demonstrando a falta de implementação e internalização de normas de direito internacional dos direitos humanos no Brasil.

As Regras são divididas em seções, de acordo com o conteúdo. A seção I trata da administração geral das instituições, aplicando-se a todas as categorias de mulheres presas, como entrada, registro, local de detenção, higiene pessoal, saúde, segurança etc. A seção II compreende as normas de categorias especiais, com temas de classificação e individualização, regime prisional e assistência pós-libertação, bem como pre-

visões especiais para gestantes, estrangeiros, presos indígenas e normas adicionais para o tratamento de menores. Já a seção III, trata das sanções e medidas não-custodiadas, com disposições especiais para gestantes, jovens e mulheres estrangeiras. Por último, a seção IV abrange a imprescindibilidade de investigar, planejar e avaliar, bem como de conscientizar a sociedade, através de informações (RODRIGUEZ, 2021).

Seu princípio básico, complementando a regra 6 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos, que prevê a não discriminação, é a consideração das necessidades distintas das mulheres em relação aos homens. Seus principais eixos de abordagem são de individualização, higiene, alocação, saúde, segurança, vigilância, capacitação de funcionários, família e amamentação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a). A discriminação de gênero se intensifica no cárcere, projetando-se em múltiplos aspectos relacionados ao tratamento. Assim, a norma busca prevenir padrões existentes de desigualdade da sociedade, requerendo a interpretação e aplicação dos regulamentos, políticas, procedimentos, programas e práticas institucionais, sob a perspectiva e sensibilidade do gênero (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 33-36).

Ao ingressar, as mulheres devem ser submetidas a uma série de procedimentos, tendo direito à assistência jurídica, à possibilidade de comunicar familiares, receber informações sobre o presídio etc. Também devem ter a possibilidade de, antes ou durante o ingresso, tomar providências a respeito das crianças que estão sob sua responsabilidade, devendo sempre prevalecer o melhor para elas. Além disso, estas deverão ser registradas, mas suas identidades são confidenciais, visando somente os interesses de uma melhor garantia de proteção. Procura-se, ainda, manter as mulheres em presídios que estejam perto do ambiente familiar ou local de reabilitação social, prevalecendo seus interesses próprios e a disponibilidade de programas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Em consonância com o acima exposto, o artigo 304 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), teve o §4º inserido pela Lei 13.257/16 (BRASIL, 2016), a fim de que, na lavratura do auto de prisão em flagrante, deverá conter a informações a respeito da existência de filhos, com as respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

A regra 2 destaca a preocupação com a possibilidade de abuso sexual ou outra forma de violência das mulheres e seus filhos menores,

além de procedimentos que deem resposta às necessidades específicas. Para tanto, os estabelecimentos devem contar com protocolos de recepção, a fim de dar atenção às problemáticas particulares. No momento de ingresso, devem ter acesso ao contato com familiares, receber assessoramento jurídico e serem informadas sobre seus direitos, deveres e responsabilidades. Além disso, pelo interesse superior das crianças, devem receber informações e assessoria sobre as alternativas de cuidados dos filhos menores e as consequências de cada uma. Ademais, em certas situações, pode-se substituir a prisão por medidas alternativas, como a prisão domiciliar (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 54-56).

A respeito do registro, salienta-se que, no Brasil, mais precisamente em São Luís, existe o projeto “Fortalecendo laços familiares”. Muitos filhos de detentas careciam de documentos de identificação, o que dificultava ou impedia a visita. Assim, a Defensoria Pública realizou o projeto para capacitar os filhos de pessoas privadas de liberdade, a fim de terem a documentação necessária para comprovar sua filiação. Sobre o lugar de aprisionamento, a realidade evidencia que, com a falta de estabelecimentos femininos, elas são transferidas para lugares longe de suas casas, comunidades, locais de residência e redes sociais de apoio (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 62-63).

Para elas, devem ser fornecidos os recursos higiênicos necessários para as especificidades das mulheres, como absorventes higiênicos, suprimento de água, principalmente para aquelas que trabalham na cozinha, estão grávidas ou em período menstrual. Ademais, devem fazer exames médicos no ingresso, como a avaliação da necessidade de cuidados básicos e especiais, tais quais a contaminação por infecções sexualmente transmissíveis – ISTs ou por doenças transmitidas pelo sangue, podendo fazer teste de HIV; análise dos cuidados psicológicos necessários, como, por exemplo, o tratamento de estresse pós – traumático e a possibilidade de suicídio; revisão do histórico da saúde reprodutiva; investigação da possibilidade de dependência em drogas, e, também, da ocorrência do sofrimento de qualquer forma de violência (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Acerca dos problemas de saúde, devem ser oferecidos tratamentos, apoio, e, além disso, trabalhar a prevenção, através do fornecimento de informações. Quando acompanhadas de crianças, elas também devem passar por exames médicos, analisados, de preferência, por um pediatra. Devem ser oferecidos cuidados específicos para as mulheres, e, de acordo

com a disponibilidade, na medida do possível, as profissionais de saúde devem ser mulheres (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Muitos Estados não garantem produtos de higiene suficientes, de forma que as mulheres são levadas a recorrer a soluções inadequadas durante o período menstrual, entrando em conflito com a dignidade humana. A regra 5, nesse sentido, exige fornecimento suficiente de água, instalações sanitárias e fornecimento de absorventes, de forma que não se crie constrangimento ou humilhação às mulheres (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 67-68). Além disso, o atendimento de saúde às mulheres privadas de liberdade deve seguir o princípio da equivalência, ou seja, deve ocorrer da mesma forma que na comunidade (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 80).

No caso das mulheres, os exames de ingresso são de grande importância, devido às vulnerabilidades mesmo antes da prisão. Muitas detentas apresentam problemas de saúde (mentais e físicos) não tratados. Além disso, eles podem indicar algum tipo de violência sofrida durante a detenção. As ISTs não são incomuns dentro dos presídios, e sua detecção precoce minimiza os riscos de transmissão. O fenômeno do suicídio também é recorrente, podendo ser adotadas medidas preventivas através da busca de sintomas ou fatores de risco identificados no exame inicial. A respeito do uso de drogas, devem ser detectadas as demandas de tratamento, a fim de evitar maiores complicações. Ademais, os filhos que acompanham suas mães devem ser submetidos aos exames, de forma a garantir os atendimentos necessários durante sua permanência no estabelecimento penitenciário (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 71-77).

Para o âmbito da segurança, a dignidade e o respeito devem estar sempre presentes e, por isso, as revistas pessoais devem ser feitas por funcionárias mulheres. Os funcionários são garantidores de profissionalismo, devendo desenvolver outras formas de inspeção, evitando danos psicológicos e impactos físicos. As gestantes ou mulheres com filhos não podem ser submetidas a isolamento/segregação, assim como as sanções não podem privá-las do contato com a família, principalmente com as crianças. Além disso, não devem ser utilizados instrumentos de contenção durante o parto, nem em momento imediatamente posterior (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a). As regras de segurança e vigilância reforçam outras recomendações, entretanto, abordam enfoques das necessidades específicas das mulheres privadas de liberdade e suas

vulnerabilidades, através de procedimentos especiais (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 89).

No que tange ao acima elencado, a Lei 13.434/17 (BRASIL, 2017) inseriu o parágrafo único ao artigo 292 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), com objetivo de vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, assim como na fase de puerpério imediato.

O contato das mulheres com seus familiares deve ser facilitado tanto quanto possível, procurando-se diminuir as distâncias. Por isso, assim como os homens, as mulheres devem ter o direito de receber visitas íntimas. Ademais, as visitas das crianças devem ser feitas em local próprio, devendo o contato entre mãe e filho ser o mais positivo possível (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a). Vale ressaltar que as visitas impactam as presidiárias e suas famílias de forma positiva, sobretudo em relação ao bem-estar mental e emocional não apenas das mães, mas também dos filhos, com incentivo de novos contatos e perspectivas de inserção social (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 117).

Os funcionários devem ser capacitados, através de treinamento, para poderem cumprir o objetivo de reinserção social da presa. Devem ser comprometidos e sérios, para que não sejam feitas discriminações com base no gênero. Já os administradores devem desenvolver métodos que assegurem o bom tratamento das presas através de projetos específicos. Também devem ser oferecidas atividades que estejam de acordo com o gênero feminino, a fim de facilitar a ressocialização (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a). Essas regras possuem um fim ressocializador (propósito da pena privativa de liberdade), através dos “programas de tratamento”, ou seja, a utilização de ferramentas de classificação, a oferta de atividades educacionais e recreativas, o acesso a trabalho remunerado e significativo, a manutenção de laços familiares e sociais e a assistência necessária para prepará-las o retorno à vida livre (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 119).

As mulheres gestantes, ou com filhos em período de amamentação, deverão ter tratamentos direcionados às suas demandas específicas, como orientações acerca da sua alimentação e oferta de exercícios físicos, bem como um ambiente saudável para que ocorra a amamentação. As crianças devem ter seus interesses preservados, com acesso à saúde, assim



como alguém que está fora desse ambiente. Ao ser tomada a decisão de retirar a criança de dentro do presídio, devem ser tomadas ações com todo o cuidado possível, sem cortar as relações dela com a mãe, uma vez que estas mostram-se importantes durante o período de desenvolvimento infantil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

As Regras de Bangkok oferecem uma regulamentação com perspectiva sobre o tipo e a natureza das medidas e serviços de apoio a ser fornecido às grávidas, mães e lactantes, bem como a seus filhos menores de idade, levando em conta as exigências de saúde (física e mental) de desenvolvimento. Outrossim, elas oferecem padrões sobre os processos de obtenção de decisão sobre permitir que as crianças permaneçam com suas mães nos estabelecimentos de privação de liberdade, como também em relação à sua separação. Para tanto, a premissa fundamental é, sempre que possível, optar por medidas não privativas de liberdade (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 133-134).

Seguindo a mesma perspectiva das Regras de Tóquio, os Estados devem implementar medidas não restritivas de liberdade, ou seja, alternativas à prisão, devido ao histórico de vitimização das mulheres infratoras. Entre as opções de medidas, há albergues administrados por órgãos independentes, organizações não governamentais ou outros serviços comunitários, para assegurar proteção às mulheres que necessitem. Devem ser disponibilizados recursos para elaborar opções que sejam satisfatórias e de intervenções como “cursos terapêuticos e orientação para vítimas de violência doméstica e abuso sexual; tratamento adequado para aquelas com transtorno mental; e programas educacionais e de capacitação para melhorar possibilidades de emprego” (regra 60) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

As alternativas devem incorporar intervenções orientadas pelos fatores habituais das mulheres que entram em contato com o sistema penal, ou seja, alternativas mais efetivas para reduzir o delito e minimizar as dificuldades para as mulheres, suas famílias e a sociedade em geral, através de políticas públicas (SÁNCHEZ-MEJÍA *et al.*, 2018, p. 145-146). Ademais, não devem ser perdidos os laços familiares nem o contato com a comunidade, demonstrando-se a importância de medidas alternativas à prisão. Inclusive, deve-se levar em consideração a prestação de serviços comunitários para o tratamento do consumo de drogas e o acesso a tratamentos para a prevenção de crimes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Os Estados devem elaborar medidas para as mulheres, com respostas sociais mais úteis, levando em consideração a história de vitimização de cada uma. Assim, a regra geral deve ser no sentido de evitar o encarceramento das mulheres. A maioria das mulheres é presa por crimes não violentos, sem que representem perigo para os fins do processo penal. Ainda, a maioria está presa preventivamente, o que pouco combina com a presunção de inocência, devendo servir como último recurso, o qual, na maioria dos casos, não é nem mesmo necessário (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 47-48).

Alinhada às regras aqui expostas, a Lei 13.257/16 (BRASIL, 2016), implementou, no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), em seu artigo 318, a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, desde que devidamente preenchidos os requisitos legais para tal.

As Regras de Bangkok também apresentam conteúdo no sentido de os Estados analisarem circunstâncias atenuantes, como, por exemplo, a falta de registro criminal e responsabilidades de cuidados que pesam sobre essas mulheres, a ausência de violência no desenvolvimento dos comportamentos censurados etc. Além disso, não se pode deixar de observar o interesse superior das crianças, caso a detenta seja mãe, pois, fora do cárcere, devem ser evitados os efeitos adversos que os filhos sofreriam (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 48-49).

Ao final do tratado, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, comenta-se sobre a importância da realização de pesquisas acerca do assunto, com o objetivo de disseminar informações que possibilitem a igualdade para as mulheres que se encontram no cárcere. A fim de exemplificar a aplicação no Brasil, é trazido o *Habeas Corpus* nº 126.107 – São Paulo, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia. No relatório, ressalta-se a decisão do Ministro Ricardo Lewandowski a respeito da 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, com as regras aprovadas pelo Brasil, transcrevendo a regra 57, concedendo, de ofício, o *habeas corpus* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a).

Em 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu um *habeas corpus* coletivo a gestantes e mães de filhos com até 12 anos ou de pessoas com deficiência, presas preventivamente, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), conforme previsto no Informativo nº 891 (BRASIL, 2018a). Ainda, foi concedida ordem de ofício às demais

mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência (BRASIL, 2018a). Tal decisão representa um posicionamento em concordância às regras, contudo, tem sido descumprida, com apenas 15,5% dos casos com liberação para prisão domiciliar, conforme notícia publicada no UOL (SAKAMOTO, 2020).

Nos primeiros anos, as regras eram absolutamente desconhecidas em vários países. Ao se tratar de *soft law*, não houve difusão e reconhecimento merecidos, sobretudo em países da América Latina (ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS, 2015, p. 18). Contudo, é importante trazer algumas boas práticas a respeito das regras, adotadas em países latino-americanos, como Panamá, Costa Rica, Equador, Argentina, El Salvador e Uruguai, que servem de exemplo para o Brasil (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – [UNODC], 2015).

O Panamá apresenta inúmeras ações em concordância com as regras, como atividades de educação, trabalho e treinamento, desestimulando a alocação de papéis estereotipados e padrões de comportamento, permitindo o empoderamento de mulheres e facilitando sua reintegração efetiva. Entre os programas, há um de atenção especial com a distribuição de materiais informativos; a adoção de normas do UNODC, com a instalação de salas de visita íntima (90% das presas têm acesso igual ao dos homens) e o anexo universitário da Universidade do Panamá, com oferecimento de aulas com diplomas universitários. Além disso, são ministrados *workshops* sobre direitos humanos e saúde sexual e reprodutiva, auxiliando na difusão de conhecimento. Através das práticas, as estatísticas da prisão foram melhoradas, incorporando a variável de gênero e incluindo a situação dos filhos das mulheres presas (UNODC, 2015).

Em matéria de drogas, na Costa Rica houve a modificação da lei de drogas, permitindo medidas alternativas à prisão (detenção domiciliar, liberação assistida, liberação com dispositivo eletrônico) àquelas mulheres que cometeram o crime de introdução de drogas nas prisões, desde que elas atendam a algum requisito que demonstre sua vulnerabilidade (pobreza, chefe de família, dependentes). No Equador houve a modificação do Código Penal, permitindo à pessoa detida com menos de 50 gramas de droga receber até 6 meses de prisão; quem for capturado com menos de 2 quilos pode ser condenado a até 3 anos; e quem trafegar mais do que 5 quilos, deve receber pena de até 13 anos de prisão (UNODC, 2015).

Sobre alojamentos para grávidas e mães, a Argentina possui programa materno-infantil, que padroniza o atendimento médico de crian-

ças de 0 a 4 anos que estão com suas mães em unidades penitenciárias. Na Costa Rica, a penitenciária Buen Pastor possui uma seção da casa para a acomodação de mulheres grávidas a partir do sétimo mês de gestação, bem como de mães com filhos menores de 3 anos. Em El Salvador há programas especiais para as crianças e metodologia de trabalho interinstitucional. Em Montevidéu (Uruguai), foi construída uma maternidade extramuros, em que são alojadas as presas com filhos menores de 4 anos. No Panamá, Argentina, Uruguai, Colômbia e Costa Rica, emprega-se a prisão domiciliar ou pena suspensa para mulheres grávidas ou mães com filhos pequenos (UNODC, 2015). Nesse sentido, o UNODC (2015) elenca recomendações para boas práticas na implementação das Regras de Bangkok na Organização das Nações Unidas, como a informação, sensibilização e disseminação das regras para todo o pessoal envolvido na gestão e treinamento prisional, operadores de justiça, polícia, ONGs e a comunidade em geral; a criação de mesas redondas interinstitucionais para abordar o atendimento das mulheres, incluindo o apoio pós prisão; o ajuste das legislações nacionais, revisando, precipuamente, as leis de drogas; a implementação de medidas alternativas para grávidas e mães; a promoção de espaços de trocas regionais para uma melhor aplicação.

De acordo com o Global Prison Trends (PENAL REFORM INTERNATIONAL; THAILAND INSTITUTE OF JUSTICE, 2020, p. 06), muitos países ainda não levam em conta questões específicas de gênero em suas leis, nos termos das Regras de Bangkok, e, em alguns casos, como do Brasil, mesmo quando existentes, nem sempre são utilizados pelos tribunais, demonstrando que as reformas não demonstraram resultados significativos até o momento. Nessa mesma toada, em relatório do International Drug Policy Consortium (2021, p. 04), são indicados países que, embora tenham se comprometido, lá em 2010, em reduzir o encarceramento das mulheres, não manteve suas promessas, como no Brasil, em que ocorreu um aumento significativo da população carcerária feminina.

Mais de dez anos após a sua adoção, as Regras de Bangkok permanecem, em grande parte, não implementadas. A população carcerária feminina global tem aumentado, entretanto, os sistemas penais continuam sendo amplamente projetados para uma população masculina, acarretando em discriminações de gênero.

Assim, tendo em vista os preceitos das regras, o contexto dos países latino-americanos e as recomendações da ONU para a implementação, percebemos que o Brasil pouco está adequado. Por conseguinte, nota-se a necessidade, como declarado pelo Ministro Ricardo Lewandowski,

de plasmar as regras em políticas públicas sob a perspectiva de gênero para o sistema penitenciário. Apenas nessa direção será possível mudar a situação do encarceramento feminino, diminuindo as discrepâncias atuais com os preceitos dos Direitos Humanos.

## **5 CONCLUSÃO**

As mulheres que cometem crimes, diferentemente dos homens, nem sempre foram consideradas como importantes para o pensamento criminológico, estimulando a perspectiva hoje encontrada nos cárceres femininos. Se em muitos momentos as mulheres foram totalmente invisíveis ao poder estatal, hoje há direitos que exercem papel de limite à sua própria atuação no momento da punição.

No cárcere, são detentoras de direitos humanos, tendo sido localizada uma vasta gama de normas acerca do assunto. No contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foram encontrados vários instrumentos de proteção aos direitos das mulheres, com destaque para as Regras de Bangkok, que ainda não foram totalmente implementadas por políticas públicas no Brasil. Apesar destas regras não vincularem diretamente, por serem de *soft law*, são referentes a questões que merecem maior sensibilização dos poderes públicos responsáveis pelo sistema carcerário e das políticas com perspectiva de gênero.

Após o desenvolvimento da pesquisa, foi possível perceber a indispensabilidade da atenção ao cumprimento das normas pelos tribunais e da inclusão nas legislações da perspectiva de gênero, com ênfase em medidas não privativas de liberdade. Assim, os estabelecimentos prisionais devem ser construídos especificamente para as presas, de modo que estejam em concordância com as necessidades particulares das mulheres. Além disso, formas diversas de pena auxiliam na baixa da superlotação e, com isso, torna-se mais fácil a garantia de direitos de saúde, educação, trabalho, entre outros.

Portanto, apesar do amplo espectro de direitos apresentados, a aplicação até o momento mostra-se precária, de forma que as mulheres encarceradas são privadas de direitos muito além da sua liberdade. Para que seja garantida uma vida de qualidade e em concordância com os parâmetros de dignidade e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é necessário executar e efetivar as normas referentes à defesa das mulheres presas, principalmente, das Regras de Bangkok.

## REFERÊNCIAS

ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. **Manual Regional**: las reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública. Madrid: [s. n.], 2015. (Guías y manuales). Disponível em: [https://aidef.org/wp-content/uploads/2017/01/Manual\\_Reglas\\_Bangkok.pdf](https://aidef.org/wp-content/uploads/2017/01/Manual_Reglas_Bangkok.pdf). Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Carta das Nações Unidas. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1945]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm). Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 11 abr 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, [1990a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art41](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art41). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017.** Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (org.). **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal.** Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009b. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN\\_Standards\\_and\\_Norms\\_CPCJ\\_-\\_Portuguese1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf). Acesso em: 11 abr. 2022.

CAVALCANTI, Hylda. Carta sobre regras para encarceramento feminino é lançada durante seminário do CNJ. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/carta-sobre-regras-para-encarceramento-feminino-e-lancada-durante-seminario-do-cnj/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, DF: CNJ, 2016a. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília, DF: CNJ, 2016b. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME - UNODC. **Buenas prácticas en la implementación de las reglas de Bangkok en América Latina**. [S. l.]: UNODC, [2015]. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/ropan/2015/DOCUMENTOS/Crime\\_Congress/QATAR\\_PPT-espanol-MNR.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2015/DOCUMENTOS/Crime_Congress/QATAR_PPT-espanol-MNR.pdf). Acesso em: 11 abr. 2022.

INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM. **Punitive drug laws: 10 years undermining the bangkok rules**. Londres: International Drug Policy Consortium Publication 2020, 2021. Disponível em: <https://www.penalreform.org/resource/punitive-drug-laws-10-years-undermining-the-bangkok/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - DPESP. **Recomendações gerais adotadas pelo comitê para eliminação da discriminação contra as mulheres**. São Paulo: DPESP, 2020. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20(1).pdf). Acesso em: 11 abr. 2022.

NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Comentários gerais dos comitês de tratados de direitos humanos da ONU**: comitê de direitos humanos, comitê de direitos econômicos, sociais e culturais. São Paulo: DPESP, 2018. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>. Acesso em: 11 abf. 2022.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. [S. l.], 1979. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 11 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos – 1955**. Genebra: ONU, 1955. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

PENAL REFORM INTERNATIONAL; THAILAND INSTITUTE OF JUSTICE. **Global Prison Trends 2020**. Londres: Penal Reform International 2020, 2020. Disponível em: <https://www.penalreform.org/resource/global-prison-trends-2020/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRÍGUEZ, María Noel. **Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)**. [S.l.]:UNODC, 2021. Disponível em: [https://www.unodc.org/ropan/en/PrisonReform/Reglas\\_de\\_Bangkok/presentacion.html](https://www.unodc.org/ropan/en/PrisonReform/Reglas_de_Bangkok/presentacion.html). Acesso em: 11 abr. 2022.

SÁNCHEZ-MEJÍA, Astrid Liliana; RODRÍGUEZ CELY, Leonardo; FONDEVILLA, Gustavo; MORAD ACERO, Juliana. **Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género**. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2018. Disponível em: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>. Acesso em: 11 abr. 2022.



# ESTUDOS INICIAIS SOBRE A UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS ESTRUTURAIS PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS AMBIENTAIS

**Diego de Ávilla Rodrigues**

Diego de Ávilla Rodrigues: Acadêmico do Mestrado em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e em Direito Público pela Faculdade IMED; Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis; Membro do Grupo de Pesquisa: Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Professor Dr. José Tadeu Neves Xavier. Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: dieavilla@gmail.com.

**Resumo:** A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, classificando-o como bem de uso comum e determinando ao Poder Público e à coletividade o dever de promover a sua proteção. Entretanto, problema ambiental é grave no Brasil, com poluição do ar, de águas, do solo, desmatamento, entre outros. O processo estrutural, originado nos Estados Unidos da América, e que vem tendo diversos institutos aplicados no Brasil e em outros países, pode se mostrar uma ferramenta adequada para o enfrentamento da problemática ambiental, justamente por suas características, especialmente no sentido de atacar a origem do problema e não apenas os seus reflexos visíveis. Objetivando demonstrar essa hipótese, em um primeiro momento, é abordado o processo estrutural, seu surgimento e principais características, para posteriormente, estudar a sua aplicação em ações ambientais que tramitam ou tramitaram no Brasil e na Argentina. O processo estrutural, com seu amplo ferramental de condução democrática do processo, flexibilização de ações e busca consensuada de soluções pode se mostrar importante aliado na busca pela recuperação de degradação ambiental, justamente pelo foco na origem do problema e pela busca de uma solução eficiente para o futuro. O método utilizado é o hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** processo estrutural; meio ambiente; problemas ambientais.

## **1 INTRODUÇÃO**

O artigo 225 da Constituição Federal traz o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamental, classificando-o como bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida sadia, impondo, ainda, ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo.

De fato, além do dever de preservação, a Constituição estabelece como obrigação do Poder Público a restauração de processos ecológicos essenciais e a promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

Entretanto, em que pese as previsões constitucionais e as possibilidades de ações civis públicas, ações populares e termos de ajustamento de conduta, por exemplo, a preservação do meio ambiente no Brasil constitui um imenso desafio, que deve ser enfrentado prontamente, sob pena de gerarem-se consequências cada vez mais insolúveis às gerações futuras.

Porém, assim como a garantia dos demais direitos fundamentais, inclusive daqueles mais básicos como liberdade, propriedade e vida digna, a preservação e, especialmente, a recuperação do meio ambiente degradado não se realizam sem vontade política, investimento público e colaboração da sociedade.

Nesse norte que o campo do Direito Ambiental surge como uma área fértil para aplicação do ferramental teórico e prático trazido pelos processos estruturais, especialmente na medida em que os problemas ambientais, por suas características próprias, são complexos e demandam soluções criativas, com constante avaliação de resultados e, se necessário, readequação das medidas que não estão tendo a efetividade esperada.

O objetivo do presente estudo, portanto, é, através de método hipotético-dedutivo, apurar as principais características do processo estrutural e compreender a sua possibilidade de aplicação na área ambiental brasileira.

Para tanto, em um primeiro momento, serão abordadas as principais características do processo estrutural, com uma breve explicação acerca de seu surgimento, e, após, considerando os problemas ambientais como estruturais, serão abordados alguns casos jurisprudenciais em que há aplicação de ferramental próprio do processo estrutural, objetivando-se apurar os resultados advindos de tais demandas.

## 2 O PROCESSO ESTRUTURAL

O processo estrutural tem sua origem ligada à Suprema Corte americana, especialmente ao período em que esteve sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, no qual ficou conhecida como *Civil Rights Court*, por decidir, ao longo de cerca de duas décadas, diversas questões que caminham até hoje na história daquela sociedade. Entre esses julgamentos está o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que é comumente apontado como origem das *structural reforms*, que hoje, no Brasil, são o cerne do debate e da pesquisa sobre processos estruturais (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 18).

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte americana, em uma primeira decisão, 347 US 483 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1954), doravante tratada apenas como *Brown*, declarou inconstitucionais as leis estaduais e locais que permitiam ou impunham a existência de escolas separadas para crianças negras e brancas (PUGA, 2021, p. 93). A decisão, assim, deu fim ao sistema *separate but equal*, que permitia a segregação entre negros e brancos (JOBIM; ROCHA, 2021, p. 862), e que vinha sendo reafirmada por aquele tribunal sucessivas vezes, sendo paradigmático o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1896), no qual havia sido reconhecido que a segregação racial (que no caso concreto envolvia a separação de negros e brancos em diferentes vagões de trem), por si só, não era discriminatória.

Entretanto, logicamente, não bastava apenas uma decisão da Suprema Corte para colocar fim ao sistema de segregação nas escolas públicas. Ao contrário, havia a necessidade de adoção de diversas medidas para tornar real o decidido pela corte, como novos procedimentos para matrícula de alunos, novos critérios para construção, reforma de escolas e contratação de professores, revisão do sistema de transporte escolar, modificações curriculares, entre outras. É nesse sentido que a Suprema Corte foi chamada a se manifestar em mais uma oportunidade, na decisão que ficou conhecida como *Brown v. Board of Education II*, 349 US 294 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1955), doravante mencionada como *Brown II*, na qual delegou aos juízes federais a tarefa de reconstruir e intervir no sistema, alterando o tradicional sistema processual norte americano para suprir as necessidades reais que se apresentavam (FISS, 1979, p. 02-03).

Nessa segunda decisão, a Suprema Corte americana, delegando aos juízos originários a fiscalização e determinação de políticas para a implementação das condições que pudessem levar ao fim da segregação racial nas escolas, com a velocidade necessária, estabeleceu alguns critérios para tanto, tais como: equidade, adequação e boa-fé.

Desta forma, ainda que exista debate doutrinário<sup>1</sup> quanto a se a decisão proferida em *Brown* teve caráter estrutural, as decisões judiciais não apenas declararam a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, mas, para tornar efetiva a decisão, passaram a avaliar e determinar meios de intervenção nas estruturas e burocracias públicas de forma a fazer cessar o referido sistema de segregação racial<sup>2</sup>, o que fizeram por meio de *injunctions*, ordens de fazer e não fazer, que já existiam no direito americano, para reformar instituições inteiras, com o objetivo de realizar direitos fundamentais, ficando conhecidas como *structural injunctions* (VITORELLI, 2021<sup>a</sup>, p. 75-76), que constituem a origem dos processos estruturais, hoje estudados e aplicados em diversas democracias constitucionais, que buscam a implementação de direitos fundamentais.

Ao longo dos anos que se seguiram as *structural injunctions* prosseguiram sendo utilizadas em outras áreas envolvendo direitos humanos e ações de interesse público nos Estados Unidos. E é nesse contexto que Owen Fiss (1979) desenvolve o modelo de *structural reforms* como uma forma alternativa de processo, que objetiva erradicar a própria causa do problema, intervindo diretamente na estrutura que o causa.

Nas palavras do próprio autor:

- 
- 1 Exemplificando a controvérsia: Edilson Vitorelli (2021a, p. 75-76) defende que *Brown* não é um exemplo de processo estrutural, mas que, em algumas localidades, a sua implementação, por iniciativa dos juízes, adquiriu tal característica, pois a Corte teria referido apenas “o que”, sem dizer o “como”, deixando de fixar parâmetros concretos para implemento da decisão; Marco Félix Jobim (2021, p.112-113), por outro lado, afirma que, em *Brown II*, a Corte, além de determinar que o cumprimento pelos juízes federais ocorresse “*with all deliberate speed*”, expôs condições a serem impostas pelos juízes, defendendo a decisão como estrutural.
  - 2 Porém, isso não foi realizado sem oposição política e popular, conforme exemplifica Edilson Vitorelli (2021b) ter sido o caso de um manifesto firmado por diversos políticos, que criticavam a decisão sob o argumento de que extrapolava os limites constitucionais, interferindo na autonomia legislativa e executiva dos estados federados, causando confusão nos estados e destruindo as relações amigáveis entre negros e brancos.

Structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations. The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted.<sup>3</sup> (FISS, 1979, p. 02).

O processo estrutural, portanto, propõe um rompimento com a doutrina tradicional de processo civil, fundada nas partes (autor e réu) e em seus interesses colidentes (lide), para um processo com foco em alterar a realidade social para o presente, tanto quanto seja possível, e para o futuro, ainda que de forma gradual, a fim de fazer cessar violações sistêmicas a direitos fundamentais.

Nesse sentido, para compreender o processo estrutural, é necessário primeiro entender que se destina à solução de um litígio estrutural, ou seja, uma situação fática real e reiterada, que viola direitos fundamentais não apenas de uma pessoa, mas de uma coletividade, determinada ou não. Essa situação é permitida ou promovida por estruturas públicas ou privadas e, a não ser que ocorra uma alteração nessas estruturas, a violação aos direitos constitucionais prosseguirá, atingindo de modo cada vez mais determinante um número maior pessoas.

Nas palavras de Edilson Vitorelli (2018, p. 6):

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza públi-

---

3 “A reforma estrutural tem como premissa a noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de maneiras importantes pela operação de organizações de grande escala, não apenas por indivíduos agindo fora ou dentro dessas organizações. Também tem como premissa a crença de que nossos valores constitucionais não podem ser totalmente garantidos sem efetuar mudanças básicas nas estruturas dessas organizações. O processo estrutural é aquele em que um juiz, confrontando-se com uma burocracia estatal sobre valores de dimensão constitucional, se compromete a reestruturar a organização para eliminar a ameaça a esses valores, imposta pelos arranjos institucionais presentes. A injunção é o meio pelo qual essas diretrizes reconstitutivas são transmitidas.” (Tradução Livre)

ca, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

Desta forma, no processo estrutural, nem sempre será possível determinar todas as “vítimas” da inconstitucionalidade e, justamente por esse motivo, deve ser garantida ampla participação dentro do procedimento judicial. Ainda, as pessoas podem ser impactadas de diferentes formas pela estrutura que promove a situação inconstitucional, com maior ou menor intensidade, e, também por isso, discordar quanto às formas de solução da lide, que poderá, igualmente, atingir a diversas outras pessoas de diferentes formas.

Portanto, o problema estrutural é complexo, porquanto a busca de uma solução implica em uma intervenção que pode ter os mais diversos reflexos em diferentes setores da sociedade, e multipolar, pois inviável a simples divisão entre autor(es) e réu(s), já que, mesmo entre as vítimas, pode haver divergência quanto à solução mais adequada, existindo, ainda, a necessidade de considerar interesses de diversos outros grupos e pessoas, atingidas pelo problema estrutural ou pelas soluções propostas.

Ademais, justamente por suas características de necessidade de intervenção institucional em estruturas e burocracias, públicas ou não, de complexidade do problema e de multipolaridade, a solução do litígio estrutural, que deve ser buscada pela via do processo estrutural, deve ser prospectiva, ou seja, objetivar resolver o problema para o presente e para o futuro, atacando a sua fonte e não apenas os reflexos mais visíveis.

### **3 OS PROBLEMAS AMBIENTAIS COMO FOCO DE PROCESSOS ESTRUTURAIS**

O Direito Ambiental constitui terreno fértil para a existência de decisões estruturais, seja porque a poluição decorre, no mais das vezes, de condutas reiteradas realizadas ou autorizadas por estruturas públicas e/ou privadas, ou porque o saneamento dos problemas relacionados ao meio ambiente requer a adoção de medidas prospectivas para a sua recomposição.

Em que pese não seja difícil visualizar problemas ambientais gravíssimos na história recente brasileira que não decorrem, especificamente, de uma poluição contínua, por uma multiplicidade de agentes, mas causada por um desastre ambiental de grandes proporções, como nos ca-



sos do rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho, que certamente possuem alta complexidade e necessitarão de medidas prospectivas para sua recomposição. Por ora, serão abordados outros casos, aonde o problema estrutural é mais evidente, justamente pela historicidade de comportamentos de múltiplos atores públicos e privados, que levaram, paulatinamente, à situação que motivou o ajuizamento das demandas.

Desta forma, vale salientar alguns casos que se utilizaram de medidas estruturais para solucionar problemas que há muito prejudicavam o meio ambiente, combinando uma multiplicidade de pessoas engajadas, transparência e criatividade na gestão e condução dos processos.

### **3.1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DO CARVÃO**

O caso da Ação Civil Pública do Carvão é amplamente analisado em célebre artigo de Sérgio Cruz Arenhart (2021), recentemente atualizado e republicado, valendo destacar alguns dos elementos centrais do caso e das soluções encontradas naquele feito, quando ainda não se discutiam, ao menos de forma tão intensa, temos como processo estrutural, decisões em cascata e ativismo dialógico.

Conforme explica o autor, no ano de 1993, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública na comarca de Criciúma contra diversas mineradoras da região, objetivando a realização de um projeto de recuperação ambiental para a região, degrada em razão da atividade de mineração. Ao proferir sua decisão, o julgador singular condenou as empresas a apresentar, no prazo de seis meses, um projeto de recuperação da região, com cronograma mensal de etapas a serem executadas. Além disso, o plano deveria ser implementado no prazo de três anos. Em caso de descumprimento das referidas obrigações, o juízo desde logo estabeleceu a aplicação de multa coercitiva. Por fim, a decisão ainda determinou que as mineradoras adequassem os seus procedimentos às normas de proteção ambiental, no prazo de sessenta dias, sob pena de interdição, e, aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização da mineração, estabeleceu o dever de fiscalizar todas as minas em atividade, apresentando relatório circunstanciado nos autos. (ARENHART, 2021, p. 1055-1056)

Embora tenham sido interpostos recursos ao Tribunal de Justiça daquele estado, que determinou a exclusão dos sócios das mineradoras e de uma das empresas do feito, ao Superior Tribunal de Justiça, que rearranjou a responsabilidade das empresas e melhor delimitou a sua extensão, e ao Supremo Tribunal Federal, que não alterou os julgados an-

teriores, foi realizada a execução provisória do julgado, que teve seu cumprimento desdobrado em diversas fases e, mais tarde, em procedimentos autônomos para cada um dos réus. (ARENHART, 2021, p. 1056-1057)

Na primeira fase, uma vez que a sentença havia, apenas, genericamente, determinado a reparação do dano, houve a necessidade de obterem-se informações para subsidiar a recuperação ambiental em toda a sua complexidade. Em um segundo momento, o Ministério Público Federal logrou identificar fragilidades existentes nas informações prestadas pelas carboníferas, adotando medidas para padronização das informações, viabilizando, assim, uma melhor averiguação quanto às medidas que deveriam ser adotadas, bem como quanto ao reflexo da implantação de cada uma. (ARENHART, 2021, p. 1057-1058)

Na terceira fase, as empresas demandadas efetivamente foram obrigadas a apresentar o seu plano de recuperação ambiental, segundo a padronização do Ministério Público. Durante esse período, ainda, houve a criação de um Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA), cujas decisões deveriam ser tomadas por consenso, formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos, ligados à questão ambiental, com o objetivo de propor estratégias, métodos e técnicas que pudessem colaborar com a recuperação da área degradada. Também nesse período foi elaborada uma proposta de indicadores e monitoramento da degradação ambiental decorrente da mineração no estado de Santa Catarina. A presença desses indicadores e a atuação do GTA, especialmente diante do consenso necessário para a tomada de decisões, foram determinantes para que 73% das áreas degradadas pudessem contar com plano de recuperação ambiental. (ARENHART, 2021, p. 1058-1059)

A adoção de tais medidas, como será visto com mais detalhe oportunamente, exemplifica a possibilidade de gestão de um processo estrutural, através do reconhecimento do problema, delimitação, fixação de indicadores e elaboração de um plano para promover as alterações necessárias na estrutura responsável pela violação de direitos.

Ademais, a colaboração de agentes externos e o diálogo entre todas as partes do processo constitui uma das bases do processo estrutural, pois, justamente em virtude da complexidade na implementação de suas soluções, deve primar pelo consenso entre os afetados.

Em uma quarta fase, buscou-se efetivamente a execução de todo o planejamento de recuperação ambiental, sem descurar da possibilidade de eventuais alterações, principalmente pela via consensual. Nesta etapa hou-

ve criação de um *site* para dar transparência e integrar a sociedade no processo de recuperação ambiental (ARENHART, 2021, p. 1059). Atualmente, o *site* criado pelo juízo está desativado, mas as informações seguem disponíveis online em dois endereços eletrônicos, pertencentes à Fundação do Meio Ambiente de Criciúma (<https://famcri.sc.gov.br/servicos/categoria/acp-do-carvao-26>) e ao GTA criado especificamente para o feito (<http://acpcarvao.com.br/login/index.php>). (ARENHART, 2021, p. 1064-1065)

A experiência da Ação Civil Pública do Carvão é singular para quem se debruça sobre os desafios enfrentados para a implementação dos processos estruturais, uma vez que as soluções criativas encontradas no feito, especialmente quanto à transparência das decisões e do cumprimento de sentença, consensualidade e integração da comunidade e de agentes envolvidos na proteção do meio ambiente com a causa, são plenamente aplicáveis para a busca efetiva das soluções de problemas estruturais.

### **3.2 O CASO MENDOZA: EM BUSCA DA DESPOLUIÇÃO DA BACIA MATANZA-RIACHUELO**

Francisco Verbic (2013, p. 268-269) afirma que o caso Mendoza é o litígio estrutural mais completo presente na Argentina, salientando que o problema da poluição do Rio Riachuelo remonta ao século XIX, já tendo sido objeto de ações governamentais, como criação de comitê próprio para planejamento e execução da gestão ambiental da bacia Matanza-Riachuelo, as quais, contudo, fracassaram integralmente.

Ao longo da bacia Matanza-Riachuelo residem mais de cinco milhões de pessoas, sendo que, dessas, mais da metade não possui sistema de esgoto, um terço não tem acesso à água potável e quinhentas mil residem em assentamentos precários sobre a margem do rio. A poluição do rio se faz pela presença nas águas de 8500 toneladas de ferro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos afundados, contaminantes químicos, como arsênico, cádmio, chumbo, mercúrio, cromo e cianureto, além dos contaminantes orgânicos. (VERBIC, 2013, p. 269)

Ao resolver o mérito da demanda, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* analisou apenas os pedidos relativos à recomposição da área degradada e à prevenção de danos futuros, estabelecendo uma série de medidas estruturais a serem adotadas pelas empresas, pelos governos federal, municipal e da província, especialmente para a efetivação de tais finalidades. (VERBIC, 2013, p. 273)

Entre as providências, determinou a elaboração de um programa para garantia do cumprimento do julgado, que deveria conter três objetivos simultâneos: a melhora da qualidade de vida dos habitantes da bacia, a recomposição do meio ambiente e a prevenção de danos com suficiente e razoável grau de predileção; ainda, a condenação abrangeu a obrigação de organizar um sistema de informações públicas digital para o público em geral, de modo claro e acessível; quanto à contaminação industrial, estabeleceu a obrigação de realização de inspeções em todas as empresas sediadas na bacia, identificar as poluidoras e intimá-las para que apresentem plano de tratamento, em caso de reprovação do plano, tais empreendimentos deveriam cessar suas atividades ou mudar-se; a eliminação dos “lixões” irregulares; e determinou a criação de um plano de ampliação dos serviços de fornecimento de água potável e saneamento básico (VERBIC, 2013, p. 273-274). Ainda, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* delegou o acompanhamento do cumprimento das medidas determinadas ao Juizado Federal de Quilmes. (ARGENTINA, 2008)

A Corte, ainda, estabeleceu um sistema de monitoramento e controle sobre a execução da sentença, que é exercido com uma forte participação de organizações não governamentais. E, com o declarado objetivo de fortalecer a participação cidadã, designou o *Defensor del Pueblo de la Nación* como coordenador de um colegiado para reunir-se com as distintas organizações não governamentais que estavam incluídas na causa. (VERBIC, 2013, p. 275-276)

Acerca dos efeitos já concretizados da demanda, confira-se:

Si bien la situación en la cuenca Matanza-Riachuelo dista de ser la ideal y aun queda mucho por hacer, las mejoras logradas en la zona contaminada gracias a este proceso son muy importantes. En este contexto, podría verse a “Mendoza” como un ejemplo de que, a pesar de las falencias normativas de tipo procesal brevemente descriptas, los jueces pueden llevar adelante un caso de estas características si toman la decisión de hacerlo.<sup>4</sup> (VERBIC, 2013, p. 283)

---

4 “Embora a situação na bacia do Matanza-Riachuelo esteja longe do ideal e ainda haja muito por fazer, as melhorias alcançadas na área contaminada graças a este processo são muito importantes. Nesse contexto, “Mendoza” pode ser visto como um exemplo de que, apesar das falhas regulamentares processuais brevemente descritas, os juízes podem prosseguir com um caso dessas características se assim decidirem.” (Tradução Livre).

Portanto, uma vez mais, evidencia-se que a delegação da elaboração de um plano de recuperação ambiental, inclusive com necessidade de implantação de políticas públicas de saneamento básico, combinada com a participação de agentes externos ao processo e com a devida transparência à sociedade, é capaz de promover a alteração na situação do meio ambiente, inclusive quando, como no caso Mendoza, outras iniciativas governamentais já fracassaram.

### **3.3 A BUSCA PELA DESPOLIÇÃO DA LAGOA DA CONCEIÇÃO**

Outro exemplo extremamente relevante em que há o reconhecimento de um problema estrutural que atinge o meio ambiente é o relativo à Ação Civil Pública nº 5012843-56.2021.4.04.7200, ajuizada perante a Justiça Federal da subseção judiciária de Santa Catarina, pela Associação Pachamama, ONG Costa Legal e União Florianopolitana das Entidades Comunitárias (UFECO), com posterior admissão no polo ativo do Ministério Público Federal e Estadual e da Associação Nacional dos Atingidos por Barragens.

A ação trata da grave situação de poluição e degradação do microssistema da Lagoa da Conceição, localizada no município de Florianópolis/SC. Em sua inicial, conforme relatado na decisão que deferiu as medidas liminares requeridas (FLORIANÓPOLIS, 2021), os autores alegam que a situação evidenciada naquele microssistema é fruto de reiterada inércia, ineficiência e inefetividade da gestão e da governança ecológica, promovendo uma violação sistêmica de direitos fundamentais.

Ao decidir os pedidos liminares formulados pelos autores, o julgador elencou os seguintes motivos, que merecem destaque:

Com efeito, existe um problema histórico envolvendo o despejo de efluentes de modo impróprio e ilegal no sistema lagunar. Os estudos científicos juntados pela parte autora demonstram inequivocamente o grave comprometimento dos sinais vitais da Lagoa da Conceição e para o agravamento dos riscos e danos em cenário futuro próximo, com risco de irreversibilidade. As evidências científicas são contundentes e já indicam um quadro de colapso. [...]

Deste modo, os fatos relatados efetivamente indicam um problema de natureza estrutural, que demanda tutela jurisdicional através de abordagem processual também estrutural. [...]

Por conseguinte, tenho que o atual quadro de colapso ambiental instalado autoriza seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional, decorrente de práticas institucionais de irresponsabilidade organizada, a justificar a determinação judicial de adoção de medidas estruturais voltadas à rediscussão do status quo de atuação do Poder Público. [...]

Por conseguinte, a solução concreta e definitiva para a crise ecológica e socioeconômica da Lagoa da Conceição virá de seu tratamento sistêmico e não fragmentado, que somente pode ocorrer com o funcionamento orquestrado de todos os atores envolvidos. (FLORIANÓPOLIS, 2021)

O reconhecimento do problema estrutural decorreu, além da reiterada prática de instituições que contribuem com a poluição, da omissão dos gestores públicos no sentido de adotar providências para evitar um agravamento da situação e buscar a recuperação do dano ambiental já experimentado, aproximando-se a situação de nível irreversível.

O magistrado, para além de reconhecer a existência do problema estrutural, determinou a instituição de uma Câmara Judicial de Proteção da Lagoa da Conceição, com a finalidade de auxiliar o juízo na adoção das medidas estruturais necessárias para garantir a integridade do microssistema, composta por representantes dos réus e interessados no feito, bem como da comunidade acadêmica, das associações autoras e de várias outras instituições elencadas na decisão. (FLORIANÓPOLIS, 2021)

Mesmo que a decisão seja recente, não havendo tempo hábil para a visualização de efeitos concretos significativos, tampouco para a elaboração de planejamentos detalhados sobre a situação, o tratamento da questão como estrutural, com a busca de soluções consensuais através da criação de uma câmara judicial que integra autores, réus, interessados, comunidade acadêmica e organizações da sociedade civil, à luz das experiências mencionadas a respeito da ACP do Carvão e do Caso Mendoza, mostra-se como uma alternativa mais acertada e eficiente do que aquelas até então tentadas em diversas outras demandas judiciais.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal de 1988 consagrou diversos direitos fundamentais individuais e sociais. Em que pese não conste expressamente no rol do artigo 5º da Constituição Federal, o direito a um meio ambiente

equilibrado e saudável constitui um direito fundamental, incumbindo ao Poder Público e à coletividade a sua manutenção.

Entretanto, mesmo diante da previsão contida no artigo 225 da Constituição Federal, a problemática ambiental hoje no Brasil é gravíssima, com desmatamentos, poluição de águas e poluição do ar, para citar apenas alguns dos problemas.

A origem de tais problemas, na maior parte dos casos, decorre de uma continuidade de ações historicamente toleradas, permitidas ou, apenas, não fiscalizadas, que culminam em situações muitas vezes caóticas e de difícil ou inviável recuperação.

Nesse sentido, o processo estrutural, com seu ferramental próprio, especialmente considerando a busca de soluções consensuais e prospectivas, poderia, ao menos em tese, contribuir para um melhor tratamento judicial e enfrentamento da defesa e recuperação do meio ambiente degradado.

Objetivando confirmar tal hipótese, na primeira parte desse estudo, realizou-se uma abordagem do surgimento do processo estrutural e da alteração da visão de processo a ele atrelada, com uma maior abertura processual e dispensa de formalismos, permitindo uma maior participação social e, especialmente, buscando alternativas viáveis para a solução dos problemas para o futuro, tratando-os em sua fonte e não apenas os seus visíveis sintomas.

Posteriormente, foram trazidos alguns exemplos de processos com características estruturais utilizados na área ambiental no Brasil e na Argentina, para a recuperação da degradação ambiental causada por empresas carboníferas no município do Criciúma, em Santa Catarina, e para a despoluição da bacia Matanza-Riachuelo, na província de Buenos Aires.

Destacando-se, especialmente, a criação de um Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo, em Criciúma, com o objetivo de promover soluções consensuais para uma melhor execução do julgado, o que colaborou em muito para a consolidação das decisões proferidas naquele feito, inclusive pela utilização de meios de transparência, que permitiam o constante acompanhamento processual pela sociedade.

Por fim, abordou-se de forma breve a ação para despoluição da Lagoa da Conceição, recentemente ajuizada, mas desde o início recebida mediante reconhecimento da existência de um problema estrutural, com nomeação de uma Câmara Judicial de Proteção da Lagoa da Conceição, com integrantes representando autores e réus da demanda, além

de membros da sociedade civil e da comunidade acadêmica, sempre com o objetivo de construir melhores soluções que visem recuperar o meio ambiente e impedir novas degradações ambientais, sem desatentar, também, para as necessidades, inclusive econômicas, das partes que vivem e dependem daquela região.

Ainda que não se possa garantir, ao menos por ora, nestes estudos iniciais, que a utilização de um processo estrutural permita resolver de forma mais adequada os problemas estruturais existentes em nosso país, a utilização de medidas estruturais, tanto no Brasil como em outros países, tem mostrado a possibilidade de alteração da realidade pela via do processo, desde que as decisões busquem sempre a consensualidade e estejam sempre atreladas à busca pela solução da causa e não apenas dos reflexos visíveis externamente, objetivando, ainda, uma solução mais adequada para o futuro, que possa ser permanente, o que só pode ser atingido por um cumprimento flexível, com ampla publicidade e transparência de ações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Os processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). **M.1569.XL**. Julgado em 08 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 28/11/2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. **165 US 437 (1896)**. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/#tab-opinion-1917401>. Acesso em 31/10/2021.



ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. **347 US 483 (1954)**. Disponível em <https://www.docsteach.org/documents/document/opinion-brown-v-board> Brown. Acesso em 30/06/2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. **349 US 294 (1955)**. Disponível em <https://www.docsteach.org/documents/document/judgment-brown-v-board>. Acesso em 30/06/2021.

FISS, Owen. Foreword: The Forms Of Justice. **Harvard Law Review**. vol. 93, nov. 1979. Base de dados Hein Online.

FLORIANÓPOLIS. 6ª Vara Federal de Florianópolis. Subseção judiciária de Santa Catarina. **Ação Civil Pública nº 5012843-56.2021.4.04.7200**. Autores: Associação Pachamama e outros. Réus: Município de Florianópolis e outros. Decisão proferida em 11.06.2021. Disponível em [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=721623434782871601661587356578&evento=40400047&key=304abbde5a3e568596da4b1c3223382e21a55542e0cdef55057fee28e3fbe761&hash=355cebd-db7de3a2afba6add3d32a453e](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721623434782871601661587356578&evento=40400047&key=304abbde5a3e568596da4b1c3223382e21a55542e0cdef55057fee28e3fbe761&hash=355cebd-db7de3a2afba6add3d32a453e). Acesso em: 28.11.2021.

JOBIM, Marco Félix e ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el caso *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. In: **Anales nº 43**. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. 2013. Disponível em: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1). Acesso em: 28.11.2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, vol. 7/2018, p. 147 – 177, jan./jun. 2018. Base de dados RT online.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2021a.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021b.

# LINHAS DE DEFESA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: GESTÃO DE RISCOS E CONTROLE PREVENTIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA<sup>1</sup>

Eixo temático: Tutelas à efetivação de direitos transindividuais  
Patologias corruptivas e interesses públicos indisponíveis

## Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP.  
E-mail: gestaleal@gmail.com.

## Chaiene Meira de Oliveira

Advogada. Servidora pública municipal. Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). E-mail: chaienemo@outlook.com.

**Resumo:** Com o presente trabalho objetiva-se investigar de que forma a atuação das linhas de defesa, prevista na Lei 14.133/2021, pode contribuir para as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das licitações públicas. Dessa forma, visa-se responder ao problema de pesquisa: em que medida a atuação das linhas de defesa pode contribuir para as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das licitações públicas? Em termos de conclusão, considerando que a pesquisa encontra-se em andamento é no sentido de que as linhas de defesa das contratações públicas, assim como outras inovações da referida lei, são de extrema importância no controle preventivo e na gestão de riscos nos contratos administrativos, necessitando para tanto da atuação conjunta entre Estado e sociedade.

**Palavras-chave:** Contratos administrativos; Gestão de riscos; Licitações.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. O presente trabalho foi realizado com base nas pesquisas realizadas no âmbito do grupo de estudos “Estado, administração pública e sociedade”.

## 1 INTRODUÇÃO

A relação entre Estado e sociedade é marcada por complexas relações, as quais ocorrem de maneiras distintas, incluindo por meio de contratos celebrados entre a iniciativa privada e administração pública, os quais demandam especial atenção em todo procedimento como uma maneira de evitar irregularidades e atos ilícitos. Com o presente trabalho objetiva-se investigar de que forma a atuação das linhas de defesa, prevista na Lei 14.133/2021, pode contribuir para as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das licitações públicas. A temática está relacionada com a Nova Lei de Licitações, estando delimitada a análise específica do dispositivo que versa sobre as linhas de defesa das contratações públicas e a importância da gestão de riscos e do controle preventivo sobre a ocorrência de irregularidades em contratos administrativos.

Considerando a complexidade dos procedimentos licitatórios, bem como na necessidade da adoção de instrumentos de prevenção e detecção de irregularidades por parte da administração pública, o problema de pesquisa visa responder: em que medida a atuação das linhas de defesa pode contribuir para as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das licitações públicas?

A justificativa centra-se, em termos teóricos, na necessidade do estabelecimento de diretrizes para o controle preventivo dos procedimentos licitatórios, bem como do estudo das inovações trazidas pelo texto legislativo sobretudo quanto à necessidade da administração pública observar no âmbito das contratações públicas, as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo. Ademais, trata-se de uma temática recente e ainda pouco abordada de forma específica pela doutrina, motivo pelo qual se faz necessária a análise normativa e doutrinária do instituto. Em termos práticos, justifica-se o estudo pela possibilidade de, com base nas pesquisas realizadas, desenvolver diretrizes para o aprimoramento dos sistemas de controle da administração pública possibilitando maior transparência e legalidade aos procedimentos licitatórios.

A hipótese inicial é de que com linhas de defesa bem estruturadas, na forma prevista em lei, qual seja a primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de

controle interno do próprio órgão ou entidade e; terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas; o controle da administração pública sobre os procedimentos licitatórios tem a possibilidade de ser mais efetivamente controlado e conseqüentemente reduzir a ocorrência de atos ilícitos.

Quanto ao método de abordagem, optou-se pelo método dedutivo tendo em vista que partindo dos pressupostos gerais em relação ao controle da administração pública passa-se a investigação específica sobre o instituto das linhas de defesa prevista na nova lei de licitações como forma de contribuir para as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das licitações públicas; em relação ao método de procedimento utilizou-se o monográfico e as técnicas de pesquisa resumem-se a consulta em livros, artigos, periódicos, teses, dissertações, legislação, dentre outros meios.

Por fim, os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos tópicos do artigo, são em um primeiro momento delimitar as principais alterações da Nova Lei de Licitações no Brasil com foco naquelas relacionadas ao controle; após, discorrer sobre a necessidade do controle das licitações e gestão de contratos administrativos e; por fim analisar de que forma a atuação das linhas de defesa pode contribuir no controle preventivo dos procedimentos licitatórios.

## **2 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS**

Com o advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a qual estabelece a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, foram inúmeras alterações na legislação, as quais afetam diretamente as relações não apenas dos agentes públicos, mas também na sua interconexão com a iniciativa privada. Logo no início, o art. 1º dispõe que a norma estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios abrangendo o poder legislativo dos municípios, quando no desempenho de função administrativa; os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela administração pública.

Conforme observa Guimarães (2021) além de estabelecer novas regras para as licitações e contratos, o texto altera as Leis nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), 8.987/1995 (Lei das Concessões), 11.079/2004 (Lei das PPPs), o Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal) e revoga dispo-

sitivos da Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC), bem como a íntegra das Leis nº8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e 10.520/2002 (Lei do Pregão). A nova lei incorpora ainda grande parte dos dispositivos da Lei 8.666/1993, da Lei 12.462/2011 (RDC) e da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), bem como de diversas instruções normativas expedidas pelo governo federal. Ou seja, ocorreram alterações significativas em diversos institutos, o que demanda uma série de mudanças por parte da administração pública e também da iniciativa privada quando em contato com os entes estatais.

Em relação ao caráter principiológico seguindo a linha do texto constitucional, o art. 5<sup>a</sup> prevê que quando da aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Trata-se de um reflexo da forma de organização do estado brasileiro como um todo no momento em que a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas alterações na organização estatal e para a administração pública brasileira, sendo que as modalidades de controle passaram a ser aprimoradas. Em um cenário de redemocratização do país, o texto constitucional trouxe significativos avanços políticos e sociais, englobando alterações estruturais na administração pública. Acompanhando as mudanças vivenciadas pelo país no período pós redemocratização, o dispositivo constitucional trouxe modificações significativas na forma de estrutura e organização da administração pública carregada de uma alta carga principiológica e voltada a concretização dos princípios e direitos fundamentais.

Assim, é a previsão do art. 37, o qual dispõe expressamente que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Isso faz com que a administração pública precise observar não apenas os preceitos legislativos, mas também os princípios constitucionais na execução de suas atividades. Sobre estas mudanças Oliveira e Vieira (2019) entendem que a governança pública tem sido vista como um novo paradigma a ser seguido, distinto da nova gestão pública e da administração pública burocrática tradicionais aplicando-se em novos

tempos e contextos, os quais são marcados pelo pluralismo, complexidade, ambiguidade e fragmentação.

Para Bordalo (2021) a previsão expressa de princípios antes considerados implícitos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, os quais já eram considerados relevantes, foi um dos avanços normativos da nova lei, destacando para fins da temática estudada nesta pesquisa, o princípio da segregação de funções, o qual estabelece a vedação da designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, reduzindo a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes nos procedimentos.

Especificamente sobre o procedimento licitatório, dispõe o art. 11 que o processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

O parágrafo único do referido artigo, estabelece que a alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Relacionando com os a esfera privada, em um contexto da complexidade das relações estabelecidas em conjunto com os riscos inerentes à atividade estatal, o Estado em grande parte das situações responde aos riscos criando mecanismos sancionatórios, sendo que tais programas seriam uma forma alternativa na medida em que de certa forma estipulam paradigmas éticos a serem seguidos, reduzindo, ao menos no campo teórico, o desvirtuamento de condutas por parte dos agentes empresariais e consequentemente tornando mais éticas as relações com a administração pública.

Neste aspecto, o art. 42 do Decreto nº 8.420 de 2015, o qual regulamenta a Lei nº 12.846 de 2013, prevê que o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os al-

guns parâmetros específicos, dentre os quais, é possível citar os incisos VII, VIII e XV como exemplo da colaboração que estes instrumentos possibilitam com a administração pública na seara dos contratos administrativos e procedimentos licitatórios.

Outros pontos que merecem destaque na nova norma são as disposições quanto o instituto do agente de contratação, nos termos do art. 8º que estabelece que a licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

A própria lei, no art. 6º o qual estabelece os conceitos utilizados, o define como “LX - agente de contratação: pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.”

Na sequência, o §1º do art. 8º dispõe que o agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe. Ainda, o §2º prevê que em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

Por sua vez, o §3º traz em seu texto que as regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei. O §4º estabelece que em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por



prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação. Por fim, o §5º normatiza que em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

O agente de contratação, ao menos em termos teóricos, conforme as leituras e pesquisas anteriormente realizadas, mostra-se como uma figura importante no controle da administração pública, mais especificamente no campo das licitações e contratos administrativos, sobre este contexto, a importância do efetivo controle nesta seara para prevenção e combate às práticas corruptivas recebe ainda maior relevância haja vista que os contratos administrativos possuem relação direta com o fenômeno da corrupção no momento em que a ocorrência de irregularidades é um campo suscetível às práticas corruptivas que variam desde desvios de pequeno valor até prejuízos milionários aos cofres públicos.

Dessa forma, expostas algumas das principais alterações relacionadas com a temática a ser estudada, passa-se a analisar de forma específica sobre a necessidade do controle de licitações, sobretudo em seu caráter preventivo e, a gestão de contratos administrativos em conformidade com a Nova Lei de Licitações Brasileira.

### **3 O CONTROLE DE LICITAÇÕES E GESTÃO DE RISCOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Inicialmente, no que tange ao controle dos procedimentos licitatórios, no tocante ao controle prévio destes editais, Lima (2018) conclui que toda e qualquer análise deve ser realizada em observância aos limites e ditames legais, citando o exemplo dos Tribunais de Contas, os quais têm a sua atuação prevista e limitada em leis específicas e pela Constituição Federal. Dessa forma, a análise prévia dos editais de licitação precisa observar a autonomia da administração pública, conhecendo todas as cláusulas dos editais e não apenas o objeto a ser licitado, observando ainda o princípio da eficiência e da moralidade administrativa.

Na mesma linha, Heinen (2020) entende que o controle preventivo tem caráter finalístico e, portanto, precisa observar a integridade e a probidade, além de ser útil àquela situação específica. Ademais, na visão do autor, o controle prévio precisa ser oportuno, tempestivo, pertinente, confiável e inteligível de modo que as medidas adotadas para prevenção e saneamento de riscos precisam objetivar impedir a ocorrência de riscos necessitando para tanto de pessoal qualificado para o exercício desta atividade.

Quanto a gestão de riscos na nova lei, Lima (2021) ressalta que pela primeira vez uma lei nacional traz destaque ao gerenciamento de riscos, definindo que as contratações públicas devem estar submetidas à práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, sendo responsabilidade dos controles internos administrativos a primeira linha de defesa, ao órgão de controle interno de cada órgão ou entidade a segunda linha de defesa e ao órgão central de controle interno da administração a terceira linha de defesa, em conjunto com o respectivo tribunal de conta, conforme será abordado no tópico seguinte.

Um dos principais instrumentos normativos no que tange a gestão de riscos é a Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 01 de 2016, a qual versa sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Dentre os conceitos, está o do art. 2º, VII, o qual define o gerenciamento de riscos como o processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização.

Com a edição do Guia de Implantação de Programa de Integridade em Empresas Estatais pela Controladoria-Geral da União no de 2015, seguido pela Lei 13.303 de 2016, denominada Estatuto das Estatais, ocorreram importantes avanços no âmbito das políticas de integridade, podendo citar como o exemplo a disposição do art. 8º, VII, o qual dispõe transações obedientes à conformidade; o artigo 9º, parágrafo 1º, dispondo sobre a necessária edição de um Código de Conduta e Integridade, com instâncias, canais, sanções e treinamentos; e o artigo 10, versando sobre a obrigatoriedade de criação de um comitê de conformidade do processo de indicação e avaliação de membros para o Conselho de Administração.

Em 2017, foi publicado o Decreto 9.203/2017 dispondo sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, a partir desta publicação, a Controladoria Geral da União elaborou os Guias Práticos de Implementação de Programa de Integridade Pública; das Unidades de Gestão de Integridade e (iii) de Gestão de Riscos para a Integridade; bem como editou, para estruturação, execução e monitoramento dos programas, a Portaria CGU 1.089, de 25 de abril de 2018, posteriormente revogada tacitamente pela Portaria CGU nº 57, de 04 de janeiro de 2019.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a gestão de riscos mostra-se como sendo essencial para a boa governança considerando que fornece garantias razoáveis para atingir os objetivos organizacionais.

Outro ponto destacado é a integração da gestão de riscos à governança corporativa, que por sua vez, constitui uma das boas práticas a serem utilizadas pela administração pública. Para Vieira *et. al.* (2019) tanto a prevenção como a detecção de irregularidades deve ser parte integrante do dia a dia das instituições constituindo um indicador obrigatório para a análise e implementação de políticas públicas estando presente em todo o processo de tomada de decisões.

A preocupação com tais previsões normativas não é exclusivamente brasileira, no âmbito internacional, denota-se que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao divulgar recomendações a serem seguidas pelos países, preocupou-se em elaborar diretrizes para os contratos públicos e também sobre integridade de forma geral.

Sobre tais recomendações, as quais são essenciais serem seguidas diante das relações estabelecidas entre os espaços público e privado e sua complexidade, merece destaque a Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública (2017), na qual consta a informação de que os contratos públicos, apesar de representarem por volta de 13% do PIB nos países da OCDE e 1/3 das despesas gerais do governo, continuam sendo uma fonte inexplorada na busca da prosperidade econômica e também social ao mesmo tempo em que permanecem burocráticos, em muitos casos ineficientes e também vulneráveis à corrupção.

Por tais motivos, a recomendação da OCDE é no sentido de que os contratos públicos precisam observar, além das normas legais específicas do país em que estão sendo firmados, as normas de integridade, transparência, participação das partes interessadas, acessibilidade, compras eletrônicas, fiscalização e controle. Dessa forma, restando demonstrada, ainda que brevemente a importância do controle de licitações e gestão de riscos em contratos administrativos, passa-se a analisar de modo específico a atuação das linhas de defesa na Nova Lei de Licitações buscando delimitar as possibilidades de sua utilização para evitar irregularidades.

#### **4 LINHAS DE DEFESA E CONTROLE PREVENTIVO: POSSIBILIDADES PARA EVITAR A OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES**

No título “do controle das contratações”, o art. 169 da Nova Lei de Licitações Brasileira dispõe que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da in-

formação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

O parágrafo primeiro do referido artigo dispõe expressamente que a implementação destas práticas será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

Na sequência, o parágrafo segundo prevê que, para realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527/2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

Quanto aos integrantes das linhas de defesa mencionadas nos incisos I, II e III do caput, estes devem observar alguns requisitos, o primeiro deles é que quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis. No caso de serem constatadas irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Especificamente sobre os órgãos de controle, de acordo com a previsão do art. 170, estes adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e con-

siderarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação. Estas razões, nos termos do parágrafo primeiro deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos sendo que, a omissão não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação de acordo com o parágrafo segundo do referido dispositivo. Além disso, o parágrafo terceiro diz que os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Importante é a disposição do art. 170, §4º no sentido de que qualquer licitante contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação da lei. Na sequência o art. 171 prevê que na fiscalização de controle, devem ser observados o seguintes requisitos: I - viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições.

Também é preciso observar: II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados; III - definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

Referente a atuação dos Tribunais de Contas, o art. 173 traz em seu texto que estes, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas. Acerca destas disposições, Sarai et al. (2021, online) concluem que:

Em tom de síntese e desfecho, ainda que em um olhar macro, a nova Lei não tenha trazido verdadeiras inovações no que tange ao controle da Administração, uma vez que grande parte dos seus dispositivos era aplicada com base em atos normativos infra legais, ou fruto da interpretação do TCU sobre certos dispositivos na legislação pretérita, apuram-se pontos positivos sobre a previsão do controle na Lei n.º 14.133, de 2021: a) a Lei reforça uma ideia de controle que vai além da mera e estrita legalidade, alinhando-se com as premissas do controle do próprio texto constitucional; b) a atividade de controle é posta como aquela que não se preocupa somente com o caráter punitivo e de detecção de falhas, preocupando-se, igualmente, com o aprimoramento das práticas administrativas e com o papel pedagógico a ser exercido pelos órgãos de controle; c) há um papel simbólico na inserção de previsões, antes infra legais, em uma lei em sentido formal, buscado uma maior adesão e compreensão sobre o funcionamento da atividade de controle; e d) buscam-se, sem perder de vistas, as peculiaridades de cada caso, uma uniformização da atividade de controle, em todos os entes da federação.

Por sua vez, Lima (2021) entende que uma das inovações positivas da lei é que a norma traz de forma explícita que a autoridade máxima de cada órgão precisa observar o princípio da segregação de funções, vedando de forma expressa a designação do mesmo agente público para atuar de forma simultânea em funções que sejam mais suscetíveis a riscos, reduzindo assim a possibilidade de ocultação de erros e ocorrência de fraudes. A alta administração do órgão ou entidade é declarada como responsável pela governança das contratações devendo implementar processos e estruturas, incluindo no âmbito da gestão de riscos e controles internos, a fim de avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos.

Dentre os objetivos expostos na lei estão o de promover um ambiente íntegro e confiável, assegurando o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias com eficiência, efetividade e eficácia nas contratações. A partir destas considerações, passa-se a conclusão.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho objetivou investigar de que forma a atuação das linhas de defesa, prevista na Lei 14.133/2021, pode contribuir para as

práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das licitações públicas. Dessa forma, passa-se desde logo a responder ao problema de pesquisa, o qual questionou: em que medida a atuação das linhas de defesa pode contribuir para as práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo das licitações públicas?

Em síntese, a resposta é no sentido de que as linhas de defesa podem contribuir tanto para organização da administração pública nos procedimentos licitatórios delimitando a esfera de atuação de cada ente, bem como quais são as suas atribuições e limitações em cada etapa da licitação. Ademais, a nova norma traz importantes inovações, sobretudo no que tange a gestão de riscos e seu gerenciamento. Assim, é necessário ainda que haja o controle preventivo por parte da administração pública atribuindo a responsabilidade dos controles internos administrativos a primeira linha de defesa, ao órgão de controle interno de cada órgão ou entidade a segunda linha de defesa e ao órgão central de controle interno da administração a terceira linha de defesa, em conjunto com o respectivo tribunal de conta.

Considerando que a pesquisa encontra-se em andamento, neste momento resta comprovada a hipótese inicial de que de que com linhas de defesa bem estruturadas, na forma prevista em lei, o controle da administração pública sobre os procedimentos licitatórios tem a possibilidade de ser mais efetivamente controlado e conseqüentemente reduzir a ocorrência de atos ilícitos. Como resultados, apresenta-se a crescente importância da interconexão entre os setores da administração pública quando se trata das linhas de defesa e demais agentes envolvidos nos procedimentos licitatórios, bem como da colaboração entre os agentes controladores e modalidades de controle social, interno e externo na fiscalização e detecção de eventuais irregularidades para que possam ser aplicadas as respectivas responsabilizações.

No tocante a proposição de diretrizes práticas, até o momento é possível propor que haja esta interlocução entre os agentes controladores e a fiscalização de todas as etapas do procedimento licitatório para evitar a ocorrência de atos ilícitos e corruptivos e, caso sejam verificados possa haver a instauração do procedimento adequado para fiscalização e responsabilização. Por fim, conclui-se que as inovações legislativas foram promulgadas objetivando o saneamento de lacunas existentes no sistema normativo, além da atualização e aperfeiçoamento dos institutos existentes, necessitando para sua concretização da atuação conjunta entre a administração pública e a iniciativa privada.

## REFERÊNCIAS

BORDALO, Rodrigo. **Nova Lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>. Acesso em 28 abr. 2022.

BRASIL. Decreto 9.203 de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm)>. Acesso em 29 abr. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa Conjunta nº 1 de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre controles internos, gestão de risco e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197)>. Acesso em 30 abr. 2022.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais**. Disponível em: <[https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia\\_estatais\\_final.pdf](https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf)>. Acesso em 29 abr. 2022.

GUIMARÃES, Edgar. **Nova Lei de Licitações, a hora e a vez de estados e municípios**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/edgar-guimaraes-lei-licitacoes?imprimir=1>>. Acesso em 22 abr. 2022.

HEINEN, Juliano. **Controle das licitações e contratos públicos – linhas de defesa e atores**. 2020. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/14/>>



controle-das-licitacoes-e-contratos-publicos-linhas-de-defesa-e-atores/>. Acesso em 29 abr. 2022.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. **O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

OCDE. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública**. 2017. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2022.

OLIVEIRA, Márcia Nêa Pascoal Correio; VIEIRA, Oderlene de Oliveira Correio. Práticas de Governança Pública Adotadas pela Administração Pública Federal Brasileira. **Administração Pública e Gestão Social**, vol. 11, núm. 2, 2019.

SARAI, Leandro; CABRAL, Flávio Garcia; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. O controle das contratações públicas e a nova lei de licitações: o que há de novo?. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3. p. 182-204, 2021.

VIEIRA, James Batista; *et. al.* **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília: Enap, 2019.



# O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ABORDAGEM DA TUTELA DA VÍTIMA NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

**Ana Adelaide Brasil Sá Caye**

Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público.  
Promotora de Justiça MP/RS. E-mail: anasacaye@gmail.com

**Resumo:** O acordo de não persecução penal foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida por Pacote Anticrime, que dispôs sobre várias alterações nas legislações penais e processuais penais brasileiras. Dentre elas, previu, no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Como condição à não persecução penal, o citado artigo estabelece a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Neste cenário, importa que se verifique qual a proteção e valorização conferida à vítima neste formato de justiça penal negociada. Sob este prisma, o presente artigo pretende abordar a tutela das vítimas quando da pactuação do acordo de não persecução penal, a fim de que se volte o olhar as suas necessidades, como forma de efetivação da justiça penal negociada no caso concreto. O método de abordagem é o analítico e a técnica de pesquisa é bibliográfica.

**Palavras-chave:** acordo de não persecução penal; justiça penal negociada; vítimas.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida por Pacote Anticrime, introduziu várias modificações no ordenamento jurídico brasileiro, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, por exemplo. Dentre os reflexos no sistema de justiça criminal dispôs, no artigo 28-A do Código de Processo Penal, sobre o acordo de não persecução penal, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal. A nova normativa processual penal estabelece como cláusula à celebração do acordo de não persecução penal a assunção e cumprimento de algumas condições (de forma alternativa ou cumulada), a exemplo da reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Neste cenário, importa que se verifique qual a proteção conferida às vítimas quando da pactuação do acordo a fim de que se efetive a justiça penal negociada no caso em concreto.

O objetivo do presente estudo é verificar se a modificação do Código de Processo Penal, com a inserção do acordo de não persecução penal, contempla a tutela da vítima como forma de aporte à priorização dos seus direitos, os quais devem ser observados nesse modelo de justiça fulcrado na busca de celeridade e de efetividade como resposta à infração penal perpetrada. Assim, importa que se ultrapasse a invisibilidade da vítima quando da pactuação do acordo de não persecução penal, verificando-se o dano sofrido com a prática do delito e a sua indenização ou ressarcimento como forma de concretização desse novo formato de justiça criminal.

Cuida-se de pesquisa que segue o método analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica para apresentar a evolução da justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro e a modificação conferida pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, através da Lei n.º 13.964/2019. Na sequência, abordar-se-á o interesse pela vítima, como objeto da criminologia, o conceito de vítima e a consequente perspectiva sobre a eficácia da compensação diante dos prejuízos sofridos com a infração penal. No último tópico verificar-se-á o dever de reparação do dano ou restituição da coisa à vítima como condição ao acordo de não persecução penal, partindo-se da premissa argumentativa de que o ressarcimento ou a reparação de danos devem ser priorizados quando da pactuação e a exceção, contida no inciso I do artigo 28-A do Código de Processo Penal, que menciona a impossibilidade de reparação, não seja compreendida como meio de se afastar o olhar e a devida proteção à vítima.

Finalmente, o artigo demonstra que a efetividade almejada com o advento do acordo de não persecução penal no sistema de justiça criminal brasileiro está condicionada ao preciso reconhecimento dos direitos da vítima quando da pactuação do acordo. Proteger-se os interesses da vítima, com a reparação do dano ou restituição da coisa, são condições inerentes à efetividade da justiça penal negociada.

## **2 DA LEI N.º 9.099/1995 À LEI N.º 13.964/2019: A EVOLUÇÃO DO OLHAR À VÍTIMA NA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

Pablos de Molina (2014), no prólogo da primeira edição do Tratado de Criminologia afirma que “*el crimen no interesa solo ni fundamentalmente a ciertos estamentos del sistema legal: nos afecta a todos, nos incumbe a todos, nos compromete a todos*”<sup>1</sup> (PABLOS DE MOLINA, 2014, p. 27). Nesse sentido, o Direito Penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, deve vincular-se aos valores constitucionais, extraindo-se da hierarquia valorativa contida na Constituição o seu conteúdo material e sua legitimação (SBARDELLOTTO, 2001, p. 82). Sob este prisma Brandalise (2016) informa que as situações que envolvem o *jus persecuendi*, o *jus puniendi* e o *jus libertatis* podem ser solvidas, no processo penal, pelo Estado através de dois caminhos

no primeiro, preservar o caráter formal e burocrático do processo, com a necessidade de incremento de pessoal e de recursos em prol do aparato judiciário, o que refletirá em uma maior destinação de verbas orçamentárias para atendimentos destas necessidades. No segundo, este mesmo Estado pode caminhar em prol do incremento da participação concreta dos envolvidos na resolução do conflito penal, com legitimação do consenso como forma de sua efetivação, e, porque não dizer, de repercussão do próprio sistema de justiça, sem uma desnecessária marcha processual (BRANDALISE, 2016, p. 20).

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, verifica-se a aproximação do legislador com o compromisso social citado por Pablos de Molina (2014), de comprometimento de todos diante da prática delituosa; com o Estado Democrático e Social de Direito, apreçoado por

1 O crime não diz respeito apenas ou fundamentalmente a certas seções do sistema jurídico: afeta a todos nós, diz respeito a todos nós, nos compromete, a todos. (tradução nossa).

Sbardellotto (2001); e com o desenvolvimento da participação dos envolvidos na resolução de conflitos, referido por Brandalise (2016), ao prever no artigo 98 a criação dos juizados especiais. Sobretudo, no que pertence aos juizados especiais criminais, o constituinte objetivou a celeridade processual e o incremento de medidas despenalizadoras, também, conferiu importância ao papel da vítima e da reparação do dano (DEMERCIAN e MALULY, 2008). Esse novo modelo de justiça criminal, na lição de Gomes (1995), deve estar apto ao diálogo entre autor do fato e vítima, com vistas à resolução do conflito, permitindo a reparação do dano.

Com este espírito legislativo, a Lei n.º 9.099/1995 inaugurou, no sistema de justiça criminal brasileiro, inovações consensuais como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Essa legislação conferiu às vítimas um papel diverso do até então vigente, a partir de então, verificou-se a possibilidade de se escutar a vítima e de se encontrarem mecanismos de reparação do dano sofrido quando da prática do crime ou da contravenção penal.

Wedy e Klein (2019) citam a Lei dos Juizados Especiais Criminais como sendo o marco inicial da justiça consensual brasileira. A partir da segunda metade do século XX, sob a influência de diversos países que utilizam a justiça consensual como principal modo de resolução de conflitos, o Brasil passou a adotar alternativas ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, utilizando meios de consenso com o objetivo de alcançar maior celeridade processual, configurando-se como meio alternativo à resolução de conflitos.

A Lei n.º 9.099/1995 fundou a inovação do modelo de processo consensual dispondo, além da transação penal e da possibilidade de conciliação entre as partes, acerca de medidas despenalizadoras, a exemplo da suspensão condicional do processo e da representação em caso de delito de lesão corporal leve ou culposa (LIMA, 2013). Segundo Netto, essa lei traz em seu bojo

um sistema do tipo consensual, diverso do sistema clássico, até então em vigor, com diferente filosofia, que determinou uma profunda modificação na sistemática reinante, adequando a ação penal ao princípio da oportunidade, há muito preconizado pelos especialistas da área. O sistema dá ênfase à reparação dos danos sofridos pela vítima e à aplicação de alternativas à prisão. (NETTO, 1998, p. 14).

Sobre a composição dos danos, Moreira (2007) refere a atualidade da atenção à vítima no processo penal, informando que nessa fase procedimental, autor e vítima poderão compor sobre os danos ocasionados com a prática delitiva. Netto (1998) ressalta que, no século passado, os estudos de direito penal evoluíram à vítima e nessa perspectiva a Lei do Juizado Especial Criminal implementou modificações à jurisdição, indo ao encontro da corrente mais moderna, a corrente do pensamento jurídico em matéria de Direito Penal, ampliando o escopo de tutela da vítima, com olhar à justiça penal de maneira mais eficiente

a Lei n.º 9.099/1995 ao estabelecer a necessidade de realização de uma audiência preliminar, com a possibilidade de acordo entre o envolvido e a vítima (responsável civil), como forma de extinção da punibilidade, introduziu um novo paradigma de Justiça penal baseado no consenso, onde administra-se o conflito, restabelecendo no mundo fático a paz quebrada pelo litígio, passando a vítima a ser sujeito do processo, com status de protagonista da cena judiciária. (NETTO, 1998, p. 150).

O novo paradigma citado pelo autor conduz o olhar às necessidades da vítima. Sob este prisma, de se destacar o disposto no artigo 62 da citada Lei prevendo, dentre os critérios de sua orientação, a reparação dos danos sofridos pela vítima

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995).

Neste contexto, a possibilidade de composição civil dos danos, contemplada no artigo 72 e seguintes; o instituto da transação penal, previsto no artigo 76; e a suspensão condicional do processo, disposta no artigo 89, devem ser regrados em consonância com a proteção da vítima. As soluções alternativas advindas com a Lei n.º 9.099/1995 apresentam a alteração do enfoque conferido à vítima.

Conforme leciona Cabral (2021), o Direito Penal consensual vem ganhando força no sistema jurídico brasileiro com a utilização de institutos que adotam soluções alternativas ao processo e à sanção penal.

Para Lopes (2020, p. 126), o sistema processual penal prevê institutos que oportunizam a “interação entre Ministério Público (MP) e o investigado, no sentido de convencionarem a aplicação da pena, mediante o ajuste de algumas condições”. Sem pretensão de esgotar a matéria, exemplifica-se a colaboração premiada, inserida no ordenamento jurídico vigente com o advento da Lei n.º 12.850/2013 (alterada pela Lei n.º 13.964/2019), possuindo caráter de negócio jurídico e considerada meio de obtenção de prova, permite que Ministério Público e colaborador ajustem condições sobre narrativas que venham a contribuir ao processo e à elucidação criminal como forma também de benefícios penais e processuais penais ao autor do fato/colaborador.

Ao presente estudo, importa o olhar acerca da perspectiva da vítima nas soluções alternativas ao processo e à sanção penal, especialmente com o advento da Lei n.º 13.964/2019, que dispôs sobre o acordo de não persecução penal. Junqueira *et al* (2021) afirmam que esse acordo está inserido no espaço de consenso advindo do mecanismo de negociação penal, os quais foram inaugurados no Brasil pela Lei n.º 9.099/1995. Traçam os autores semelhança da consensualidade entre a Lei dos Juizados Especiais Criminais e a Lei Anticrime, e ressaltam, dentre as diferenças, o fato de o acordo de não persecução penal se excetuar às infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Como se pode observar, o sistema jurídico atual dispõe sobre a justiça penal negociada prevendo acordo de não persecução penal entre Ministério Público, o investigado e o seu defensor, aborda-se que a sua configuração deve contemplar os interesses da vítima. Em consonância com a Lei n.º 9.099/1995 que conferiu à vítima nosso *status* no sistema de justiça criminal, com a sua participação e escuta para a efetivação de seus interesses na reparação do dano sofrido, o legislador previu como condição ao acordo de não persecução penal a reparação do dano ou ressarcimento à vítima, mantendo a sistemática do novo paradigma inaugurado na Constituição Federal de 1988.

### **3 A INOVAÇÃO ADVINDA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

No escopo de enfrentamento da morosidade do tramitar dos processos criminais, fulcrada na eficiência do sistema, sobreveio modificação ao Código de Processo Penal, com o acréscimo do artigo 28-A, através da Lei n.º 13.964/2019, dispondo sobre o acordo de não persecução penal



não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado foral e circunstancialmente a prática da 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 cumulativamente e alternativamente [...]. (BRASIL, 1941).

Segundo Cabral (2021), a análise da natureza jurídica do acordo de não persecução penal deve ser efetuada sob duas perspectivas: uma que consiste no próprio acordo e outra verificada a partir das condições assumidas na substância do acordo de não persecução penal. Em relação ao próprio acordo reforça que a natureza jurídica é a de negócio jurídico, através da política criminal (eleição de prioridades) veiculada pelo Ministério Público e regrada no Código de Processo Penal, em seu artigo 28-A. Já no que pertine ao cerne do acordo de não persecução penal, para o autor, “é possível concluir que a natureza jurídica das condições, previstas no acordo de não persecução penal, é de uma obrigação negocial, que se concretiza como um equivalente funcional da pena” (CABRAL, 2021, p. 93).

Nucci (2021) discorre que a legislação brasileira, com a inserção do artigo 28-A do Código de Processo Penal, atenuou, ainda mais, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada. O acordo de não persecução penal se perfectibiliza antes do ingresso da ação penal, sendo reflexo de política criminal para “evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir” (NUCCI, 2021, p. 70). Ao comentar sobre o cabimento do acordo de não persecução penal, Messias (2020) afirma que

os crimes de **média gravidade** passam a representar um largo campo de atuação **estratégica** à disposição do Ministério Público, cuja **resolutividade** pode gerar uma verdadeira **economia de força de trabalho** a ser investida (1) na solução dos temas mais prementes para a sociedade, conforme o **poder de agenda** do *Parquet*, e (2) na suavização da **morosidade processual** que assola o Poder Judiciário. (MESSIAS, 2020, p. 15, grifo do autor).

De fato, a novel sistemática “representa o avanço sobre um paradigma cultural jurídico fortemente resistente à justiça negocial penal” (SOUZA, 2021, p. 141). Nesse novo arcabouço jurídico não se pode olvidar do olhar à tutela da vítima, uma vez que dentre as condições para a

celebração do acordo, previu o legislador a reparação do dano ou ressarcimento à vítima. Destaca o autor

a imperiosa necessidade de as condições serem ajustadas, isto é, estabelecidas em meio a um processo de negociação informação e transparente entre as partes, de modo a colmatar seus interesses à casa uma das medidas previstas na lei, tais como, sua extensão, beneficiários, periodicidade, etc. Aliás, é do ajuste que brota a força vinculante do acordo, apta a produzir os efeitos jurídicos anunciados pela lei, razão pela qual a lei prevê que ele deve ser escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e pelo seu defensor. (SOUZA, 2021, p. 148-149).

Atenta-se à observância destacada por Souza (2021), de que o acordo de não persecução penal decorre de um processo de negociação entre as partes e que deve contemplar os seus interesses. Argumenta-se que nessa convenção os interesses da vítima sejam contemplados e verificados.

Junqueira *et al* (2021) advertem para o fato de que a impossibilidade econômica do investigado não pode obstaculizar o acordo, sob o risco de diferenciação acerca do poder aquisitivo de quem celebra o acordo. Por certo que, sendo o acordo fruto da pactuação de interesse entre o Estado e o investigado, as condições do investigado deverão ser observadas quando da pactuação; todavia, não se pode olvidar a figura da vítima, no momento da sua celebração.

Sobre a importância da participação da vítima no sistema de justiça criminal, Daigle (2018) afirma que, na atualidade, o estudo da vitimologia engloba o crime, as consequências da vitimização, análises de caráter preventivo e acerca dos direitos das vítimas. Para Doerner e Lab (2012)

something not very funny happened on the way to a formal system of justice. The victim was left out. As strange as it may sound, the bulk of history has seen crime victims become further removed from being an integral part of dealing with criminals. Fortunately, this trend is beginning to reverse itself. Recent years have seen an increased interest in the plight of crime victims and a movement toward reintegrating the victim into the criminal justice system.<sup>2</sup> (DOERNER; LAB, 2012, p. 1).

---

2 Algo não muito engraçado aconteceu no caminho para um sistema formal de justiça. A vítima foi deixado de fora. Por mais estranho que possa parecer, a maior parte da história viu vítimas de crimes deixar de ser parte integrante do tratamento de

Assim, necessário o (re) conhecimento do papel da vítima na análise do crime e seus fatores. A verificação do crime sob a ótica daquele que sofreu com a ação criminosa permite a valoração de mecanismos de ressarcimento e de reparação dos danos ocasionados com a prática da infração penal.

#### **4 A EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO DA VÍTIMA NO SISTEMA CRIMINAL JUDICIAL**

Os primeiros estudos sobre vitimologia datam do século passado (1940), quando Hans Von Henting e Benjamin Mendelsohn apresentaram doutrinas sobre a vítima (DAIGLE, 2018). Esses estudiosos perceberam que

la víctima (a quién identificaban únicamente con el sujeto pasivo del delito conocido, el que llegaba al sistema penal), no era esse elemento abstracto, neutro, desdiujado, olvidado hasta entonces, sino alguien real a quien habia que considerar, indagaron cuál era su papel em la cuasación del delito.<sup>3</sup> (BONACHELA, 2016, p. 47).

As doutrinas de Hans Von Henting, com reflexões sobre *was that made the victim a victim*<sup>4</sup>; e de Benjamin Mendelsohn, que teria cunhado o termo vitimologia, desempenharam importante papel na compreensão da gênese do ato criminoso (DOERNER; LAB, 2012). Mendelsohn elaborou a seguinte classificação às vítimas

1. Completely innocent victim: a victim who bears no responsibility at all for victimization; victimized simply because of his or her nature, such as being a child;
2. Victim with minor guilt: a victim who is victimized due to ignorance; a victim who inadvertently places himself or herself in harm's way;

---

criminosos. Felizmente, essa tendência está começando a se reverter. Nos últimos anos, temos visto um aumento interesse na situação das vítimas de crimes e um movimento em direção à reintegração da vítima para o sistema de justiça criminal. (Tradução nossa).

- 3 A vítima (que identificaram apenas com o sujeito passivo do crime conhecido, aquele que chegou ao sistema penal), não era aquele elemento abstrato, neutro, esquecido até então, mas alguém real que devia ser considerado, indagaram qual o seu papel na causa do delito. (Tradução nossa).
- 4 O que faz da vítima uma vítima. (Tradução nossa).

3. Victim as guilty as offender/voluntary victim: a victim who bears as much responsibility as the offender; a person who, for example, enters into a suicide pact
4. Victim more guilty than offender: a victim who instigates or provokes his or her own victimization
5. Most guilty victim: a victim who is victimized during the perpetration of a crime or as a result of crime
6. Simulating or imaginary victim: a victim who is not victimized at all but, instead, fabricates a victimization event.<sup>5</sup> (MENDEL-SOHN, *apud* DAIGLE, 2018, p. 35).

Pablos de Molina (2014) aduz que a vítima, a partir do século passado, começa a recuperar o merecido interesse da criminologia, do sistema legal, da política criminal e da psicologia social

numerosas investigaciones empríricas suministran ya una valiosa información sobre el proceso de vitimización y modelos explicativos de ésta, aptitud y propensiones de los sujetos para convertirse em víctimas del delito, riesgo de vitimización, relaciones entre delincuente y víctima (interacción recíproca), vulnerabilidad de la víctima, daños que padece la víctima del delito y mecanismos de reparación, programas de prevención del delito dirigidos a ciertas víctima, influencias sociales em el proceso de victimización y supuestos específicos de víctimas, el comportamiento de la víctima-denunciante como agente del control social penal (lo que es decisivo para evaluar el funcionamiento efectivo de éste, la significación de la cifra negra, etc) intervención y terapia de determinadas víctimas, victimización secundaria, victimización terciaria, autoprotección, etc.<sup>6</sup> (PABLOS DE MOLINA, 2014, p. 109).

- 
- 5 1. Víctima totalmente inocente: uma vítima que não tem qualquer responsabilidade pela vitimização; vitimado simplesmente por causa de sua natureza, como ser uma criança. 2. Víctima com culpa menor: uma vítima que é vitimada por ignorância; uma vítima que inadvertidamente coloca a si mesmo em perigo. 3. Víctima tão culpada quanto o ofensor / vítima voluntária: uma vítima que tem tanta responsabilidade quanto o ofensor; uma pessoa que, por exemplo, faz um pacto suicida. 4. Víctima mais culpada do que agressor: a vítima que instiga ou provoca sua própria vitimização. 5. Víctima mais culpada: uma vítima que é vitimizada durante a perpetração de um crime ou como resultado de um crime. 6. Simulação ou vítima imaginária: uma vítima que não é vitimada, mas, em vez disso, fabrica um evento de vitimização. (Tradução nossa).
  - 6 Numerosas investigações empíricas já fornecem informações valiosas sobre o processo de vitimização e modelos explicativos deste, aptidão e propensões dos sujei-

De fato, a ampliação e compreensão da vítima no contexto da ação criminosa dilataram o escopo de análise para além da relação criminoso e ofendido. Nesse sentido, no ano de 1985, a ONU – Organização das Nações Unidas apresentou conceito de vítimas, inserido na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder:

“Victims” means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power.<sup>7</sup> (UNITED NATIONS, 1985, n. p).

Como se verifica na abrangência do conceito referido, vítima é a pessoa que sofre um atentado a sua integridade física ou mental. Logo, o sistema de justiça criminal deve, quando do seu reconhecimento, propiciar mecanismos de aproximação de seus interesses, a fim de que os danos ocasionados pela ação criminosa possam ser minimizados ou reparados.

Bonachela (2016) adverte acerca da necessidade de escuta e reconhecimento das vítimas, para que a elas se possa conferir a possibilidade de superação do trauma produzido pelo delito e de saída da situação de vitimização, é imperioso que se reedifique a sociedade ao olhar solidário e não culpabilizador à vítima. Conforme preceitua Karmen (2015)

The rediscovery process is more than just a wellintentioned humanitarian undertaking, media campaign, for example of special pleading. It has farreaching consequences for everyday life, and

---

tos a se tornarem vítimas de crime, riscos de vitimização, relações entre agressor e vítima (interação recíproca), vulnerabilidade da vítima, danos sofridos pela vítima do crime e mecanismos de reparação, programas de prevenção do crime dirigidos a determinadas vítimas, comportamento da vítima-denunciante como agente do controle social do crime (que é decisivo para avaliar o seu funcionamento eficaz, o significado da figura negra, etc.), intervenção e terapia de certas vítimas vitimização secundária, vitimização terciária, autoproteção, etc. (Tradução nossa).

- 7 As pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores de leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proibem, o abuso de poder. (Tradução nossa).

the stakes are high. Injured people who gain legitimacy as innocent victims and win public backing are in a position to make compelling claims on government resources (asking for compensation payments to cover the expenses they incurred from their physical wounds, for example). People who know from firsthand experience about the suffering caused by illegal acts also can advance persuasive arguments about reforming criminal justice policies concerning arrest, prosecution, trial procedures, appropriate sentences, and custodial control over prisoners. Finally, rediscovered victims can assert that preventing others from suffering the same fate requires a change in prevailing cultural values about tolerating social conditions that generate criminal behavior.<sup>8</sup> (KARMEN, 2015, p. 54).

De fato, o processo de redescoberta da vítima perpassa por uma alteração de valores culturais vigentes que vai ao encontro de medidas preventivas e de compensação dos danos oriundos da ação criminoso. Desse modo, a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima deve ser considerada quando do acordo de não persecução penal, como forma de valorização e de escuta as suas necessidades e aos seus direitos.

## **5 A CONDIÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO OU RESTITUIÇÃO DA COISA À VÍTIMA COMO EFETIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

No escopo de proteção integral às vítimas, na esteira dos estudos do século passado, em 1985, na citada Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, a Organização das Nações Unidas – ONU foi além da conceituação de víti-

---

8 O processo de redescoberta é mais do que apenas um bem intencionado empreendimento humanitário, campanha na mídia, ou exemplo de súplica especial. Tem longo alcance às consequências da vida cotidiana, e as apostas são altas. Pessoas feridas que ganham legitimidade como vítimas inocentes e ganham apoio público estão em uma posição para fazer reivindicações convincentes aos recursos do governo (pedindo pagamentos de compensação para cobrir as despesas em que incorreram de seu físico feridas, por exemplo). Pessoas que experimentam, em primeira mão, o sofrimento causado por atos também pode apresentar argumentos persuasivos sobre reformas políticas de justiça criminal relativas à prisão, acusação, procedimentos de julgamentos, sentenças apropriadas, e controle de custódia sobre os prisioneiros. Finalmente, redescobertas, as vítimas podem prevenir outros indivíduos de sofrerem o mesmo destino. Isso requer uma mudança em valores culturais prevalecentes sobre a tolerância de condições sociais que geram comportamento criminoso. (Tradução nossa).

mas, assentando a obrigação de reparação de danos e restituição de bens aos autores de crimes ou terceiros responsáveis pelo seu comportamento. Observando que na reparação devem estar incluídas, dentre outras hipóteses apresentadas, as despesas decorrentes da vitimização. (UNITED NATIONS, 1985, n. p).

Nas mesmas diretrizes traçadas pela ONU, dispõe o artigo 28-A do Código de Processo Penal que, quando da pactuação do acordo de não persecução penal, se deve atentar às seguintes condições, de forma alternativa ou cumulativa,

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III – prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indiciada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 1941).

Segundo Messias (2021), as condições do acordo de não persecução penal são livremente ajustadas entre o Ministério Público, o investigado/acordante e o seu defensor dentre o rol apresentado pelo legislador. Nesse sentido,

As condições para celebração do acordo consistem, precipuamente, nas medidas ou obrigações ajustadas entre as partes que deverão ser prestadas pelo investigado e que, de algum modo, a um só tempo, prestam-se a prevenção e retribuição do direito penal, bem como a tutela do bem jurídico violado pelo crime. (SOUZA, 2021, p. 148).

Como se pode observar, a inserção de condição de tutela aos interesses da vítima demonstra o avanço legislativo na esfera de sua proteção da vítima; devendo as partes atentarem-na quando da pactuação. Maia Neto (2014) exemplifica seis situações que devem ser verificadas quando se aborda a indenização às vítimas: “perda da vida, dor e sofrimento (físico e mental), perda da liberdade (locomoção restringida), perda de ganhos com a incapacidade de trabalho, perda e danos de sua propriedade e danos especiais, gastos em geral pela ocorrência do crime” (MAIA NETO, 2014, p. 357-358).

Cumprir destacar que, se por um lado, a impossibilidade de reparação do dano ou ressarcimento deve ser levada em consideração, por outro não se pode olvidar da necessidade de se trazer o ofendido ao bojo do pacto, verificando as suas necessidades e se ajustando quando da formatação do acordo de não persecução penal.

Nesse sentido, a impossibilidade de reparação do dano ou de ressarcimento devem ser exceções devidamente comprovadas nos autos. Desse modo, a primazia da observância aos interesses da vítima quando da análise das condições a serem ajustadas e posteriormente cumpridas pelo investigado converge ao novo modelo de justiça penal mais eficaz.

Assim, argumenta-se a possibilidade do chamamento da vítima ao ajuste do acordo de não persecução penal. Por certo que os danos materiais e morais por ela sofridos quando da prática da infração penal devem ser mensurados nas condições para o pacto de não oferecimento da ação penal, em observância à nova sistemática de justiça penal negociada.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No século passado, os estudos de criminologia passaram a contar com amplitude de abordagem da vítima, a sua identificação para além do sujeito passivo do crime permitiu que se voltasse o olhar a sua figura como integrante do sistema de justiça criminal, bem como para a criação de mecanismos de prevenção criminal e de reparação de danos causados com a ação criminosa. Nesse sentido, não há como se dissociar a vítima da compreensão e do enfrentamento ao crime.

Na mesma linha, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, da ONU, e as diretrizes contidas na Constituição Federal de 1988 (especialmente com a criação dos juizados especiais), dispuseram sobre a reparação de danos à



vítima pelo ofensor ou por ele responsável. Ao encontro do preconizado na citada Declaração e na Constituição Federal de 1988, o acordo de não persecução penal, disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, através da Lei n.º 13.964/2019, fulcrou-se no objetivo de celeridade e efetividade da resposta penal, dispondo sobre a possibilidade de se pactuarem condições de não oferecimento da ação penal ao investigado que confessa formal e circunstancialmente a prática da infração penal, através da denominada justiça penal negociada. Dentre as condições estabelecidas pela legislação está prevista, no inciso I, do citado diploma legal, a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Verifica-se que o legislador conferiu importância à vítima quando da pactuação do ajuste que culminará no não oferecimento da ação penal. Sabe-se que o processo de redescoberta da vítima junto ao sistema jurídico requer uma mudança de cultura e de olhar, que vá além da compreensão do fato criminoso e seu autor e que possa entender as consequências do crime sob a ótica daquele que sofreu com a prática da ação criminosa. Desse modo, as condições referidas no artigo 28-A, inciso I, do Código de Processo Penal devem ser observadas pelas partes que pactuam a não persecução penal.

Sob esta perspectiva, o estudo em tela propõe que quando do ajuste ao acordo de não persecução penal sejam verificadas as repercussões do crime com olhar a tutela da vítima. Para tanto, se faz necessário que ela seja ouvida e sejam ponderados os seus interesses de ressarcimento e ou de reparação do dano sofrido com a ação criminosa.

Desse modo, a ressalva da impossibilidade de reparação do dano ou de ressarcimento à vítima deve ser compreendida como exceção à regra e somente admitida quando esgotados mecanismos de composição que englobem também a análise do fato criminoso sob a ótica dos direitos da vítima.

Com efeito, o presente estudo almeja a contribuição ao debate, a fim de que o dispositivo legal preconizado no artigo 28-A, inciso I, do Código de Processo Penal seja observado pelo Ministério Público, pelo investigado e pelo seu defensor quando do acordo de não persecução penal. A justiça penal negociada importa que se proteja e se valorize a vítima, a efetividade da justiça criminal brasileira aventada com o acordo de não persecução penal requer que sejam cumpridas as condições estabelecidas pelo legislador, em especial o reconhecimento dos direitos da vítima.

## REFERÊNCIAS

BONACHELA, María del Mar Daza. **Escuchar a las víctimas**: victimología, derecho victimal y atención a las víctimas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Código de Processo Penal de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cppenal> Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cpenal.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 12.850, de 02 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm) Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3) Acesso em: 26 jun. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodvim, 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução n.º 181, de 07 de agosto 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF: 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> Acesso em: 31 out. 2021.

DAYGLE, Leah. **Victimology**. Second edition. England: Library of Congress. Thousand Oaks, CA: SAGE, 2018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DOERNER, Willian G.; LAB, Steven P. **Victimology**. Sixty edition. USA: Elsevier, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal: o novo modelo consensual de justiça criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1995.

JUNQUEIRA, Gustavo. [et al.]. **Lei anticrime comentada – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES, Rodrigo Soares Ribeiro. *In: Pacote Anticrime – Lei n.º 13.964/2019 na visão dos Procuradores de Justiça*. Coordenadores João Paulo Lordelo G. Tavares. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

KARMEN, Andrew. **Victims and introduction to victimology**. 9. ed. Boston: Cengage Learning, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumário no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos Humanos das vítimas de crimes: Filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2014.

MESSIAS, Mauro. **O Acordo de Não Persecução Penal**: teoria e prática. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais**. Salvador: Juspodvim, 2007.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal – modificações da lei dos juizados especiais criminais**. Curitiba: Juruá, 1998.

NUCCI, Guilherme. **Pacote Anticrime Comentado**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PABLOS DE MOLINA, Antonio García. **Tratado de Criminología**. 5ª ed. atual. corr. e aum. Valencia: Titant lo blanch, 2014.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re) legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, René do Ó. **Lei anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. 2ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power**. New York, UN: 1985. Adotada pela resolução 40/34 de 29 de novembro de 1985 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>. Acesso em: 13 jul. 2021.

WEDY, Miguel Tedesco. KLEIN, Maria Eduarda Vier. O Futuro do Direito Penal Negocial e o Estado Democrático de Direito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 156/2019, p. 279-306. Jun. 2019.

# O DIREITO AO SILÊNCIO VERSUS O DIREITO DE MENTIR: GARANTIAS À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO<sup>1</sup>

**Nadine Marinho Viera**

Nadine Marinho Viera. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana. Integrante do grupo de pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito pela FMP, vinculado ao CNPq ao grupo de estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8905304455366264>. Email: [nadinemviera@gmail.com](mailto:nadinemviera@gmail.com).

**Rafaela Rojas Barros**

Rafaela Rojas Barros. Mestranda em Direito na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público. Associada e coordenadora da Comissão de Direito de Família e Empresa do IBD-FAM/RS. Moderadora do Grupo de Estudos de Direito de Família e Empresa da Escola Superior da Advocacia (ESA – OAB/RS). Grupo de Pesquisa “Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais”, coordenado pelo Dr. Conrado Paulino da Rosa. Pós graduada em Direito de Família e Sucessões na PUCRS. Advogada na mesma área - Clóvis Barros Advogados. Endereço profissional: Rua Tobias da Silva 120/1005. Bairro Moinhos de Vento. CEP – 90570-080. Porto Alegre, RS. Fone - 51. 3346.5026 e 9861.8891. E-mail: [rafaela@clovisbarros.adv.br](mailto:rafaela@clovisbarros.adv.br).

**Resumo:** O trabalho tem por escopo enfocar o princípio da não autoincriminação consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, que assegura o direito ao silêncio ao acusado, buscando-se aferir qual é o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da existência de um direito de mentir. A pesquisa classifica-se como dedutiva, descritiva e bibliográfica. Com o estudo, constata-se que o direito à não autoincriminação é uma garantia fundamental do acusado, que lhe permite calar em juízo sem que

---

1 Artigo enviado para a seleção do VIII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis – Eixo temático Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados - Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) – mai/2022.

isso seja interpretado em seu desfavor, bem como que tal garantia não abarca o suposto direito de mentir.

**Palavras-chave:** Não Autoincriminação. Direito ao Silêncio. Interrogatório. Mentira. Consequências Jurídicas.

## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro consagra uma série de direitos e garantias fundamentais aos acusados de um crime. Dentre elas, ganha destaque o direito de não autoincriminação, também denominado de direito ao silêncio. Tal, resta assegurado no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 e, também, no artigo 186 do Código de Processo Penal.

Diferentemente do que previa o Código de Processo Penal em sua redação original, fortemente influenciada por um sistema inquisitório, de interpretação desfavorável com consequência para o silêncio do réu, é o que ocorre hoje. Atualmente, o fato de o réu calar-se na fase investigatória ou judicial da persecução penal não pode ser interpretado como suposta confissão.

São diversos os questionamentos em torno da temática “direito de mentir”, especialmente se a mentira do acusado (com ênfase no interrogatório), é assegurada como consequência do direito ao silêncio.

E é nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo geral analisar como a doutrina e a jurisprudência pátria interpretam a mentira em juízo, de modo a identificar se há um direito de mentir – ou não – decorrente do princípio da não autoincriminação. Como objetivos específicos da presente pesquisa, assim, busca-se compreender o princípio da não autoincriminação no direito brasileiro; averiguar a importância da prova, com ênfase no interrogatório; e, identificar as eventuais consequências da mentira do acusado em juízo.

Destarte, para alcançar os objetivos supra referidos adota-se, como método de abordagem, o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo. No que tange à técnica de pesquisa, classifica-se como bibliográfica, pois se busca na doutrina, na legislação, em artigos e na jurisprudência, elementos para a compreensão do tema.

## 2 A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E A DISTINÇÃO ENTRE CALAR E MENTIR EM JUÍZO

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito ao silêncio no artigo 5º, inciso LXIII. E do referido artigo é possível extrair que o acusado deve ser informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado.

Registre-se que o Código de Processo Penal, em sua redação original, dispunha que antes de iniciar o interrogatório o juiz deveria informar ao réu que, embora não estivesse obrigado a responder as perguntas a ele direcionadas, seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo à sua defesa. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, o artigo 186 do Código de Processo Penal não mais se adequava à sociedade, o que culminou em uma nova redação, a qual foi dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Desde então, o supracitado dispositivo assim regulamenta:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Portanto, atualmente, o silêncio do réu é consagrado como princípio constitucional e encontra-se previsto, expressamente, no Código de Processo Penal, não podendo ser interpretado em prejuízo do acusado. Significa dizer que o réu pode se calar em interrogatório judicial, não respondendo a nenhuma das perguntas e, ainda assim, não ser considerado culpado pelo silêncio ou isto implicar em confissão.

Em meio a esse cenário de ser o silêncio do acusado um direito e uma garantia fundamental, faz-se necessário, antes de adentrar na problemática do “direito” de mentir em juízo, lançar luzes ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, objeto do próximo tópico.

### 2.1 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: DA GARANTIA À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, expressão latina cuja tradução literal remete à ideia de que ninguém será obrigado a *se descobrir*, é

consagrada na Constituição Federal brasileira de 1988, uma vez que esta, como referido acima, dispõe sobre o direito ao silêncio dentre os direitos do acusado. Assim, caso uma pessoa seja acusada por um ato ilícito, não é obrigada a se autoincriminar, a produzir provas que lhe prejudiquem.

A garantia de não autoincriminação é tida como um direito natural, relacionado ao direito de sobrevivência em sociedade. Tal, foi deixado de lado durante o período inquisitivo, quando a coação do acusado era algo comum de ser utilizado para a extração da verdade no momento do interrogatório. Em 1789, ganha destaque a Declaração dos Direitos do Homem, quando o investigado passou a ser visto como sujeito de direitos e ter presumida sua inocência.

Com o passar do tempo, diversos Tratados Internacionais passaram a versar sobre o direito de não se autoincriminar, garantindo ao réu a possibilidade de ficar em silêncio. A Declaração dos Direitos de Virgínia de 1774 trouxe, em seu artigo 8º, que “em todos os processos criminais o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo”. Tal norma tornou-se fonte da V Emenda da Constituição norte-americana (LOPES JÚNIOR, 2020).

Em 1969, veio à lume a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica e, em 1978, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Ambos reconhecem o direito à não autoincriminação (LOPES JÚNIOR, 2020), tratando-se, logo, de um direito público subjetivo assegurado não somente ao preso, mas a qualquer pessoa que estiver na condição de réu ou tenha sido indiciada e que tenha que prestar depoimento.

Com efeito, conquanto direcionada de forma expressa ao preso, essa garantia constitucional atinge toda e qualquer pessoa, perante qualquer esfera do Estado, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do indivíduo (artigo 5º, LVII da CF/88), o ônus da prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação.

Conforme reiteradamente tem sido afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer pessoa que seja objeto de investigações administrativas, policiais, penais ou parlamentares, ostentando ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha –, possui o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si.

Para o STF, o silêncio e a não cooperação não podem ser entendidos como confissão e tal posição foi consolidada ainda quando do jul-



gamento do *habeas corpus* nº 96.219-SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que assim frisou:

A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. “O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).” Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.” O exercício do direito contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “*persecutio criminis*” (BRASIL, 2008).

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 consagrou ainda mais força a esse direito. O artigo 5º, inciso LXIII do diploma constitucional dispõe que o preso deve ser informado dos seus direitos, inclusive o de permanecer em silêncio: o “preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Por sua vez, o Código de Processo Penal, em seu artigo 186, parágrafo único, disciplina que a autoridade competente deve informar sobre o direito ao silêncio. Nesse sentido é o recurso de *habeas corpus* nº 170.843/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e a Apelação Criminal do Estado de São Paulo:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da Procuradoria-Geral da República. 3. Condenação ba-

seada exclusivamente em supostas declarações firmadas perante policiais militares no local da prisão. Impossibilidade. Direito ao silêncio violado. 4. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe a o Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. Precedentes. 5. Agravo a que se nega provimento. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator (BRASIL, 2021).

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes dispõe que os Policiais Militares devem informar sobre o direito ao silêncio ao indivíduo quando derem a voz de prisão em flagrante. O Estado, veja-se, segundo o Ministro, tem o dever de informar ao preso acerca desse direito e, diante da falta de informação, reconhece uma manifesta inconstitucionalidade, declarando a condenação nula.

Esse privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio. Em resumo, significa dizer que o preso tem o direito de ser previamente informado a respeito dessa garantia constitucional, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório. A falta da advertência – e de sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si, por exemplo, fornece o acusado, ainda quando observadas as demais formalidades procedimentais do interrogatório.

O direito à não autoincriminação, embora bastante difundido no ordenamento jurídico brasileiro, ainda é muito discutido em toda sociedade, porquanto apesar de se tratar de garantia constitucional, assim como todo e qualquer direito, que não é absoluto, o direito à não autoincriminação também não o é. Veja-se que o direito à não autoincriminação, ou princípio do *nemo tenetur se detegere*, apesar de ter previsão expressa na Constituição e mesmo no Código de Processo Penal, encontra verdadeiro respaldo no artigo 8º, 2, “g” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – conhecido como Pacto de São José da Costa Rica –, que garante à pessoa o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Outrossim, registre-se que a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), em seu artigo 15, tipifica inclusive como crime o desrespeito ao direito de silêncio do acusado, ameaçando-o de prisão, por exemplo, assim como também pune aquele que prossegue com o interrogatório de pessoa que decidiu exercer o direito ao silêncio. Aqui, cabe citar como caso atual e paradigmático da hipótese de violação do direito de permanecer em silêncio e eventual abuso de autoridade o do Menino Bernardo, quando se discutiu a possibilidade, até mesmo, de nulidade do procedimento do júri.

Desta feita, o princípio da não autoincriminação constitui garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou a falar algo que resulte na sua própria incriminação, senão em virtude de lei expressa que não atinja os direitos fundamentais.

## **2.2 DA PROVA NO DIREITO PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INTERROGATÓRIO E O DEPOIMENTO PESSOAL**

A primeira questão a ser ressaltada neste tópico é a de ser a prova de suma importância no processo penal, pois sem ela o magistrado não pode proferir uma sentença condenatória, sendo imperioso absolver o acusado por insuficiência de provas. Ou, caso as provas sejam suficientes para corroborar com a negativa da autoria, por exemplo, ser obrigado o julgador, com base nessas provas, fundamentar a sua sentença absolutória.

Entende-se como prova tudo aquilo que é usado e que colabora para a formação do convencimento do julgador, ou seja, tudo que é levado ao conhecimento do magistrado para convencê-lo de como ocorreram os fatos ou mesmo da ocorrência e forma de algum ato processual. Em outras palavras, é possível afirmar que a prova é essencial para que se exerça o direito de ampla defesa em qualquer processo.

O objetivo das provas é a obtenção do convencimento do julgador, que toma sua decisão, ao apreciá-las, com base no livre convencimento motivado, segundo o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, os instrumentos de prova têm a natureza jurídica de direito subjetivo e as leis relativas a elas, normas processuais de aplicação imediata.

Ainda, sobre a finalidade das provas, veja-se que o artigo 156 do Código de Processo Penal, *caput*, relativamente ao seu ônus, estabelece que quem acusa, deve fazer a prova. Caso não comprove o autor da alegação sua veracidade, perder-se-ão os efeitos úteis daquela acusação (ARAÚJO, 2013).

Dessa forma, resta claro que é dever da acusação o ônus de realizar a prova apresentada em juízo a partir de queixa-crime ou da denúncia. Veja-se que o réu também tem a possibilidade de produzir provas, caso alegue em seu benefício qualquer fato que poderá propiciar a exclusão da sua culpabilidade ou ilicitude, ainda que não o faça de maneira completa, porquanto a prova tem a função de sustentar o processo penal. Tome-se como exemplo o caso de um crime em legítima defesa em que o réu sustente ter matado a vítima, mas que o fez em legítima defesa. Nesse caso, é necessário provar a ausência de culpa (excludente de culpabilidade), porquanto não cabe à acusação fazê-lo.

Outrossim, registre-se que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma modalidade de prova que se sobreponha às demais, cabendo ao magistrado, na análise do caso concreto, averiguar o contexto probatório e, com base no princípio do livre convencimento, valorar aquela que entende ser verossímil e afastar outras. Ademais, a depender da complexidade da prova trazida ao processo, faz-se necessário, por vezes, a chamada de um especialista para examinar a veracidade e licitude de tal.

Dentre os meios de prova, tem-se o depoimento pessoal do acusado que, em especial, interessa ao presente estudo. Trata-se de meio direito de prova que, em juízo, é produzida no interrogatório e constitui verdadeiro meio de defesa do réu. Nesta fase, ele tem a primeira oportunidade de expor diretamente a sua versão dos fatos pelos quais é acusado. Anote-se que são duas as oportunidades para isso: no inquérito policial, ao prestar depoimento à autoridade policial e na instrução criminal, quando depõe na chamada audiência de instrução e julgamento.

Denomina-se interrogatório judicial o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação. Aqui, pode aquele, inclusive, indicar meios de prova, confessar - se assim entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação.

Logo, o interrogatório, para a legislação, é considerado como um meio de prova, ao passo que, para a doutrina majoritária, também, um meio de defesa. De fato, trata-se de um ato instrutório, presidido pelo magistrado, que tem nele a possibilidade de ouvir diretamente do réu a sua versão sobre os fatos denunciados. Nesse sentido, é o julgador quem tem a função de indagar o réu sobre os fatos relatados na denúncia ou queixa e conferir a ele oportunidade para se defender.

Com relação ao local de realização do interrogatório, tratando-se de réu preso, a lei determina que o ato, além de ser publicizado, seja realizado nas dependências do próprio estabelecimento prisional. Para tanto, o réu deve estar assistido por defensor e restar garantidas a segurança do juiz, do promotor de justiça e dos auxiliares. Assim é o que dispõe o artigo 185 do Código de Processo Penal.

Art. 185. [...] § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato [...].

Outrossim, excepcionalmente, o interrogatório do réu preso pode ser realizado via videoconferência, ou por qualquer outro meio tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Nesse caso, a medida deve ser tomada com o escopo de atender a uma das finalidades previstas no artigo 185, parágrafo 2º do Código de Processo Penal. No mesmo sentido, objetivando-se proteger os direitos do réu no momento do interrogatório, destaca-se o parágrafo 5º do mesmo artigo.

Art. 185 [...] § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

[...] § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

Com efeito, constitui direito do réu a oportunidade de, antes do interrogatório, conversar reservadamente com seu advogado, assim como no caso de realização do mesmo por videoconferência, ser garantida a comunicação entre o réu e o seu procurador. Veja-se que outra característica do interrogatório, para além das já referidas, conforme se extrai do

artigo 187 do Código de Processo Penal, é sua divisão em duas partes: a primeira, concernente à pessoa do acusado e a segunda, relativa aos fatos.

Como dito na seção anterior, o direito constitucional de permanecer calado impede que o silêncio do réu implique no reconhecimento da chamada confissão ficta, e o próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 198, veda tal situação. Ao preso, é assegurado o direito de permanecer calado, mas não pode, por conta disto, veja, sofrer qualquer tipo de constrangimento ou de sanção.

Do mesmo modo, caso deseje o réu falar, não está obrigado a dizer a verdade. Pode, por certo, vir a mentir sobre o mérito da ação e não ser, reiterar-se, penalizado por isto. Nesse ponto, importa esclarecer que diferente é a admissão de autoria do delito por aquele que o praticou, para o que o processo penal denomina de confissão.

Sobre o conceito de confissão, o doutrinador Nucci pontua que *confessar*, no âmbito do processo penal, é admitir um crime, tendo pleno discernimento, de forma voluntária, expressa, pessoal e diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo (NUCCI, 2014, p. 437-438). Deve-se considerar confissão, então, apenas o ato voluntário, expresso e pessoal.

Portanto, o silêncio não pode, por expressa determinação constitucional e legal, ser interpretado como confissão, já que esta precisa ser expressa, voluntária e emanada de alguém que possua discernimento para assumir a autoria de um delito. Logo, o acusado pode optar por ficar calado, seja na fase administrativa da persecução penal (inquérito), seja na fase judicial, sem que tal opção seja interpretada em seu prejuízo.

Cumpra, porém, saber se há especial distinção entre o direito de se calar, principalmente no interrogatório, e o direito de mentir, uma vez que no direito pátrio não há tipificação da mentira como crime de perjúrio, por exemplo, como ocorre no ordenamento jurídico norte-americano. Adentra-se, assim, no posicionamento doutrinário e jurisprudencial da questão.

### **2.3 DIREITO DE MENTIR NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA**

A Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal, conforme referido, consagram o direito ao silêncio, constituindo-se esse em uma garantia fundamental do acusado, que não poderá ser interpretado em seu desfavor. Porém, há uma grande diferença entre se calar, especialmente durante o interrogatório, e mentir em juízo.

Aqui, o legislador adotou um posicionamento diferente diante do réu e da testemunha. Por um lado, caso essa venha a mentir em juízo, responderá criminalmente. Por outro, inexistente qualquer sanção àquele, o que gera, principalmente ao senso comum, sensação de indignação, justificando o estudo do tema.

Em vista disso, o *habeas corpus* nº 68.929, julgado em 1991, pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Celso de Mello, reproduz que, ainda que haja o direito ao silêncio, é opção do réu negar, mesmo de maneira falsa, o cometimento do ilícito. Percebe-se que desde o século passado já se pensava na possibilidade da mentira dentro do interrogatório judicial.

Julgamentos de outros tribunais seguiram tal entendimento, a exemplo da decisão abaixo colacionada, proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em 2017, quando reconheceu-se também de forma expressa a possibilidade do acusado mentir para se defender como consequência do direito ao silêncio.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. LEI MARIA DA PENHA. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA. INTERROGATÓRIO DO RÉU. PREJULGAMENTO, PARCIALIDADE E CONSTRANGIMENTO JUDICIAL AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUTODEFESA. DIREITO DE MENTIR DO ACUSADO. VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O interrogatório é manifesta expressão das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa porque é a oportunidade que tem o réu de se dirigir diretamente ao juiz, trazendo à tona a sua versão a respeito dos fatos que lhe são imputados pela acusação, podendo, inclusive, indicar meios de prova, confessar ou até mesmo permanecer em silêncio. 2. **O réu está protegido pelo princípio de que não é obrigado a se autoincriminar; logo, em seu interrogatório, para se defender, pode mentir e declarar o que bem entender ao juiz. É direito seu amparado pela garantia constitucional da ampla defesa.** 3. O juiz deve conduzir o interrogatório de forma neutra, imparcial e equilibrada, não lhe sendo lícito, sob pena de constrangimento ao exercício da autodefesa e de nulidade absoluta, confrontar o réu com veemência, deixando-o acuado e sugerindo ser a sua versão falsa ou inverossímil. 4. Recurso de apelação conhecido e provido (BRASÍLIA, 2017) (Grife-se).

Percebe-se que na decisão supra o órgão julgador ressalta que além de o direito de não se autoincriminar estar amparado constitucional, pode o réu calar-se em juízo, sendo o interrogatório não apenas meio de prova, mas também um meio de defesa do acusado. O acusado pode, assim, mentir e declarar o que bem entender, sem que isso lhe gere qualquer consequência jurídica.

Para Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *habeas corpus* número 680172, também não se ignora o direito do acusado ao silêncio ou até de mentir no interrogatório. Frisa, contudo, que tais possibilidades podem ser exercidas desde que não venham terceiros a ser prejudicados.

[...] Não se olvida o direito do acusado ao silêncio ou até mesmo de mentir no interrogatório, mas não há qualquer autorização para que os acusados em geral tentem se livrar das consequências penais de suas condutas imputando falsamente crimes a policiais, manchando suas reputações” (fl. 410). Contudo, razoável e proporcional o acréscimo em 1/5 (um quinto), perfazendo 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa (STJ - HC: 680172 SP 2021/0219338-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 17/12/2021)

Em sentido contrário é a posição de parte considerável da doutrina, para quem é possível responsabilizar o acusado, em caso de mentira. Nessa hipótese, o mentiroso será condenado por denúncia caluniosa (artigo 339 CP) ou por autoacusação falsa (artigo 341 CP). Para tal corrente, o direito de mentir não é consequência do direito à não autoincriminação (MOUGENOT, 2019).

Nesse sentido ganha destaque a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em 2014, proferida em sede de apelação pelo Relator Desembargador Edisson Ulisses de Melo.

Apelação criminal – Crimes de roubo majorado (art. 157, § 2º, inciso II, do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP) em concurso material (art. 69 do CP)– Recursos do Estado de Sergipe e de dois réus – Apelo do Estado – Condenação do ente estatal às verbas honorárias do advogado dativo – Ônus do Estado – Quantum arbitrado de forma razoável – Sentença mantida nessa parte – Possibilidade de *emendatio libelli* sem abertura de prazo para a defesa – Réu que se defende dos fatos e não da capitulação jurídica a ele atribuída na denúncia – Materialidade e autoria delitivas compro-



vadas – Desclassificação para o crime de furto – Impossibilidade – Emprego de grave ameaça – Pretendida absolvição quanto ao crime de falsa identidade (art. 307 do CP)– Improcedência – Princípio da autodefesa que não abarca o direito a mentir sobre a identidade –[...] V – Em que pese o Sistema Jurídico Brasileiro inclua o princípio da autodefesa, permitindo ao réu silenciar ou mesmo mentir sobre os fatos que lhe são imputados, não se inclui na autodefesa o direito a mentir sobre a identidade; VI – Tal conduta, mesmo quando praticada no âmbito de interrogatório prestado em processo criminal, configura o crime de falsa identidade, conforme já sedimentou o STF no julgamento, com repercussão geral, do Recurso Extraordinário nº 640.139; [...] Sentença parcialmente reformada de ofício (SERGIPE, 2014).

No caso, entendeu o Relator que inexistente um direito de mentir como consequência do princípio da não autoincriminação. Portanto, se a mentira configura um crime, deverá o réu ser responsabilizado. No entanto, tal entendimento que não é acompanhado pela legislação brasileira, possui outros respaldos e justificações, como se pode verificar do recente julgamento do *habeas corpus* nº 195937, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2021.

[...] Ora, é forçoso reconhecer que a ré ao mentir deliberadamente extrapola os limites da autodefesa que não é absoluta demonstrando torpeza e deslealdade processual, expondo a risco a Justiça que pode, em razão de seu proceder, proferir decisão equivocada e, assim, injusta. Afigura-se evidente que não se pode tolerar que a ré se valha de engodos, ardis e mentiras visando a escapar de uma justa condenação. [...] A propósito, impende registrar, por relevante, que caso o julgador não aumente a pena do acusado mendaz, “estará incentivando o réu a sempre mentir, afinal, se sua mentira não lhe causa qualquer prejuízo, podendo, inclusive, livrá-lo de uma condenação justa, por que confessar um crime ou mesmo ficar em silêncio? Não punir o acusado mentiroso, aliás, viola o princípio da individualização da pena, pois equipara equivocadamente a situação do réu que fica em silêncio em seu interrogatório, com a do que mente descaradamente, em verdadeira afronta à dignidade da Justiça, pois tem o único propósito de induzir esta em erro, minando, assim, sua credibilidade perante a sociedade” [...] Com efeito, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, sopesadas a natureza e a quantidade da droga apreendida, além de considerada a personalidade desvirtuada e a má conduta da acusada por ter

mentido ao magistrado, no intuito de induzi-lo a erro e safar-se de sua responsabilização criminal, perfazendo 06 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 666 dias-multa. (STF - HC: 195937 SP 0111565-79.2020.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 02/02/2021, Data de Publicação: 04/02/2021)

Na decisão acima colacionada, o Relator Edson Fachin demonstra indignação com a postura da ré, a qual refletirá, segundo ele, até mesmo na credibilidade do Tribunal, no seu bom funcionamento perante a abundante demanda que possui e mesmo no devido processo penal. Entretanto, confirma que na legislação vigente não há respaldo para uma aplicação de punição para a mentira no interrogatório, - ou seja, não há tipo penal para tal – de maneira que se faz impossível justificar um aumento de pena baseado nisso. Resta então perceber a mentira como um “ato de valoração negativa da personalidade do infrator”, a ser considerada nas avaliações realizadas a partir do acervo probatório da ação penal.

Consequentemente, defende o Relator que pode, sim, a mentira ser utilizada para majorar a pena, ou seja, reflete na dosimetria. Logo, ainda que não configure um delito autônomo, não há que se falar em direito à mentira, pois as falsas informações prestadas em juízo podem agravar a pena do agente infrator.

Congruente com o apresentado acima, destaque-se o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2018.

PENAL. APELAÇÃO. ROUBOS “SIMPLES” EM CONCURSO FORMAL. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. Recurso defensivo visando à absolvição por falta de provas, com pedidos subsidiários de desclassificação da conduta e de mitigação da pena. Descabimento. [...] Em crimes patrimoniais, o depoimento da vítima consiste em prova de relevante valor. Precedente. O interrogatório é válido pelo seu teor, surgindo indiferente o local em que prestado, mormente quando compatível com as demais provas colhidas. Precedentes. 2. Adequada elevação da pena-base. A primeira fase do cálculo foi legitimamente motivada. **A mentira, no caso, foi relevante, demonstrando personalidade tendente à imoralidade. “Direito de mentir” de acusado que é limitado às circunstâncias do fato. Inviável mentira que caracteriza crime contra funcionário público e procura trazer desprestígio à atuação estatal no exercício da segurança pública. Personalida-**

**de perigosa e inconsequente que comporta rigor no cálculo da pena.** 3. [...]. Negado provimento (SÃO PAULO, 2018).

Como visto, parte dos julgados conta com a apreciação, pelo julgador, da informação falsa prestada pelo acusado ante o caso concreto, e averigua se tal está sendo utilizada para a defesa própria, sem prejuízo de terceiro (e, assim, realiza uma avaliação negativa de personalidade e verifica se há o envolvimento de terceiros). Em ambas as hipóteses, a mentira será considerada na dosimetria da pena.

Há, ainda, entendimentos de que é lícito o réu mentir em determinadas situações, devendo ser observado se o direito de mentir decorre, afinal, do princípio da não autoincriminação. Nesse sentido já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 2018, quando, ao verificar a atribuição de falsa identidade pelo acusado, reconheceu que havia ele se utilizado da mentira em ofensa à fé pública. Nesse caso, veja-se, a mentira não foi considerada como uma consequência da não autoincriminação.

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA - AUSÊNCIA DE ESFORÇO INCOMUM - QUALIFICADORA AFASTADA - FALSA IDENTIDADE - CONDUTA TÍPICA - DOLO EVIDENCIADO - FALSIDADE IDEOLÓGICA E FALSA IDENTIDADE - CONCURSO MATERIAL - INOCORRÊNCIA - CRIME ÚNICO - REDUÇÃO DAS PENAS-BASE - NECESSIDADE - ANÁLISE FAVORÁVEL DA CONDUTA SOCIAL. I - O furto qualificado pela escalada é caracterizado quando se demonstrar o uso de meio instrumental ou esforço incomum do agente. II - **A atribuição de falsa identidade não constitui direito de autodefesa do réu, pois o direito de mentir, sem sanção processual, possui restrições e não comporta a ofensa à fé pública.** III - No caso em apreço, a condenação pelos delitos de falsidade ideológica e de falsa identidade configura uma ofensa ao princípio da vedação ao bis in idem, pois o bem jurídico tutelado, a fé pública, foi ofendido no momento em que o acusado se identificou falsamente. A posterior assinatura do termo de interrogatório como sendo outra pessoa (falsidade ideológica) consubstancia, em si, desdobramento dos efeitos da infração anterior. IV - Tendo em vista que não há nos autos informações incontroversas aptas a demonstrar o comportamento social desfavorável do acusado, a análise favorável desta circunstância judicial é medida que se impõe. V.V.: Comprovada a escalada por prova idônea, impõe-se o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, do

CP. Demonstrado que o crime de falsidade ideológica foi praticado como continuação da falsa identidade, deve ser reconhecida a continuidade delitiva (MINAS GERAIS, 2018) (Grifou-se).

Percebe-se, portanto, que embora haja quem defenda o direito de mentir do acusado, talvez até como uma forma de liberdade, é possível a implicação de consequências para a mentira do réu no curso do interrogatório, principalmente quando esta interfere no plano dos direitos de terceiros (MARCIKOL, 2015, p.33). Dessa maneira, os frutos da mentira podem levar à responsabilização pela prática de um delito de forma autônoma ou mesmo ser motivo para o agravamento da pena.

De fato, outrora, o próprio Código de Processo Penal, em sua redação original, atribuía consequências negativas ao silêncio do réu, como forma de intimidação. Logo, era preferível falar em juízo a manter-se calado, interpretado que era o silêncio em desfavor do acusado. Contudo, o direito de não autoincriminação, consagrado constitucionalmente – e que levou à alteração do Código de Processo Penal, visa assegurar ao réu a possibilidade de se calar e não sofrer qualquer consequência em virtude disso, como o reconhecimento de uma suposta confissão. Isso não significa, de todo modo, que a atribuição de crime a outrem seja autorizada, reitere-se, pois, nesse caso, responderá pelo delito previsto no artigo 339 do Código Penal, qual seja, denúncia caluniosa.

Em resumo, sendo o interrogatório meio de defesa, e sendo assegurado, constitucionalmente, inclusive o direito ao silêncio (artigo 5º, LVIII, CF), não tem o réu, ao contrário do que ocorre com as testemunhas, o compromisso com a verdade, embora o magistrado possa se valer de tal fato na primeira fase da dosimetria da pena (artigo 59, CP). E, como referido supra, caso o interrogado minta em juízo, atribuindo a outrem a prática delitiva, responde ao crime de denúncia caluniosa.

Com tais considerações, não se pode ignorar que muitos operadores do direito entendem não ser possível ao réu, em interrogatório – haja vista a natureza mista do ato –, mentir, porquanto para tal corrente, não se limita a mentira a um meio de defesa, constituindo-se, também, um meio de prova. Logo, é possível afirmar que o direito ao silêncio não autoriza a mentira do réu, embora não haja a previsão do crime de perjúrio no ordenamento brasileiro, como ocorre no direito norte-americano, sendo naquele ordenamento imputadas consequências como a majoração da pena.

### 3 CONCLUSÕES

Buscou-se, ao longo do presente estudo, averiguar se o direito ao silêncio, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, e que assegura ao acusado a inexistência de consequências na fase do inquérito ou no curso do processo penal, mormente no interrogatório, abarca – ou não – o direito de mentir.

Com a exposição de entendimentos doutrinários e de julgados sobre a temática, constatou-se, em um primeiro momento, que a Constituição Federal de 1988 consagrou, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o direito à não autoincriminação, assegurando que o silêncio do acusado não seja utilizado em seu desfavor. Por consequência, verificou-se a necessidade de revisão do artigo 186 do Código de Processo Penal, na medida em que previa o dispositivo, outrora, consequências negativas para o silêncio do acusado; o ato de calar era interpretado em seu desfavor.

Com efeito, restou possível compreender que o direito à não autoincriminação é uma forma de assegurar que o Estado não pratique arbitrariedades, tão comuns no sistema inquisitorial, em que o réu, ameaçado pelo exercício do silêncio, não raras vezes, chegava a confessar a prática de delitos em virtude do contexto de pressão. Sobre o ponto, frise-se que recentemente, com o advento da Lei de Abuso de Autoridade (2019), passou-se a tipificar como crime, por exemplo, a conduta daquele que venha a ameaçar alguém pela opção de permanecer calado ou que insista em prosseguir com o interrogatório após a manifestação do acusado de que opta pelo silêncio.

Ao depois, a par da constatação da importância do exercício do direito ao silêncio e de sua utilização sem desfavorecer o réu, fez-se possível averiguar que o ato de se calar e o de mentir não se confundem, absolutamente. Restou elucidado que o problema da pesquisa se situa, justamente, na discussão entre a defesa de que o direito de mentir decorre exatamente do princípio da não incriminação, podendo o réu, consequentemente, permanecer calado ou mentir em juízo sem que isso implique em consequências, e a defesa do não reconhecimento da existência de um direito de mentir, porquanto o princípio da não autoincriminação buscaria obstar arbitrariedades de agentes estatais.

Não obstante as duas posições, foi possível constatar que a doutrina e a jurisprudência majoritária se posicionam no sentido de que não há um direito de mentir em juízo, sendo atribuídas ao acusado conse-

quências, a exemplo da responsabilização pelo crime de falsa identidade e da denunciação caluniosa quando a mentira implica crime específico; e, ainda, da utilização da mentira quando da dosimetria da pena pelo magistrado, agravando a situação daquele que opta por mentir em juízo.

Destarte, não há um direito de mentir decorrente do direito ao silêncio. Pode o acusado calar e isso não pode ser interpretado como confissão e, tampouco, ser ele, por essa razão, compelido a falar ou sofrer qualquer tipo de represálias. Contudo, quando opta o réu por mentir, seja quanto à sua identidade, seja atribuindo a prática de um delito a um terceiro, assume consequências e por elas deve ser responsabilizado. À não autoincriminação, em resumo, não chancela a mentira em juízo.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rochester Oliveira. **O direito fundamental contra a autoincriminação: a análise a partir de uma teoria do processo penal constituinte**. Natal/RN, 2013.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm). Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm). Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96219 SP**, Relator Ministro Celso de Mello, publ. 15 out. 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137655/medida-cautelar-no-habeascorpus-hc-96219-sp-stf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 170843 SP**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, publ. 01 set. 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273358503/agreg-no-recurso-ordinarioem-habeas-corpus-rhc-170843-sp/inteiro-teor-1273358504>. Acesso em: 02 dez. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal nº 20130810080348 0007863-60.2013.8.07.0008**, Relator Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, Terceira Turma Criminal, julg. 08 fev. 2017. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/427781305/20130810080348-0007863-6020138070008>. Acesso em: 02 dez. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

MARCINKO, Leonardo Cazonatti. **A mentira do réu no interrogatório judicial**. Atuação: Florianópolis. v. 12, n 26, p. 27 – 44, jan/jun. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 10009130022925001 MG**, Relator Desembargador Alberto Deodato Neto, publ. 24 jan. 2018. Disponível em: <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/914030924/apelacao-criminal-apr10009130022925001-mg>. Acesso em: 02 dez. 2021.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 170843/SP**. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Data da publicação: 07/10/2010. DJe 21/05/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=HC+170.843&pesquisaAmigavel=+-3Cb%3EHC+170.843%3C%2Fb%3E&b=DTXT&p=true&l=10&i=2&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO&tp=T](https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=HC+170.843&pesquisaAmigavel=+-3Cb%3EHC+170.843%3C%2Fb%3E&b=DTXT&p=true&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T). Acesso em: 07 mai. 22.

Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 195.937/BA**. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Data de publicação: 29/04/2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=HC+195937&b=DTXT&p=true&l=10&i=1&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO&tp=T](https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=HC+195937&b=DTXT&p=true&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T). Acesso em: 07 mai. 22.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68929/SP**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 22/10/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-08-1992. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2068929%22&base=acordaos&sino-nimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2068929%22&base=acordaos&sino-nimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 07 mai. 22.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal nº 1500308-45.2020.8.26.0556**, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Publicação 02/06/2021. Julgamento: 1 de Junho de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=CDF44B419BD7533C6B1C6D64C-9C9AF9A.cposg3?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUM-PROC&numeroDigitoAnoUnificado=1500308-45.2020&foroNumeroUnificado=0556&dePesquisaNuUnificado=1500308-45.2020.8.26.0556&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=39>. Acesso em: 07 mai. 22.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº 00046602520158260127 SP 0004660-25.2015.8.26.0127**, Relator Desembargador Alcides Malossi Junior, Oitava Câmara de Direito Criminal, publ. 15 fev. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/903793597/apelacao-criminal-apr-46602520158260127-sp-0004660-2520158260127>. Acesso em: 02 dez. 2021.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Criminal nº 000004036-20128250051**, Relator Desembargador Edson Ulisses de Melo, Câmara Criminal, julg. 23 set. 20214. Disponível em: <https://tjse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/662650514/apelacao-criminal-apr403620128250051>. Acesso em: 02 dez. 2021



# O PSICOPATA NO CRIME: A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM CASO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA

**Júlia Casagrande Valduga**

Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público.  
Pesquisadora do grupo de pesquisa do PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público “Direito fundamental à segurança e direito de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal”.  
Endereço eletrônico: juliavalduga@gmail.com.

**Resumo:** A legislação apresenta lacunas no que tange à condenação e aplicação de medida de segurança para pessoas com transtornos mentais de psicopatia. Por isso, o presente artigo tem por objetivo geral refletir e estudar os direitos dos criminosos psicopatas e a aplicação de medidas de segurança para estes casos. Enquanto objetivos específicos, visa-se, em um primeiro momento, discorrer sobre os conceitos de culpabilidade e imputabilidade, após revisar os aspectos jurídicos penais e processuais aplicados aos criminosos psicopatas, compreendendo os conceitos básicos de psicopatia e sua aplicação no sistema penal brasileiro, e, por fim, a aplicação das medidas de segurança. Os métodos utilizados para a realização deste trabalho foram o método exploratório descritivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** culpabilidade; psicopatia; medida de segurança.

## **1 INTRODUÇÃO**

Sabe-se que a compreensão da mente humana sempre foi objeto de estudos, e, com isso, busca-se compreender o que leva um indivíduo a entrar em conflito com o direito, bem como seus motivos e seu comportamento.

Nesse sentido, o presente artigo visa salientar que não se tem uma lei específica com relação aos criminosos portadores de psicopatia, tornando-se assim um tema de importante relevância no judiciário brasileiro.

Realiza-se o estudo da psicopatia, enfatizando a análise das características que permeiam a personalidade dos que possuem tal distúrbio, juntamente com as sanções penais a eles aplicadas atualmente na justiça brasileira.

Dentre as perguntas que ainda não encontram respostas, procurou-se responder “como é a classificação da imputabilidade e aplicação da pena para criminosos com distúrbios mentais, em especial a psicopatia?” Para tanto, utilizou-se do método exploratório descritivo e da técnica de pesquisa bibliográfica.

Portanto, o artigo inicialmente abordará questões introdutórias de culpabilidade e imputabilidade, passando pelas principais características da personalidade psicopata, e, por fim, versará acerca das medidas de segurança aplicadas nos casos de sentença condenatória, pois são voltadas especificamente para o tema em questão.

## **2 CULPABILIDADE E IMPUTABILIDADE**

A culpabilidade consiste em um dos elementos do conceito jurídico de crime, partindo de um princípio de que não há crime sem culpa, atuando como um juízo de reprovabilidade acerca da conduta praticada pelo agente, visando a possibilidade de aplicação de pena. As palavras “culpa” e “culpado” remetem que o agente é responsável pela prática de um ato condenável, ou seja, pode-se dizer que o agente é culpado quando causar danos ou lesões a outrem. Tal resultado lesivo só pode ser imputado a quem lhe causou, e, se essa pessoa conseguisse proceder de forma contrária, de modo que com seu comportamento evitasse a lesão (MIRABETE; FABBRINI, 2021, p. 201).

Dessa forma, considera-se que a culpabilidade é um juízo de reprovção pessoal feito ao autor que praticou o injusto penal, pois, embora pudesse se comportar conforme o direito, optou livremente por agir

de maneira a contrariá-lo (CANTERO, 1981, p. 41-42). Na visão do autor Heleno Cláudio Fragoso (1985, p. 277), a culpabilidade consiste “na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem a capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito.”

De acordo com Maniaudet (2019, p. 10) tem-se como função primária da culpabilidade “transformar um ato típico e antijurídico em um delito, uma infração penal, desde que não se encontrem presentes causas excludentes”. Assim, toda culpabilidade é culpabilidade de vontade e a medição do seu grau de culpa se faz pela reprovabilidade da resolução de vontade do autor que podendo agir conforme a norma decidiu agir antijuridicamente. (WELZEL, 2015, p. 110).

Molina (1995, p. 285), por sua vez, compreende a culpabilidade como o princípio de imputabilidade, compreensão normal ou como princípio de responsabilidade subjetiva, tornando-se um juízo de reprovação sobre o autor do fato. Entrando no mérito da imputabilidade, o verbo imputar baseia-se na possibilidade de imputar, ou seja, de atribuir a responsabilidade de alguma coisa a alguém (KOOGAN; HOUAISS, 1998, p. 854).

No entanto, a imputabilidade no direito penal consiste na aptidão que o agente possui de compreender o caráter ilícito de sua conduta à medida que se responsabiliza por tal, sendo considerada por Eugênio Florian (1934, p. 217) como “o conjunto das condições psíquicas mínimas necessárias” que permitem “possibilidade de se atribuir um crime a um homem, com o objetivo de se lhe aplicar uma pena.”

Embora a imputabilidade seja um conceito jurídico, engloba também a saúde mental do agente, bem como a sanidade psíquica, salientando a capacidade do indivíduo de praticar com discernimento seus atos, podendo então compreender o caráter ilícito do fato. Nos artigos 26 ao 28 do Código Penal (BRASIL, 1940) encontra-se regida a imputabilidade penal, indagando que para o agente ser imputável, deve possuir, no tempo da ação ou omissão, mentalidade psíquica para compreender o ilícito e orientar-se de acordo com essa compreensão.

A imputabilidade seria, então, conforme Hans Welzel (2001, p. 103), a capacidade de conhecimento e um elemento de vontade, a capacidade de compreensão do injusto e de determinação da vontade. Nessa vertente, existe uma “meia capacidade”, ou seja, o indivíduo no ato ilícito

não era inteiramente incapaz por conta de alguma perturbação mental, mas tinha a capacidade para entender e querer. (RODRIGUES, 2016)

Assim, a definição do criminoso psicopata se enquadra em semi-imputáveis, haja vista os dizeres de Luiz Regis Prado (2005, p. 122), no sentido de que “grande parte das chamadas personalidades psicopáticas [...], quando afetam, sem excluir a capacidade de entender ou de querer”, se enquadrariam como semi-imputáveis”.

Ainda, existem outros autores que defendem a ideia de que os psicopatas são indivíduos semi-imputáveis, como Claudio Brandão (2010, p. 246-247), que ressalta a consciência ética individual salientando que não podemos utilizá-la no recorte de seres desprovidos de sentimentos. E, para Bitencourt (2021, p. 235), os psicopatas estariam incluídos igualmente nessas hipóteses, pois esses indivíduos teriam a saúde mental afetada, tendo, então, a culpabilidade diminuída. Da mesma forma, o doutrinador Miguel Reale Júnior, (2009 apud OLIVEIRA, 2017 p. 9) considerando a o caráter dos psicopatas, os classifica como semi-imputáveis uma vez que as psicopatologias se enquadram na situação de perturbação mental.

Apesar de haver uma tendência à imputabilidade do psicopata, a corrente clássica defende a responsabilidade diminuída para os psicopatas e considera que a psicopatia está localizada entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais, sendo, portanto, incluída naquilo que se conhece como fronteiriços. (FERRO, 2016, p. 82).

Em virtude disso, entende-se que o psicopata é semi-imputável, levando em conta a perturbação de saúde mental, não possuindo inteira capacidade de determinar-se de acordo com o caráter ilícito dos fatos, pois, não consegue controlar as características psicopáticas e, conseqüentemente, não consegue evitar a exteriorização dessas características em comportamentos criminosos. (COSTA, 2021, p. 139).

### **3 PSICOPATIA**

O termo psicopata foi apresentado em 1941, por intermédio do livro “*The Mask of Sanity*” (A Máscara da Sanidade), do autor norte-americano *Hervey Cleckley*, sendo considerado pioneiro na abordagem do assunto. (CLECKLEY, 1941, p. 253). O intuito da obra era diferenciar o psicopata dos portadores de outros distúrbios mentais significativos. Após avaliar pacientes, o autor descobriu que nem todos os pacientes apresentavam anomalias externas. (VAUGHN; HOWARD, 2005, p. 235).

Outro aspecto relevante da obra de Cleckley foi correlacionar os traços de personalidade, definindo de forma objetiva os aspectos interpessoais e afetivos. (HAUCK FILHO; TEIXEIRA; DIAS, 2009, n.p). Embora as descrições típicas de psicopatia tenham sido feitas principalmente a partir de estudos de caso com criminosos, o trabalho de Cleckley buscou desvincular o conceito de psicopatia do crime em si, destacando as características de personalidade e os comportamentos atípicos dos indivíduos tidos como psicopatas (WILKOWSKI; ROBINSON, 2008, n.p).

De acordo com o autor Jorge Trindade (2011, p.166), o termo “psicopata” era usado para traçar o perfil de pessoas com comportamentos reprováveis e repugnantes e, com isso, reflete características da personalidade frisando a agressão e impulsão, consistindo na clara ausência de culpa, aludindo à ideia de que há uma incapacidade de obedecer normas sociais.

Robert Hare (2013, p. 14-17), por sua vez, define a psicopatia como um conjunto de traços de personalidade e também de comportamentos sociais desviantes, indagando que são pessoas racionais e conscientes de suas ações, desvinculando-se da ideia de que seriam pessoas com alucinações ou semelhantes. Dessa forma, restaria claro que a deficiência dos mesmos estaria no âmbito das emoções.

Ao descrever sobre Neurobiologia e o Transtorno de Personalidade Antissocial, a psiquiatra Cristina Marta Del Ben (2005, p. 27-36) salienta:

Resumidamente, os dados clínicos obtidos até o momento sugerem que, do ponto de vista anatômico, porções ventromediais do lobo frontal, particularmente o córtex orbitofrontal (COF), e outras estruturas do sistema límbico, especialmente a amígdala, estariam envolvidas na patogênese do Transtorno da Personalidade Antissocial. Além disso, a redução da função serotoninérgica também estaria relacionada com TPAS, se não com todos os seus aspectos, pelo menos com o seu componente impulsivo/agressivo.

Por intermédio de pesquisas com aparelhos de ressonância magnética funcional, realizaram-se estudos acerca das estruturas cerebrais envolvidas nas emoções e constataram o seguinte:

[...] alterações características de um funcionamento cerebral de um psicopata. Pessoas sem qualquer traço psicopático revelaram intensa atividade da amígdala e do lobo frontal (sendo neste de menor intensidade), quando foram estimuladas a se imaginarem

cometendo atos imorais ou perversos. No entanto, quando os mesmos testes foram realizados num grupo de psicopatas criminosos, os resultados apontaram para uma resposta débil nos mesmos circuitos. (SILVA, 2008, p. 187)

Desta forma, as amígdalas do psicopata, ainda de acordo com Silva (2008, p. 187), deixariam de transferir as informações para desencadear ações ou comportamentos adequados, chegando assim menos informações do sistema afetivo/límbico para o centro do cérebro, fazendo com que essa falta de emoção prepare um comportamento lógico, racional, mas desprovido de afeto. Igualmente, de acordo com Vasconcellos *et al* (2014, p. 126), percebe-se que há uma alteração, de fato, na amígdala dos indivíduos portadores de psicopatia, a exemplo de menores volumes e anormalidades estruturais em comparação aos controles (WEBER *et al.*, 2008, p. 7-28; YANG *et al.*, 2009, p. 986-994). Assim, considerando as descobertas clínicas, os estudos de neuroimagem comprovam a alteração dos lobos frontais, córtex orbitofrontal, e da amígdala, sendo todos integrantes do sistema límbico. Alexandre Manuel Lopes Rodrigues (2013, p. 5) destacou então que “os psicopatas apresentam, portanto, deficiência, não em sua capacidade de compreender, mas em suas emoções sociais. Seriam acometidas de uma ‘loucura sem delírio’ ou ‘loucura moral’”.

Com isso, a psicopatia é analisada como um transtorno de personalidade advinda do desenvolvimento psicológico do indivíduo, sendo uma personalidade instável, em que os indivíduos estão predispostos a cometerem atos contra a sociedade, demonstrando desrespeito às normas sociais, indiferença pelos sentimentos alheios, agressão, violência e, até mesmo, podendo levar a psicopatia a crueldade.

A psicopatia faz parte dos transtornos de personalidade, podendo ser diagnosticada a partir dos dezoito anos de idade (GOMES e AMEIDA, 2010, n.p). Os chamados transtornos de personalidade não são propriamente doenças, sendo considerados como anormalidades do desenvolvimento psicológico que perturbam a integração psíquica e ocasionam no indivíduo padrões profundamente entranhados, inflexíveis e mal-ajustados no que tange a seus relacionamentos, quanto à percepção do ambiente e de si mesmos (LARANJEIRA, 2007, p. 221-227).

Ainda, o termo psicopatia possui uma certa relação com a noção de doença mental. Segundo Kothe e Cruz (2015, p. 17), o termo pode ser traduzido simplesmente como “psiquicamente doente”. Os autores Bins e

Taborda (2016, p. 09) elucidam que “comumente, essas pessoas assumem condutas perigosas ou criminosas, resultando em persistente violação de expectativas e normas sociais”.

Considerando o âmbito jurídico, quando os crimes são de fato consumados, a Justiça Penal Brasileira classifica e julga, caso a caso, analisa e decide sobre a imputabilidade ou não do autor do fato. Assim, resta clara a importância do papel da psiquiatria forense no sistema penal brasileiro, uma vez que realiza-se um exame pericial e o laudo expedido auxiliará o embasamento da sentença formulada pelo magistrado. (NUNES *et al.*, p. 12).

No decorrer das décadas até a atualidade, a própria comunidade científica da área de saúde apresenta posições diversas e conflituosas no que tange ao conceito de psicopatia, e com isso, os profissionais da área jurídica também carecem da consolidação de noções técnicas para o exame preciso e eficiente dos psicopatas, especialmente no sistema de justiça criminal. (SAVAZZONI, 2016, p. 22).

#### **4 MEDIDA DE SEGURANÇA**

Durante anos, o tratamento psiquiátrico para pessoas com transtornos mentais nos países ocidentais consistia somente na internação destas em manicômios (SARACENO, 2001 p. 63-65). A utilização de tal modelo baseia-se na Revolução Francesa, época em que a internação nos manicômios era oferecida às pessoas sem condições civis, sendo um espaço para que não fossem excluídas por não seguir a forma normativa de pensamento. O manicômio permitia ao doente que exercesse sua liberdade, tornando-se novamente um sujeito de direito (AMARANTE, 1995, p. 491). No entanto, com tal repercussão, no oriente começou a ocorrer internações manicomialis para todos os que eram considerados loucos, despossuídos de razão ou delirantes psicóticos.

Assim, criou-se então a Lei Antimanicomial (Lei nº 10.216/2001), pressupondo a reforma do modelo de atenção à saúde mental, transferindo seu foco de tratamento concentrado na instituição hospitalar para uma rede de atenção psicossocial, estruturada em unidades de serviços comunitários e abertos, territorializados, de onde o sujeito mantém seus vínculos sociais e familiares, o que facilitaria seu processo de inclusão e reabilitação social (ANTUNES *et al.*, 2012, n.p.). Dito isso, salienta-se o posicionamento de Salo de Carvalho (2013, p. 509) acerca do tema, no sentido que a legislação mudaria a lógica do tratamento dos portadores

de sofrimento psíquico no Brasil, não apenas determinando as políticas públicas de desinstitucionalização, devendo atuar como protagonistas na definição de sua terapêutica.

Então, cria-se as medidas de segurança, que consistem em espécies de sanções penais, divergindo-se das penas pelo fato de terem finalidade diversa, haja vista que se destinam à cura, ou ainda, ao tratamento daqueles que praticaram delitos. No Brasil, adota-se o sistema vicariante de penas, ou seja, o juiz aplicará a pena privativa de liberdade ou medida de segurança, de forma alternativa.

Nos dizeres de Maria João Antunes (2010, p. 1087), o reconhecimento da aproximação entre medida de segurança e penal seria um avanço evolutivo marcado pelo objetivo de submeter a imposição das medidas de segurança ao regime de garantias penais. O artigo 97 do Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece que aqueles que cometeram um crime punível com pena de reclusão serão internados em manicômio judiciário para tratamento. Se o mesmo agente praticar um crime punível com pena de detenção, receberá um tratamento ambulatorial.

Nesse sentido, quem se enquadrar no rol de situações em que a responsabilidade é diminuída, terá assim duas opções, sendo a primeira a redução de pena mencionada no parágrafo único do artigo supracitado, e a segunda opção cabível seria a substituição da pena pela medida de segurança. (FERRO, 2016, p. 70-72). O artigo 96 do Código Penal (BRASIL, 1940) elenca de forma precisa as medidas de segurança possíveis, prevenindo as duas possibilidades, tanto a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou a sujeição a tratamento ambulatorial.

No que tange aos indivíduos inimputáveis ou semi-imputáveis existe a possibilidade de aplicar uma medida de segurança ao invés de uma pena, considerando a existência de doenças mentais ou distúrbios fora do padrão de normalidade. Atualmente, a medida de segurança é elencada como a principal e mais eficaz maneira de tratamento do psicopata, acreditando que ele possa se reinserir na sociedade após ser submetido a tratamentos ambulatoriais, de acordo com os preceitos de Rogério Greco (2011, p. 659), com o intuito de levar efeito ao tratamento, elencando a medida de segurança de uma natureza preventiva haja vista que tratando o doente, o Estado espera que este não volte a praticar qualquer fato típico e ilícito.

Como citado anteriormente, a medida de segurança é aplicada aos agentes considerados inimputáveis ou semi-imputáveis que cometem



um crime. No entanto, para que a mesma seja imposta, faz-se necessária a presença de três requisitos, sendo eles: a ausência de imputabilidade; a prática de um injusto penal (fato típico e ilícito) e a existência da periculosidade. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2008, p.704), os requisitos para a aplicação consistem em:

- (a) prática de fato típico punível, sendo indispensável que o agente tenha cometido um ilícito típico, ou seja, que o delito praticado pelo mesmo seja punível;
- (b) periculosidade do agente, aqui o agente que cometeu a conduta ilícita tem que ser dotado de periculosidade, ou melhor, a periculosidade pode ser acentuada como um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade, em outras palavras, tendo por base a conduta antissocial e anomalia psíquica de que o mesmo voltará a cometer mais delitos, sendo que o Código Penal expõe dois tipos de periculosidade: presumida (inimputáveis, psicopatas) e a real (semi-imputáveis e necessitar de algum tratamento psíquico);
- (c) Ausência de imputabilidade plena, pressuposto para a aplicação da medida de segurança. (BITENCOURT, 2008, p. 704)

Considerando tais requisitos, o magistrado analisará cada um antes de aplicar a medida de segurança em prol do acusado. Ademais, o autor Tourinho Filho (2008, p. 207) salienta que embora o criminoso tenha concorrido para a conduta delituosa, deverá ser absolvido uma vez que será aplicada a medida de segurança, reconhecida como uma sentença absolutória imprópria.

A respeito dos prazos, o Supremo Tribunal de Justiça possuía o entendimento de que a medida de segurança, por seu caráter preventivo, curativo e terapêutico, não teria prazo máximo de duração, perdurando enquanto não cessada a periculosidade do agente.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal considerava que as medidas de segurança seriam espécies do gênero sanção penal, considerando o disposto no artigo 5º, XLVII b, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), previamente mencionado, deve-se buscar um limite temporal máximo para a execução da medida de segurança, tendo a Corte Suprema compreendido que não poderia ultrapassar o prazo de 30 anos.

O tempo mínimo varia de acordo com o estado de perigo do agente, uma vez que quanto maior o perigo, maior será o prazo mínimo a

que ficará submetido a medida de segurança, nesse sentido, o prazo deve ser regulado pela pena aplicada. (PRADO, 2021, p. 344-353).

No entanto, considera-se inviável também a propositura de tempo mínimo, pois cessada a periculosidade em tempo inferior, deverá o agente permanecer internado e submetido a sanção penal, mesmo que não necessite mais do tratamento (CARVALHO, 2020, p. 371-372).

Neste sentido, tem-se que a periculosidade do agente é o principal fator que vincula o indivíduo à medida por tempo indeterminado. Isso porque, segundo nosso ordenamento vigente, enquanto não cessada a periculosidade do autor, este permanecerá submetido à medida de segurança, a fim de evitar futuras delinquências. Sabe-se que o crime não é consequência da doença mental, mas está vinculado à incapacidade do indivíduo aceitar as normas morais necessárias para a adaptação social. De acordo com Cohen (1996, p. 14) a periculosidade social deve ser objeto de estudo da psicopatologia forense, da criminologia, da sociologia, dos legisladores, ou seja, uma articulação entre a saúde e a Justiça.

Tal periculosidade trata-se da potencialidade de praticar ações lesivas, na medida que o agente é portador de doença mental, sendo presumida nos casos de inimputáveis e real para os semi-imputáveis (Bonfim e Capez, 2004, p. 698). De acordo com Rossi (2015, p. 81), embora exista uma pluralidade de conceitos a respeito do entendimento do risco social, existe um elemento transversal a todas as suas definições, que seria a distinção entre possibilidade e realidade, ou seja, aquilo que é possível acontecer pode ou não transformar-se em realidade.

Nos Séculos XIX e XX desenvolveu-se definições para o conceito de periculosidade, sendo concebida geralmente como a probabilidade, e não a mera possibilidade de que uma pessoa venha a reincidir no crime, definindo-a também como “Estado, situação ou ação na qual uma pessoa ou um grupo de pessoas fazem correr a outrem ou seus bens um risco importante de violência, de dano ou destruição” (BOURGEOIS; BÉNÉ-ZECH, 2001, p. 475-480). Nas palavras de Giuseppe Bettiol (1971, p. 37), a periculosidade deve ser compreendida como “[...] um conceito naturalístico porque baseado num cálculo de probabilidade alusivo à possibilidade, ou melhor à probabilidade de que um indivíduo possa cometer um crime. A possibilidade é de todos, a probabilidade de alguns apenas [...]”

Contemplando o que foi dito para o cotidiano, em decisão recente e unânime, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreendeu que, ao constatar o efeito do transtorno de personalidade antissocial

(ou psicopatia), o julgador deverá reconhecer a semi-imputabilidade do agente e lhe conceder o benefício da redução obrigatória da pena. (FERRO, 2016, p. 85).

## 5 CONCLUSÃO

Considerando que os indivíduos que são acometidos de doenças mentais são incapazes de, no tempo da ação ou omissão, compreender o caráter ilícito de seus atos, e que, os semi-imputáveis não são completamente insanos, porém, no tempo da ação ou omissão, em consequência da perturbação mental não compreendem a ilicitude de suas ações, os psicopatas acabam por ser considerados, em sua maioria, semi-imputáveis.

À vista disso, suas penas podem ser reduzidas ou substituídas por uma medida de segurança. No entanto, há uma problemática muito grande na ausência de um tratamento adequado para estes indivíduos.

Após o desenvolvimento da pesquisa, foi possível perceber que o Código Penal não estabelece mudanças à medida que a ciência e a tecnologia avançam, carecendo de uma medida mais eficaz para o tratamento e a ressocialização desses indivíduos como um todo, salientando que o Estado muito se omite em relação à este tema que possui muita relevância, inclusive social.

Dessa forma, o presente trabalho procurou elucidar a situação dos psicopatas no sistema penal brasileiro, apresentando conceitos básicos acerca da culpabilidade e imputabilidade, fazendo-se necessário para analisar seus elementos. Ainda, colocou em pauta a possibilidade de aplicação de medidas de segurança como forma alternativa de penas, elencando a grande problemática acerca da definição do delinquente psicopata dentro do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. Novos sujeitos, novos direitos: o debate em torno da reforma psiquiátrica. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 11, n.3, 1995.

ANTUNES, Beatriz *et al.* Visita domiciliar no cuidado a usuários em um Centro de Atenção Psicossocial: relato de experiência. **Revista Ciência, Cuidados e Saúde**, Maringá, v. 11, n.3, 2012.

ANTUNES, Maria João. Internamento de inimputável por Anomalia psíquica. *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Penal**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal: parte geral**, volume 2. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

BINS, Helena Dias de Castro; TABORDA, José Geraldo Vernet. Psicopatia: influências ambientais, interações biossociais e questões éticas. **Revista Debates em Psiquiatria**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 8-16, jan/fev. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOURGEOIS, M. L.; BÉNÉZECH, M. Dangerosité criminologique, psychopathologie et co-morbidité psychiatrique. **Année Médico-Psychologique**, [s. l.], v. 159, p. 475–486, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. Ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 232-236.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 14 abr. 2022.

CANTERO, José Antonio Sáinz. **Lecciones de Derecho Penal: parte general, introducción**. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1981.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CLECKLEY, Hervey. **The Mask of Sanity**. 5. Ed. [s. l.]: [s. n.], 1941.

COHEN, Claudio; FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marco. **Saúde Mental, Crime e Justiça**. São Paulo: Edusp, 1996.

COSTA, Alessandro Mesquita da. O Psicopata é Inimputável, Semi-Imputável ou Imputável? **Revista Liber**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 128-141, 2021. Disponível em: <https://www.iapj.com.br/revista-liber/edicoes/v1-n1-2021>. Acesso em: 14 abr. 2022.

DEL BEN, Cristina Marta. Neurobiologia do transtorno de personalidade anti-social. **Psiquiatria Clínica**, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 27-36, 2005.

FERRO, Rodrigo Cavalcante. **A Responsabilidade Penal do Psicopata Delinquente ante a Legislação Penal Brasileira**: qual o tratamento dispensado ao psicopata criminoso, como resposta ao seu ilícito praticado? 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2016.

FLORIAN, Eugenio. **Trattato di Diritto Penale**. 4. Ed. v. 1. [s. l.]: [s. n.], 1934.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, Lições de Direito Penal: a nova parte geral, Rio de Janeiro: Forense. 1985.

GOMES, Cema Cardona; ALMEIDA, Rosa Maria Martins de. Psicopatia em homens e mulheres. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 1, abr. 2010. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-52672010000100003&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672010000100003&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 22 abr. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 13. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

HARE, Robert D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. 2. Ed. Tradução por Denise Regina de Sales. Porto Alegre: Artmed, 2013.

HAUCK FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. Psicopatia: o construto e sua avaliação. **Avaliação Psicológica**. Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 337-346, dez. 2009.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Delta, 1998.

KOTHE, Rafael; CRUZ, Daniel A. Por Dentro do Mundo dos Sociopatas. *In: Revista de Psicologia Especial*: conhecendo psicopatas. n. 18. São Paulo: Mythos Editora, 2015.

LARANJEIRA, Carlos Antônio. A análise psicossocial do jovem delinquente: uma revisão da literatura. **Psicologia em Estudo**, [s. l.], v. 12, p. 221-227, 2007.

MANIAUDET, Catharina. **De Socialmente Prejudicado a Socialmente Prejudicial**: entre a culpabilidade e a coculpabilidade. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Petrópolis. Petrópolis, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 35. Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MOLINA, Antonio García-Pablo. **Derecho Penal**: Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995.

NUNES, Rafaela Pacheco; SILVA, Roberta Christie Pereira da; LIMA, Érica Fontenele Costa; JESUÍNO, Filipe de Menezes. A Psicopatia no Direito Penal Brasileiro: respostas judiciais, proteção da sociedade e tratamento adequado aos psicopatas – uma análise interdisciplinar. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 173-193, 2019. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/71>. Acesso em: 12 abr. 2022.

OLIVEIRA, Valéria Santos. **O Psicopata frente ao Código Penal brasileiro**. [s. l.]: Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://alerinha.jusbrasil.com.br/arti->

gos/492181526/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro. Acesso em: 14. abr. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. O Psicopata Frente ao Direito Penal. *In*: RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes *et al.* **Temas Atuais de Direito**. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

RODRIGUES, Natalia Fávero. Transtornos Mentais: estudo sobre a imputabilidade dos psicopatas à luz do código penal brasileiro. **Anais do Encontro Toledo de Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé**, [s. l.], v. 12, n. 12, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5783>. Acesso em: 14. abr. 2022.

ROSSI, Valéria Rondon. Medida de Segurança: a violação do direito à saúde a partir do conceito de periculosidade. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 4, n. 3, p. 75-93, jul./set. 2015.

SARACENO, Benedetto. **Libertando identidades**: da reabilitação psicossocial à cidadania possível. Rio de Janeiro: Te Corá, 2001.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Psicopatia**: uma proposta de regime especial para cumprimento de pena. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

VASCONCELLOS, Silvio José Lemos *et al.* Psicopatia e Reconhecimento de Expressões Faciais de Emoções: Uma Revisão Sistemática. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Santa Maria, v. 30, n. 2, p. 125-134, abr-jun 2014.

VAUGHN, Michael George; HOWARD; Matthew Owen. The construct of psychopathy and its potential contribution to the study of serious, violent, and chronic youth offending. **Youth Violence and Juvenile Justice**, [s. l.], v. 3. n. 3, p. 235-252, jul. 2005.

WEBER, S.; HABEL, U.; AMUNTS, K.; SCHNEIDER, F. Structural Brain Abnormalities in Psychopaths: a review. **Behavioral Sciences & the Law**, [s. l.], v. 26, n. 1, p. 7-28, 2008.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**: Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**: Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WILKOWSKI, Benjamin M.; ROBINSON, Michael .D. Putting the brakes on antisocial behavior: secondary psychopathy and post-error adjustments in reaction time. **Personality and Individual Differences**, [s. l.], v. 44, n. 8, p. 1807-1818, jun. 2008.

YANG, Y.; RAINE, A.; NARR, K. L.; COLLETTI, P.; TOGA, A. W. Localization of deformations within the amygdala in individuals with psychopathy. **Archives of General Psychiatry**, [s. l.], v. 66, p. 986-994, 2009.



# **O TRIBUNAL DE CONTAS COMO ÓRGÃO AUXILIAR DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS<sup>1,2</sup>**

## **Betieli da Rosa Sauzem Machado**

Doutoranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3489-6741>> E-mail: <[betielisauzem@yahoo.com.br](mailto:betielisauzem@yahoo.com.br)>.

## **Ricardo Hermany**

Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <[hermany@unisc.br](mailto:hermany@unisc.br)>.

- 
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.
  - 2 Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação dos Tribunais de Contas, no âmbito da governança multinível, no controle das políticas públicas. Assim, considerando a identidade institucional, as disposições constitucionalmente previstas, o histórico de atuação das Cortes de Contas, além das relações entre Estado e sociedade, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: a atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas no âmbito da governança multinível pode auxiliar na concretização da boa administração pública? Desse modo, para responder ao problema de pesquisa, utilizou-se os métodos de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. O trabalho apresenta três objetivos específicos: analisar o princípio da boa administração pública; investigar as principais características da governança multinível no contexto brasileiro; verificar o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no Brasil no âmbito da governança multinível como forma de concretizar a boa administração pública. Em termos de conclusão, verifica-se que as variadas formas de atuação dos Tribunais de Contas evidenciam a sua identidade institucional, expressando as suas funções constitucionais de forma que no âmbito da governança multinível as possibilidades são ampliadas, possibilitando a obtenção de melhores resultados, fortalecendo à boa administração pública.

**Palavras-chave:** Administração pública. Boa administração. Governança Multinível. Políticas Públicas. Tribunais de Contas.

## 1 INTRODUÇÃO

As relações entre administração pública e sociedade sempre foram marcadas por uma complexidade nos seus mais diversos níveis e formas de estruturação, ao longo das últimas décadas com as modificações legais e estruturais nos contextos sociais e normativos dos países ocidentais, novos desafios surgiram exigindo respostas às demandas. Neste contexto, a governança multinível apresenta-se como uma perspectiva para compreensão destes fenômenos nos níveis governamentais e não governamentais de modo que influencia na atuação dos agentes estatais e privados. Com o presente estudo objetiva-se analisar a atuação dos Tribunais de Contas, no âmbito da governança multinível, no controle das políticas públicas.

O tema relaciona-se com o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no âmbito da governança multinível e à boa administração pública, estando delimitado ao contexto brasileiro com foco na atuação dos Tribunais de Contas por meio de auditoria operacional ou

inspeção especial na identificação de riscos e delimitação de boas práticas de gestão no momento em que serão analisados os aspectos relacionados à previsão constitucional e normativa no Brasil buscando a proposição de diretrizes e identificação das características de atuação.

Dessa maneira, considerando a identidade institucional, as disposições constitucionalmente previstas, o histórico de atuação das Cortes de Contas, além das relações entre Estado e sociedade, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: a atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas no âmbito da governança multinível pode auxiliar na concretização da boa administração pública?

Para responder ao problema de pesquisa, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, tendo em vista que partindo da conceituação da boa administração pública e dos pressupostos gerais sobre os procedimentos de governança multinível, passa-se a uma análise específica da atuação dos Tribunais de Contas neste âmbito durante o exercício do controle de políticas públicas. Quanto ao método de procedimento adota-se o monográfico. Quanto a técnica de pesquisa utiliza-se a bibliográfica, por meio da utilização de documentação indireta, as quais se resumem à consulta a livros, periódicos, artigos, teses, dissertações, dentre outros meios.

Além disso, visando responder ao problema proposto, a pesquisa apresenta três objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos capítulos, sendo; primeiro, busca-se analisar breves apontamentos conceituais do direito fundamental à boa administração pública e sua relação com o controle da Administração; segundo, investigar as principais características da governança multinível e as perspectivas para o contexto brasileiro; por fim, terceiro, verificar o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no Brasil e governança multinível para identificação de riscos e delimitação de boas práticas de gestão na administração pública brasileira, concretizando o princípio fundamental à boa administração pública.

## **2 À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BREVES APONTAMENTOS CONCEITUAIS E A SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Freitas (2014, p. 21) foi precursor com relação a existência de um direito fundamental à boa administração no âmbito do Estado Democrático, em sua crescente afirmação da cidadania, o qual tem como compromisso facilitar e prover o acesso a esse direito. Desse modo, trata-se de um direito fundamental à Administração Pública eficaz e eficiente, proporcional, que cumpre com os seus deveres, com transparência, im-

parcialidade, sustentabilidade, motivação, moralidade, responsabilidade plena sobre suas condutas e participação social. Assim, tal direito corresponde ao dever de a Administração Pública atender, a cogência de todos os princípios constitucionais, nas relações administrativas.

Portanto, o direito fundamental à boa administração comporta um lúdimo plexo de direitos - regras e princípios - encartados nessa síntese, isto é, um somatório de direitos subjetivos públicos. Desta forma, destaca-se que as escolhas administrativas serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, motivadas, sustentáveis, proporcionais, imparciais, transparentes e que ativem a moralidade, a participação social e a plena responsabilidade (FREITAS, 2014, p. 21-23).

Ismail Filho (2020, p. 60-61) complementa que a boa administração pública é um direito fundamental que liga o cidadão ao gestor público, apresentando como pressupostos a observância por este aos princípios da Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, igualdade, proporcionalidade, entre outros - das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos relacionados à participação procedimental do cidadão na gestão pública - devido processo legal, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, duração razoável do processo.

Além disso, à boa administração - aquela que tem como escopo realizar de forma eficiente - se constitui simultaneamente em um dever ético e jurídico, com aplicações e implicações nas escolhas discricionárias e no princípio da eficiência. A sociedade do conhecimento - como um elemento que potencializa a importância do agir estatal com eficiência - com a ideia de governança, destacando-se que é inviável se alcançar resultados otimizados na execução de políticas públicas a partir da exclusiva responsabilidade do Estado. (MOREIRA NETO, 1999, p. 18).

Com relação aos efeitos do reconhecimento de um direito fundamental à boa administração no sistema constitucional brasileiro, ressalta-se que, no âmbito da função administrativa se concretizam os demais direitos fundamentais explícitos e implícitos no texto constitucional, assim, o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa é o caminho mais eficaz para assegurar a sua efetividade. De tal maneira, zelar por um direito fundamental à boa administração - especialmente quando compatível com a governança - valorizando o princípio democrático, reconhece a máxima da Constituição, nas medidas em que antecipa as

providências de concretização das ações estatais por ela determinadas. (VALLE, 2011, p. 76).

Ademais, cabe salientar que a noção de boa administração está relacionada diretamente com a persecução do interesse público pelo gestor público ou decisor político. Nesse sentido, Ismail Filho (2020, p. 48-51) destaca que tem-se a ideia de eficiência da Administração - relacionada a uma gestão voltada para a produção de ótimos resultados - que visa atender ao interesse público. Conseqüentemente, essa vinculação entre boa administração e eficiência exige que sejam adotadas boas práticas de gestão, tornando cogente ao decisor - político ou gestor público - a realização de uma gestão de resultados, em que utilize da melhor forma o orçamento público disponível.

Ademais, é importante observar que a Constituição faz uma ligação entre a eficiência, a legalidade e a boa administração, especialmente no artigo 70, *caput*, quando aborda o controle orçamentário, contábil e financeiro da Administração Pública não faz previsão apenas de um controle de legalidade, mas ainda ressalta a fiscalização da legitimidade e economicidade - interligado também com a eficiência - visando com isso uma boa Administração Pública. Por conseguinte, evidencia-se que a prática da boa administração exige dos gestores públicos uma permanente prática de *accountability*, ou seja, é necessário a prestação de contas dos seus projetos e ações aos cidadãos.

Desse modo é que se insere no âmbito da boa administração o controle exercido pelos Tribunais de Contas, especialmente no que tange ao controle de políticas públicas. Freitas (2014, p. 32) frisa que o controle das políticas públicas é imanado à boa administração pública, requerendo que se dê conta da inteireza do processo das tomadas de decisões administrativas, desde a escolha de agir até a avaliação dos efeitos ao longo do tempo, dos benefícios no cotejo com os custos ambientais, econômicos e sociais.

Além disso, verifica-se que a boa administração pública e a eficiência relacionam-se diretamente com as redes governança ou com a governança multinível, buscando potencializar os ganhos em eficiência. Assim, passar-se-á a análise das principais características da governança multinível no âmbito do Tribunais de Contas, verificando as perspectivas para o contexto brasileiro a partir de uma análise histórica e doutrinária.

### **3 A GOVERNANÇA MULTINÍVEL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVAS NO CONTEXTO BRASILEIRO**

O modelo de sistema federativo, em sua definição clássica, refere-se a uma forma de organização político-territorial do poder, o qual apresenta como objetivo o de mesclar a autonomia dos entes federativos com a interdependência entre eles. Destaca-se, ainda, que esse modelo institucional se baseia na necessidade de negociação e cooperação entre os entes, tendo em vista que, supõe-se que em razão da sua natureza, as Federações possuem conflitos e heterogeneidades, sejam elas: culturais, econômicas, sociais e políticas. Portanto, esses conflitos e heterogeneidades devem ser analisadas no processo de decisão coletiva, visando a concretização da boa administração pública. (BURGESS, 1993)

Desse modo, verifica-se que no Brasil a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, adotou a forma de Estado Federal, voltado para um federalismo cooperativo entre os três níveis de governo, o qual tem como escopo o de assegurar aos entes autonomia – política, organizacional, administrativa e financeira – e competências – privativas, comuns e concorrentes. Além disso, observa-se que para se entender o país que adota tal sistema é necessário que seja analisada a coordenação federativa, que está relacionada diretamente com os aspectos de governança.

Evidencia-se que o conceito de governança está centrado na gestão territorial multinível, na qual ocorre a participação e envolvimento da Administração, dos atores econômicos e socioculturais e cidadãos, para encontrar respostas às necessidades de um território (PEREIRA, 2009, p. 95). Para que esse processo ocorra é imprescindível um sistema de relações entre instituições, organizações e indivíduos, tendo em vista que as escolhas se deem de forma coletiva e que se concretizem (RHODES, 1997).

Além disso, é importante salientar que o conceito de governança envolve diversos pressupostos, sendo eles: 1) distribuição mais equilibrada do poder; 2) realização de um processo mais aberto e participado, onde os atores públicos - em diferentes níveis - e privados econômicos, sociais e culturais - atuam de maneira cooperada para atingir objetivos comuns que foram definidos coletivamente; 3) a democracia representativa é reforçada; 4) adoção de procedimentos mais transparentes na tomada de decisão; 5) mudança do modelo vertical hierárquico para um modelo mais horizontal de cooperação e de participação.

Nesse sentido, ressalta-se que o conceito de governança está relacionado com a definição das formas de governo mais abertas e participadas. Assim como, visa relações de cooperação entre o Estado e os atores econômicos e cívicos, incluindo as relações de poder entre os atores, determinando como, quando e de que forma será concretizada a partilha de responsabilidades, a negociação entre as partes e a tomada de decisões. (COMISSÃO EUROPEIA, 2001, p. 11).

Já as redes de governança buscam a potencialização dos ganhos em eficiência, por meio da: 1) identificação dos problemas e oportunidades, para produzir soluções flexíveis que permitam o ajuste de acordo com a complexidade e variedade dos problemas e, conseqüentemente, favorecem a governança proativa; 2) partilha e agregação de informação e conhecimento entre atores, as quais se transformam em uma mais-valia para a formulação de políticas; 3) definição de um quadro para a formação de consensos ou para a minimização dos conflitos entre os atores; 4) redução dos riscos de resistência dos atores com relação a implementação das políticas acordadas. (TORFING, 2005, p. 310).

De tal forma, verifica-se que o desenvolvimento das estruturas do Estado e a propositura de um rol diversificado de atores nos processos para a tomada de decisões geram mais-valias e, conseqüentemente, também trazem desafios relacionados sobre os quais é necessário estudar permanentemente, visando encontrar meios para a promoção e concretização da cooperação, coordenação e de colaboração (GONÇALVES, 2012).

Destaca-se que a coordenação federativa no modelo de sistema de organização territorial adotado pelo Brasil é uma questão central, desde a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista que adotou formas regionais de organização territorial, sem, contudo, criar mecanismos de governança que fossem adequados. Assim, observa-se que a teoria da *Multi-Level Governance* - governança multinível - converge com tais pressupostos e pode ser adotada como uma ferramenta para propor questões voltadas para implementação da coordenação e a cooperação entre as esferas de governo.

Inicialmente, nota-se que a governança multinível foi conceituada e estruturada a mais de vinte e sete anos. Além disso, surgiu como resultado de um estudo realizado sobre a evolução da política estrutural da Comunidade Europeia, ocorrido nos idos da década de 1990, em um cenário voltado para a inclusão de uma nova instituição política disposta em vários níveis e jurisdições sobrepostas. Portanto, o marco inicial das

pesquisas e conceituação da governança multinível surgiram por meio de um estudo desenvolvido por Gary Marks, intitulado de *Structural policy in the European Community* (Política Estrutural na Comunidade Europeia), sendo que tais estudos despontaram no âmbito internacional, voltando-se, precipuamente, aos estudos sobre o federalismo e a subsidiariedade. (HOOGHE; MARKS, 2002; PIATTONI, 2009).

Gary Marks centrou-se em analisar um sistema formado por negociações mútuas e contínuas entre governos - compostos por diversos níveis de governo. O autor ao estabelecer essa definição baseou-se na análise da política interna, especialmente na abordagem das redes de políticas para delinear como, dentro da governança multinível, os governos supranacionais, nacionais, regionais e locais se envolvem em redes políticas com abrangência que superam o território. Desse modo, Marks procurou focar na capacidade que as autoridades estatais não centrais possuem para contribuir para a governança, que atravesse as fronteiras, nacional e estrangeira, além de desafiar a capacidade de controle do estado central. (HRYNIEWIECKA, 2011, p. 182).

Consequentemente, a governança multinível aborda de forma endógena aspectos relacionados à cooperação intergovernamental, divergindo dos aspectos competitivos e conflituosos. (HOOGHE; MARKS, 2002; HOOGHE; MARKS, 2003). Por conseguinte, nota-se que a governança multinível é compreendida como o modelo mais eficaz e eficiente para a governabilidade dos territórios, visto que: 1) gerencia melhor os impactos territoriais nos diversos níveis, provocados por externalidades multi-escalares, desde o nível global até o nível local; 2) abarca a diversidade de interesses dos cidadãos; 3) flexibiliza os compromissos políticos mais credíveis; e 5) promove a inovação e experimentação no campo das políticas públicas. (PEREIRA, 2014).

Dessa maneira, observa-se que a governança multinível pode impulsionar diferentes formas de intersetorialidade e cooperação interfederativa, sendo essa fundamental para que as Cortes de Contas desempenhem uma avaliação e um controle holístico das ações governamentais praticadas por intermédio de políticas descentralizadas. Ademais, evidencia-se que as conexões entre a União, estados-membros e municípios são decisivas para a eficiência das políticas públicas e para a boa administração pública. Nesse sentido, passa-se a análise do papel dos Tribunais de Contas no controle e avaliação de políticas públicas.



#### **4 O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E A GOVERNANÇA MULTINÍVEL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Neste segundo tópico, visa-se delimitar o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no Brasil com foco na previsão normativa pós Constituição Federal de 1988, trazendo visão geral das discussões doutrinárias nesta seara. Por fim, verifica-se de que forma o controle de políticas públicas pode ser exercido no âmbito da governança multinível para identificação de riscos e delimitação de boas práticas de gestão na administração pública brasileira.

Inicialmente, em termos conceituais, denota-se que o vocábulo “controle” relaciona-se ao ato de controlar, na medida em que na esfera da administração pública remonta ao sentido de verificação dos atos dos agentes públicos quanto a sua legalidade, observância aos dispositivos legais, constitucionais, bem como dos princípios constitucionalmente elencados, no caso brasileiro, tem-se como exemplo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, dentre outros. Em termos legislativos, o controle engloba diferentes esferas, podendo citar o controle social, controle interno e controle externo, sendo utilizado para o controle dos atos da administração pública, englobando as políticas públicas.

Os mecanismos de controle da administração pública estão intimamente conectados com os regimes democráticos, com isso pode-se dizer que não existe democracia sem controle. Assim, nos países em que há democracia, todo e qualquer governante seja um gestor público, parlamentar, magistrado ou qualquer agente que detenha de uma parcela do poder estatal tem a atividade que realiza sujeita aos mais diversos tipos de controle. Ademais, a própria organização dos estados democráticos prevê mecanismos pelos quais a atividade estatal é controlada possibilitando assim que a atuação dos detentores do poder seja limitada não havendo como se falar em poderes ilimitados ou atos discricionários (LIMA, 2019).

Quanto a atividade controladora exercida pelos Tribunais de Contas, trata-se da modalidade de controle externo da administração pública, previsto no artigo 70 e seguintes, da Constituição Federal de 1988, sendo que o referido dispositivo leciona que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e também das entidades da administração pública - sejam estas diretas ou indiretas -,

deverá ocorrer obedecendo aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade sendo exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada um dos poderes. Quanto ao artigo 71, este dispõe que o controle externo da administração pública será exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, estando suas atribuições elencadas nos incisos I ao XI<sup>3</sup>.

Em relação às políticas públicas, o Tribunal de Contas da União (2020) aponta no Referencial de Controle de Políticas Públicas que estas correspondem ao exame de engenharia institucional e dos traços constitutivos dos programas, podendo ter um caráter descritivo objetivando o desenvolvimento de conhecimentos sobre o processo de elaboração das políticas englobando a sua formulação, implementação e avaliação e/ou também prescritivo com o objetivo de apoiar os formuladores de políticas como forma de agregar conhecimento ao processo de elaboração. No que concerne à avaliação de políticas públicas considerando a existência de múltiplas correntes, a visão majoritária é sobre a ideia de acompanhamento de desempenho, mensuração de resultados e aferição de impactos. Enquanto que o controle pode ser compreendido sob as perspectivas do controle gerencial, controle interno, controle externo e controle social.

Considerando que as políticas públicas visam a concretização de direitos fundamentais, estas devem ser objeto do controle exercido pelos Tribunais de Contas, os quais a competência é prevista na Constituição Federal, conforme anteriormente mencionado, assim como necessitam atender aos princípios como a da prestação de contas, da boa administração, da eficiência, dentre outros, os quais elucidam a força normativa do texto constitucional. Neste contexto, é que o Tribunal de Contas da União, por exemplo, tem utilizado auditorias operacionais como meio para realizar a fiscalização de políticas públicas, levando em conta não apenas a

3 Dentre as competências do controle externo estabelecidas pelo art. 71 estão a apreciação das contas do Presidente da República; o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta; apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal na administração pública direta e indireta; a realização de auditorias por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito. Outras competências elencadas no referido artigo são a fiscalização das contas nacionais das empresas em que a União participe do capital social; a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União; a prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional sobre a fiscalização e resultado de auditorias e inspeções realizadas; a aplicação de sanções; assinatura do prazo para verificação de irregularidades; sustação de atos e ainda a representação ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. (BRASIL, 1988).

legalidade dos atos, mas também verificando o resultado obtido e a forma como foram utilizados os recursos públicos.

Assim, o controle externo mostra-se como uma alçada natural à atuação dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas com vistas a realizar essa fiscalização, sobretudo diante do caráter interdisciplinar no momento em que estas envolvem decisões envolvendo tempo, direito, política, moralidade e economia. Portanto, a premissa de uma aptidão dos Tribunais de Contas para o controle de políticas públicas envolve uma visão interdisciplinar e integridade envolvendo o conhecimento do histórico do agir estatal incorporando a cidadania na função do controle para que com isso as suas fronteiras possam ser ampliadas (VALLE, 2016; GARCIA; LEONETTI, 2021).

O controle voltado às políticas públicas revela novas facetas de atuação administrativa não envolvendo somente a perspectiva da regularidade legal dos atos dos agentes estatais, mas também, como explicitaram os autores supramencionados, engloba a eficácia, a efetividade, a eficiência e os impactos gerais visando ainda quais foram os resultados obtidos e se estes estão em conformidade com as finalidades legais. Quanto à atuação dos Tribunais de Contas neste controle, esta mostra-se plenamente cabível, pois assim como os conceitos de política pública e formas de avaliação são abertos, igualmente são as maneiras de controlá-las. (VIEITEZ, 2018).

Assim, evidencia-se que as Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP) 9020 reconhecem a importância da determinação das partes interessadas nos processos de avaliação das políticas públicas independentemente de estarem ou não sob a jurisdição da entidade fiscalizadora sendo abrangidos neste conceito os atores da política, os beneficiários diretos ou indiretos das ações políticas e também os atores que são afetados por estas. (INTOSAI, 2019).

Conforme explicado no Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas é indicada a utilização de técnicas para definição de diagnósticos no campo das políticas públicas podendo citar a análise de *stakeholder*, a qual objetiva identificar os principais grupos de interesses ligados ao objeto da auditoria, além de avaliar se existem conflitos de interesse e o modo como vão afetar os riscos e a viabilidade das políticas públicas. Especificamente sobre os componentes que viabilizam a boa governança multinível no âmbito dos Tribunais de Contas, o documento aponta, utilizando das diretrizes da

OCDE para a necessidade de utilização de seis componentes. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021).

O primeiro componente apontado versa sobre a atribuição de responsabilidades, o qual é concretizado por meio da divisão de atribuições de forma clara, detalhada, sem sobreposições ou lacunas entre os atores que intervêm em determinada política pública descentralizada. O segundo componente é o financiamento das responsabilidades, o que envolve condições desejáveis de financiamento da política pública englobando a suficiência e disponibilidade das fontes de recursos e transferências intergovernamentais. O terceiro componente são as capacidades dos entes federativos nas esferas estratégicas, técnicas, administrativas para definição, estruturação, implementação e monitoramento da política.

Por sua vez, o componente quatro versa sobre os mecanismos de coordenação envolvendo o alinhamento de diretrizes e objetivos da política pública, definindo a programação plurianual e as coordenações verticais e horizontais. O componente cinco é o monitoramento e avaliação de desempenho avaliando os resultados da política para verificação de informações úteis ao longo de seu ciclo para que sejam efetuadas alterações para as etapas subsequentes. Por fim, o sexto componente é sobre a abordagem de desigualdades territoriais por meio de mecanismos de equalização das necessidades fiscais dos entes federativos e elaboração de estratégias diferenciadas para o atendimento regional e local.

Além disso, é importante destacar que existem três ferramentas utilizadas pelos Tribunais de Contas para a avaliação de políticas públicas, os quais encontram-se listados pelos pronunciamentos profissionais da INTOSAI<sup>4</sup>, sendo: 1) auditoria de conformidade, conforme o parágrafo 12 das Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP/ISSAI 400- Princípios de Auditoria de Conformidade), que aborda uma avaliação independente e tem como objetivo o de determinar se um dado objeto está em conformidade com as normas aplicáveis identificadas como critérios; 2) auditoria operacional, de acordo com o parágrafo 9 da NBASP/ISSAI 300 - Princípios de Auditoria Operacional, conceituada como uma análise independente, objetiva e confiável, com a finalidade de analisar se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades

---

4 Os pronunciamentos profissionais da INTOSAI impulsionam a credibilidade e relevância da auditoria pública, delineando os princípios e padrões profissionais internacionalmente reconhecidos, além de promover a excelência na aplicação da metodologia e apoiar o funcionamento eficaz dos órgãos fiscalizadores superiores no interesse público.

ou organizações do governo estão funcionando conforme os princípios da economicidade, eficiência e efetividade (eficácia) e se existe espaço para aperfeiçoamento. (INSTITUTO RUI BARBOSA, s/d); e 3) avaliação de políticas públicas, conceituada no GUID-9020 – Avaliação de Políticas Públicas, como o exame independente, que tem como objetivo o de determinar a utilidade de uma política, analisando de modo mais sistemático os objetivos, a execução, os produtos, os resultados e os impactos socioeconômicos dessa política, além de examinar o seu desempenho, em relação a sua pertinência ou adequação (INTOSAI, 2019).

Nesse sentido, as auditorias operacionais são as mais indicadas para o controle e a avaliação de políticas públicas, tendo em vista que a competência para realizar essa modalidade de auditoria está prevista no artigo 71, inciso IV, da Constituição, ou seja, compete ao Tribunal de Contas realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, as inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes e demais entidades referidas no inciso II. Ademais, as auditorias do tipo operacional estabelecem diretrizes com o objetivo de destacar se há espaços para melhorias, além de não se limitar apenas no apontamento das deficiências, falhas e riscos, mas insere no relatório recomendações aos responsáveis pelas políticas públicas para melhoria e aperfeiçoamento. (LIMA; DINIZ, 2018).

Salienta-se que as auditorias operacionais possuem o potencial para induzir e impulsionar melhorias nas ações dos governos em todos os níveis - auxiliando diretamente na concretização da boa administração pública-, sendo que no caso das políticas públicas descentralizadas, em diversos níveis de governo, o sistema dessas políticas possibilita que os Tribunais de Contas em suas fiscalizações abordem questões e procedimentos de análise sobre a governança multinível. Desse modo, verifica-se que a forma como o sistema da governança multinível é estruturada e as condições e o ambiente em que ele opera afetam o desenho, as entregas e os resultados das políticas públicas descentralizadas. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021).

Com relação à divisão de competências, a fiscalização das políticas públicas descentralizadas é compartilhada por mais de um órgão de contas. Consequentemente, essa integração entre as Cortes de Contas viabiliza a recomendação de medidas preventivas e corretivas constantes e lineares para solucionar os problemas comuns de governança multinível no âmbito dos governos subnacionais.

Ressalta-se que a análise da governança multinível pode ocorrer em momentos diferentes durante uma inspeção: 1) na fase de seleção, ocorre o processo de seleção das áreas temáticas e objetos a serem avaliados, propondo e compreendendo os aspectos de governança multinível da política analisada; 2) na fase de planejamento, o processo de determinação do escopo da fiscalização, definindo os problemas, questões, critérios e métodos de investigação, envolvendo os aspectos mais críticos da governança multinível de objetos selecionados; 3) na fase de execução, é realizado um processo de coleta e análise de dados, com o objetivo de evidenciar fragilidades e melhorar as oportunidades de governança multinível dos objetos fiscalizados. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021).

Durante a fiscalização, é recomendável identificar o objeto de controle com a maior precisão possível, tendo em vista a dificuldade de examinar toda a política setorial, assim os Tribunais de Contas devem selecionar os objetos de maior risco para garantir o bom funcionamento do sistema de governança multinível. Desse modo, observa-se que a fiscalização pode identificar um programa ou uma ação de governo que integre políticas públicas e proporcione oportunidades de aprimorar a coordenação de múltiplos entes federativos, seja para fins estruturantes, operacionais ou de financiamento. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021).

É importante mencionar que essa modalidade de avaliação de políticas públicas descentralizadas é necessária, visto que não é suficiente que sejam previstos percentuais para serem aplicados em cada área - saúde, educação, segurança, transporte, entre outras -, o que se considera importante para atender às necessidades da população para a implementação de políticas públicas. Logo, a fundamentalidade do conteúdo das políticas públicas deve ser analisada, ou seja, isto é, o Poder Público deve incluir também uma análise das razões que motivam uma intervenção específica nas políticas públicas. (MENEGUIN; FREITAS, 2013).

Assim, além de planejar as ações da iniciativa desenvolvimento, determine os agentes responsáveis pela implementação dessas ações, a abordagem dos métodos disciplinares no seu regimento, a avaliação dos possíveis impactos, sejam eles preventivos, concomitantes ou posteriores. Portanto, verifica-se que as variadas formas de atuação dos Tribunais de Contas evidenciam a sua identidade institucional, expressando as suas funções constitucionais de forma que no âmbito da governança multinível as possibilidades são ampliadas, possibilitando a obtenção de melhores resultados, fortalecendo a boa administração pública.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho visou analisar o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no âmbito da governança multinível e à boa administração pública. Dessa maneira, considerando a identidade institucional, as disposições constitucionalmente previstas, o histórico de atuação das Cortes de Contas, além das relações entre Estado e sociedade, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: a atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas no âmbito da governança multinível pode auxiliar na concretização da boa administração pública?

Para tanto, inicialmente, conceituou-se direito fundamental à boa administração pública, o qual comporta um lídimo plexo de direitos - regras e princípios - encartados nessa síntese, isto é, um somatório de direitos subjetivos públicos. Desta forma, destaca-se que as escolhas administrativas serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, motivadas, sustentáveis, proporcionais, imparciais, transparentes e que ativem a moralidade, a participação social e a plena responsabilidade.

Logo, trata-se de um direito fundamental que liga o cidadão ao gestor público, apresentando como pressupostos a observância por este aos princípios da Administração Pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, igualdade, proporcionalidade, entre outros - das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos relacionados à participação procedimental do cidadão na gestão pública - devido processo legal, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, duração razoável do processo.

Além disso, a Constituição faz uma ligação entre a eficiência, a legalidade e a boa administração, especialmente no artigo 70, *caput*, quando aborda o controle orçamentário, contábil e financeiro da Administração Pública não faz previsão apenas de um controle de legalidade, mas ainda ressalta a fiscalização da legitimidade e economicidade. Por conseguinte, a prática da boa administração exige dos gestores públicos uma permanente exercício de *accountability*, sendo que é nesse âmbito da boa administração que se insere o controle exercido pelos Tribunais de Contas, especialmente no que tange ao controle de políticas públicas, no âmbito das redes governança ou da governança multinível para potencializar os ganhos em eficiência.

Em um segundo momento, foram investigadas as principais características da governança multinível e as perspectivas para o contexto

brasileiro, sendo que inicialmente destacou-se que modelo de sistema federativo, em sua definição clássica, refere-se a uma forma de organização político-territorial do poder, o qual apresenta como objetivo o de mesclar a autonomia dos entes federativos com a interdependência entre eles. Ademais, o modelo institucional necessita de negociação e cooperação entre os entes, tendo em vista que, supõe-se que em razão da sua natureza, as Federações possuem conflitos e heterogeneidades, sejam elas: culturais, econômicas, sociais e políticas. Portanto, esses conflitos e heterogeneidades devem ser analisadas no processo de decisão coletiva, visando a concretização da boa administração pública.

Assim, analisou-se que o conceito de governança está centrado na gestão territorial multinível, na qual ocorre a participação e envolvimento da Administração, dos atores econômicos e socioculturais e cidadãos, para encontrar respostas às necessidades de um território, visando encontrar meios para a promoção e concretização da cooperação, coordenação e de colaboração. De tal modo, para que esse processo ocorra é imprescindível um sistema de relações entre instituições, organizações e indivíduos, tendo em vista que as escolhas se deem de forma coletiva e que se concretizem.

Ademais, observa-se que a teoria da *Multi-Level Governance* - governança multinível - converge com tais pressupostos e pode ser adotada como uma ferramenta para propor questões voltadas para implementação da coordenação e a cooperação entre as esferas de governo, ou seja, esse modelo de governança aborda de forma endógena aspectos relacionados à cooperação intergovernamental, divergindo dos aspectos competitivos e conflituosos. Desta forma, observa-se que a governança multinível pode impulsionar diferentes formas de intersetorialidade e cooperação interfederativa, sendo essa fundamental para que as Cortes de Contas desempenhem uma avaliação e um controle holístico das ações governamentais praticadas por intermédio de políticas descentralizadas.

Por fim, em um terceiro momento, verificou-se o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas no Brasil e governança multinível para identificação de riscos e delimitação de boas práticas de gestão na administração pública brasileira, concretizando o princípio fundamental à boa administração pública. Em termos de conclusão, considerando que a pesquisa se encontra em andamento, os resultados preliminares apontam, sobretudo, que as variadas formas de atuação dos Tribunais de Contas evidenciam a sua identidade institucional, expressando as suas funções constitucionais de forma que no âmbito da governança multinível



as possibilidades são ampliadas, possibilitando a obtenção de melhores resultados, fortalecendo à boa administração pública.

De tal modo, pela via da descentralização dos sistemas de controle de políticas públicas, conclui-se que com isso é possível adequar às realidades locais, à agenda e ao ciclo das políticas públicas como um todo, desde a fase do planejamento até a sua execução. Ou seja, o sistema da governança multinível oferece condições para a entrega de melhores resultados, gerando uma maior eficiência das políticas públicas em análise, ressaltando neste contexto o papel das auditorias executadas pelas Cortes de Contas, as quais tendem a contribuir para a concretização do direito fundamental à boa administração.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BURGESS, Michael. Federalism and Federation: a reappraisal. In: BURGESS, M. e GAGNON, A. (orgs), *Comparative Federalism and Federation*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.

COMISSÃO EUROPEIA (CE). *Governança Europeia: um livro branco*. Bruxelas, COM, 2001.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

GARCIA, Vinícius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo tribunal de contas da união das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 1, n. 11, 2021.

GONÇALVES, M.J. *A gestão colaborativa de conflitos entre turismo e território: o caso do litoral troia-melides*. 2012. Tese (Doutoramento) – Instituto Superior Técnico da Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa, 2012.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*. n. 3., 2002.

HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary. Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, v. 97, n. 2, p. 233-243, may, 2003.

HRYNIEWIECKA, Karolina Boroska. Multi-level governance and the role of the regions in the European Union: conceptual challenges and practical applications. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 45. p. 177-207, 2011.

INTOSAI. *GUID 9020- Evaluation of Public Policies*. Disponível em: <<https://www.issai.org/pronouncements/guid-9020-evaluation-of-public-policies/>>. Acesso em: 26 set. 2021.

INSTITUTO RUI BARBOSA. NBASP 300- Princípios de Auditoria Operacional. In: *Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público*. Nível 2- Princípios Fundamentais Disponível em: <[https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.download&wpfd\\_category\\_id=2108&wpfd\\_file\\_id=21599&token=99d584f1cf6e08c81971692e-29593b23&preview=1](https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.download&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=21599&token=99d584f1cf6e08c81971692e-29593b23&preview=1)>. Acesso em: 12 abr. 2022.

INSTITUTO RUI BARBOSA. NBASP 400- Princípios de Auditoria de Conformidade. In: *Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público*. Nível 2- Princípios Fundamentais Disponível em: <[https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.download&wpfd\\_category\\_id=2108&wpfd\\_file\\_id=21678&token=311f0c64e0fc0bcdbd-c2873493e9758c&preview=1](https://irbcontas.org.br/wp-admin/admin-ajax.php?juwpfisadmin=false&action=wpfd&task=file.download&wpfd_category_id=2108&wpfd_file_id=21678&token=311f0c64e0fc0bcdbd-c2873493e9758c&preview=1)>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ISMAIL FILHO, Salimão. *Boa administração pública e controle: caminhos para concretização dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2020

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes; DINIZ, Gleison Mendonça. Avaliação de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: fundamentos, práticas e a experiência nacional e internacional, p. 399-416. In: SACHSIDA, Adolfo (Org.). *Políticas Públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. E-book. 8 ed. São Paulo: Editora Método, 2019.

MENEGUIN, Fernando B; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicação em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de casos. In: *Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*, n. 123, mar., 2013. Disponível em: <[www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html](http://www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html)>. Acesso em: 12 abr. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a judicialização dos resultados na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Margarida. Desafios contemporâneos do ordenamento do território: para uma governabilidade inteligente do(s) território(s). *Prospectiva e Planeamento*, Lisboa: DPP, n. 16, p. 77-102, 2009.

PEREIRA, Margarida. Governança territorial multinível: fratura(s) entre teoria e prática. *Desenvolvimento Regional em debate*. v. 4, n. 2, jul./dez. 2014.

PIATTONI, Simona. Multi-level governance in the EU: does it work? *Globalization And Politics: A Conference In Honor Of Suzanne Berger*, MIT. Cambridge: Massachusetts, 2009.

RHODES, Roderick Arthur William. *Understanding governance: policy networks, governance, reflexivity and accountability*. Milton Keynes: Open University Press, 1997.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019.

STEIN, Michael; TURKEWITSCH, Lisa. The concept of multi-level governance in studies of federalism. In: *International Political Science Association - International Conference "International Political Science: New Theoretical and Regional Perspectives"*. Concordia University: Montréal, 2008.

TORFING, Jacob. Governance Network Theory: Towards a second generation. *European Political Science*, v. 4, p. 305-315, 2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial de Controle de Políticas Públicas*. Brasília: TCU, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*, 2. ed., Brasília: TCU, 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. O papel dos Tribunais de Contas na implantação e aperfeiçoamento das políticas públicas. *Revista de Direito (Rio de Janeiro)*, v. 14, 2016.

VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por tribunais de contas e govtechs*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito - Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (Dissertação de Mestrado), Porto Alegre, 2018.



**LINHA 2**



# A CRISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PERSPECTIVAS

**Francisco Saldanha Lauenstein**

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – UFRGS, atualmente exerce o cargo de Promotor de Justiça, mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Email: franciscosl@mprs.mp.br.

**Resumo:** O subsistema brasileiro de tutela de direitos transindividuais figura entre um dos mais avançados e bem estruturados do mundo, tratando em profundidade de institutos básicos, ricamente desenvolvidos pela doutrina nacional, inspirada nos sistemas americano e italiano. Como nos demais países, o subsistema brasileiro foi idealizado inicialmente (décadas de 1970/1980) e desenvolvido para instrumentalizar a tutela judicial dos bens ambientais, bens estes públicos de natureza indisponível e indivisível, de titularidade do povo, de forma que ambos os sistemas legais possuem identidade e ligação amalgamada desde a origem. Contudo, desde a década de 1990, ambos os sistemas vêm sofrendo retrocessos legislativos e até jurisprudenciais, processo o qual atualmente parece estar mais intensificado. O momento conturbado institucional em que as democracias em todo o mundo vivem reforça a necessidade de se adotar cautela em propostas de reformas legislativas estruturais em ambos os subsistemas jurídicos referidos. Com a finalidade de promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** subsistema de direitos transindividuais; direito ambiental; ação civil pública; crise; reformas legislativas; recessão democrática.

## 1 INTRODUÇÃO

Os sistemas dos direitos coletivos surgiram no pós-guerra, durante a guerra fria, quando as democracias liberais e mesmo regimes políticos de exceção, como é o caso do Brasil, passaram a adotar a tutela coletiva dos direitos fundamentais.

A massificação das relações jurídicas, a globalização, a complexidade dos problemas sociais inerentes a sociedades fortemente estratificadas, assim como a identificação do surgimento de novas preocupações, como o meio ambiente, as ocupações do solo rural e urbano, a responsabilidade de administradores públicos frente à gestão da coisa pública, a massificação das relações de consumo, trouxeram necessidades referentes à celeridade processual e à harmonia das decisões judiciais.

Logo, o sistema de direitos coletivos surge das necessidades de uma sociedade capitalista cada vez mais consolidada em suas bases econômicas e ideológicas, que busca restringir, efetivar com mais eficiência e eventualmente indenizar os efeitos danosos das externalidades liberadas pela sua própria atividade econômica e de consumo.

A conceituação abstrata dos direitos coletivos propriamente ditos encaixa-se perfeitamente aos problemas de direito ambiental, principalmente, no tocante ao objeto indivisível dos danos ambientais que requerem preponderância da prevenção e reparação *in natura*. Em verdade, ao que se observa, o direito ambiental orientou e ainda orienta de certa forma as características fundamentais do direito difuso, o direito coletivo por excelência.

Ocorre que as rápidas transformações sociais e as novas tecnologias comunicativas trouxeram ao horizonte constitucional realidades antes dispersas e pouco percebidas de forma que viceja uma sensação generalizada de atraso ou de retrocesso no jogo político e democrático neste início do século XXI. Observam-se crises nas democracias ocidentais, cuja validade da própria existência, isto é, dos representantes estatais, vem cada vez mais sendo questionada, o que ocasiona certas disrupturas pontuais e até em plano fundante da própria estrutura do estado, assim como em bases sociais.

As constituintes dirigentes e compromissórias das décadas de 1970/1990 mantêm forte estrutura política identificada com os ideais sociais democratas (CANOTILHO, 2000).



Inspiradas em modelo europeu ou americano, as constituições instituem limites a certas aspirações de dominação política ou religiosa, pois estruturadas em torno dos direitos fundamentais, motivo pelo qual se tentam medidas de índole autoritária, embora revestidas de certa legalidade, como a “catimba”, manobras de aparelhamento, all-in, hardball e outras, conforme noticiado pelo Professor Rubens Glezer na palestra ministrada no dia 19/05/2021 no VII Seminário Nacional promovido pelo programa de pós-graduação em direito da FMP (GLEZER, 2021). Tudo isso se trata de burla às normas de proteção do institucionalismo constitucional, algo no que o próprio Supremo Tribunal Federal mergulhou, quando acossado no Brasil.

Ao que parece, tudo isso surgiu, porque as constituições das décadas de 1970/90, muitas originárias de ondas de redemocratização, de retomadas de ditaduras, pós-guerra fria, prometeram o desenvolvimento social e econômico experimentados pelos EUA e Europa nas décadas de 50/70, isto é, o pleno emprego, mas não cumpriram as ditas normas programáticas (STRECK, 2009).

Como resultado, a recessão atual das democracias, assim como certos retrocessos de discurso intolerante e autoritário vêm atingindo a eficácia objetiva dos direitos fundamentais mais especificamente em âmbito legislativo e administrativo. Além disso, as alterações legislativas desde a década de 1990 sobre o ordenamento jurídico coletivista brasileiro vêm restringindo, paulatinamente, a jurisdição coletiva, promovendo limitações sobre a eficácia de decisões judiciais ou mesmo proibindo a cognição sobre algumas matérias e proscrevendo certas decisões de ordem cautelar.

## **2 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL E DIREITO COMPARADO**

O Brasil ostenta um dos sistemas materiais e processuais mais bem sistematizados do mundo na matéria dos direitos coletivos, em comparação a outros países da América Latina, como México, Peru, Colômbia, Argentina e Uruguai, como se depreende das palestras proferidas no dia 19 de outubro de 2021 pela Professora Doutora Mónica Maria Bustamante Rúa, pelo Professor Doutor Riccardo Perona (Colômbia) e pelo Professor Doutor Alfonso Jaime Martínez Lazcano (México), no Painel Tutelas à Efetivação dos Direitos, do VI Seminário Internacional da FMP. (PERONA; RÚA; LAZCANO, 2021).

O sistema brasileiro conta com legislação mais completa e sistematizada nas principais matérias condizentes aos direitos fundamentais

que normalmente demandam a chamada ação coletiva ou ação civil pública, nome que se consagrou no Brasil. Embora, não codificado, o direito processual concernente aos direitos coletivos está muito bem identificado, delimitado e concatenado nas legislações centrais brasileiras, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

O chamado “núcleo duro” do subsistema de direitos coletivos regulamenta os institutos principais, isto é, os conceitos abstratos dos direitos transindividuais e seus instrumentos extraprocessuais (MAZZILI, 2017): inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, requisição e recomendação; os instrumentos processuais: a legitimidade ativa, a representatividade adequada, a pertinência temática, a competência, a distribuição de ônus probatórios (ainda que parcial e imperfeita), as sentenças coletivas e suas eficácias, as fases e formas de execução e eventuais liminares incidentais, em gênese complementar por meio da especialização dos institutos básicos processuais do Código de Processo Civil.

Conforme enumeração apontada por Rodolfo de Camargo Mancuso (2020, p. 92), as distinções básicas entre a jurisdição singular e a coletiva são,

Peculiares e distintos se revelam os planos da jurisdição singular, e da coletiva, em pontos fundamentais, tais o interesse de agir - v.g., a questão da pertinência temática; a legitimação, de tipo concorrente-disjuntiva - art. 5.º e incisos da Lei 7.347/85; art. 82 e incisos da Lei 8.078/90; o foro competente, que conjuga os elementos território e extensão do dano - Lei 7.347/85, art. 2.º, c/c art. 93 do CDC; a prova, cujo ônus pode ser invertido nas ações consumeristas (CDC, art. 6.º, VIII) tendo o CPC recepcionado essa técnica de produção dinâmica da prova” a sentença, que na ação popular e na ação civil pública pode fundar-se num *non liquet*: arts. 18 da Lei 4.717/65 e 16 da Lei 7.347/85; a coisa julgada, de eficácia expandida, *erga omnes* ou *ultra partes* - Lei 8.078/90, art. 103 c incisos; Lei 7.347/85, art. 16; a execução, *rectius*, cumprimento do julgado v.g., o *fluid recovery*, recepcionado nos arts. 99, 100 do CDC; os recursos, com destaque para os efeitos da apelação que são determinados ope *iudicis*, nos termos do art. 14 da Lei 7.347/85, a par de outros tópicos que singularizam e distinguem esses dois grandes planos jurisdicionais.

As demais legislações concernentes aos direitos coletivos *lato sensu* gravitam em volta do chamado “núcleo duro”, em dinâmica integrativa,

às vezes, chamada de diálogo das fontes, embora talvez não se necessite de tal conceito para que tal subsistema jurídico funcione satisfatoriamente, bastando para tanto, ao que parece, os conceitos clássicos de integração de normas identificados pela doutrina e jurisprudência.

Como se sabe, e não se trata de questão nova na doutrina dos direitos coletivos *lato sensu*, estes desenvolveram-se em parceria e, em até certa medida, como instrumentos para atender as necessidades do direito ambiental, o qual também despertava atenção em nível internacional nas décadas de 1960 e 1970, mesmo período em que os direitos ou interesses difusos passaram a ser recepcionados pelas legislações internas dos países europeus e americanos (MAZZILI, 2017).

Portanto, não é exagero ou inexato afirmar que o direito ambiental constitui a matéria do direito material que certamente funcionou e funciona atualmente como boa medida para aferição da sistematicidade, funcionalidade e completude do estado da legislação constitucional e infraconstitucional quanto aos direitos coletivos *lato sensu* de determinado ordenamento jurídico.

A Colômbia<sup>1</sup>, por exemplo, ainda hoje, não ostenta legislação específica sobre direito ambiental, está ainda aplicando a tutela ambiental arraigada a direitos de propriedade e de posse, de natureza econômica em última análise, mesmo que já interpretado o meio ambiente como direito público indivisível, porém agarrado à propriedade de determinada coisa e, sobretudo, ligado à titularidade de tal propriedade. Assim, em matéria legislativa, a Colômbia, embora a sua Constituição Federal mais atualizada (promulgada em 1991), ainda se mantém em paradigma civilista no que toca aos direitos transindividuais.

Naturalmente, a Corte Constitucional Colombiana, atenta a tal falha ou atraso do legislador, vem desempenhando e desenvolvendo doutrina mais ou menos complexa, muito estruturada em princípios e normas constitucionais. Os juízes da Corte Constitucional Colombiana buscam no discurso de tutela dos direitos fundamentais das populações originárias uma forma jurídica de se tutelar o meio ambiente como um valor em si. Assim, veja-se, a tutela judicial ambiental colombiana ainda está presa ao elemento antropocêntrico, ou seja, o meio ambiente ainda não constitui valor autônomo, mas depende de titulares determinados.

---

1 A Professora Doutora Mónica Maria Bustamante Rúa designou tal doutrina de direito biocultural na Colômbia em palestra ministrada no dia 18/10/2021 no VI Seminário Internacional - Painel Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, promovido pela FMP.

Confirmando a tese do direito ambiental/direitos coletivos *lato sensu*, a Colômbia ainda se baseia na ação popular como principal instrumento de defesa dos direitos coletivos como provocação ao sistema judiciário de tutela de tais direitos fundamentais. Outro dado que revela a defasagem em relação ao sistema brasileiro.

No México e na Argentina, algo parecido ocorre, trata-se de sistemas jurídicos que funcionam fortemente baseados em remédios constitucionais ou legais tradicionais, ainda arraigados ao constitucionalismo pós-guerra, ou anterior, como é o caso da ação popular e do *juicio de amparo*, de origem mexicana, mas de feições do direito ibérico.

O México conta com legislação específica para a proteção dos direitos transindividuais desde 2011 (amparo coletivo), passando a ostentar a possibilidade de medidas cautelares em tal matéria a partir de 2013 em razão de decisão judicial fundamentada no princípio da prevenção ambiental. O Professor Doutor Alfonso Jaime Martínez Lazcano<sup>2</sup> explica que o amparo coletivo no México surgiu de reforma legislativa na lei de amparo, porém tal instituto conta com dois artigos somente. A eficácia sentencial do amparo coletivo alcança somente os que participaram da relação processual, logo não se trata em verdade de um amparo coletivo, embora o nome eleito pelo legislador, na interpretação precisa do professor mexicano.

Desenvolvidos inicialmente de forma puramente pretoriana, os amparos coletivos foram finalmente incluídos no ordenamento jurídico argentino pela reforma constitucional de 1994. No entanto, este desenvolvimento jurídico não conseguiu fornecer uma regulamentação processual específica sobre o que esta ação tem em particular dentro do gênero ação de amparo, que reside na propriedade coletiva do direito garantido, e cuja projeção processual é a legitimidade *ad causam* ativa.

Essa relativa indeterminação do texto legal argentino pode ser considerada como uma escassez de direito positivo, ou como um adequado estado de amplitude, receptivo ao legado institucional do amparo.

A ação popular e o *juicio de amparo* são instrumentos processuais de procedimento sumário e geralmente documental, às vezes, quase formulário, que reclamam decisões liminares e sentenciais de eficácia preponderantemente mandamental, muito se prestando à revisão de atos de autoridade. O *writ of mandamus* inglês apresenta-se como algo similar no direito insular.

---

2 Em palestra proferida no dia 19/10/2021 no VI Seminário Internacional - Painel Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, promovido pela FMP.

Em comum ainda, todos remédios aqui referidos permanecem (com exceção do amparo coletivo mexicano e argentino, porém ainda pouco regulamentados legalmente), ainda dedicados ou pelos menos muito ligados em sua estrutura processual aos direitos fundamentais de primeira dimensão (as ditas liberdades públicas), e quase todos inspirados em maior ou menor grau ao rito paradigma de remédios constitucionais do período do constitucionalismo liberal ou imediatamente pós-liberal: o *habeas corpus*.

As normas regulamentares das *class actions* norte americanas, embora inspiradoras do sistema brasileiro, adotaram sistema diverso do sistema brasileiro, a legitimidade do proponente da ação não possui tanta importância como a recebida no Brasil (GIDI, 2003). Nos EUA, a representação adequada, aferida *ope judicis* casuisticamente, resolve o problema, cabendo ao Juiz verificar se o autor da ação possui condições técnicas e conduta processual condizente com o que postula: a conversão de sua ação individual em coletiva, decisão esta que pode a qualquer momento ser revogada pelo Juízo aferidor.

A legitimidade ativa da ação popular brasileira, embora destinada a qualquer cidadão, também pouco refere sobre a representação adequada, significando que historicamente, a representatividade adequada nunca levantou maiores críticas ou estudos no direito brasileiro. Talvez, o legislador da ação popular tenha entendido que o polo passivo tivesse uma representatividade suficientemente caracterizadora do direito posto em juízo, ou tenha presumido que as matérias atinentes ao remédio por si só seriam capazes de sobrelevar o interesse demandado.

Enfim, de fato, no Brasil, o sistema de direitos coletivos no tocante à legitimidade ativa na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, montou-se de forma diversa, trata-se de legitimidade prevista em lei, em rol exaustivo, *numerus clausus*. O legislador brasileiro apostou no corpo burocrático estatal, tanto que arrolou basicamente órgãos públicos como entes legitimados ativos para o oferecimento da ação civil pública. O legislador presumiu que tais órgãos públicos teriam condições técnicas e desembaraço suficiente para assumir a pesada tarefa de demandar questões coletivas.

### **3 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E DIREITO AMBIENTAL**

Com efeito, como era de se esperar, o Brasil na década de 1970 experimentou a especialização de certos instrumentos processuais essen-

cialmente ligados à tutela do direito ambiental que passou a receber atenção legislativa como bem jurídico autônomo, como o clássico exemplo da Lei nº 6.938/81 - a lei da política nacional do meio ambiente (MARCHEZAN; STEIGLEDER; CAPELLI, 2013).

Os principais princípios do direito ambiental foram recepcionados pela legislação brasileira nessa época. O princípio do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana (Art. 225, *caput*, CF) já estava previsto nos arts. 2º e 4º, Lei n.º 6.938/81, com nítida inspiração na Carta de Estocolmo de 1972. Após, o referido princípio foi reafirmado na Rio 92 e na Carta da Terra em 1997. O direito ao meio ambiente hígido está intimamente ligado ao direito fundamental à vida. Deve ser visto sob uma concepção holística, descartando visões antropocêntricas.

O clássico princípio da prevenção (mais abrangente do que a precaução), embora previsto no art. 225, §1º, VI, CF, estava declarado nos princípios 6 e 21 da Declaração de Estocolmo de 1972, assim como aparecia no princípio 2 da Declaração da Rio 1992. Trata-se de princípio orientador do direito ambiental, pois sempre há risco certo e perigo concreto ao meio ambiente. Desde a década de 1980, tal diretriz passou a balizar as políticas modernas do meio ambiente. Os objetivos do Direito Ambiental são basicamente preventivos. É tal princípio que fundamenta, por exemplo, o EIA/RIMA e o licenciamento ambiental (MARCHEZAN; STEIGLEDER; CAPELLI, 2013).

O princípio da Precaução (Art. 225, *caput*, CF) também foi previsto no Princípio 15 da Declaração da Rio 1992. Como se sabe, o princípio da precaução sustenta a possibilidade de inversão do ônus da prova nas demandas ambientais, o que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 6º, VIII, CDC c/c art. 21, Lei 7.347/85).

O princípio do poluidor-pagador (art. 225, §§2º e 3º, CF) já vigia no direito brasileiro, recepcionado no art. 4º, VII, Lei 6.938/81. Após, o referido complementou-se, evoluindo para o princípio do usuário-pagador (Lei 9.433/97 - Política Nacional de Recursos Hídricos e art. 4º, VII, Lei 6.938/81). Trata-se de evolução do princípio anterior.

A Declaração final da Rio + 20 (o futuro que queremos) expressamente reconheceu a importância dos princípios ambientais para a formulação de políticas públicas:

Nós também reconhecemos a importância de envolver todos os tomadores de decisões relevantes para o planejamento e implementação de políticas de desenvolvimento sustentável. (O FUTURO, 2012).

Ainda, o princípio da cooperação internacional ou da cooperação entre os povos (art. 4º, IX, CF, e Capítulo VII da Lei n.º 9.605/98) também já constava do Princípio 24 da Declaração de Estocolmo de 1972 (reafirmado pelo princípio 2 da Declaração da Rio 1992). Sob o axioma de que a poluição ultrapassa fronteiras, defendia-se mútua cooperação entre as nações.

O princípio da equidade ou da solidariedade intergeracional (art. 225, *caput*, CF) visa conferir juridicidade ao valor ético da alteridade, objetivando uma pretensão universal de solidariedade social. Esse princípio, em última análise, assegura igualdade entre as gerações em relação ao sistema natural. Não há prioridade da geração presente em relação às futuras, que também necessitam ver assegurado um piso vital mínimo (MARCHEZAN; STEIGLEDER; CAPELLI, 2013).

O princípio da informação (art. 5º, XXXIII, CF) surgiu como princípio 10 da Declaração da Rio 1992, fundamentando, por exemplo, o direito de petição e o direito de certidão, assim como a publicidade do EIA (art. 225, §1º, IV, CF) e do cadastro de informações ambientais (Lei n.º 6.938/81).

A Declaração final da Rio + 20 (o futuro que queremos) citou expressamente tal princípio:

Ressaltamos que uma ampla participação pública e o acesso à informação e processos judicial e administrativo são essenciais para a promoção do desenvolvimento sustentável. (O FUTURO, 2012).

O princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, e §1º, CF e art. 2º, I, Lei 6.938/81) também se originou na Declaração de Estocolmo de 1972 (Princípio 17). Tal princípio deriva da natureza indisponível do meio ambiente e de sua qualificação jurídica de bem de uso comum do povo. Há estreita vinculação com o princípio da primazia do interesse público e também com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Desse princípio resulta o *in dubio pro natura* (MARCHEZAN; STEIGLEDER; CAPELLI, 2013).

Portanto, conforme demonstrado, o direito ambiental brasileiro vem sendo sistematizado no Brasil desde a década de 1980, como um direito material de nítida natureza coletiva, tanto que a Lei da Ação Civil Pública de 1985 foi gestada com vistas ao direito ambiental.

Embora, os retrocessos atuais no tocante a direito ambiental, representados muito bem pelas flexibilizações de discutível constitucionalidade do atual Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012), trata-se de importante área dos direitos coletivos, funcionando, repita-se, como termômetro das evoluções e involuções da legislação coletivista. O direito ambiental e demais sistemas de direitos coletivos sempre andam juntos, em linguagem clara.

#### **4 RECESSÃO DEMOCRÁTICA ATUAL**

A atual recessão legislativa e os retrocessos amplamente defendidos em setores econômicos e políticos momentaneamente dominantes no tocante ao direito ambiental atingirão o subsistema dos direitos coletivos como um todo. O sistema de tutela ambiental estatal hoje vem sendo minado de forma mais sutil do que o esperado, por meio do desmonte sistemático e silencioso de políticas públicas, através de limitações de dotações orçamentárias para órgãos ambientais de polícia administrativa, da extinção de conselhos de participação popular, aparelhamento de sua gestão etc.

Não por acaso, a legislação coletivista também vem sofrendo abalos recessivos de ordem legislativa, os quais precederam de certa forma a recessão do direito ambiental a que se assiste atualmente. A limitação legislativa sobre a eficácia da sentença limitada à comarca de competência do Juiz da ação civil pública (art. 16, LACP, alterado pela Lei n.º 9.494/1997), a restrição sobre as liminares *inaudita altera pars* em ações civis públicas contra a Fazenda Pública, a possibilidade da suspensão liminar dos efeitos de liminares pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça (Lei n.º 8.437/92 e Lei n.º 9.494/1997) entre outras bem demonstram que o sistema coletivista vem sofrendo golpes em sua efetividade e sistematicidade nos últimos 20 anos.

Além disso, o atual Código de Processo Civil parece ter apostado em mecanismos de aceleração de demandas em detrimento das ações coletivas, o que prejudica em demasia a cognição mais aprofundada das questões trazidas em Juízo e levanta dúvidas e desconfiças sobre a representatividade adequada do caso considerado paradigmático.



O tratamento coletivo de demandas individuais do CPC em relação ao sistema de tutela coletiva foi criticado de forma perspicaz por Heitor Vitor Mendonça Sica (2017, p. 93), o qual concluiu,

À vista de tais argumentos, não tenho dúvidas em afirmar que a litigiosidade de massa tenderia a ser solucionada de forma muito mais eficaz por meio do processo coletivo, em comparação com os mecanismos de tratamento coletivo de processos individuais fundados em precedentes judiciais. Até porque os ordenamentos da família da *common law*, a quem se deve a criação de um sistema de precedentes vinculantes, jamais pretendeu utilizá-los como ferramenta de tratamento de litigiosidade repetitiva.

Ainda, além das críticas do autor, a importação de mecanismos estrangeiros para a legislação brasileira não parece ser a solução mais adequada para a multiplicidade de demandas que inviabilizam ou dificultam a prestação jurisdicional. Na *Common Law*, a segurança jurídica é o móvel do sistema jurídico, tanto que o *stare decisis* consiste na promessa formal que os Juízes assumem, quando da investidura, de aplicar os precedentes aos casos concretos. Os precedentes são normas jurídicas escritas em outra roupagem, mas obedecem às mesmas propriedades inerentes da norma escrita, segurança, abstratividade e anterioridade.

Entretanto, a adoção dessa lógica estrangeira para o sistema processual brasileiro implica problemas. O controle sobre o Juiz é um deles. Por isso, a cosmogonia atual dos juízes equiparados a deuses em linguagem franca e cínica. Uma tentativa para tal controle são os órgãos externos de controle, outra é importar institutos próprios da *Common Law*, esta encampada pelo próprio legislador no CPC atual.

É o precedente que limita os juízes, afirmam alguns, entretanto o juiz do sistema romano germânico não prometeu aplicar precedentes, como os juízes ingleses e americanos (*stare decisis*), eventual vinculação, prevista em lei, somente alcança os graus inferiores de jurisdição (arts. 926 e 927, CPC/15).

O principal problema no tratamento coletivo de demandas individuais do CPC em relação ao sistema de tutela coletiva foi também muito bem identificado por Heitor Vitor Mendonça Sica (2017, p. 89):

Lida-se com o efeito (multiplicidade de processos) e não com a causa (litígios de massa originalmente levados ao Poder Judiciário).

rio de maneira atomizada, em processos individuais, tal como o médico que combate apenas a febre, em vez de tratar da infecção.

Outros tentam aperfeiçoar o instrumento (proporcionalidade) da medida (sopesamento), buscando novas classificações para o próprio instrumento, como se resolvesse o problema. O legislador chegou a prever os subprincípios alexyanos na legislação (art. 156, I, e art. 282, I e II, ambos do CPP). Em tal desiderato, o legislador previu também as consequências dos atos administrativos e judiciais como limitadoras de seus conteúdos em franca tentativa de frear o decisionismo atual em matéria de políticas públicas (arts. 20 e 21. LINDB).

A recente reforma legislativa promovida por meio da Lei 14.230/2021 sobre a já combalida Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92)<sup>3</sup>, limitou a tipicidade de atos administrativos caracterizados como ímprobos, impôs prazos de investigação, criou prescrição intercorrente, e dificultou o bloqueio de bens dos réus, trata-se do último capítulo da crise da ação civil pública no Brasil.

A improbidade administrativa equiparada a crime criou um regime jurídico de benesses próprias do direito penal aos réus acusados de atos ímprobos. Trata-se de criação inédita do direito brasileiro, quiçá, mundial. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Reclamação 2.138/DF, já havia parido tal regime “misto” de atos cíveis com efeitos penais na matéria de improbidade administrativa, sob o singelo fundamento de que muito se assemelhavam os efeitos da LIA com o direito penal, embora naturalmente a lei civil não cominasse qualquer pena privativa de liberdade, a característica mais marcante da lei penal. Enfim, ao que parece, trata-se de fenômeno bem característico de democracias imaturas incapazes de suportar sanções sobre as suas elites políticas e econômicas.

Atualmente, após as investigações criminais e ações penais referentes aos grandes escândalos recentes de corrupção no Brasil, vive-se uma época de reações políticas a legislações de controle<sup>4</sup> sobre os crimes contra a Administração Pública e seus correlatos.

3 A Lei n.º 8.429/92 já havia sido alterada pela Medida Provisória n.º 2.225-45/2001 (de duvidosa constitucionalidade), a qual passou a prever defesa preliminar, além de outras alterações.

4 Alguns setores políticos enxergam a ação civil pública uma espécie de “reserva de poder” do Ministério Público, o órgão público que historicamente domina a matéria, embora o considerável rol de legitimados ativos previstos em Lei, motivo pelo

A recente Lei n.º 13.869/2019, a atual Lei de Abuso de Autoridade, por exemplo, não contém um único tipo penal destinado a coibir a violência policial, o abuso de autoridade mais corriqueiro e conhecido que grassa no país, entretanto apresenta inúmeros dispositivos penais referentes a bloqueios patrimoniais e meios de prova mais sofisticados, muito utilizados para o combate da chamada criminalidade “de colarinho branco”.

Outrossim, é ponto comum na literatura constitucionalista nacional e internacional a identificação do atual período, como um tempo de recessão democrática, termos como “catimba constitucional” (GLEZER, já citado), “jogo duro constitucional”, “estruturas anacrônicas e conservadoras da sala de máquinas da Constituição”<sup>5</sup> estão presentes nas principais obras de ciência política e direito constitucional dos últimos anos.

Portanto, as democracias liberais clássicas, como os Estados Unidos, e mesmo as democracias sociais-liberais, de matriz europeia, e o chamado constitucionalismo de direitos da América Latina, vêm sofrendo instabilidades institucionais, um período temerário para algumas reformas legislativas, especialmente, no Brasil.

Na Ásia, em fevereiro de 2021, no pequeno estado de Mianmar, onde grassava genocídio da minoria muçulmana rohingya há anos, os militares executaram golpe de estado nos moldes clássicos, tanques invadiram as sedes dos poderes da república. Na África (ESPAÑOL; NARJANO, 2021), em 2021, aconteceram quatro golpes de estado bem-sucedidos (Sudão, Mali, Guiné-Conacri e Chade) e duas tentativas (Níger e Sudão em set/21).

Tudo isso demonstra que as instabilidades institucionais atuais vêm se manifestando de forma heterogênea a depender da tradição e da força das instituições democráticas consideradas. Democracias “fortes”, tradicionalmente mais estáveis, resistem melhor, embora os visíveis decréscimos em termos de eficácia objetiva dos direitos fundamentais; democracias “fracas” estão ruindo.

---

qual se pode considerar atualmente eventuais riscos de retrocessos legislativos em tal matéria como forma de atingir indiretamente o *Parquet*.

5 Expressões citadas pela Professora Doutora Vera Karam de Chueiri como exemplos de expressões utilizadas por Stefen Levitsky e Roberto Gargarella, respectivamente, na palestra ministrada no dia 19/05/2021 no VII Seminário Nacional promovido pelo programa de pós-graduação em direito da FMP

## 5 PROJETOS DE LEI PARA O SUBSISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS

Enfim, mesmo no atual cenário conturbado pelo qual passa a democracia brasileira, atualmente, há três projetos de lei (PL 4.441/20, PL 4.778/20 e PL 1.641/21), apensados entre si, tramitando na Câmara dos Deputados, os quais pretendem promover a reformulação do chamado “núcleo duro” dos direitos transindividuais. Tais projetos de lei serão analisados neste artigo.

Ainda, há notícias de movimentos pré-legislativos acadêmicos e doutrinários (comissão de notáveis), visando reformar toda a legislação referente aos remédios constitucionais, criando espécie de legislação codificada ou compilada de processo constitucional brasileiro (embora conhecido pelo nome de “Código de Processo Constitucional”)<sup>6</sup>.

O PL 4.441/2020 estabelece os conceitos abstratos dos direitos transindividuais, com leve diferença em relação ao CDC, também prevê aplicação supletiva do CPC. Tal projeto de lei prevê coletividades no polo passivo (Art. 2, §2º), embora não seja exatamente claro nesse aspecto. O dano moral coletivo está contemplado no referido projeto de lei, embora não delimite o instituto jurídico, passando o abalçamento da conceituação para a doutrina.

Ainda, o referido projeto de lei incorpora a jurisprudência antiga e pacífica que permite a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* na ação civil pública, de forma a resolver a questão da eficácia *erga omnes*, que poderia travestir uma ação direta de inconstitucionalidade.

Ponto interessante no PL trata-se da previsão de que a ACP deva receber preferência para caso paradigma no incidente de demandas repetitivas, tentando conciliar a atual técnica de aglutinação de demandas com o subsistema dos direitos coletivos.

No âmbito da legitimidade ativa, prevê “as comunidades indígenas ou quilombolas, para a defesa em juízo dos direitos dos respectivos grupos” como legitimados ativos. Assim, ao que parece, pela primeira vez entes despersonalizados ocuparão o polo ativo de ações coletivas.

Ainda, o projeto de lei aproxima-se da representatividade adequada *ope judicis* americana quanto às associações civis, inclusive, prevendo a perda da representatividade no transcurso do processo. Como era de se esperar, é admitido o litisconsórcio ativo entre legitimados.

6 Conforme noticiado pelo Professor Marco Félix Jobim na aula aberta da FMP ministrada no dia 23/11/2021.

Outrossim, o projeto de lei altera as clássicas regras de competência em razão da extensão do dano mesmo que potencial, estabelecendo espécie de competência funcional em razão da facilidade de acesso aos meios de prova, o que vem ao encontro das regras do atual Código de Processo Civil.

Mais uma vez, a ampla publicidade no momento do ajuizamento da ação civil pública figura em projeto de lei.

A redação proposta para o dispositivo legal do art. 11 determina a conceituação do grupo tutelado, complicando a causa de pedir, além de apresentar certa confusão entre legitimidade ordinária com extraordinária<sup>7</sup>. A redação do art. 13 apresenta difícil aplicação prática, sofrendo de certa ineficácia técnica, além de não estabelecer com o grupo seria notificado.

A redação do art. 16 (após a decisão de saneamento e organização do processo da ação civil pública, os processos individuais baseados no mesmo conjunto de fatos serão suspensos) não faz sentido, até porque não estabelece sistema *opt in* ou *opt out*, embora os termos do §2º.

Outrossim, o referido projeto de lei adota o princípio da adequação formal, em consonância ao atual CPC, autorizando que o prazo de contestação poderá ser alargado. As intervenções de terceiros e *amici curiae* admitidos, em previsão consentânea ao contemporâneo princípio da cooperação e participação popular.

Como era de se esperar, Ministério Público está mantido na função clássica de *custos legis* da ação civil pública, quando não for parte no polo ativo. Além disso, a Defensoria Pública desempenhará função de *custos vulnerabilis* quando houver interesses de grupos de pessoas economicamente vulneráveis. Trata-se de burocratização do procedimento, porquanto pode haver dois órgãos públicos em função de *custos* em determinado processo coletivo.

O projeto de lei incorpora as recessões do subsistema coletivo, porque recepcionou as limitações de tutela de urgência contra órgãos públicos e até para concessionários de serviços públicos.

Ademais, o projeto de lei determina a remessa necessária (antigo recurso de ofício) para sentença improcedente, demonstrando preocupação com a eficácia dos direitos transindividuais em Juízo, porém, adota técnica processual de revisão de decisões judiciais em desuso atualmente.

---

7 § 2º A associação autora terá de juntar a comprovação da autorização estatutária ou assemblear para a propositura da ação.

Quanto à eficácia da coisa julgada da sentença coletiva, alguns problemas são identificados. A coisa julgada coletiva também se forma quando a improcedência decorrer de insuficiência de prova, conforme o projeto de lei. Trata-se de previsão que incorpora retrocesso lamentável, pois rompe com o sistema anterior do *secundum eventum probationis*. Logo, mesmo em sentenças coletiva provenientes de insuficiência de provas poderão prejudicar a coletividade.

Por outro lado, a coisa julgada penal condenatória, no caso de reconhecimento de crime que tutela bem jurídico de natureza coletiva, torna certa a obrigação de indenizar o grupo e os respectivos membros, trata-se de dispositivo útil e interessante.

Quanto à difícil e sempre polêmica regulamentação do inquérito civil, o projeto de lei prevê conexão entre inquéritos civis. Infelizmente, trata-se de dispositivo atécnico, uma vez que conexão constitui instituto de natureza processual evidente, até porque conexão pressupõe causa de pedir, pedido e legitimidade bem definidas. O projeto contempla dispositivos burocratizadores do inquérito civil, que poderão ensejar inúmeros pedidos de reconhecimento de nulidade<sup>8</sup>.

O dispositivo do §13 (“A eficácia probatória do inquérito civil dependerá de ter sido oportunizado o contraditório contemporaneamente à produção da prova ou, justificadamente, em momento diferido”) constitui uma temeridade. A tentativa de adiantar o contraditório para expediente notoriamente investigativo é uma inovação inoportuna, pois restringe a utilidade e a eficiência do inquérito civil, instrumento o qual se notabilizou pela sua eficiência. Trata-se de burocratização de expedientes ministeriais.

O projeto de lei procura estimular a autocomposição coletiva do litígio, mas confunde acordo coletivo com termo de ajustamento de conduta. Em mais um arroubo formalista, o projeto de lei estabelece requisitos formais exagerados para a celebração de termo de ajustamento de conduta, de forma a gerar toda a sorte de alegação de nulidades perante o Poder Judiciário.

Naturalmente, os acordos coletivos durante a tramitação da ação civil pública devem atender à representatividade adequada, o que não é esclarecido no Projeto de Lei. O projeto de lei confunde execução clássica

---

8 §7º Todos os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil e ao procedimento preparatório deverão ser fundamentados e acompanhados de cópia da portaria que instaurou o procedimento” é o exemplo mais claro.

dos direitos transindividuais propriamente ditos com a reparação fluida (*fluid recovery*), própria dos direitos individuais homogêneos.

Por fim, o PL prevê a conversão de ação individual em coletiva (sistema norte-americano), porém não esclarece certos requisitos essenciais para que seja possível a novel conversão, nunca antes adotada no sistema coletivo brasileiro.

Quanto ao PL 4.778/2020, inúmeros equívocos e retrocessos estão previstos. O ônus probatório amparado na teoria “estática” da prova foi adotado, uma técnica ultrapassada. A teoria dinâmica do ônus probatório seria a mais consentânea com a realidade complexa subjacente aos direitos coletivos *lato sensu*, considerando a vulnerabilidade de certas coletividades, é o mais adequado, tanto que já adotada jurisprudencialmente.

O projeto de Lei recepcionou as limitações de tutela de urgência contra órgãos públicos, e estendeu para concessionários de serviços públicos. Outrossim, o PL também rompe com o sistema anterior da coisa julgada *secundum eventum probationis*, o que pode gerar riscos temerários para coletividades não devidamente representadas.

O PL 1641/2021, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) pretende substituir os projetos de lei anteriores, apresentados em 2020. De certa forma, o PL 1641/2021, prevendo a derrocada do PL 8.058/2014 no Poder Legislativo, porque está sendo interpretado por alguns como autorização legislativa para o ativismo judicial, já que, conforme a sua ementa, visa instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário<sup>9</sup>, pretende substituí-lo, tanto que o PL 1641/21 prevê dispositivos consentâneos às necessidades do processo multipolar e conta com a participação de doutrinadores pátrios conhecidos pela divulgação e desenvolvimento de tal técnica de litigância (VITORELLI, 2019; JOBIM, 2021).

Enfim, o PL começa designando ação coletiva ou ação civil pública, de forma a equiparar ambos os nomes para tentar por fim a tal antiga e infértil discussão doutrinária.

As proposições do PL 1641/2021 também adotam o princípio da adequação formal quanto ao procedimento, autorizando prazos judiciais, por exemplo, para a contestação da lide a depender da complexidade da causa em Juízo. Como se sabe, trata-se de técnica legislativa moderna recepcionada pelo atual Código de Processo Civil (GRINOVER, 2007).

---

9 Também conhecido como “projeto de lei do processo estrutural”.

O art. 2º traz dispositivos de justificação em consonância com os entendimentos doutrinários mais atualizados.

O dispositivo do artigo 3º proposto pelo Projeto de Lei enfrenta as conceituações abstratas dos direitos transindividuais. Visivelmente, os direitos individuais homogêneos estão melhor definidos, justificada existência em razão de conveniência frente a certas peculiaridades coletivas comuns em algumas situações, o que vai ao encontro da natureza de direito transindividual accidental, sem, entretanto, causar nenhum rompimento sistêmico relevante.

O §2º do mesmo artigo (“É admissível a tutela meramente declaratória para proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”) também enfrenta antiga questão referente às ações coletivas, trazendo dispositivo que muito lembra dispositivo análogo do projeto Buzaid.

O §3º (“Na tutela coletiva presume-se o interesse público e a repercussão geral de qualquer questão constitucional”) trata-se de dispositivo técnico e inteligente que porá fim a certas discussões infrutíferas quanto à legitimidade do Ministério Público e de outros entes, notadamente, no tocante aos direitos individuais homogêneos.

Ainda, o proposto no art. 3º, quanto aos direitos difusos, diferencia o âmbito de coletividades atingidas (local, regional ou nacional), recepcionando implicitamente as novas conceituações abstratas de direitos transindividuais propostas por Edilson Vitorelli.

No art. 4º procura-se esclarecer o objeto da ação civil pública, tratando de questões atuais sensíveis, como a “dignidade de grupos étnico-raciais” e “proteção de quilombolas”. Ainda, o projeto de lei prevê dano moral coletivo, esclarecendo de forma pertinente que tal cabe para os três conceitos abstratos de direitos transindividuais.

Igualmente ao PL 4441/2020, o PL incorpora a jurisprudência mansa e pacífica que admite a declaração de inconstitucionalidade *incidentaliter tantum* na ação civil pública.

Art. 5º prevê remoção do ilícito mediante “responsabilidade objetiva do réu”, traduzindo-se em dispositivo extremamente técnico e pertinente à tutela dos direitos coletivos.

Igualmente, ao PL 4441/2020, também prevê que a ação civil pública deve receber preferência para caso paradigma no incidente de demandas repetitivas.



O PL 1641/21 inova na legitimidade ativa, pois, entre outros, prevê “as comunidades indígenas, quilombolas e os povos tradicionais para defesa em juízo dos direitos dos respectivos grupos” como entes legitimados ativos.

Entretanto o seguinte dispositivo proposto: “§1o A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que a finalidade institucional da entidade tenha aderência a situação litigiosa ou ao grupo lesado” adota técnica legislativa um tanto confusa, porquanto mistura legitimidade e representatividade adequada, conceitos estes diversos entre si. O §2º do mesmo artigo também incorre em tal confusão.

A representatividade adequada no PL 1641/2021, aferida judicialmente, pode ser revista no trâmite do processo (*ope judicis*), porém limitada a questões de capacidade processual, não fazendo referência direta a questões materiais complexas incidentes, o que seria desejável.

Naturalmente, admite-se litisconsórcio ativo, porém não se estabelece que o Ministério Público poderia ajuizar ação civil pública em parceria com a Defensoria Pública, realidade esta já existente na prática forense.

Ainda o PL 1641/2021 mantém a competência judicial fixada em razão da extensão do dano, técnica que tem se revelado correta e de sistemática muito prática e efetiva.

O dispositivo “§ 4º O juízo poderá cooperar com outros juízos, na forma dos artigos 67 a 69 do Código de Processo Civil, quando tais providências permitirem uma condução mais eficiente do processo” revela-se útil e pertinente ao trato de matérias complexas, condizente com a realidade dos direitos coletivos *lato sensu*.

Ainda, o PL adota o conceito de Juízo adequado para os casos de conexão de litispendência de ações coletivas, trazendo novamente a técnica do princípio da adequação formal para o âmbito das ações coletivas, imprimindo certa flexibilidade, desejável, para a colheita da prova, por exemplo.

Como os demais projetos de lei, prevê ampla publicidade para a ação civil pública.

O PL 1641/21 autoriza até o julgamento da demanda, seja admitida a alteração do pedido ou da causa de pedir, em razão de circunstâncias ou fatos supervenientes, independentemente da anuência do demandado, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada a produção de prova complementar. Trata-se de dispositivo, flexibilizante

das regras de estabilidade da demanda, em consonância com as técnicas atuais de procedimentos coletivos de causas complexas e os chamados processos estruturais.

Ainda, o PL prevê expressamente que a ação civil pública possa conter na causa de pedir e pedido políticas públicas, o que é deveras importante para a eficácia de direitos fundamentais dependentes de prestações estatais, já prevendo o destino legislativo infrutífero do PL 8.058/2014.

Contudo, ao limitar a imprescritibilidade para as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, o PL restringe a norma constitucional de imprescritibilidade de reparação de danos contra o erário público, adotando posição jurisprudencial, relativamente nova e ainda minoritária nas Cortes Superiores.

Ainda, o projeto de lei prevê a imprescritibilidade do dano ambiental, assim como mantém o Ministério Pública na função clássica de *custos legis* nas ações coletivas, quando não figurar como parte. A Defensoria Pública também desempenharia a função análoga de *custos vulnerabilis*, um conceito que ainda depende de estudos com maiores rigores doutrinários, uma vez que sua justificativa racional e processual ainda não está bem clara.

O princípio da oralidade é mantido e até elevado a outros atos processuais, já que o saneamento do processo deverá ser prolatado em audiência, de preferência. Negócios jurídicos processuais quanto ao ônus probatório também são previstos, confirmando as prescrições relativas a tal matéria que já existiam no projeto Buzaid, entretanto o PL deixou de adotar a teoria dinâmica do ônus probatório, solução mais condizente com o processo coletivo.

O PL também adota a técnica de remessa necessária para sentença improcedente ou sem resolução de mérito nas ações coletivas, assim como prevê que a coisa julgada penal condenatória, no caso de reconhecimento de crime que tutela bem jurídico de natureza coletiva, torna certa a obrigação de indenizar o grupo e os respectivos membros, no que vai bem, já que o delito, por pressuposto, trata-se de violação a bens jurídicos caros à sociedade.

Ainda, a coisa julgada *erga omnes* não está limitada ao território da comarca do Juiz prolatante (art. 16, LACP), mas rompe com o atual sistema *secundum eventum probationis*, já que aceita sentenças improcedentes por insuficiência de provas sejam mantidas sob o manto da coisa julgada.

O projeto de lei em espécie incorre no mesmo erro de instituir “conexão” entre inquéritos civis. Contudo, parece correta a regulamentação dos expedientes administrativos preparatórios à ação civil pública.

O Capítulo IV - da autocomposição coletiva, no PL 1641/2021, apresenta muito melhor estruturação sistemática do que os dispositivos dos demais projetos de lei. Por exemplo, o PL 1641/2021 inicia tal capítulo, insculpindo princípios em tal aspecto, entre eles, o princípio da representatividade adequada e da boa-fé objetiva.

Este Projeto de Lei também adota a conversão de ação individual em ação coletiva (sistema norte-americano), porém com técnica legislativa mais apurada do que o PL 4441/2020. Ainda, o PL 1641/2021 prevê a ação por representação, ajudando a trazer luzes na confusa discussão entre legitimidade ordinária e extraordinária que grassa na matéria atualmente.

## **6 CONCLUSÃO**

A legislação brasileira referente aos direitos coletivos *lato sensu* figura entre uma das mais avançadas e bem estruturadas do mundo. O subsistema brasileiro, formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, constitui o chamado “núcleo duro”, em volta do qual orbitam as demais legislações, normalmente, de natureza material.

Em comparação aos sistemas legislativos da América Latina, por exemplo, Colômbia, Argentina México e Peru, ainda dependentes de remédios de ordem constitucional vocacionados à tutela de liberdades públicas, verifica-se que o sistema brasileiro apresenta-se muito melhor composto qualitativamente.

Além disso, o critério racional que confirma tal afirmação trata-se de outro subsistema que se desenvolveu como orientador do subsistema dos direitos transindividuais: o direito ambiental. O direito ambiental desenvolveu-se a partir da década de 1960, cujos princípios mais tradicionais surgiram na Carta de Estocolmo de 1972, os quais foram recepcionados no Brasil no início da década de 1980 e após, desenvolvidos pela Constituição Federal de 1988, e legislação ambiental da década de 1990.

A instrumentalização de tutela do direito ambiental traduziu-se no desenvolvimento do subsistema dos direitos transindividuais, cujos conceitos básicos visivelmente atendem às necessidades do meio ambiente tutelado em Juízo. Por exemplo, o objeto indivisível é o ponto central da

teoria jurídica dos direitos transindividuais italiana. É a indivisibilidade do objeto que possibilitou dogmaticamente reconhecer coletividades em sujeitos indeterminados ligados circunstancialmente.

Um rio poluído pertence ao todos, logo o dano sob tal bem prejudica a todos, idêntico raciocínio apresenta-se ao ar poluído e à poluição do solo, o que traduz um objeto indivisível em âmbito jurídico. Ora, a poluição não reconhece fronteiras. O objeto indivisível do direito transindividual também fundamenta e ordena os principais conceitos do processo coletivo: a legitimidade ativa e passiva, a competência processual (pela extensão do dano, que pertence ao objeto), e inegociabilidade (indisponibilidade) sobre o direito (em termos tradicionais) e a própria eficácia sentencial erga omnes ou ultra partes, supostamente corrigida pela cláusulas *secundum eventum litis* ou *probationis* e pelo transporte *in utilibus*.

Assim, pode-se afirmar que o direito ambiental e os direitos coletivos *lato sensu*, os quais naturalmente também se modelam a tutelar outros direitos transindividuais, são formações jurídicas ligadas umbilicalmente, de forma que as vicissitudes e retrações pelas quais um deles passa reflete inexoravelmente no outro.

Como se sabe, não por acaso, o legislador vem apresentando flexibilizações e retrocessos em ambas as matérias desde meados da década de 1990, quando, ao que parece, aquela onda de empolgação (das décadas de 1970/80) sobre a legislação coletivista esvaneceu ou perdeu força, tendo o mesmo acontecido com o direito ambiental. Essas flexibilizações foram acompanhadas de algumas decisões judiciais, que formaram certa jurisprudência tendente a limitar estruturalmente o sistema de direitos coletivos *lato sensu*, especialmente, no tocante à improbidade administrativa.

O princípio da vedação ao retrocesso, embora reconhecido como implícito na Constituição Federal pela doutrina, não vem servindo de fundamento jurídico idôneo suficiente para a declaração de inconstitucionalidade de legislações que sofrem desse vício no Brasil, sendo o exemplo mais claro o atual Código Florestal.

Ainda, atualmente, vive-se uma época turbulenta para as democracias no mundo inteiro, estando o Brasil mergulhado em tal fenômeno, tanto que vários setores mais conservadores estão conseguindo impor uma série de reformas legislativas que vêm enfraquecendo a eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

É nesse cenário que surgem os Projetos de Lei 4441/2020 e 4778/2020, os quais, no geral, apresentam problemas estruturais sofríveis,

confundindo institutos tradicionais do direito coletivo e instituindo retrocessos em pontos sensíveis. A tentativa de regulamentação do inquérito civil é um ponto de evidente burocratização deste importante instrumento.

O PL 1641/2021, visivelmente melhor estruturado, apresenta alguns problemas pontuais. No geral, o PL 1641/2021, coordenado sob a liderança da Professora Ada Pellegrini Grinover, juntamente com demais notáveis na matéria, adota técnica legislativa mais apurada e de exatidão considerável. Ainda, o projeto de lei enfrenta questões polêmicas de forma adequada, preservando a natureza do inquérito civil como tal se desenvolveu tradicionalmente no Brasil.

Entretanto, deve-se ter em mente que a comissão de notáveis elaboradora do PL 1641/2021 e de outros projetos de lei ainda em elaboração com proposições até mais ousadas (CPCCon), limita-se a participar da proposta inicial, cabendo ao corpo político e seus assessores técnicos, após, eventuais modificações e emendas que podem se traduzir em mais retrocessos ou mesmo prejuízos mais graves, como os que já assistiram recentemente.

Assim, correm-se riscos não ordinariamente identificados em outras épocas, a ponto de se considerar temerário, no mínimo inconveniente, promover alterações legislativas estruturais de porte no momento atual, *a fortiori*, em sistema de princípio e de regras considerado modelar, como é o caso do subsistema de direitos transindividuais, que tem despertado a atenção e recebido elogios na doutrina internacional.

Atualmente, a arena de debates de temas sensíveis e caros aos direitos fundamentais coletivos vem ocorrendo em locais públicos (redes sociais) pouco afeitos a controles mais efetivos, pois, ainda muito incipientes, dependentes ainda de autorregulamentação.

Logo, o debate está sujeito aos sabores de interesses voláteis de índole populista, o que substituiu em muito a arena para o qual o subsistema de direitos coletivos foi criado em última análise, os corpos médios, estatizados ou não, representantes formais das coletividades.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 4.441, de 2020**. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Autoria: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível

em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020). Acesso em: 08 dez. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 4.778, de 2020**. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Autoria: Deputado Marcos Pereira. . Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1933592](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1933592). Acesso em: 08 dez. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1641, de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Autoria: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node010r9k6w786fh71key8u7ozxqbp3144149.node0?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node010r9k6w786fh71key8u7ozxqbp3144149.node0?codteor=2001406&filename=PL+1641/2021). Acesso em: 08 dez. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 09 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm). Acesso em: 08 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 08 dez. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito da constituição e teoria da constituição**. Coimbra; Edições Almedina, 2000.

ESPAÑOL, Marc; NARJANO, José. **Seis golpes de Estado este ano: a epidemia “putschista” que varre a África.** *In:* El País. [S.l.] 30 out. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-10-30/seis-golpes-de-estado-este-ano-a-epidemia-putschista-que-varre-a-africa.html> Acesso em: 11 dez. 2021.

GIDI, Antônio *et al.* **Procesos Colectivos** – la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. México: Editorial Porrúa, 2003.

GLEZER, Rubens. **Democracias constitucionais em crise.** Palestra ministrada no VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis promovido pelo programa de pós-graduação em direito da FMP. 19 maio 2021. Publicado pelo canal da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: (<https://www.youtube.com/watch?v=vQLKcc3CXbM&list=TLP-QMDgwNTIwMjImd50IptLNFQ&index=2>) Acesso em: 07 maio 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JOBIM, Marco Félix. **PLs para uma Nova Lei da Ação Civil Pública.** Informação verbal ministrada na aula aberta da disciplina de Garantias Processuais dos Bens Transindividuais do programa de pós-graduação em direito da FMP. 23 nov. 2021. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=PMlM-E\\_Tw44](https://www.youtube.com/watch?v=PMlM-E_Tw44) Acesso em: 11 dez. 2021.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

O FUTURO que queremos. *In:* Beefpoint. [S.l.]. 04 jul. 2012. Disponível em: <https://www.beefpoint.com.br/rio20-conheca-o-documento-o-futuro-que-queremos-para-o-agro/#:~:text=O%20desfecho%20da%20Rio%2B20,da%20estrat%C3%A9gia%20de%20desenvolvimento%20sustent%C3%A1vel> Acesso em: 08 maio 2022.

PERONA, Riccardo; RÚA, Mónica Maria Bustamante; LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. **Painel Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais**, do VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. 19 out. 2021. Publicado pelo canal da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=nIL5SRRS\\_20&t=4306s](https://www.youtube.com/watch?v=nIL5SRRS_20&t=4306s)  
Acesso em: 07 maio 2022.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 269-281, jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso** – Constituição, hermenêutica e teoria das possibilidades à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.



# **A MATRIZ ELÉTRICA NACIONAL E AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: A CONTRIBUIÇÃO DA FONTE SOLAR NA PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DE FORMA SUSTENTÁVEL**

**Éverton Sebastiany de Araújo**

Graduado no Curso de Direito da Unisinos (2016), Pós Graduando em Direito Civil e Empresarial pela Unirriter (2021), Mestrando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Advogado, endereço eletrônico: [sebastianyadvocacia@gmail.com](mailto:sebastianyadvocacia@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo está inserido na ampla temática do direito ambiental, especialmente nos aspectos das mudanças climáticas e sua contribuição para a crise hídrica pela qual o Brasil passou no ano de 2021. Foi realizada pesquisa científica bibliográfica, quantitativa e documental. A partir da qual busca-se, particularmente, esmiuçar os impactos das mudanças climáticas nos níveis de água nos reservatórios brasileiros em uma análise da contribuição da água para a produção de energia elétrica no país. Além disso, a pesquisa aborda o crescimento e as vantagens da utilização da energia solar fotovoltaica para a diminuição da emissão dos gases poluentes causadores do efeito estufa a diminuição da dependência da água como fonte de produção de energia elétrica e, conseqüentemente, a contribuição da energia solar no cumprimento das metas previstas no Tratado de Paris.

**Palavras-chave:** Mudanças climáticas. Recursos hídricos. Energia elétrica. Energia solar. Utilização da água.

## 1 INTRODUÇÃO

Foi realizado estudo a partir de textos, notícias e apontamentos para a análise dos efeitos das mudanças climáticas na produção de energia elétrica em nosso país em razão da crise hídrica do ano de 2021.

A nação ratificou o Acordo de Paris que visa a diminuição da emissão dos gases que causam o efeito estufa e visa combater o aquecimento global. As mudanças climáticas estão afetando o clima em nível global, e no Brasil não é diferente. No ano de 2021 o país enfrentou uma grave escassez de água que resultou em uma crise hídrica.

Em razão da matriz elétrica nacional ser majoritariamente dependente da água e em razão da baixa dos níveis dos reservatórios de água no decorrer do ano passado, o Brasil fez uso com mais intensidade de outras formas de produção de energia elétrica, entre elas as termelétricas que não contribuem para a diminuição da emissão dos gases de efeito estufa, pelo contrário, o país emitiu alto número de CO<sup>2</sup> para a produção de energia por esta fonte no decorrer de 2021.

Nesse cenário, o estudo avalia se a energia solar fotovoltaica, forma de produção de energia elétrica limpa e sustentável, pode contribuir com o aumento da produção de energia, em especial de forma limpa para evitar o uso de fontes mais poluentes e em paralelo contribuir com a menor utilização da água na matriz elétrica nacional.

## 2 A MATRIZ ELÉTRICA NACIONAL E AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

### 2.1 MUDANÇAS CLIMÁTICAS E AS METAS DO BRASIL NO TRATADO DE PARIS

Desde o ano de 2009 a partir da entrada em vigor da Lei Federal nº 12.187 que institui a “*Política Nacional sobre Mudança do Clima*”<sup>1</sup> o Brasil tem uma lei que prevê o seu compromisso com a redução da emissão dos gases que causam o efeito estufa. Além disso, integra o grupo de 195 (cento e noventa e cinco) nações que ratificaram o Acordo de Paris. Neste acordo, as nações signatárias comprometeram-se a reduzir o au-

---

1 BRASIL. **Lei nº 12.187, de 19 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm). Acesso: 30 abr. 2022.

mento da temperatura na Terra a partir do combate direto às emissões dos gases que causam o efeito estufa<sup>2</sup>.

Com a assinatura do Tratado de Paris em 2015 os compromissos atuais da nossa nação são: 1 - reduzir suas emissões de gases de efeito estufa em até 43% (quarenta e três por cento) até 2030; 2 - eliminar o desmatamento ilegal até o final da década; 3 - atingir a neutralidade de carbono até 2050<sup>3</sup>.

O último relatório do grupo de trabalho 3 do IPCC<sup>4</sup> reforça a importância de reduzirmos as emissões.

Para que a humanidade tenha uma chance de pelo menos 50% de estabilizar o aquecimento global em 1,5°C acima dos níveis pré-industriais, como determina o Acordo de Paris, as emissões globais de gases de efeito estufa precisam atingir seu pico entre 2020 e 2025 e cair 43% até 2030. Só que desde 2010 elas cresceram 12%.

Importante trazer o conceito de mudanças climáticas na visão de Weiss<sup>5</sup> “*A mudança climática é um problema inerentemente intergeracional com implicações extremamente sérias para a equidade entre nós e as futuras gerações e entre as comunidades no presente e no futuro.*”

A mudança climática é considerada um fenômeno global e não linear. Isso explica a imensa dificuldade de prevê-lo. Por ser apurada a partir de equações não lineares, vários elementos precisam ser computados e considerados, o que cria dificuldades e limita o acerto das previsões. A referida limitação é o grande embate das consequências climáticas

---

2 MARQUES, Fernando Mario Rodrigues; PEREIRA, Sergio Luiz (orgs). **Energia solar fotovoltaica**: um enfoque multidisciplinar. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Synergia, 2020. p. 22.

3 EM CÚPULA de Biden, Brasil promete acabar com desmatamento até 2030 e se tornar neutro em carbono até 2050. Um só planeta. 22 de abril de 2021. Disponível em: <https://umsoplaneta.globo.com/clima/noticia/2021/04/22/em-cupula-de-biden-brasil-promete-acabar-com-desmatamento-ate-2030-e-se-tornar-neutro-em-carbono-ate-2050.ghtml> Acesso: 11 jan. 2022.

4 OBSERVATÓRIO DO CLIMA. 21 recados fundamentais do novo relatório do IPCC. São Paulo, 04 abr. 2022. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/21-recados-fundamentais-do-novo-relatorio-do-ipcc/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

5 WEISS, E. B. Climate change, intergenerational equity, and international law. **Vermont Journal of Environmental Law**, n. 9, p. 615-628 2008.

através do estudo do efeito estufa. As consequências são imprevisíveis e desconhecem fronteiras<sup>6</sup>.

As mudanças climáticas estão se tornando cada vez mais acentuadas, interferindo no clima, no regime de chuvas, na amplitude térmica e nas temperaturas cada vez mais extremas. Já é possível aferir estas implicações, a partir de dados, que demonstram o aumento da temperatura global pois “*As políticas públicas de clima adotadas no mundo até 2020 levarão a Terra a um aquecimento de 3,2°C, mais do que o dobro do limite do Acordo de Paris*”<sup>7</sup>.

Os desastres ambientais e, conseqüentemente, as mudanças climáticas, na maioria das vezes, são, de alguma forma, ocasionadas ou afetadas pelas ações humanas, como bem disciplinam Carvalho e Damascena<sup>8</sup>:

Quase todos os desastres apresentam alguma contribuição humana, por ação ou omissão. Seja pela má-canalização de um rio, pela construção de um dique de má qualidade ou pela indevida e incorreta expansão populacional, a ingerência humana nas atividades modernas acaba dificultando a distinção do que é natural ou não. Dessa maneira, hoje se tornou extremamente raro um acontecimento com características exclusivamente naturais (ressalvadas algumas situações específicas como o impacto de um meteorito contra a Terra, por exemplo).

- 
- 6 CARVALHO, Délton Winter de, DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012. p 88. Acesso em 15/01/22: [https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Damacena/publication/341878207\\_A\\_intensificacao\\_dos\\_desastres\\_naturais\\_as\\_mudancas\\_climaticas\\_e\\_o\\_papel\\_do\\_Direito\\_Ambiental/links/5ed7a7a592851c9c5e74e322/A-intensificacao-dos-desastres-naturais-as-mudancas-climaticas-e-o-papel-do-Direito-Ambiental.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Damacena/publication/341878207_A_intensificacao_dos_desastres_naturais_as_mudancas_climaticas_e_o_papel_do_Direito_Ambiental/links/5ed7a7a592851c9c5e74e322/A-intensificacao-dos-desastres-naturais-as-mudancas-climaticas-e-o-papel-do-Direito-Ambiental.pdf)
  - 7 OBSERVATÓRIO DO CLIMA. 21 recados fundamentais do novo relatório do IPCC. São Paulo, 04 abr. 2022. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/21-recados-fundamentais-do-novo-relatorio-do-ipcc/>. Acesso em: 30 abr. 2022.
  - 8 CARVALHO, Délton Winter de, DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012. p 88 - 89. Acesso em 26/01/22: [https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Damacena/publication/341878207\\_A\\_intensificacao\\_dos\\_desastres\\_naturais\\_as\\_mudancas\\_climaticas\\_e\\_o\\_papel\\_do\\_Direito\\_Ambiental/links/5ed7a7a592851c9c5e74e322/A-intensificacao-dos-desastres-naturais-as-mudancas-climaticas-e-o-papel-do-Direito-Ambiental.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Damacena/publication/341878207_A_intensificacao_dos_desastres_naturais_as_mudancas_climaticas_e_o_papel_do_Direito_Ambiental/links/5ed7a7a592851c9c5e74e322/A-intensificacao-dos-desastres-naturais-as-mudancas-climaticas-e-o-papel-do-Direito-Ambiental.pdf)

A ação humana interfere na mudança climática, principalmente em razão da emissão dos gases do efeito estufa, a produção de energia elétrica tem um papel fundamental nas emissões de CO<sup>2</sup> no cumprimento das metas traçadas pelo país.

## 2.2 O IMPACTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NOS RECURSOS HÍDRICOS

Vejamos um pouco do perfil de desastres naturais no Brasil. Do total de 126.926.656 (cento e vinte e seis milhões, novecentos e vinte e seis mil, seiscentos e cinquenta e seis) pessoas afetadas, a estiagem e a seca são os desastres que mais afetam a população, sendo responsáveis por 51% (cinquenta e um por cento) do total de registros<sup>9</sup>. A partir destes números, fica bastante evidente que a estiagem e a seca são desastres naturais e que afetam uma grande parcela da população.

Nesse sentido, Vargas<sup>10</sup> apresenta, em seus estudos, a partir de dados do IPCC, o impacto das mudanças climáticas na disponibilidade da água.

De um modo geral, o IPCC prevê que as mudanças climáticas globais afetarão negativamente a disponibilidade de água em diversas regiões do mundo. O estresse hídrico, definido como uma disponibilidade média anual inferior a 1.700 m<sup>3</sup> per capita, que hoje atingiria mais de 700 milhões de pessoas em 43 países, poderá afetar cerca de três bilhões de pessoas por volta de 2025.

Sobre o impacto das mudanças climáticas nos recursos hídricos, Vargas<sup>11</sup> considera que:

---

9 **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais 1991 a 2010: Volume Brasil.** Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres - CEPED. Florianópolis: CEPED UFSC, 2012. p. 35.

10 VARGAS, Marcelo Coutinho. **A Crise Hídrica na Grande São Paulo (2014-2015): Vulnerabilidade Climática e Déficit de Governança.** Revista Antropología Americana vol. 4, núm. 8 (2019). Universidade Federal de São Carlos. p. 93. Disponível em: <https://revistasipgh.org/index.php/anam/article/view/680/747>

11 VARGAS, Marcelo Coutinho. **A Crise Hídrica na Grande São Paulo (2014-2015): Vulnerabilidade Climática e Déficit de Governança.** Revista Antropología Americana vol. 4, núm. 8 (2019). Universidade Federal de São Carlos. p. 91 - 92. Disponível em: <https://revistasipgh.org/index.php/anam/article/view/680/747>

As mudanças climáticas impulsionadas pelo aquecimento global decorrente do acúmulo de gases de efeito estufa de longa duração na atmosfera terrestre, desde a revolução industrial, estão intimamente ligadas à água seja em sua dinâmica causal, seja nos seus efeitos socioambientais mais devastadores.

Sobre a vulnerabilidade da produção de energia elétrica a partir da utilização da água e a questão da disponibilidade hídrica o Plano Decenal de Expansão de Energia 2031<sup>12</sup> destaca importância da questão.

A disponibilidade hídrica pode afetar diversas fontes energéticas, no entanto, diante da configuração do sistema brasileiro, pode-se afirmar que a hidroeletricidade será a fonte mais impactada. Considerando a importância da participação dessa fonte, tanto com a capacidade instalada atual como a modernização prevista para o horizonte decenal, e sua ampla distribuição geográfica, espera-se que alterações no regime de chuvas em qualquer região brasileira devam impactar diretamente a geração hidrelétrica. Além disso, a crescente utilização da água para outros fins acaba por restringir a disponibilidade do recurso hídrico, e consequentemente, as condições de operação das usinas.

No ano de 2008, ou seja, há mais de dez anos atrás, Marengo<sup>13</sup> já destacava a magnitude da dependência da região sudeste da energia elétrica, as mudanças do clima e impactos hidrológicos em outras regiões do Brasil:

Regiões como o Nordeste e o Centro Oeste-Sudeste são regiões altamente vulneráveis, pela dependência da energia elétrica e pela presença ou ausência de água. Nessas regiões, as mudanças do clima (especialmente na forma de aumento de temperatura do ar) podem acrescentar o risco imposto pela crescente população, industrialização e pelas mudanças no uso da terra associadas à agricultura e à pecuária. Já na Amazônia, os problemas são associados a uma possível perda de biodiversidade e impactos no ciclo hidrológico que, em longo prazo, podem aumentar o risco de extremos de chuva no Sul

---

12 BRASIL, Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2031**. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. Brasília: MME/EPE, 2022. p 317.

13 MARENGO, José Antônio. **Água e mudanças climáticas**. 2008. p. 93. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/fXZzdm68cnzzt6Khr8zYx3L/?format=html&lang=pt>

do Brasil, como consequência de mudanças no padrão de transporte de umidade atmosférica da Amazônia até o Sul do Brasil.

O autor<sup>14</sup> já no ano de 2008 apontava os riscos para os recursos de água e indicava, ao leitor, para rememorar-se das secas dos últimos dez anos:

As evidências científicas apontam para o fato de que as mudanças climáticas representam um sério risco para os recursos de água no Brasil. Não só as mudanças do clima futuras representam risco, mas a variabilidade climática também; é só lembrar as secas da Amazônia, do Nordeste, do Sul e do Sudeste do Brasil nos últimos dez anos, que têm afetado a economia regional e nacional.

Considerando que o trecho anterior foi escrito no ano de 2008 e remete a secas nos dez anos anteriores. Isso indica que a escassez hídrica não remonta somente os últimos anos, mas que a população está convivendo com esta condição de maneira cíclica. Infelizmente as previsões para os tempos vindouros não são animadoras, com relação ao regime regular de chuvas, como se pode observar na fala de Vargas<sup>15</sup>.

Os modelos do IPCC indicam tendências de aumento das precipitações nas altas latitudes e nas áreas tropicais úmidas, ao lado da diminuição de chuvas nas áreas semiáridas e subtropicais. Também indicam aumento de áreas assoladas por secas, bem como ampliação da variabilidade sazonal e interanual das chuvas em todas as regiões. Nas últimas décadas, estariam mudando a quantidade, a distribuição e a intensidade das chuvas no espaço e no tempo. Chuvas torrenciais tornaram-se mais frequentes, mesmo em lugares onde a precipitação total diminuiu.

É possível verificar que as mudanças climáticas afetam diretamente os recursos hídricos. Levando-se em consideração que a partir dessa verificação a economia dos recursos hídricos também é item essen-

---

14 MARENGO, José Antônio. **Água e mudanças climáticas**. 2008. p. 93. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/fXZzdm68cnzzt6Khr8zYx3L/?format=html&lang=pt>

15 VARGAS, Marcelo Coutinho. **A Crise Hídrica na Grande São Paulo (2014-2015): Vulnerabilidade Climática e Déficit de Governança**. Revista Antropologia Americana vol. 4, núm. 8 (2019). Universidade Federal de São Carlos. p. 92. Acesso: <https://revistasipgh.org/index.php/anam/article/view/680/747>

cial, cabe que sejam elencadas as formas de economia possíveis. Em nossa nação uma das formas de economia de água é migrar para outras formas limpas de produção de energia elétrica o que permitirá economizar a utilização de água como fonte de produção.

Nesse sentido, a produção de energia elétrica por outras fontes que não somente a hídrica pode colaborar de forma direta com o problema.

## 2.3 A MATRIZ ELÉTRICA NACIONAL

A energia elétrica em nosso país é majoritariamente produzida a partir de recursos hídricos. A título de exemplo, em fevereiro de 2021 do total de produção de energia elétrica no país, o montante de 59,8%<sup>16</sup> foi oriundo da produção a partir de fontes hídricas. Já no mês de abril de 2022 o percentual de energia elétrica oriunda das fontes hídricas era de 57,6%, uma importante redução.

A importância do tema é tamanha que um dos desafios apresentados com relação aos temas socioambientais estratégicos para a expansão do Plano Decenal de Expansão de Energia 2031 foi a compatibilização da geração de energia com o uso da água<sup>17</sup>.

Já para o desafio “compatibilização da geração de energia com o uso da água”, destaca-se o cenário de escassez hídrica e os baixos níveis dos reservatórios hidrelétricos que marcaram o ano de 2021. A gestão dos usos múltiplos da água, sobretudo em regiões onde há conflitos pelo uso deste recurso, e o desenvolvimento de ferramentas para gerenciamento da água e de tecnologias que reduzam o seu consumo permanecem questões importantes para o desenvolvimento da expansão energética planejada.

Os gases de efeito estufa, em grande parte, são emitidos pela produção de energia segundo Franco, Silva e Rezende<sup>18</sup>.

---

16 ABSOLAR. **Panorama da Solar Fotovoltaica no Brasil e no mundo**. Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. São Paulo. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/mercado/infografico/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

17 BRASIL, Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2031**. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. Brasília: MME/EPE, 2022. p 321.

18 FRANCO, Amanda Câmara, SILVA, Victor Vartuli Cordeiro, REZENDE, Elcio Nacur. Mudanças climáticas e a energia solar no brasil: avanços e desafios. *In*: RO-



Neste contexto, o setor energético se revela como um dos grandes responsáveis pelas emissões dos GEE, portanto, a utilização de energias renováveis é ponto essencial para alcançar a meta estabelecida no novo acordo.

No Brasil o terceiro maior emissor de gases de efeito estufa é a cadeia de produção de energia tendo emitido no ano de 2020 o montante de 393,7 milhões de toneladas de dióxido de carbono equivalente na atmosfera<sup>19</sup>, sendo assim, a produção de energia foi responsável por 25,8% das emissões líquidas do país no ano de 2020<sup>20</sup> segundo o Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa (SEEG).

Das 393,7 milhões de toneladas de dióxido de carbono equivalente colocadas na atmosfera no ano de 2020 a partir da produção de energia, o montante de 46,06 milhões de toneladas é oriundo da geração de eletricidade, o que representa 11,7% do total das emissões no ano com a produção de energia<sup>21</sup>.

Bill Gates na obra Como Evitar um Desastre Climático<sup>22</sup> apresenta a proporção de gases de efeito estufa gerados pelas nossas ações, e a utilização da eletricidade é responsável por 27% da emissão de gases de efeito estufa, sendo a segunda maior responsável na lista de 5 tópicos. Ainda sobre a eletricidade e sua relação com as emissões, o autor apresenta uma informação essencial a este estudo.

Você pode ter se surpreendido ao constatar que a produção de eletricidade corresponde a apenas um quarto das emissões totais. Eu

---

DRIGUES, Nina Tricia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (Orgs.). **Direito Constitucional Ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p.139.

- 19 SEEG. **Emissões Totais**. Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa. São Paulo: 2019. Disponível em: [https://plataforma.seeg.eco.br/total\\_emission](https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission). Acesso em: 25 abr. 2022.
- 20 SEEG. **Emissões Totais**. Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa. São Paulo: 2019. Disponível em: [https://plataforma.seeg.eco.br/total\\_emission](https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission). Acesso em: 26 abr. 2022.
- 21 SEEG. **Emissões Totais**. Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa. São Paulo: 2019. Disponível em: [https://plataforma.seeg.eco.br/total\\_emission](https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission). Acesso em: 27 abr. 2022.
- 22 Gattes, Bill. **Como evitar um desastre climático**. Companhia das Letras: São Paulo. [edição do kindle]. p. 71. Acesso: 29 abr. 2022.

fiquei espantado quando descobri: como a maioria dos artigos que li sobre mudanças climáticas se concentrava na geração de eletricidade, presumia que deveria ser a maior culpada. A boa notícia é que, embora constitua apenas 27% do problema, a eletricidade pode representar muito mais que 27% da solução. Com eletricidade limpa, poderíamos abandonar a queima de hidrocarbonetos (que emite dióxido de carbono) para obter combustível. Imagine usar eletricidade em vez de gás natural em carros e ônibus, em sistemas de aquecimento e refrigeração domésticos e comerciais e em fábricas de alta demanda energética. Sozinha, a eletricidade limpa não vai nos levar a zero, mas será um passo crucial.

No ano de 2021 diante da impossibilidade de produção de energia elétrica suficiente para a demanda de consumo “o acionamento das térmicas foi necessário devido ao vácuo deixado pelas hidrelétricas, por conta da crise hídrica”<sup>23</sup> com isso “de 2020 para 2021, o Brasil aumentou em 121% a emissão de gás carbônico (CO<sub>2</sub>) por queima de combustíveis fósseis utilizados em usinas termelétricas”<sup>24</sup>. A partir destas informações, fica clara a ligação da escassez de água com o efetivo aumento dos gases de efeito estufa oriundos da utilização de outras formas de produção de energia no ano passado.

É neste contexto que a energia solar fotovoltaica, energia limpa e renovável produzida a partir da irradiação solar, surge como uma das opções para a redução da dependência direta da água na matriz de produção de energia elétrica em âmbito nacional.

## 2.4 A ENERGIA SOLAR FOTOVOLTAICA

Inicialmente, cabe conceituar que a energia solar fotovoltaica é a energia oriunda do efeito fotovoltaico. Esse efeito é decorrente da excita-

---

23 CNN BRASIL. **Brasil aumentou em 121% a emissão de CO<sub>2</sub> por uso de termelétricas em 2021**. São Paulo: 2019. Disponível em: [https://plataforma.seeg.eco.br/total\\_emission](https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission). Acesso em: 27 abr. 2022.

24 CNN BRASIL. **Brasil aumentou em 121% a emissão de CO<sub>2</sub> por uso de termelétricas em 2021**. São Paulo: 2019. Disponível em: [https://plataforma.seeg.eco.br/total\\_emission](https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission). Acesso em: 28 abr. 2022.

ção dos elétrons, de alguns materiais, na presença da luz solar ou outras formas apropriadas de energia<sup>25</sup>.

A energia solar com relação ao impacto ambiental é uma excelente fonte de energia<sup>26</sup>.

Os impactos ambientais diretos do uso da energia solar, ou seja, aqueles provocados durante a operação de sistemas ou equipamentos, são praticamente nulos. Os arranjos de coletores planos, concentradores ou painéis fotovoltaicos não emitem qualquer espécie de substância, energia ou ruído e causam apenas impacto visual sobre a paisagem quando da construção de sistemas de grande porte. Esse impacto é ainda menor se os sistemas forem instalados sobre tetos, coberturas ou outras superfícies já existentes.

A produção de energia elétrica a partir do sol tem crescido muito nos últimos anos, conforme os números da Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica (ABSOLAR), os quais demonstram o crescimento em 2021. Segundo levantamento da entidade, o país saltou de 7,9 gigawatts de potência total instalada no final de 2020, para 13 gigawatts no final do ano passado. Esses números significam um crescimento de 65%, mesmo em meio a um ano pandêmico. Estudos da entidade apontam que o Brasil deverá encerrar 2022 com quase 25 GW de capacidade total instalada em energia solar. Isso representaria um crescimento de mais de 91,7% em relação aos números no ano de 2021. Atualmente, somada a fonte solar ocupa o quinto lugar na matriz elétrica brasileira e já ultrapassou a potência instalada de termelétricas movidas a petróleo e outros combustíveis fósseis, formas de produção de energia mais cara e poluente<sup>27</sup>.

---

25 EL CHAAR; LAMONT; EL CHAIN, 2011 apud NEVES, Filipe Gabriel Gama Rodrigues. **A evolução da energia solar na matriz elétrica brasileira: perspectivas de implementação e impacto positivo na sustentabilidade**. 1ª ed. – Curitiba: Appris, 2021. p. 25.

26 SILVA, Ennio Pered da. **Fontes Renováveis de Energia: produção de energia para um desenvolvimento sustentável**. 1ª ed. – São Paulo: Editora Livraria da Física, 2014. p. 102.

27 ABSOLAR. **Brasil atingirá quase 25 GW de capacidade instalada em energia solar ao final de 2022**. Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. São Paulo, 17 jan. 2022. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/noticia/brasil-atingira-quase-25-gw-de-capacidade-instalada-em-energia-solar-ao-final-de-2022/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Sobre o crescimento e a importância da energia solar já falava Tomasquim<sup>28</sup>:

A rápida expansão da capacidade instalada nos últimos anos, atrelada à forte redução de custos; o imenso potencial técnico de aproveitamento; e o fato de não emitirem poluentes durante sua operação, fez com que o mundo voltasse sua atenção para a energia solar como alternativa de suprimento elétrico.

A produção de energia solar fotovoltaica na matriz elétrica brasileira passou de 1,7% (3.098 Megawatts) em fevereiro de 2021 para 2,6% (4.974 Megawatts) em abril de 2022<sup>29</sup>. Analisando os números de forma fria parece não ser algo tão relevante, mas esse aumento representa um acréscimo de 1.876 Megawatts de potência instalada e um crescimento percentual de 53% em um período de 14 meses.

Outra razão que incentiva o crescimento é a diminuição dos valores dos equipamentos nos últimos anos no mundo todo, o que reforça o potencial da matriz solar para redução a ponto de custo negativo como aponta o relatório do IPCC<sup>30</sup>.

O mundo tem hoje condições de cortar emissões pela metade em 2030 em relação a 2019 lançando mão de estratégias e tecnologias de mitigação que custam até US\$ 100 a tonelada. Metade dessas estratégias custa menos de US\$ 20 a tonelada, e no setor de energia, em especial em eólica e solar, há potencial de redução a custo negativo – ou seja, é mais barato adotar as renováveis do que seguir com as fósseis. Na última década, o preço da energia solar e das baterias de íon de lítio caiu 85%, o da energia eólica caiu 55%, enquanto a adoção de carros elétricos cresceu 100 vezes e a instalação de painéis solares cresceu 10 vezes.

---

28 TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno (Coord.). **Energia Renovável: Hidráulica, Biomassa, Eólica, Solar, Oceânica**. Rio de Janeiro: Empresa de Pesquisa Energética, 2016. p. 310.

29 ABSOLAR. Panorama da Solar Fotovoltaica no Brasil e no mundo. Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. São Paulo. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/mercado/infografico/>. Acesso em: 01 maio. 2022.

30 OBSERVATÓRIO DO CLIMA. **21 recados fundamentais do novo relatório do IPCC**. São Paulo, 04 abr. 2022. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/21-recados-fundamentais-do-novo-relatorio-do-ipcc/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

Outra prova do crescimento da energia solar no Brasil é a informação de que no início de janeiro do ano de 2022 o país alcançou o marco histórico de 1 milhão de unidades consumidoras atendidas com geração distribuída solar fotovoltaica<sup>31</sup>, número ainda pequeno considerando a quantidade total de unidades consumidoras existentes no país, porém, já é um número bastante expressivo considerando o crescimento exponencial desta forma de produção de energia.

O Brasil tem grande potencial de produção de energia elétrica, por meio da energia solar fotovoltaica, e vem apresentando um crescimento significativo na área, tanto no número de consumidores, quanto no número de quilowatts produzidos a partir da mesma.

Importante salientar que *“dentre as fontes renováveis, a solar se apresenta como uma forma de contribuir significativamente com os objetivos traçados em Paris, uma vez que não emite GEE durante a produção”*<sup>32</sup>.

Todavia, alguns desafios para o desenvolvimento em maior escala ainda estão presentes como o valor inicial do investimento que precisa ser realizado pelo particular que pretende instalar o sistema. Muito já se avançou neste sentido com a criação de linhas de crédito específicas para energias limpas em instituições bancárias, mas uma grande parcela da população ainda não tem condições financeiras de utilizar-se dos sistemas solares fotovoltaicos.

Outro desafio relevante para a energia solar é a questão geográfica, em alguns lugares os sistemas, terão pouca ou nenhuma produção em razão de efeitos do sombreamento – como é o caso de grandes centros urbanos com muitos edifícios. Uma outra questão é o espaço necessário, em grandes concentrações populacionais, pois a área das residências pode não ser o suficiente para a colocação dos painéis solares - como é o caso das favelas.

---

31 ABSOLAR. **Brasil bate recordes no setor de energia solar**: 1 milhão de consumidores com geração própria e 21,8 bilhões de investimentos em 2021 Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. São Paulo, 17 jan. 2022. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/noticia/brasil-bate-recordes-no-setor-de-energia-solar-1-milhao-de-consumidores-com-geracao-propria-e-218-bilhoes-de-investimentos-em-2021-2/>. Acesso em: 23 jan. 2021.

32 FRANCO, Amanda Câmara, SILVA, Victor Vartuli Cordeiro, REZENDE, Elcio Nacur. Mudanças climáticas e a energia solar no brasil: avanços e desafios. In: RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (Orgs.). **Direito Constitucional Ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p.139.

As dificuldades resultantes do sombreamento e espaço para instalação podem ser resolvidas com a instalação de usinas solares em outros locais e a destinação da energia na rede de energia elétrica para beneficiar os consumidores em seu local de consumo, como é a definição de funcionamento do sistema conectado à rede elétrica<sup>33</sup>.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado foi possível verificar que uma das mudanças climáticas oriundas do antropoceno é a escassez de chuvas e as secas cada vez mais intensas e frequentes, isso impacta diretamente os recursos hídricos do nosso país. Prova disso foi o ano de 2021 em que o país enfrentou uma escassez hídrica. Neste cenário, é importante adequar a matriz elétrica nacional, haja vista que grande parte da energia produzida em nosso país depende da água como insumo principal.

Os baixos níveis dos reservatórios de água no ano passado fizeram com que o governo fosse obrigado a recorrer a outros meios de produção de energia para garantir o suprimento necessário. Na oportunidade, o governo produziu energia a partir de termelétricas que emitem alto nível de CO<sup>2</sup> para a produção. Essa decisão pode ter ajudado na questão da haver energia elétrica suficiente para atender a demanda, todavia, prejudica diretamente a redução da emissão de gases de efeito estufa.

É preciso diversificar as fontes de produção de energia, mas é imperioso fazê-lo com a utilização das fontes renováveis, em razão das metas traçadas pelo Brasil para a descarbonização em cumprimento ao ratificado no Acordo de Paris.

Nesta seara, a energia elétrica produzida a partir da fonte solar vem crescendo no país e pela análise realizada pode ser uma das alternativas para o aumento da produção de energia não poluente no país. Apesar dos desafios existentes para a energia solar fotovoltaica, a sua utilização é capaz de diminuir, ou até mesmo evitar, a utilização de energia mais poluente em razão da falta de água nos reservatórios. Mais do que isso, o aumento da produção de energia solar, no futuro, pode vir a aliviar a produção de energia elétrica a partir de fontes hídricas, atendendo a demanda do país sem emitir CO<sup>2</sup>, ou melhor ainda, negativando as emissões.

---

33 MARQUES, Fernando Mario Rodrigues; PEREIRA, Sergio Luiz (orgs). **Energia solar fotovoltaica: um enfoque multidisciplinar.** – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Synergia, 2020. p. 105.

## BIBLIOGRAFIA

**ABSOLAR. Brasil atingirá quase 25 GW de capacidade instalada em energia solar ao final de 2022.** Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. São Paulo, 17 jan. 2022. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/noticia/brasil-atingira-quase-25-gw-de-capacidade-instalada-em-energia-solar-ao-final-de-2022/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

**ABSOLAR. Brasil bate recordes no setor de energia solar:** 1 milhão de consumidores com geração própria e 21,8 bilhões de investimentos em 2021 Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. São Paulo, 17 jan. 2022. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/noticia/brasil-bate-records-no-setor-de-energia-solar-1-milhao-de-consumidores-com-geracao-propria-e-218-bilhoes-de-investimentos-em-2021-2/>. Acesso em: 23 jan. 2021.

**ABSOLAR. Panorama da Solar Fotovoltaica no Brasil e no mundo.** Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica. São Paulo. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/mercado/infografico/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

**ANEEL. Micro e minigeração distribuída:** sistema de compensação de energia elétrica / Cadernos Temáticos ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, Superintendência de Regulação de Serviços. 2. ed – Brasília: ANEEL, 2016. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/documents/656877/14913578/Caderno+tematico+Micro+e+Minige>. Acesso em: 12 nov. 2021.

**ANEEL. Geração distribuída.** Agência Nacional de Energia Elétrica, Superintendência de Regulação de Serviços. Publicado em 28/09/2015, última modificação em 15/08/2018. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/geracao-distribuida>. Acesso em: 05 jan. 2022.

**Atlas Brasileiro de Desastres Naturais 1991 a 2010:** Volume Brasil. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres - CEPED. Florianópolis: CEPED UFSC, 2012. p. 35.

**BRASIL. Lei nº 12.187, de 19 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm).

BRASIL, Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2031**. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. Brasília: MME/EPE, 2022.

BRASIL. **Pesquisadores explicam a relação entre mudança do clima e crise hídrica no Brasil**. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 23/07/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/noticias/2021/07/pesquisadores-explicam-a-relacao-entre-mudanca-do-clima-e-crise-hidrica-no-brasil>. Acesso em: 29 nov. 2021.

CALIENDO, Paulo; CAVALCANTE, Denise Lucena. (Orgs). **Tributação ambiental e energias renováveis**. [recurso eletrônico] - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. 430p. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11538/2/Tributacao\\_ambiental\\_e\\_energias\\_renovaveis.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11538/2/Tributacao_ambiental_e_energias_renovaveis.pdf). Acesso: 21 nov. 2021.

CARVALHO, Délton Winter de, DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar.2012. p 88. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Damacena/publication/341878207\\_A\\_intensificacao\\_dos\\_desastres\\_naturais\\_as\\_mudancas\\_climaticas\\_e\\_o\\_papel\\_do\\_Direito\\_Ambiental/links/5ed7a7a592851c9c5e74e322/A-intensificacao-dos-desastres-naturais-as-mudancas-climaticas-e-o-papel-do-Direito-Ambiental.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Fernanda-Damacena/publication/341878207_A_intensificacao_dos_desastres_naturais_as_mudancas_climaticas_e_o_papel_do_Direito_Ambiental/links/5ed7a7a592851c9c5e74e322/A-intensificacao-dos-desastres-naturais-as-mudancas-climaticas-e-o-papel-do-Direito-Ambiental.pdf) Acesso: 26 jan. 2022.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017.

CIRILO, José Almir. **Crise Hídrica: desafios e superação**. Revista USP, São Paulo. n. 106. julho/agosto/setembro 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/110102/108685>. Acesso em: 15 nov. 2021.

COSTA, Ezequiel Flores. **Análise de viabilidade econômica e financeira na implantação de um sistema de energia fotovoltaica em uma metalúrgica de Novo Hamburgo**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Feevale. Novo Hamburgo. 2020.



EM CÚPULA de Biden, Brasil promete acabar com desmatamento até 2030 e se tornar neutro em carbono até 2050. Um só planeta. 22 de abril de 2021. Disponível em <https://umsoplaneta.globo.com/clima/noticia/2021/04/22/em-cupula-de-biden-brasil-promete-acabar-com-desmatamento-ate-2030-e-se-tornar-neutro-em-carbono-ate-2050.ghtml> Acesso: 11 jan. 2022.

FRANCO, Amanda Câmara, SILVA, Victor Vartuli Cordeiro, REZENDE, Elcio Nacur. **Mudanças climáticas e a energia solar no brasil: avanços e desafios**. In: RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (Orgs.). *Direito Constitucional Ecológico*. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p.137-164.

MARENGO, José Antônio. **Água e mudanças climáticas**. 2008. p. 93. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/fXZzdm68cnztt6Khr8zYx3L/?format=html&lang=pt> Acesso: 15 jan. 2022.

MARQUES, Fernando Mario Rodrigues; PEREIRA, Sergio Luiz (orgs). **Energia solar fotovoltaica: um enfoque multidisciplinar**. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Synergia, 2020.

MAUAD, Frederico Fábio; FERREIRA, Luciana da Costa; TRINDADE, Tatiana Costa Guimarães. **Energia renovável no Brasil: análise das principais fontes energéticas renováveis brasileiras** / São Carlos : EESC/USP, 2017.

MEIRELES, Taís. **Acordo de Paris completa cinco anos com lições aprendidas**. Organização WWF, 12 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/?77471/Acordo-de-Paris-completa-cinco-anos-com-licoes-aprendidas>. Acesso: 10 dez. 2021.

NEVES, Filipe Gabriel Gama Rodrigues. **A evolução da energia solar na matriz elétrica brasileira: perspectivas de implementação e impacto positivo na sustentabilidade**. 1ª ed. – Curitiba: Appris, 2021. p. 25.

OBSERVATÓRIO DO CLIMA. **21 recados fundamentais do novo relatório do IPCC**. São Paulo, 04 abr. 2022. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/21-recados-fundamentais-do-novo-relatorio-do-ipcc/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

PALERMO, Bruno Petrazzini Angst. **Viabilidade de implantação de um sistema de geração solar fotovoltaico**. Projeto de Diplomação apresentado a Universi-

dade Federal do Rio Grande do Sul, como parte das exigências para obtenção do título de Engenheiro Eletricista. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=001113153&loc=2020&l=20e02738b-5d7b4c0>. Acesso: 06 nov. 2021.

SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristóvão Domingos, GUINDANI, Joel Felipe. **Pesquisa documental:** pistas teóricas e metodológicas. Rev. Bras. de História e Ciências Sociais. n. I, p. 1-15, jul., 2009.

SEEG. **Emissões Totais.** Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa. São Paulo: 2019. Disponível em: [https://plataforma.seeg.eco.br/total\\_emission](https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission). Acesso em: 25 abr. 2022.

SILVA, Ennio Pered da. **Fontes Renováveis de Energia:** produção de energia para um desenvolvimento sustentável. 1ª ed. – São Paulo: Editora Livraria da Física, 2014.

TAVARES, Wagner Marques (coord.). **Energias renováveis:** riqueza sustentável ao alcance da sociedade. Relator Pedro Uczai. Equipe técnica Alberto Pinheiro de Queiroz Filho. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. 275 p., il. color. (Série cadernos de altos estudos, 10). Disponível em <http://livroaberto.ibict.br/handle/1/714>. Acesso: 15 nov. 2021.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno (coord.). **Energia Renovável:** Hidráulica, Biomassa, Eólica, Solar, Oceânica – EPE: Rio de Janeiro, 2016.

VARGAS, Marcelo Coutinho. **A crise hídrica na grande São Paulo (2014-2015):** Vulnerabilidade Climática e Déficit de Governança. Revista Antropologia Americana vol. 4, núm. 8. Universidade Federal de São Carlos, 2019. p. 87-116.

VILLALVA, Marcelo Gradella. **Energia solar fotovoltaica:** Conceitos e aplicações Editora Érica, São Paulo; 2ª edição, 4 de junho 2012.

WEDY, Gabriel. **A energia solar nos Estados Unidos da América.** In: Denise Lucena Calvalcante; Juarez Freitas; Paulo Caliendo. (Org.). Reflexos da tributação ambiental no âmbito da energia solar. 1ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, v. 1, p. 33-54.

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas:** um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em

Série IDP – Desenvolvimento Sustentável na Era das Mudanças Climáticas: um ... - Google Books Acesso em 13 nov. 2021.

WEISS, E. B. **Climate change, intergenerational equity, and international law.** Vermont Journal of Environmental Law, n. 9, p. 615-628, 2008.



# **A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS: MÉTODOS ADEQUADOS TRANSINDIVIDUAL CONFLICT RESOLUTION: APPROPRIATE METHODS**

**Cristiane da Costa Nery**

Procuradora Municipal de Porto Alegre, no exercício da Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais. Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-Graduada em Direito Municipal pela UFRGS/ESDM. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Professora convidada da Escola Superior de Direito Municipal-ESDM. Conselheira Pedagógica da ESA/OAB-RS. Membro efetivo e integrante do Conselho Administrativo da FESDT. Membro efetivo e integrante do Conselho Superior do IARGS. Coordenadora científica da Revista Brasileira de Direito Municipal, periódico da Ed. Fórum. E-mail: [cris@nerycunha.com.br](mailto:cris@nerycunha.com.br).

**Resumo:** O presente estudo pretende abordar a importância e a viabilidade da utilização de outros meios que não o judicial para a resolução de conflitos transindividuais, enfrentando os métodos possíveis e adequados a partir da constatação do grande passivo judicial existente e da alta taxa de congestionamento de processos no âmbito do Poder Judiciário, conforme relatórios oficiais do Conselho Nacional de Justiça, bem como a partir de estudos divulgados em relação ao passivo administrativo existente em matéria tributária no país, a demandarem atuação para a prevenção de litígios judiciais e para a resolução efetiva dos conflitos existentes. A abordagem enfrentará a possibilidade de garantir efetividade aos processos e às relações decorrentes, com a utilização de métodos adequados para a resolução de conflitos.

**Palavras-chave:** resolução de conflitos; prevenção; litígios judiciais; métodos adequados

## INTRODUÇÃO

A cultura do litígio ainda é uma realidade, estimulada em grande parte pela formação jurídica no país que privilegia o litígio, além da ausência por muito tempo de legislações que estimulassem a consensualidade e fomentassem a sua implementação, o que se deu de forma mais efetiva do ano de 2015 em diante, por meio das disposições do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), da Lei Nacional da Mediação (Lei 13.140/15), Lei da Arbitragem com as alterações introduzidas pela Lei 13.129/15, pelas próprias modificações na Lindb, pela Lei 13.655/18.

A litigiosidade pode gerar passivos judiciais e administrativos enormes, com um grande custo, inclusive no campo tributário. Tributos não pagos, créditos públicos não recuperados, ausência de tratamento adequado ao estoque da dívida ativa nas administrações públicas, podem gerar estoques de créditos inadimplidos inadmissíveis, sem retorno concreto à população, assim como podem gerar conflitos administrativos e judiciais que contribuem para um esgotamento de tais instâncias.

Referido esgotamento se dá tanto em termos de incapacidade de gerenciamento adequado dos processos, com ausência de julgamentos ou duração razoável, quanto em termos de recursos humanos empregados em casos insolúveis ou com escassa capacidade de solução satisfatória, gerando maior custo financeiro ainda, tanto para o público quanto para o privado.

Estima-se que, em média, uma execução fiscal no Brasil tem duração de oito anos.<sup>1</sup> Consequência lógica de tal fato é a preocupação com a demora de ingresso de recursos ou com a recuperação desse estoque de dívida que está judicializado, pois o Estado brasileiro não possui condições de discutir por tanto tempo sobre recursos que são essenciais para a implementação das políticas públicas.

De acordo com dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, em uma análise evolutiva de ajuizamentos de ações ao longo dos anos tem-se o seguinte quadro:

---

1 Conselho Nacional de Justiça – CNJ. A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário. Julho de 2011. Consulta realizada em 19 de julho de 2021. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>.

1988	350 mil
2009	25,3 milhões
2012	28,2 milhões
2014	28,9 milhões
2017	29,1 milhões
2020	75,4 milhões aguardam solução

Em 2014 o Judiciário contava com 16.927 juízes. Para cada 100 mil habitantes há, em média, 8 juízes, com aproximadamente 4.616 processos por juiz. Possuímos a maior taxa de congestionamento de processos do mundo, no patamar de 73% no total em 2020, considerando as execuções fiscais, como consta no mesmo Relatório antes mencionado. Os processos de execução fiscal representam 36% do total de casos pendentes e 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário, contribuindo muito para o crescimento da taxa de congestionamento. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia para 66,9%, o que significa que “a cada 100 processos que tramitaram em 2020, 66 teriam continuado pendentes.”<sup>2</sup>

Os maiores litigantes nacionais são do setor público em função da própria representação que exercem, sendo que ao se somar o setor público federal, estadual e municipal se chega a mais de 50% dos processos judiciais em tramitação no país, como noticiam os mesmos Relatórios ano após ano.

Por outro lado, há evolução crescente na utilização da conciliação para solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, ainda que essa

2 > O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 83% dos processos. Em 2020, a liquidação dessas dívidas correspondeu à arrecadação de R\$ 5,1 bilhões.

> Atualmente os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 36% do total de casos pendentes e 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário.

> 76% dos processos pendentes de execução fiscal estão em varas exclusivas. No TJRJ, TJDFT, TJRN, TJAM e TJRR, os percentuais superam 90%.

> Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia para 66,9%, ou seja, a cada 100 processos que tramitaram em 2020, 66 teriam continuado pendentes. A taxa de congestionamento total do Judiciário em 2020 foi de 73%.

Justiça em Números 2021, Sumário Executivo, pág. 05. Conselho Nacional de Justiça. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Consulta realizada em 07 de dezembro de 2021.

evolução se dê de forma lenta e ainda não consolidada como prática efetiva, já sendo uma política permanente do CNJ desde 2006.

Em 2019 houve aumento em 11,6% dos casos solucionados por conciliação em relação a 2018, chegando a 12,5% dos casos solucionados nessa via.

Ao mesmo tempo há investimento do Poder Judiciário na conciliação, o que resta demonstrado pelo crescimento do número de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) instalados, chegando a 1.382 unidades em 2020<sup>3</sup>, ao passo que eram 362 unidades em 2014 e 1.284 em 2019.

Assim, tais dados evidenciam a necessidade de que se mudem os paradigmas em relação ao processo judicial no país, avaliando-se a resolatividade e a efetividade dos conflitos submetidos ao crivo judicial. A solução alternativa ao processo judicial parece surgir como possibilidade positiva de redução e prevenção de conflitos.

Ao mesmo tempo fica evidente uma ineficiência na atuação estatal em um país com grandes desigualdades sociais e que necessita desse agir para garantia de condições dignas à população, em atenção ao Estado Democrático de Direito e ao Estado Social previstos na Constituição da República de 1988.

O presente estudo pretende abordar, a partir de tais premissas, os desafios e enfrentamentos possíveis para a adoção de métodos adequados ou alternativos ao litígio judicial, a partir do congestionamento constatado no andamento dos processos judiciais, formando passivos estagnados ou conflitos não solucionados que podem prejudicar tanto o cidadão, quanto o Estado brasileiro, ou seja, à coletividade em geral.

Para tal enfrentamento, serão abordados conceitos e exemplos práticos na utilização de tais mecanismos, além dos desafios de implementação na Administração Pública, pretendendo-se concluir pela viabilidade e vantajosidade do sistema multiportas como espaço de consenso a trazer maior eficiência na solução de conflitos e na gestão do Estado brasileiro.

---

3 Justiça em Números 2021, Sumário Executivo, pág. 08. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Consulta realizada em 07 de dezembro de 2021.



## **1 DESAFIOS E ENFRENTAMENTOS - A VIABILIZAÇÃO DE MÉTODOS ADEQUADOS OU ALTERNATIVOS AO LITÍGIO JUDICIAL**

Certamente são muitos os desafios e enfrentamentos a serem adotados para a atuação efetiva na resolução de conflitos de forma alternativa à judicial ou para trazer eficiência na atuação estatal.

É evidente que a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República está longe de uma parte significativa da população. Há uma ineficiência estatal que muitas vezes passa pela ausência de tratamento adequado das demandas ou pela ausência de políticas públicas corretamente formuladas para a prestação de serviços.

Por outro lado, não é possível que toda a demanda ou direito não implementado ou violado seja remetido à resolução na via judicial. Essa concepção de solução não se mostra mais como eficaz como talvez possa ter sido um dia, seja pelo volume, seja pela morosidade, seja pela ausência de solução adequada para as partes em grande parte dos casos.

Como refere Mancuso (2020, p. 73,87):

À medida em que se vai evanescendo a ideia da distribuição monopolística da justiça pelo Estado e, em paralelo, vai ganhando corpo a ideia-força da prevenção ou resolução dos conflitos com justiça, ainda que por outros meios, auto e heterocompositivos (ditos equivalentes jurisdicionais), por certo tenderão a diminuir algumas mazelas que hoje comprometem a função judicial do Estado brasileiro: o retardo na resposta jurisdicional, a baixa efetividade prática das decisões condenatórias, a imprevisibilidade dos julgamentos; o desequilíbrio no custo-benefício.

[...]

Impende pois laborar para que o direito de ação não se converta, ao fim e ao cabo, num...dever de ação, repassando à população a falaciosa ideia de que todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito deva ser de pronto judicializado, numa leitura tão atécnicamente como irrealista do que se contém na propalada garantia de acesso à justiça.

E a função judicial do Estado efetivamente precisa de novo olhar, não havendo mais espaço para o monopólio na atuação da resolução dos conflitos, especialmente os transindividuais. É preciso traçar estratégias para a prevenção de litígios judiciais e para a solução eficaz dos conflitos.

Nesse sentido, o enfrentamento de tais questões nas administrações das três esferas da federação é medida que se impõe, com a atuação propositiva em políticas públicas, com o combate à corrupção, com a especialização de estruturas de estado permanentes nas administrações públicas e com investimento em centrais de conciliação e mediação.

A composição extrajudicial de conflitos, através da mediação e conciliação, está prevista na Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, novo Código de Processo Civil<sup>4</sup> e na Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, Lei da Mediação, sendo inovação do Código de Processo Civil essa previsão, o que denota a mudança projetada para o sistema de justiça do país.

A Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, Lei da Mediação, estabelece em seu artigo 32 a possibilidade da União, Estados, Distrito Federal e os Municípios de criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, regrado no artigo 33 as disposições, inclusive, para utilização da Mediação enquanto não criadas as câmaras.<sup>5</sup>

---

4 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

5 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

É atribuição dos Procuradores de Porto Alegre, por exemplo, nos termos do inciso III, do art. 5º da Lei Complementar 701/12 atuar extrajudicialmente para a solução de conflitos de interesse do Município.<sup>6</sup> Nesse contexto, desde 2016, o Município de Porto Alegre já possui a sua Câmara de Mediação e Conciliação, criada no âmbito da estrutura da Procuradoria-Geral do Município por meio da Lei 12.003/2016, como forma de ampliar e disseminar a cultura do consenso e da pacificação social.<sup>7</sup>

---

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

6 Art. 5º Incumbe à PGM:

(...)

III - atuar extrajudicialmente para a solução de conflitos de interesse do Município;

(...)

7 Art. 1º Fica instituída, nos termos desta Lei, a Central de Conciliação, que visa a estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Municipal, nos termos do inc. III do caput do art. 5º da Lei Complementar nº 701, de 18 de julho de 2012, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, do art. 32 da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e dos arts. 3º e 174 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Portanto, a legislação nacional existente permite que os instrumentos de resolução dos conflitos em via que não a judicial sejam uma realidade a ser implementada e efetivada.

## **2 A RACIONALIZAÇÃO DA COBRANÇA DA DÍVIDA COMO FORMA DE MINIMIZAR O IMPACTO DAS EXECUÇÕES FISCAIS**

Um claro exemplo de possibilidade de adoção de meios de racionalização na atuação é em relação à cobrança da dívida ativa. Vários mecanismos têm sido adotados para prevenir a judicialização ou até mesmo para tornar mais efetiva a tramitação das execuções fiscais que hoje respondem pelo grande volume de processos em tramitação junto ao Poder Judiciário.

Há um evidente esgotamento das execuções fiscais enquanto instrumentos efetivos de satisfação do crédito público, as quais, em muitos casos, são mais onerosas que o próprio crédito em cobrança. Além disso, o índice de congestionamento desses processos no Poder Judiciário é altíssimo, conforme consta no Relatório Justiça em Números do CNJ, ano 2020:

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 70% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2019. Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos — daí a difícil recuperação.<sup>8</sup>

Hoje, como já mencionado anteriormente, os processos de execução fiscal representam 36% do total de casos pendentes, sendo que a taxa de congestionamento diminuiria em 6% se desconsiderarmos esses processos, segundo o Relatório do CNJ de 2021.<sup>9</sup>

---

Parágrafo único. A Central de Conciliação ficará vinculada à Procuradoria-Geral do Município (PGM).

8 Justiça em Números, 2020. Pág. 150. <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>. Consulta realizada em 23 de setembro de 2021.

9 Justiça em Números 2021, Sumário Executivo, pág. 05. Conselho Nacional de Justiça. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Consulta realizada em 07 de dezembro de 2021.

Estima-se que, em média, uma execução fiscal no Brasil tem duração de dez anos.<sup>10</sup> Consequência lógica de tal fato é a preocupação com a demora de ingresso de recursos ou com a recuperação desse estoque de dívida que está judicializado.

Pesquisar as melhores formas de recuperação do estoque da dívida ativa, seja a judicializada, seja a administrativa, pode contribuir para a melhoria do sistema tributário. A busca da eficácia na recuperação do crédito público e eficiência na sua utilização possuem relação direta com a maior eficiência na gestão pública e na aplicação de políticas públicas ao seu destinatário que é o cidadão.

Na Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, a título exemplificativo, tramitam atualmente cerca de 45 mil execuções fiscais, além de cerca de 7 mil processos referentes ao contencioso tributário<sup>11</sup>. O número de execuções fiscais já chegou a quase 150 mil processos, sendo baixado ao longo dos anos pela adoção de mecanismos de cobrança administrativos mais efetivos, pela análise de prescrição e baixa de ofício, além de outros instrumentos de recuperação de créditos implementados que contribuem para a prevenção da judicialização: protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, disponibilização de parcelamentos e atendimentos aos contribuintes, inclusive com possibilidade de utilização de cartão de crédito para pagamento de dívidas, limite mínimo de valores para juizamentos, a fim de evitar a tramitação de processos com custo baixo e que não compense a sua própria tramitação, adoção de súmulas administrativas para desistência de execuções fiscais sem viabilidade, entre outros.

Em Porto Alegre, o estoque total da dívida ativa fechou em R\$ 2,2 bilhões no ano de 2020, sendo que não há créditos prescritos inseridos, pois são avaliados previamente nesse sentido. A capital mantém o melhor índice de recuperação dos créditos públicos no país, cerca de 11%, segundo informações da Secretaria Municipal da Fazenda.<sup>12</sup>

---

10 Conselho Nacional de Justiça – CNJ. A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário. Julho de 2011. Consulta realizada em 19 de julho de 2021. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>.

11 Dados obtidos junto ao sistema e-pgm da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, gerenciado pela Coordenação Geral de Qualidade e Produtividade - CGQP/PGM.

12 “A Prefeitura de Porto Alegre anunciou nesta quarta-feira, 27, novo recorde histórico de recuperação. Foram recuperados R\$ 228 milhões da dívida ativa, sendo R\$ 50 milhões referentes à cobrança judicial. Considerando apenas a cobrança de dívidas tributárias, o retorno é de 10,82% do total de créditos,

A permanência de Porto Alegre dentre as capitais com melhor índice de recuperação do estoque da dívida ativa se deve, certamente, aos diversos instrumentos implementados ao longo dos anos que buscaram sempre a eficácia e melhoria da arrecadação, o que comprova que a adoção de meios adequados para solução das demandas não prejudica, ao contrário, traz maior resolutividade.

Ainda que essa evolução tenha se efetivado na grande maioria dos entes da federação, nas três esferas de governo, conforme dados divulgados pelo Núcleo de Tributação do Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), ainda chega a R\$ 5 trilhões o total de dívidas tributárias em discussões judiciais e administrativas nas esferas federal, estadual e municipal no país. O montante representa 75% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

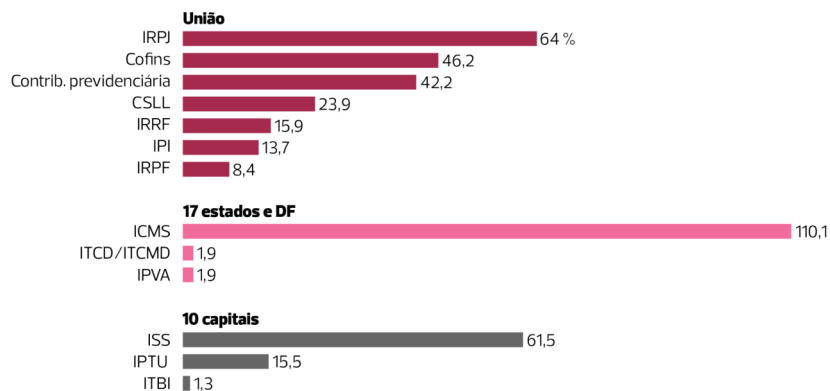
Os pesquisadores definiram como **contencioso tributário** o conjunto de créditos em disputa em processos judiciais e administrativos –créditos tributários são os pagamentos de tributos cobrados por União, estados ou municípios de uma empresa, por exemplo. Os R\$ 5,4 trilhões retratam só uma parcela do contencioso, pois nem todos os dados sobre o tema estão disponíveis para consulta pública –grande parte dos números dos entes subnacionais que compõem o relatório foram obtidos por meio da **Lei de Acesso à Informação**. Além disso, a amostra não inclui processos nos quais contribuintes buscam deixar de pagar algum tributo ou reaver o que já foi pago –os valores destes casos são considerados de difícil mensuração.

---

melhor índice dentre as capitais do país.” **Prefeitura recupera R\$ 228 milhões em dívida ativa.** <https://prefeitura.poa.br/smf/noticias/prefeitura-recupera-r-228-milhoes-em-divida-ativa>, 27 de janeiro de 2021. Consulta realizada em 19 de julho de 2021.

### Relação entre contencioso de cada tributo e arrecadação tributária bruta\*

Por nível federativo, em %

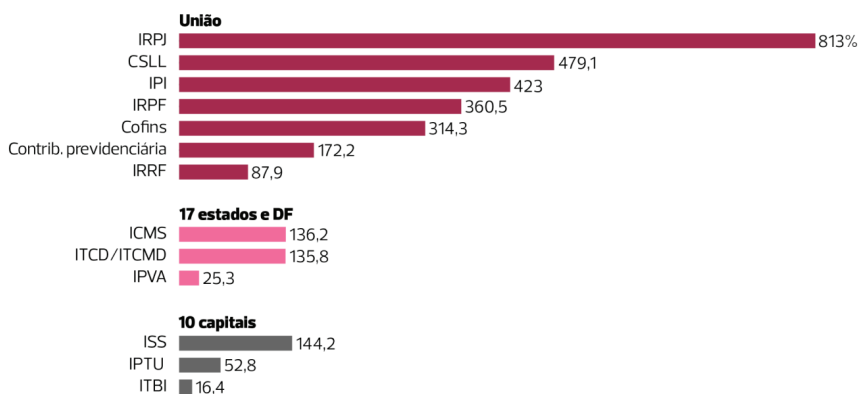


Fonte: Contencioso Tributário no Brasil: Relatório 2020  
 - Ano de Referência 2019. \*Todos os tributos, em 2019.

Inspere

Quando se compara o valor do contencioso de cada tributo à arrecadação gerada apenas por ele, as porcentagens sobem. Na esfera federal, as disputas relacionadas ao IRPJ correspondem a 813% da receita que a União teve com o imposto em 2019.

### Relação entre contencioso e arrecadação por tributo em 2019, em %



Fonte: Contencioso Tributário no Brasil: Relatório 2020 - Ano de Referência 2019.

Inspere

O contencioso calculado representa um estoque de capital improdutivo na economia, segundo Lorreine Messias, uma das autoras

do trabalho. “Trata-se de recursos que poderiam ser empregados na formação de capital produtivo, como qualificação de **mão de obra**, bens de capital e melhoria dos processos produtivos e de gestão.”

“Em função da complexidade tributária e insegurança jurídica”, explica a pesquisadora, “os recursos passam a ser direcionados à constituição de provisões tributárias, contratação de assessorias jurídicas e contábeis, despesas judiciais, oferecimento de garantias judiciais, entre outros custos de transação nos quais empresas acabam incorrendo para poder operar.”

Os motivos que levaram à formação do contencioso não foram investigados no relatório. Mas estudos internacionais apontam alguns deles: imprevisibilidade das **leis tributárias**, superprodução legislativa, ausência de orientações claras e tempestivas da administração tributária, instabilidade jurisprudencial, retroatividade de interpretações, incerteza quanto ao tempo para resolução dos processos e não adoção das boas práticas internacionais de tributação.

“Também é possível trabalhar para melhorar a relação entre **Fisco** e contribuintes por meio de programas de conformidade que premiem os bons e punam somente os maus pagadores”, acrescenta o pesquisador. Outra saída citada por ele é a implementação de governança nos procedimentos internos das administrações tributárias para criar bons incentivos e evitar conflitos na produção, aplicação e interpretação das normas.<sup>13</sup>

A capacidade de investimento e de implementação de políticas públicas de um ente da federação está diretamente relacionada à sua saúde e capacidade financeiras e, portanto, traz um impacto significativo no interesse da coletividade.

Nesse contexto, a discussão sobre a viabilidade de resolução de conflitos extrajudiciais também na área tributária é medida que possui condições de ser avaliada.

## 2.1 A RESOLUÇÃO 120/2021 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

E nesse sentido, recentemente, em 28 de outubro de 2021, foi editada e publicada a Resolução 120 do Conselho Nacional de Justiça que

13 <https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/disputas-envolvendo-cobranca-de-tributos-somam-r-54-trilhoes-no-brasil/>, 22/01/2021.

[https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso\\_tributario\\_relatorio2020\\_vf10.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf)

Consulta realizada em 09 de dezembro de 2021.



“Recomenda o tratamento adequado de conflitos de natureza tributária, quando possível pela via da autocomposição, e dá outras providências.”<sup>14</sup>

De forma inédita o CNJ incentiva e estimula que também na área tributária se possa utilizar mecanismos de autocomposição, estimulando expressamente a criação de CEJUSC Tributário pelos Tribunais e dispondo em seu art. 7º:

Art. 7º O(A) juiz(a) ou relator(a), ao se deparar com demandas repetitivas de natureza tributária, informará essa circunstância ao CEJUSC Tributário do respectivo tribunal e poderá adotar medidas de tratamento adequado desses conflitos, como:

I – atuar em cooperação jurisdicional, nos moldes dos arts. de 67 a 69 do CPC;

II – suspender o processo pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas de natureza tributária, consoante o art. 313, IV, do CPC, sem que isso signifique, necessariamente, suspensão da exigibilidade do crédito tributário;

III – observar os precedentes federais e estaduais, conforme arts. 927 e 928 do CPC;

IV – oficiar ao órgão competente para a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos do art. 977, I, do CPC;

V – propor aos órgãos da Advocacia Pública temas passíveis de serem objeto de transação no contencioso de relevante e disseminada controvérsia jurídica, ou de outras iniciativas de autocomposição; e

VI – sugerir aos órgãos da Advocacia Pública a possibilidade de, conforme o caso, praticar atos de disposição, tais como desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido, em situações de precedentes vinculantes desfavoráveis ao ente público litigante.

Efetivamente trata-se de um grande avanço, principalmente em matéria tributária. A referência à desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido em ações de natureza tributária é uma construção importante já adotada em alguns locais e agora reconhecida como válida pelo CNJ. A mediação tributária certamente se insere nesse contexto, alicerçada nos princípios constitucionais que regem a administração tributária e fiscal, podendo ser inclusive, uma grande ferramenta para a recuperação de empre-

14 Conselho Nacional de Justiça Recomendação 120, de 28 de outubro de 2021. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original2329372021110361831b61bdfc3.pdf>. Consulta realizada em 09 de dezembro de 2021.

sas após o período de pandemia por Covid-19 pelo qual o mundo passa. A recuperação depende muito da criação de condições para a capacidade de pagamento de empresas, o que interessa também ao Estado.

A negociação demonstra ser uma das soluções possíveis para o contencioso tributário, entendendo-se este em todos os casos em que, tendo havido o lançamento do tributo, seja por homologação ou de ofício, o sujeito passivo da obrigação tributária deixa de realizar o seu correspondente e tempestivo pagamento, instaurando alguma discussão a respeito.

Dentro dos conceitos da mediação, que prima pelos princípios da impessoalidade, neutralidade, voluntariedade, legalidade, entre outros, pode-se evoluir para evitar esse contencioso, tanto na fase administrativa quanto na fase judicial. Além disso, a mediação nas questões tributárias estabelece meios de resolução que respeitam necessariamente a capacidade contributiva do contribuinte, sendo superável o conceito tradicional de que o interesse público é indisponível como ensina Heck (2017, p. 291–312):

Em uma mediação em matéria administrativa, quem representa a administração terá de buscar a satisfação da parcela do interesse público que melhor atinja o bem comum, e em nome disso abrir mão da parcela do interesse que pode vir ao encontro do interesse da outra parte, seja ela administração ou particular, desde que essa renúncia não implique em anulação do bem comum. Em termos teóricos, seria essa a fórmula, que é muito mais complexa na sua aplicação prática. Aqui não cabe lugar para a visão, já superada, da indisponibilidade do interesse público. O que se tenta propor é a reflexão para o fato de que, tratando-se de mediação, a negociação é inexorável, e negociar implica necessariamente em fazer concessões. Assim, há reflexos do consensualismo em relação à indisponibilidade do bem público, vez que negociar é fazer concessões, há que se poder negociar acerca também do que é bem público.

Em médio prazo, além de evitar se repetir conflitos que já foram objeto de autocomposição anterior, deve-se obter uma redução no número de demandas administrativas e judiciais, assim como uma diminuição nos gastos públicos, na medida em que os processos podem ser mais céleres, além da diminuição de custos com deslocamentos para audiências, custas e honorários sucumbenciais, possuindo como resultado a resolução efetiva de conflitos em espaços de consenso que retornarão em benefícios a todas as partes envolvidas, principalmente ao coletivo que se beneficiará da possibilidade de maior investimento em políticas públicas.

Afora isso, a existência de um relacionamento contínuo entre o contribuinte e a Administração Pública, com base na transparência fiscal, entendida esta como política pública permanente, e na legalidade, como bases para a segurança jurídica entre as partes, tende a demonstrar benefícios aos envolvidos, com o aprimoramento das instâncias de solução.

Para a Administração Pública, no caso das execuções fiscais, são recursos que deixam de ingressar nos cofres públicos para aplicação direta em políticas públicas, fim precípua do Estado. Para o cidadão ou para a empresa, é a vida que se traduz paralisada em um conflito tributário, não permitindo venda de bens, negócios e inviabilizando, muitas vezes, a capacidade financeira pelo crescimento da dívida com os ônus financeiros incidentes ano após ano. Resta claro que métodos adequados para a resolução dos conflitos se mostram com grande viabilidade de resultados positivos.

### **3 O SISTEMA MULTIPORTAS NA PRÁTICA: ABORDAGEM DE MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Conforme o informe do Conselho Nacional de Justiça, Relatório Justiça em Números do ano 2020, a taxa de congestionamento chegou a 68,5% à época.<sup>15</sup>

Além dos relevantes avanços alcançados no último ano, o Relatório Justiça em Números 2020 apresenta também os gargalos da Justiça brasileira. A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no presente Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados. No entanto, as conclusões do Relatório Justiça em Números 2020 fornecem razões para otimismo, dando novo fôlego aos magistrados, aos servidores e aos demais

---

15 <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>. Justiça em Números, 2020, Pág. 5. Consulta realizada em 14 de julho de 2021.

trabalhadores do sistema de justiça para continuarem trabalhando com afinco em prol de um Judiciário melhor para a sociedade.<sup>16</sup>

Como se verifica, a litigiosidade permanece alta no país, pois em 2021 essa taxa subiu para 73% conforme o Relatório Justiça em Números 2021, já referido anteriormente. Mas há evolução, ainda que lenta, na utilização da conciliação, sendo política permanente do Conselho Nacional de Justiça desde 2006. Com essa utilização, 12,5% dos processos foram solucionados em 2019.

Fato é que hoje vários são os instrumentos possíveis e previstos na legislação pátria para a reversão ou minimização desse impacto: a mediação, já mencionada no item anterior, a conciliação, a negociação direta nos autos judiciais, a arbitragem, o compromisso de ajustamento de conduta, passando-se a citar algumas previsões legais e casos enfrentados.

### **3.1 A ARBITRAGEM**

A arbitragem está prevista na Lei 9.307/96, atualizada pela Lei 13.192/15, estando assim prevista a legitimidade para sua concretização, a qual abrange também o poder público:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.  
§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

---

16 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Justiça em Números, 2020. Pág. 6. Consulta realizada em 14 de julho de 2021.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.<sup>17</sup>

Trata-se de mais um instrumento de resolução adequada de conflitos, sendo interessante citar o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Tutela Cautelar Antecedente nº 2090011-46.2020.8.26.0000, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, a qual reforça o presente estudo e foi referida por Cruz e Tucci (2021):

“...A admissibilidade do procedimento arbitral coletivo, portanto, merece reflexão... Reflexão acerca, por exemplo, do estímulo para que frutifiquem entre nós ações coletivas, com o fito de pacificação social, uniformidade na distribuição do direito, etc. Trata-se da incessante busca de se ter um direito processual eficaz, ligado aos direitos materiais e às garantias que deve concretizar. No caso do mercado de capitais, vital para a economia do País, as ações coletivas são, realmente, de se cogitar... Plausível possa haver a arbitragem coletiva”.

### 3.2 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O compromisso de ajustamento de conduta está previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4.657/42, com as alterações trazidas pela Lei 13.655/18, conforme seu artigo 26<sup>18</sup>:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

17 BRASIL. Lei 9307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Consulta realizada em 09 de dezembro de 2021.

18 DECRETO-LEI Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Consulta realizada em 09 de dezembro de 2021.

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Referida normativa traz a aplicação para o direito público, pela autoridade administrativa, após realização de consulta pública e presente relevante interesse geral, da celebração de compromisso para buscar solução jurídica para o conflito estabelecido. Ou seja, prevê expressamente a adoção de mecanismo consensual pelo poder público para dirimir incerteza jurídica ou conflito posto, certamente mais célere e com maior possibilidade de reparação do dano eventualmente causado.

Como referem Eidt e Cristóvam (2021, P. 74, 77), ao enfrentar o compromisso previsto no art. 26 mencionado:

Dito isso, a edição de uma lei que tem por finalidade viabilizar uma maior qualidade das decisões administrativas, por meio de dispositivos que trazem segurança jurídica para posturas mais inovadoras e experimentais, vem ocupando merecido espaço de debate e reflexões. Nesse sentido, a Lei nº 13.655/2018 (LINDB) é mesmo inovadora nos comandos que direciona, na medida em que busca conferir maior segurança e adequação decisória às decisões do gestor público, com incentivo à criatividade e sem prescindir do ônus motivador, o qual servirá de parâmetro tanto para o agente que decide quanto para as instâncias controladoras das atividades administrativas.

E assim prosseguem:

A justificativa para a concessão desta margem de liberdade para o gestor público realizar determinadas escolhas públicas reside, em boa medida, na própria incapacidade de o Parlamento prever *prima facie* todas as situações possíveis de ocorrer na dinâmica, complexa e multifacetada atividade administrativa. A complexidade das relações decorrentes das atividades do Poder Público e, em especial, na sua integração com a Sociedade, bem como a ve-

locidade com que novas demandas lhes são apresentadas impõe o signo da flexibilidade de atuação como essencial à própria ideia de eficiência e boa administração pública.

Efetivamente estamos diante de uma mudança de paradigmas e que pretende trazer flexibilidade com segurança jurídica à nova realidade que demanda essa atuação inovadora e resolutiva.

### **3.3 CONCILIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO DIRETA NOS AUTOS**

Uma iniciativa da Advocacia Geral da União e do Superior Tribunal de Justiça, em acordo de cooperação técnica, acabou racionalizando e otimizando a tramitação processual ao evitar 350 mil novos recursos à Corte em um ano:

A parceria surgiu com o objetivo de racionalizar a tramitação de processos, além de prevenir litígios, por meio do intercâmbio de dados, documentos e informações de interesse recíproco.

[...]

Nos últimos 12 meses, 350.432 processos tiveram sua tramitação abreviada nas instâncias de origem (por desistência, acordo ou não interposição de recurso), deixando de ser enviados ao STJ. Além disso, houve uma redução de aproximadamente 11,2% do número de agravos em recursos especiais da AGU (total de 1.786 processos), em comparação com o período anterior equivalente. A taxa de decisões desfavoráveis foi reduzida em 14,15% e a AGU homologou 1.453 desistências no STJ.<sup>19</sup>

Trata-se de uma iniciativa de conciliação e acordo nos autos que vem ao encontro da utilização de métodos adequados para resolução de conflitos. A AGU, como grande litigante nacional, em função de sua representação, utilizou adequadamente a possibilidade de desistência, acordo ou não interposição de recurso, abreviando a tramitação e diminuindo a taxa de congestionamento de processos no STJ.

Essa parceria e mapeamento estratégico preveniu litígios, reduziu tramitação de processos, otimizou a utilização de recursos humanos e

19 <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/25062021-Em-um-ano--acordo-de-cooperacao-STJ-e-AGU-otimiza-tramitacao-processual--e-evita-350-mil-novos-recursos-a-corte.aspx>. 25/06/21. Consulta realizada em 09 de dezembro de 2021.

materiais e aumentou o índice de decisões favoráveis à AGU, o que vem, por óbvio, em benefício da sociedade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O mundo está mudando, e muda de forma rápida. É preciso posicionamento atualizado e avaliação do que os operadores do direito e responsáveis pelas políticas públicas estão fazendo para acompanhar essas mudanças a ponto de tornar o direito efetivo enquanto parte do sistema de justiça.

É preciso também rever o modelo atual, é preciso avaliar o modelo multiportas. Dentro da legalidade, com critérios objetivos, transparentes, com punição adequada para desvios, mas gerando transparência e confiança nos novos instrumentos, pois a inovação e a transformação pelas quais a sociedade vem passando exigem menos formalidade.

Abrir o sistema jurídico para ouvir os demais segmentos da sociedade independente dos cargos, dos títulos e das idades para gerar ambiente propício para a criatividade e para a geração de ideias, com mudança cultural e disposição de aprender novas formas de colaborar, é salutar e necessário. Sem isso a tecnologia não será nada e não garantirá avanços.

A busca por meios alternativos ou de soluções extrajudiciais e preventivas, em um sistema multiportas de acesso para resolução de disputas, parece evidenciar um caminho menos oneroso, produtivo e eficaz, na medida em que pode prevenir conflitos desnecessários ou solucionar de forma mais célere os conflitos estabelecidos. Além disso, gera estabilidade, segurança jurídica e boa-fé nas relações jurídicas e administrativas.

Essa alternativa mais econômica e eficaz certamente se traduz no interesse de todos, pois a quem interessa prolongar um conflito ou não solucioná-lo? Nem ao Estado, nem ao cidadão. Os ônus financeiros decorrentes acabam atingindo a ambos, as consequências da indefinição acabam por inibir novos negócios, prejudicando a todos os envolvidos.

Os conflitos podem e devem, na maioria dos casos, serem submetidos a métodos adequados de resolução, não necessitando da jurisdição estatal. Há vários meios que se adequam à essa resolutividade, como os citados ao longo do presente estudo, com vantagens constatadas como celeridade, o que garante o resguardo do bem jurídico tutelado para uma pronta reparação, menor onerosidade e melhor solução conclusiva.

É preciso mudar a cultura da litigiosidade para esse avançar e quebrar paradigmas no sistema judicial do país, aliado à evolução do ordenamento jurídico, para que se consiga ampliar com novos instrumen-



tos, investindo-se, principalmente, na formação jurídica com esse viés. Esse alinhamento e as consequências antes referidas levam a crer que deve haver um aumento do apoio ao desenvolvimento de instrumentos adequados de resolução de conflitos, inclusive no campo tributário como agora recomendado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça.

E a legislação pátria traz a segurança necessária para que se implementem e se concretizem tais iniciativas nos entes da federação, como mencionado ao longo do presente estudo.

A consensualidade, o diálogo, a transparência, a impessoalidade e a segurança jurídica são valores que a cada dia mais aparecem como necessários para o equilíbrio nas relações sociais, principalmente em um país com alta taxa de congestionamento judicial, o que se traduz em falta de resolutividade, e com alta desigualdade social a demandar célere e eficaz atuação estatal em atendimento às disposições da Constituição da República.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Justiça em Números 2021, Sumário Executivo**. Conselho Nacional de Justiça. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>.

BRASIL. **Justiça em Números, 2020**. <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>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário. Julho de 2011**. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação 120**, de 28 de outubro de 2021. <https://atos.cnj.jus.br/files/original2329372021110361831b61bdfc3.pdf>.

BRASIL. Lei 9307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm).

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm).

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm)

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícia: **Em um ano, acordo de cooperação STJ e AGU otimiza tramitação processual e evita 350 mil novos recursos à corte**. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25062021-Em-um-ano--acordo-de-cooperacao-STJ-e-AGU-otimiza-tramitacao-processual-e-evita-350-mil-novos-recursos-a-corte.aspx>.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Considerações para a plena admissibilidade da tutela arbitral coletiva**. <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/paradoxo-corte-consideracoes-plena-admissibilidade-tutela-arbitral-coletiva>.

EIDT, Elisa Berton. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos**. In NOVA LINDB. Proteção da confiança, Consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2021.

HECK, Tatiana de Marsillac Linn. **Perspectivas e Desafios da Mediação na Administração Pública**. Publicação da Escola da AGU. Vol. 9, n. 4, out./dez., 2017.

INSPER. Notícia: **Disputas envolvendo cobrança de tributos somam R\$ 5,4 trilhões no Brasil**. <https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/disputas-envolvendo-cobranca-de-tributos-somam-r-54-trilhoes-no-brasil/,22/01/2021>.

INSPER. **Contencioso tributário no Brasil Relatório 2020 - Ano de referência 2019**. [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso\\_tributario\\_relatorio2020\\_vf10.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf)

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3ª Ed. Salvador. JusPodivm, 2020.

PORTO ALEGRE. **Prefeitura recupera R\$ 228 milhões em dívida ativa.**, 27 de janeiro de 2021. <https://prefeitura.poa.br/smf/noticias/prefeitura-recuperar-228-milhoes-em-divida-ativa>.

PORTO ALEGRE. Lei 12.003, de 2016. INSTITUI A CENTRAL DE CONCILIAÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2016/1200/12003/lei-ordinaria-n-12003-2016-institui-a-central-de-conciliacao-e-da-outras-providencias>



# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE INTERNET PELO CONTEÚDO POSTADO POR TERCEIRO: O EQUILÍBRIO NECESSÁRIO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**Ana Adelaide Brasil Sá Caye**

Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Promotora de Justiça MP/RS. E-mail: anasacaye@gmail.com

**Carla Carrion Frós**

Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Integra o Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência da FMP. Promotora de Justiça MP/RS. Atualmente é membro da COPEVID – Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do CNPG - Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, e coordena o GEPEVID - Grupo Especial de Enfrentamento e Prevenção da Violência Doméstica contra a Mulher do MPRS. E-mail: carlacarrionfros@gmail.com

**Resumo:** A internet constitui-se ferramenta utilizada por pessoas do mundo inteiro nas rotinas de trabalho e de lazer. Diariamente, nos mais diversos provedores, são postadas informações capazes de serem visualizadas, em questão de segundos, por milhões de usuários da rede e, neste arcabouço de informações, impende que se conheça os tipos de provedores que permitem o acesso de terceiros ao mundo digital para se aferir as responsabilidades pelo conteúdo postado por terceiro. A compreensão das relações jurídicas estabelecidas entre provedores que permitem o acesso à rede pelos usuários se faz necessária à correta responsabilidade advinda dos negócios jurídicos que entabulam. Neste cenário, a partir de uma análise das relações virtuais que permitem o acesso de terceiros às mídias sociais, objetiva-se com o presente estudo abordar a responsabilidade civil do provedor de internet pelo conteúdo postado nas redes sociais por terceiro, com a prudente

harmonia entre o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e a liberdade expressão, ambos tutelados constitucionalmente e que necessitam estar harmonizados quando da interpretação dos fatos advindos da era digital.

**Palavras-chave:** princípio da dignidade da pessoa humana; liberdade de expressão e de pensamento; provedores de internet; responsabilidade civil dos provedores de internet por danos causados a terceiros; lei n.º 12.965/2014.

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo digital, a cada dia com mais intensidade, faz parte do cotidiano das pessoas nas suas relações de trabalho e de lazer. Para que os indivíduos possam se conectar virtualmente vários negócios jurídicos são encetados, a fim de garantir que as pessoas tenham acesso a conteúdos postados em mídias sociais. Desse modo, interessa aos operadores do Direito o conhecimento dos conceitos de provedores responsáveis pela cadeia de transmissão que culmina com o acesso aos conteúdos que terceiros divulgam nas mídias sociais, com o objetivo de verificar a responsabilidade do provedor de aplicação pelo conteúdo postado por terceiro.

Verifica-se que o uso da internet no Brasil é tema atual e está na pauta dos Poderes da República. Tramita hoje no Supremo Tribunal Federal o tema de repercussão geral n.º 987 sobre a constitucionalidade do artigo 19 da Lei n.º 12.965/2014. No Poder Executivo, recentemente em 06 de setembro de 2021, foi editada a medida provisória n.º 1.068 sobre a exclusão, suspensão ou bloqueio de conteúdo divulgado na internet, sendo esta rejeitada. Tramita, ainda, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 2.831/2021, da autoria do Deputado Capitão Alberto Neto dispondo acerca da alteração da Lei n.º 12.964/2014 no fulcro de “proibir a exclusão de postagens em rede sociais sem que se tenha concedido o direito de ampla defesa e ao contraditório ao usuário responsável pela postagem e dá outras providências”. (BRASIL, 2021a).

O objetivo do presente estudo é conhecer os tipos de provedores e a responsabilidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro pelo conteúdo postado por terceiro e, partindo de uma análise da Lei n.º 12.965/2014, denominada de Marco Civil da Internet, verificar qual a responsabilidade do provedor de conteúdo pela postagem de terceiro nas mídias sociais, tendo como premissa o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão, tutelados na Constituição Federal.

Cuida-se de pesquisa que segue o método hipotético dedutivo para, no primeiro capítulo, abordar o princípio da dignidade da pessoa humana e o da liberdade de expressão quando do uso da internet. Na sequência, apresentar os conceitos de provedores de internet e o fundamento legal à responsabilização do provedor pelo conteúdo postado na rede por terceiro. No capítulo seguinte, abordar-se-á a Lei n.º 12.965/2014, Lei do Marco Civil da Internet, especialmente no que pertine aos princípios norteadores das relações na internet. No terceiro capítulo, tratar-se-á sobre a responsabilidade por conteúdo de terceiros no Marco Civil da Internet, com ênfase no tema de repercussão geral 987, que tramita no Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade do artigo 19 da Lei n.º 12.965/2014. Desse modo, partindo-se das premissas regulatórias do Marco Civil da Internet verificar-se-á a necessidade de que as relações estabelecidas no uso da internet sejam harmonizadas com os princípios tutelados na Constituição Federal especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão.

Por fim, o artigo demonstra que a compreensão da relação decorrente entre o provedor de conteúdo e o terceiro que utiliza a plataforma fornecida conduz ao dever de que os fornecedores desse serviço também zelem para que as postagens nas mídias sociais estejam em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e a com a liberdade de expressão, evitando danos e crimes nas relações da era digital.

## **2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E NO USO DA INTERNET**

Todos os seres humanos, independentemente de suas diferenças biológicas ou culturais são dotados de igualdade. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato (2019) ressalta o impedimento de que um indivíduo seja considerado superior a outro, em razão do gênero, da etnia, da classe social, do grupo religioso ou da nação.

O primeiro registro que se tem de direitos humanos na História é a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que traz, em seu artigo primeiro, a igualdade entre os homens e a busca da felicidade como os mais importantes valores para o ser humano. A ideia da igualdade vem novamente assentada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1779, na abertura da Revolução Francesa (COMPARATO, 2019).

Da concepção de dignidade da pessoa humana resultam obrigações e deveres de proteção, a serem considerados a todos os indivíduos,

bem como a capacidade de gozar de direitos e liberdades, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, dentre outros. Da mesma forma, a liberdade de expressão, enquanto pilar da democracia, já estava assegurada no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Após a Segunda Guerra Mundial, a começar pela Lei Fundamental Alemã, de 1949 (GERMANY, 2021) a dignidade da pessoa humana passou a integrar os textos constitucionais, direcionada à proteção dos direitos humanos, além de integrar os mais diversos documentos internacionais, e ser objeto de debate em Cortes Internacionais de Direitos Humanos (BARROSO, 2021).

Para Daniel Sarmento (2016), a dignidade é baseada na valorização da vida humana. Sob esta ótica, enquanto princípio, ao longo da história pode se compreender que:

até o advento da Modernidade, era corrente a afirmação da superioridade dos seres humanos em relação aos demais animais e seres da natureza. Nisso, pode-se entrever uma concepção embrionária de dignidade humana. Todavia, não se extraía daquela concepção um sentido igualitário, que importasse em reconhecer a todos os mesmos direitos e deveres. Prevaleceu durante todo esse longo período uma concepção estamental das relações sociais, que pressupunha a existência de uma desigualdade natural entre as pessoas: algumas eram destinadas a exercer funções mais nobres na sociedade; e outras, a desempenhar papéis subalternos. O status de cada indivíduo – seus direitos e deveres, bem como o tratamento que deveria receber dos demais – dependia, acima de tudo, da sua inserção em um determinado estamento, o que ocorria por ocasião do nascimento e, afora raríssimas exceções, não se alterava até o fim da vida. Do simples pertencimento à espécie humana não resultavam direitos inatos para cada indivíduo. (SARMENTO, 2016, p. 30).

Nessa toada, para diversos autores, dentre eles Jorge Miranda, a dignidade é um princípio que envolve todos os outros direitos e deveres fundamentais do Estado perante as pessoas, sendo critério de interpretação e de limite ao poder constituinte, de valor absoluto, enquanto característica essencial da pessoa (MIRANDA, 2018, p. 223).

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia apresentam normas de caráter geral, impondo aos Estados obrigações, negativas e positivas, que garantam a aplicação de direitos e



liberdades públicas reconhecidas na Constituição, protegendo violações por parte de terceiros aos direitos humanos. Ambas as cortes impõem o dever de respeito dos direitos fundamentais postos nas convenções como toda e qualquer violação à integridade física e moral das pessoas.

Da mesma forma, também é assegurada a liberdade de expressão em ditas convenções. Nesse aspecto, importante é a discussão entre os limites do discurso nas redes sociais e quando este deixa de ser protegido. Quais são os critérios a serem adotados diante da colisão destes direitos: o da liberdade de expressão ou o da dignidade da pessoa humana?

A Declaração Universal de Direitos Humanos assegura em seu artigo 19 a liberdade de expressão e de opinião, o que implica na liberdade de transmitir informações e ideias por qualquer meio. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) - Pacto de San José da Costa Rica, igualmente, garante a todos, em seu artigo 13, o direito às liberdades de expressão e pensamento. A própria convenção traz nos itens 2 a 5 as hipóteses nas quais restrições a estas liberdades podem ser impostas, como diante de guerra, de ódio nacional, racial ou religioso, que possam levar a qualquer tipo de discriminação, hostilidade ou crime – rol taxativo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, entretanto, até o presente momento não se manifestou sobre este dispositivo, o que significa dizer que ainda não se tem os limites no tocante a estas manifestações (SANSEVERINO, 2021).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entretanto, entende que qualquer manifestação com conteúdo ofensivo, incômodo ou perturbador deve ser coibida, a fim de preservar justamente a pluralidade inerente ao regime democrático, com fundamento na tolerância e na dignidade da pessoa humana.

Não se olvide, outrossim, que o artigo 220, *caput*, da Constituição Federal estabelece a impossibilidade de restrição à manifestação do pensamento e da expressão, ainda que em seu parágrafo primeiro traga ressalvas à liberdade de informação jornalística, que não pode violar a intimidade, a imagem, a honra e a vida privada das pessoas, o que demonstra que este não é um direito absoluto, que deve ser exercido com moderação e responsabilidade. (BRASIL, 1988).

Com efeito, os danos causados nestas hipóteses atingem, via de regra, os direitos da personalidade, ou seja, a honra, a imagem, a privacidade e a reputação de uma pessoa, direitos estes que devem ser conciliados com a liberdade de expressão e informação. E nesse aspecto, porém, firma-se que

a prevalência deve ser sobre o direito da personalidade, ou seja, nos direitos fundamentais atacados pela utilização indevida da internet.

Todavia, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961/SP o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou que este direito não é, de forma alguma, absoluto, na medida em que a Constituição proíbe eventual embaraço a este direito, ainda que não excluía limitações que assegurem outros direitos constitucionalmente previstos.

Sob este viés de proteção da dignidade humana e de observância à liberdade de expressão, importa que se conheçam os conceitos de provedores de internet e a regulamentação do uso no Brasil. Somente com a verificação da responsabilidade de cada um deles nas relações jurídicas entabuladas se conseguirá aferir a harmonia entre a dignidade humana e a liberdade de expressão.

### **3 OS PROVEDORES DE INTERNET E A REGULAMENTAÇÃO DO USO NO BRASIL**

Com a instituição do Marco Civil da Internet, mediante a publicação da Lei n.º 12.965/2014, o conceito de internet foi definido no ordenamento jurídico brasileiro, em seu artigo 5º, inciso I, como sendo um sistema formado pelo “conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. Consoante dispõe o artigo 2º, o uso da internet no Brasil tem como fundamento a liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede. (BRASIL, 2014).

Sendo assim, para que as pessoas possam comunicar os dados e as informações, diversos agentes estabelecem entre si relações jurídicas na prestação de serviços. São os denominados provedores. São eles os responsáveis pelo fornecimento do serviço de internet, permitindo que os usuários tenham acesso aos conteúdos armazenados em plataformas *on-line*.

Segundo Martins (2014), os provedores podem ser compreendidos em cinco categorias, de acordo com as atividades ou funções que desempenham: provedores de *backbone*, provedores de conteúdo ou de informação, provedores de acesso, provedores de hospedagem e provedores de correio eletrônico. Todas eles são espécies de provedor de serviço de Internet, definido pelo autor como “a pessoa natural ou jurídica que presta atividades relacionadas ao aproveitamento da rede, de forma organizada, com caráter duradouro e finalidade lucrativa, ou seja, a título profissional” (MARTINS, 2014, p. 337).

Estrada (2019) apresenta a conceituação a cada um dos provedores, sendo o de *backbone*, também conhecido por espinha dorsal, a pessoa jurídica que disponibiliza aos provedores de acesso e de hospedagem as estruturas aptas ao funcionamento da Internet dentro do País. São divididos em três tipos: utilizados para redes de educação, pesquisa e desenvolvimento, utilizados por órgãos públicos e instituições governamentais e utilizados comercialmente. Por seu turno,

**Provedores de acesso:** é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à internet.

**Provedores de correio eletrônico:** são aqueles que dependem do acesso prévio à internet. Seu funcionamento é relativamente simples: o provedor de correio eletrônico fornece ao usuário um nome e uma senha para uso exclusivo em sistema informático que possibilita o envio e o recebimento de mensagens.

**Provedores de hospedagem:** é a pessoa jurídica que oferece o armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço. Podem oferecer serviços adicionais como registro de nomes de domínio, cópias periódicas de segurança do conteúdo do web site armazenados entre outros (ESTRADA, 2019, p. 25-26, grifo do autor).

O citado autor apresenta diferenciação ao conceito de provedor de conteúdo e de informação, descrevendo por provedor de informação toda a pessoa (natural ou jurídica) responsável pela criação das informações que são divulgadas na internet e de conteúdo toda a pessoa (natural ou jurídica) que “disponibiliza na internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem” (ESTRADA, 2019, p. 26). Em virtude de muitos provedores desempenha-

rem essa dupla função é que parte da doutrina utiliza as expressões, provedor de conteúdo e de informação, como sinônimas.

No Marco Civil da Internet - Lei n.º 12.965/2014, verifica-se que a legislação brasileira apresenta, em seu artigo 5º, somente duas espécies de provedores de Internet: o provedor de conexão e o provedor de aplicação. A leitura do dispositivo legal demonstra a opção do legislador pela definição das atividades por esses provedores desempenhadas:

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; e

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. (BRASIL, 2014).

A doutrina brasileira, a exemplo de Martins (2014) e de Estrada (2019), reporta-se, quando da análise da responsabilidade do provedor, à Diretiva 2000/31 da Comunidade Europeia, a qual delinea a responsabilidade segundo a atividade desenvolvida:

#### Artigo 12.o

##### Simple transporte

1. No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas, desde que o prestador:

- a) Não esteja na origem da transmissão;
- b) Não seleccione o destinatário da transmissão; e
- c) Não seleccione nem modifique as informações que são objecto da transmissão.

2. As actividades de transmissão e de facultamento de acesso mencionadas no n.o 1 abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmis-

são na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão.

3. O disposto no presente artigo não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção.

#### Artigo 13.o

##### Armazenagem temporária (“caching”)

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, por uma rede de telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, efectuada apenas com o objectivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, desde que:

- a) O prestador não modifique a informação;
- b) O prestador respeite as condições de acesso à informação;
- c) O prestador respeite as regras relativas à actualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector;
- d) O prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação; e
- e) O prestador actue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efectivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitação de acesso.

2. O disposto no presente artigo não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção.

#### Artigo 14.o

##### Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

- a) O prestador não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou
  - b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.
2. O n.º 1 não é aplicável nos casos em que o destinatário do serviço actue sob autoridade ou controlo do prestador.
  3. O disposto no presente artigo não afecta a faculdade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção, nem afecta a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação. (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Desse modo, em conformidade com o serviço a ser prestado e o poder de gerência sobre a informação postada é que se delimitam as responsabilidades dos provedores de Internet. Nesse sentido, utilizando a nomenclatura da legislação pátria vigente, interessa ao presente estudo a abordagem sobre a responsabilidade do provedor de aplicação pelo teor da postagem de terceiros na Internet, que estão norteadas na seção III do capítulo III – da provisão de conexão e de aplicação de internet, da Lei n.º 12.965/2014 e que devem ser interpretadas em conformidade com os princípios norteadores do uso da internet.

Veja-se que a Lei n.º 12.965/2014 especificou as regras das relações do ambiente virtual que devem ser conhecidas e compreendidas em conformidade com o ordenamento jurídico. Em especial, não se pode olvidar que o norte conferido às relações na internet deve estar harmonizado com os preceitos da Constituição Federal de 1988.

Isso significa dizer que o provedor, ao suspender determinado conteúdo, realiza a ponderação entre direito fundamental à intimidade daquele que se sente ofendido e o direito à liberdade de expressão. A liberdade de expressão não pode, pois, se transformar em ofensa à honra ou a intimidade de qualquer ser humano, não podendo as redes sociais ser utilizadas como instrumento de violação dos direitos de personalidade.

#### **4 A LEI N.º 12.965/2014 E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES NA INTERNET**

As relações no ambiente virtual brasileiro estão regulamentadas na Lei nº 12.965/2014, também conhecida como Marco Civil da Internet. O objetivo inicial, segundo Teffé (2015) era a elaboração de uma lei que pudesse reger as decisões judiciais envolvendo conflitos entre os provedores e terceiros, com ênfase na liberdade de expressão, na privacidade de dados e na responsabilidade dos provedores de internet e no controle a ser exercido por estes provedores. Esta lei além de fixar os direitos e deveres no uso da internet regula temas como proteção aos registros, às comunicações privadas, princípios que regulam a internet e a responsabilidade dos servidores. Dentre os princípios, destaca-se a importância do princípio da neutralidade da rede, da privacidade e da liberdade de expressão, sem qualquer tipo de censura prévia, (TEFFÉ, 2015). Consoante os termos do artigo 3º:

- I - garantia da **liberdade de expressão**, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da **privacidade**;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da **neutralidade de rede**;
- V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII - preservação da natureza participativa da rede;
- VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Dessa maneira, três são os princípios que merecem destaque neste momento: o da neutralidade da rede, previsto no artigo 9º, o da privacidade, que tem por objetivo, principalmente, tutelar o controle da circulação das informações, previsto em mais de um momento: artigos 3º, inciso II, 8º e 11. E o da liberdade de expressão que englobaria a manifestação de pensamento, a consciência e a expressão religiosa, a expressão de atividade intelectual e artística e de comunicação e o da informação, com ênfase, nesse sentido, na pessoa humana (TEFFÉ, 2015).

Antes desta lei, a natureza da responsabilidade do provedor já havia sido tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012. Sustentava-se ora a responsabilidade objetiva do provedor, se notificado extrajudicialmente não providenciasse a retirada do conteúdo, ora a necessidade de prévia notificação do provedor, que somente responderia por eventuais danos morais caso não atendesse a determinação judicial. Em seus artigos 19, 20 e 21 a Lei do Marco Civil trata da responsabilidade civil do provedor em razão de publicações de terceiros.

O sistema judiciário brasileiro ainda não uniformizou a forma como as manifestações ofensivas devem ser retiradas da internet. Sabe-se que a Lei nº 12.965/2014 exige a notificação do provedor para que proceda à retirada do conteúdo ofensivo. Ainda assim, muitas vezes, mesmo notificados, a publicação não é retirada pelo provedor de forma célere a impedir que estas informações circulem.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, em 1º de março de 2018, a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP que trata da necessidade ou não de notificação judicial específica do provedor de internet e gestores de aplicativos de redes sociais para a retirada de conteúdo tido como infringente.

Discute-se, assim, a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e o dever ou não do provedor de retirar conteúdo que ofenda direitos da personalidade.

No caso em espécie, a discussão gira em torno da obrigação do provedor de retirar todo e qualquer conteúdo que ofenda as garantias constitucionais do consumidor mesmo sem ordem judicial, sob pena de violação também ao inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal. Nesse aspecto, o artigo 19 da Lei do Marco Civil, ao equiparar a vítima à figura do consumidor, nos termos do artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, derroga a legislação consumerista, o que não se mostra possível, uma vez que leis de igual hierarquia.

Trata-se de colisão entre a liberdade de expressão, de informação, do direito à imagem, à privacidade, à honra e à imagem quando se tem em jogo a responsabilidade de provedores de sites com publicação de mensagens ou imagens com conteúdo ofensivo. Para o provedor, inexistente esta responsabilização, na medida em que o conteúdo é de responsabilidade exclusiva do criador da página ou perfil, razão pela qual não pode responder por qualquer indenização.



Percebe-se, porém, que a Lei do Marco Civil da Internet pretende, apesar de dar destaque para a liberdade de expressão, assegurar, da mesma forma, o respeito da dignidade da pessoa humana (DE TEFFÉ; DE MORAIS, 2017).

Dessa forma, a dúvida que persiste, inclusive com demanda de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 660.861-MG, é até que ponto o provedor é responsável pela publicação por terceiros de conteúdos ofensivos e se cabe ao provedor realizar qualquer tipo de fiscalização. Os embates em torno de eventual afronta à liberdade de expressão, bem como a necessidade de retirada do conteúdo de forma mais célere, sem a necessidade da intervenção judicial, são os contornos que, mesmo com o advento da Lei n.º 12.965/2014, ainda necessitam de aprofundamento da abordagem da responsabilidade do provedor de aplicação pelo dano causado por terceiro.

Os embates em torno de eventual afronta à liberdade de expressão, bem como se a retirada do conteúdo de forma mais célere, sem a necessidade da intervenção judicial, são os contornos que, mesmo com o advento da Lei n.º 12.965/2014, ainda necessitam de aprofundamento da abordagem da responsabilidade do provedor de aplicação pelo dano causado por terceiro.

## **5 O PROVEDOR DE APLICAÇÃO E O DANO CAUSADO POR TERCEIRO**

A Lei n.º 12.965/2014, em seu artigo 19, dispôs sobre a responsabilidade do provedor de internet pelo conteúdo postado por terceiro:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após, ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalada, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições em contrário (BRASIL, 2014).

A leitura do dispositivo legal revela a opção do legislador pela condição à eventual responsabilidade do provedor de internet, qual seja, a adoção de providências após ordem judicial específica para tornar indisponível, ao usuário da rede, o conteúdo postado por terceiro.

Nota-se que o cerne da responsabilidade civil dos provedores de aplicação reside na ofensa gerada por terceiro mediante a utilização do serviço fornecido pelo provedor, que não realiza controle prévio sobre o conteúdo das informações disponibilizadas nas mídias sociais. Todavia, ao receber a ordem judicial especificando o conteúdo gerador da ofensa, deverá indisponibilizar o seu acesso.

Magro e Souza (2021) referem que a Lei n.º 12.965/2014 afastou a responsabilidade objetiva do provedor de aplicação, indo de encontro à então jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o provedor deveria agir tão logo comunicado do texto ou imagem publicada por terceiros com conteúdo ilícito. Desse modo, ainda que o posicionamento da jurisprudência não determinasse que o provedor de aplicação fosse compelido à prévia fiscalização do material postado por terceiro, verificava-se a necessidade de ciência ao provedor sobre a necessidade de controle da comunidade virtual, sem a obrigação de ordem judicial para a remoção da matéria veiculada. Todavia, com o advento do Marco Civil da Internet, o legislador optou pelo prestígio à liberdade de expressão.

Segundo Marinho Júnior (2018), a opção legislativa está “na contramão dos parâmetros estabelecidos nas Diretrizes Europeias” (MARI-NHO JÚNIOR, 2018, p. 7) e viola os princípios da vedação de retrocesso, garantia da reparação integral dos danos e do acesso à justiça, ao exigir o ajuizamento de ação e ordem judicial específica à remoção, pelo provedor de aplicação, do conteúdo postado por terceiro.

A complexidade e relevância advinda desse marco normativo chegou aos tribunais, diante da arguição de inconstitucionalidade do artigo acima transcrito, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a repercussão geral do tema sob o n.º 987, com a seguinte ementa:

Ementa: Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente

após ordem judicial específica. Repercussão Geral reconhecida. (BRASIL, 2017b).

Em despacho, os Ministros relatores Dias Toffoli e Luiz Fux, respectivamente dos Recursos Extraordinários n.º 1.037.396/SP e n.º 1.057.258/RJ, que propiciaram o reconhecimento da repercussão geral acerca da constitucionalidade do artigo 19 da Lei n.º 12.965/2014, decidiram por convocar audiência pública para colheita de depoimentos de *autoridades e expertos*, sobre a responsabilidade dos provedores de aplicativos ou ferramentas de internet sobre o conteúdo gerado por terceiros e eventual possibilidade de retirada do conteúdo apontado por ofensivo mediante notificação extrajudicial (BRASIL, 2017b).

De fato, à harmonia do ordenamento jurídico pátrio se faz necessário que se aponte o marco inicial acerca da possibilidade de se responsabilizar o provedor de aplicação pelo conteúdo que, embora não tenha sido por ele divulgado, está sendo propagado em *websites* e aplicativos de sua propriedade.

Não se pode olvidar que o princípio da liberdade de expressão, insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, deve ser balizado e harmonizado no ordenamento jurídico vigente com as demais tutelas dos direitos fundamentais e não servir de amparo a violações e ofensas. (BRASIL, 1988).

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei n.º 12.965/2014 - Marco Civil da Internet - estabeleceu os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet no Brasil. No que pertine à responsabilização do provedor de aplicação pelo conteúdo postado por terceiro em *websites* e mídias sociais, optou o legislador por afastar a responsabilidade objetiva ao dispor no artigo 19 que o dever de adoção de providências advém do recebimento de ordem judicial específica para que torne o conteúdo indisponível, sob pena de responsabilização subjetiva.

Sob esta perspectiva, o estudo em tela propõe que a liberdade de expressão, prestigiada na legislação vigente, seja harmonizada com os demais princípios constitucionais, notadamente o da dignidade humana, na salvaguarda da proteção das pessoas que são atingidas pela ilicitude

propagada/propagação de conteúdo que ofendem seus direitos de personalidade, de forma rápida e eficaz.

O marco civil da internet consolidou conceitos e princípios sobre o uso das mídias sociais no Brasil. Todavia, no que tange à responsabilidade civil do provedor sobre o conteúdo postado por terceiros, a legislação parece não ter atingido o alcance almejado, uma vez que as disposições nela contidas possuem a sua constitucionalidade sob apreço do Supremo Tribunal Federal. Ainda, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 2.831/2021, dispondo sobre a alteração da Lei n.º 12.965/2014 para “proibir a exclusão de postagens em rede sociais sem que se tenha concedido o direito de ampla defesa e ao contraditório ao usuário responsável pela postagem e dá outras providências” (BRASIL, 2014). Independentemente dos rumos que os Poderes da República conferirão à temática sobre esta responsabilidade, impende destacar que deve estar em conformidade com os ditames insculpidos na Constituição Federal.

Assim, o cenário brasileiro aponta a necessidade de se aprofundarem os estudos sobre o papel das mídias sociais nas relações humanas e as responsabilidades dos provedores de aplicação, a fim de que o debate nos Poderes da República venha ao encontro dos anseios dos cidadãos brasileiros. A liberdade de expressão deve estar alicerçada em direitos da personalidade. Esta não pode ser exercida sem um mínimo de responsabilidade ou que venha a ofender a honra, a privacidade ou a imagem de terceiro, a exigir intervenção estatal e a atenção dos provedores.

Nesse sentido, o estudo em tela almeja a contribuição ao debate, a fim de que se possa balizar a liberdade de expressão na salvaguarda dos direitos das pessoas atingidas pela ilicitude propagada nas mídias sociais, harmonizando-se e ponderando-se os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm) Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.068, de 06 de setembro de 2021.** Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Brasília, DF: 2021a. Disponível em: [https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.068-de-6-de-setembro-de-2021-343277275#:~:text=NR\),%22Art.,com%20justa%20causa%20e%20motiva%C3%A7%C3%A3o](https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.068-de-6-de-setembro-de-2021-343277275#:~:text=NR),%22Art.,com%20justa%20causa%20e%20motiva%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.831/2021.** Câmara dos Deputados. Altera o Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - para proibir a exclusão de postagens em redes sociais sem que se tenha concedido direito de ampla defesa e ao contraditório ao usuário responsável pela postagem, e dá outras providências. Brasília, DF: 2021b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2294308> Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP.** Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Relatora do último incidente: Min. Rosa Weber. Brasília: DF. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2469175> Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 660.861/MG.** Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília: DF. 2017a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926> Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP.** Recorrente: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: DF. 2018. pendente de julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.057.258/RJ.** Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília: DF. 2019. pendente de julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 987**. Discussão sobre a constitucionalidade do artigo 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: RE 1037396. Brasília: DF. 2017b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987> Acesso em: 10 out. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DE TEFFÉ, Chiara Antônia Spadaccini. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n.10. set/dez 2016.

DE TEFFÉ, Spadaccini Chiara; DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Pensar. Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v.22, p. 108-146, jan./abr. 2017.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do provedor de internet perante o marco civil da internet e o código de defesa do consumidor no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro. **PICDD - Revista em Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição**. Aracaju/SE, Ano VIII, volume 13, n.º 03, p.022 a 045, Out/2019. Disponível em: <https://research.amanote.com/publication/OpU72XMBKQvf0BhiMdpX/a-responsabilidade-civil-objetiva-e-subjetiva-do-provedor-de-internet-perante-o-marco> Acesso em: 25 set. 2021.

GERMANY, Deutscher Bundestag, **Deutsches Grundgesetz**. Disponível em: <https://www.bundestag.de/gg>. Acesso em: 02 jul. 2021.

MAGRO, Américo Ribeiro; SOUZA, Landolfo Andrade de. **Manual de Direito Digital**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Responsabilidade Civil de Provedores de Internet, Websties e Gestores de Aplicativos de Rede Sociais. **Revista de Direito Provado**. Ano 19, n.91, jul. de 2018.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Edições Alamedina, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SANSEVERINO, Bruna. **Limites da Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio: estudo comparado entre os Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos**. *In*: Estudos e Direito Penal e Direitos Humanos / Mariângela Gama de Magalhães Gomes (org.). 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva n.º 2000/31/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»). Estrasburgo: EU, 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031A>-cesso em: 05 nov. 2021.





# ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS À MÃE E A PARTICIPAÇÃO PATERNA NA VIDA DA PROLE

**Geórgia Manfro**

Graduanda da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS), integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo professor Conrado Paulino da Rosa; georgia27.m@gmail.com.

**Resumo:** Este artigo analisa a atribuição da guarda nos casos de divórcio judicial, em especial, a tendência ao direcionamento da guarda unilateral à genitora. Além disso, estuda a participação paterna na vida da prole, e sua usual secundarização, sob o ponto de vista das implicações psicológicas e emocionais ao infante. Tal trabalho utilizou-se do método de abordagem dedutivo, e possui grande relevância social, frente às transformações legislativas e sociais, inclusive quanto a abordagem da equidade de gênero no âmbito familiar, no que concerne a divisão de responsabilidades dos pais em relação aos filhos. É concluso que a guarda compartilhada apresenta inúmeras vantagens, entretanto, ainda é majoritariamente adotada a guarda unilateral materna, em virtude dos papéis sociais de gênero.

**Palavras-chave:** Guarda; Responsabilidade; Equidade de gênero; Família.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a tarefa de cuidar e manter a prole foi vista como uma responsabilidade exclusivamente feminina, enquanto, o genitor seria o provedor financeiro e material da família. Tal dinâmica ainda está presente na atualidade, podendo ser comprovada a partir da dedicação superior de horas com afazeres domésticos pelo público feminino (IBGE, 2021)<sup>1</sup>, a ocupação majoritária de cargos de liderança por homens (O GLOBO, 2021)<sup>2</sup> no mercado de trabalho e a atribuição superior da guarda unilateral às genitoras em comparação a guarda compartilhada, mesmo com o advento da Lei 13.058/2014.

No que concerne a paternidade, não são raras as percepções sociais que fortalecem o estigma de que o genitor mais atrapalha do que ajuda, ou ainda, pouco sabem sobre os próprios filhos. Qualquer demonstração de vulnerabilidade ou sensibilidade é um obstáculo para muitos homens que optam por não colocar em risco sua virilidade. Logo, a função de cuidar, encarada como feminina, coloca em “xeque” a interação entre pai e filho já nos primeiros meses de vida. Longe de ser uma capacidade dada pela biologia, cuidar é uma tarefa aprendida pelas meninas desde cedo, sendo mães de suas bonecas (CARVALHO, 2011).

“Homem não sabe cuidar de criança, não tem jeito para pegar neném” ou “mulher nasceu para ser mãe” são frutos dessa percepção social tóxica. A expressão “mãe desnaturada” reflete bem a exigência sobre a mulher de dedicar-se aos filhos, para evitar ser qualificada como tal. No entanto, o pai que não cria os filhos, ou quando separado se afasta deles não recebe nenhum julgamento de seu grupo social.

Diante dos estigmas sociais mencionados, e, a partir do método de abordagem dedutivo, busca-se analisar a dinâmica das responsabilidades assumidas pelos pais com os filhos no momento da separação ou divórcio e suas consequências, com base na modalidade de guarda a ser escolhida. Parte-se da premissa da tendência ao direcionamento da guarda unilateral à genitora. Além disso, estuda-se a participação paterna na

---

1 De acordo com a pesquisa publicada pelo IBGE, no Brasil, em 2019, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro do tempo que os homens: 21,4 horas contra 11 horas semanais.

2 Em 2019, 37,4% dos cargos gerenciais eram ocupados por mulheres, apesar de mais anos de estudo, diz IBGE.

vida da prole, e sua usual secundarização, sob o ponto de vista das implicações psicológicas e emocionais ao infante.

## **2 DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO**

Primeiramente, cumpre esclarecer o conceito de divisão sexual do trabalho. Para fins desse trabalho, entende-se como divisão sexual do trabalho, na linha do que ensina Helena Hirata e Danièle Kergoat (2007), como a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos. Mais do que isso, pode ser considerado um fator prioritário para a sobrevivência da relação social entre os sexos. Verifica-se que essa forma é modulada histórica e socialmente. Também possui como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado, como, por exemplo, político, religioso e militar.

A divisão sexual do trabalho emergiu com força no momento em que ocorreu a privatização das terras na Europa, no século XVIII, e as mulheres se viram prejudicadas pelos cercamentos. Elas passaram a encontrar dificuldades maiores do que as dos homens para se sustentar, tendo sido confinadas ao trabalho reprodutivo no exato momento em que este trabalho estava sendo absolutamente desvalorizado. Dessa forma, a importância econômica da reprodução da força de trabalho realizada no âmbito doméstico e sua função na acumulação do capital se tornaram invisíveis, sendo mistificada como uma vocação natural e sendo designada como “trabalho de mulheres” (FEDERICI, 2017, p. 145).

Esse cenário, que esteve em seu auge no século XIX, não apenas marcou a criação da figura da dona de casa em tempo integral e sujeitou as mulheres ao trabalho reprodutivo, mas aumentou consideravelmente sua dependência, de forma que o Estado e os empregadores usassem o salário masculino, como instrumento para comandar o trabalho das mulheres.

Nessa perspectiva, é reforçada a expectativa do dever materno inquebrável com o lar e os filhos, o que não acontece com o público masculino na mesma proporção. Por sua vez, o afeto é visto como uma característica essencialmente feminina, abrindo espaço para uma possível negligência afetiva com a prole por parte do genitor. Tal dinâmica pode ser acentuada com o advento de uma separação ou divórcio, com a atribuição da guarda unilateral dos filhos à mãe.

### 3 ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS À MÃE

Com o advento de um divórcio na relação, a responsabilidade pela criação e tomada de decisões sobre os filhos, majoritariamente recai sobre as mães. Para as crianças, isso não só desgasta possibilidade de uma convivência proporcional com genitores, mas também pode gerar conflitos emocionais internos em decorrência da ausência paterna.

De acordo com Valeska Zanello e Madge Porto (2016, p. 114):

[...] ainda que uma mulher não tenha seus próprios filhos, ela é vista como naturalmente cuidadora (capaz de “maternar”), podendo e devendo empregar esse “dom” no cuidado de outras pessoas: dos pais, irmãos, sobrinhos, doentes da família, etc. Além disso, esse “cuidado” se desdobra em uma naturalização dos cuidados domésticos, cabendo a elas, também, em grande parte, até hoje, os serviços de casa. Uma mulher que não priorize o cuidado com os outros (filhos, marido, família), geralmente é julgada como egoísta, fálca e outros termos que, no uso, adquirem um caráter pejorativo.

O resultado para as mães, é uma sensação de cansaço físico e mental permanente, podendo resultar no famoso *burnout*, termo que se popularizou com a pandemia.

Ana Carolina Carpes e Rolf Madaleno (2019, p. 38) ensinam em sua obra que a guarda é uma atribuição do poder familiar e, também, um dos aspectos mais importantes dos efeitos do divórcio de um casal, uma vez que decide questões relativas às pessoas emocionalmente mais vulneráveis da relação, por não possuírem sua capacidade de discernimento totalmente formada.

O Código Civil de 1916 previa a possibilidade de estabelecimento de guarda por acordo entre os pais ou determinação a quem não fosse culpado pela separação (CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 38). Praticamente, os encargos provenientes dos cuidados com o filho serviam de punição para o cônjuge que dera causa a separação. Em casos de culpa recíproca, era utilizada a velha máxíma da mãe santificada e a única – salvo raras e graves exceções. Os instintos e dons necessários da mãe para cuidar da prole ainda permeava a letra fria da Lei 6.515/1977, pois em seu art. 10, § 1º, afirmava ser materna a guarda para estes casos (MADALENO; CARPES, 2019, p. 38).

Felizmente, a Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas. Ela determinou o direito dos filhos à convivência familiar e comunitária, conforme previsto no art. 227, confirmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, por fim, consagrado pelo Código Civil de 2002, no qual já não mais se discute culpa, mas se enfatiza a dignidade da pessoa humana e o direito à proteção integral, sempre priorizando o superior interesse de crianças e adolescentes (CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 38).

Nas dissoluções amigáveis, seja de divórcio ou de dissolução de união estável, deve-se preponderar o acordo firmado pelo casal, sob o ponto de vista de que os pais seriam os primeiros a buscar a proteção de sua prole. Porém o juiz deve atentar se efetivamente o interesse da prole sobrepõe eventual interesse dos pais, que não raramente utilizam seus filhos para obter vantagens pessoais, baseadas em ressentimentos oriundos do fim da relação (MADALENO; CARPES, 2019, p. 38). Tanto que, se tornou necessária a sanção da Lei n. 12.318/2010 (BRASIL, 2010) a qual dispõe sobre a alienação parental. A desqualificação da conduta entre os genitores na presença do menor, bem como omitir informações pessoais sobre a criança (escolares, médicas, moradia), entre outros artifícios caracterizam o ato da alienação parental (NORONHA; ROMERO, 2021).

Assim, por muito tempo, quando houvesse conflito entre os pais, a guarda caberia a quem revelasse melhores condições de exercê-la. Culturalmente, segue o hábito de outorgar a guarda à mãe. Não é difícil encontrar em modelos de petições iniciais, o requerimento da guarda unilateral materna com justificativas e fundamentos que ressaltam o seu dom natural para o cuidado. No entender de Sílvio de Salvo Venosa, a mãe, costumeiramente, é mais apta, e teria melhores condições de exercer a guarda dos filhos de tenra idade, devendo, somente em casos muito extremos, ser dela retirada (*apud* MADALENO; CARPES, 2019, p. 38).

Nessa brincadeira de cabo de guerra, em que a “corda” utilizada é a própria criança, o sentimento de mudança causada por uma separação é sempre muito complexo, seja para os pais, como também para os filhos, que são aqueles, que por não compreenderem ainda os fatos, acabam sofrendo mais (PEREIRA, 2021).

O atual Código Civil regula as modalidades de guarda unilateral e compartilhada. Pablo Stolze Gagliano explana as duas espécies de atribuições da guarda aos pais (2018, p. 111). A guarda unilateral ou exclusiva é ainda a modalidade mais comum e difundida no Brasil, em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito con-

vivência. O filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião. Já a guarda compartilhada ou conjunta é a modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detêm-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos.

O próprio legislador no Código Civil (BRASIL, 2002) diferencia modalidade compartilhada da unilateral, sendo a primeira a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. A modalidade unilateral, por sua vez, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

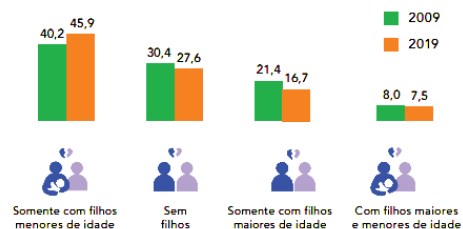
Visando estabelecer uma corresponsabilidade parental, em 23 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei 13.058, a nova lei da guarda compartilhada obrigatória. Consequentemente, a guarda exclusiva, atribuída pelo juiz em virtude de desacordo entre os pais, só se verificaria na inviabilidade da guarda compartilhada, mas sempre respeitando o melhor interesse do menor a partir da identificação do genitor que apresentar melhores aptidões para o cuidado diário e efetivo do filho (MADALENO; CARPES, 2019, p. 38).

Em decorrência da nova alteração legislativa, em 2014, as Estatísticas do Registro Civil, disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2015) indicam que, entre os anos 2014 e 2015, observou-se um aumento na proporção de guarda compartilhada entre os cônjuges, 7,5% e 12,9%, respectivamente. Entretanto, percebe-se que tais percentuais são muito inferiores em comparação a guarda unilateral feminina, de 74%.

O registro mais recente da estatística corresponde ao ano de 2019, em que foi computada uma porcentagem relativa a guarda compartilhada equivalente a 26,8%. No mesmo ano, a guarda materna, embora tenha decaído sutilmente, corresponde a 62,4%, e, a guarda paterna, também foi reduzida, com um valor de 4,1%.

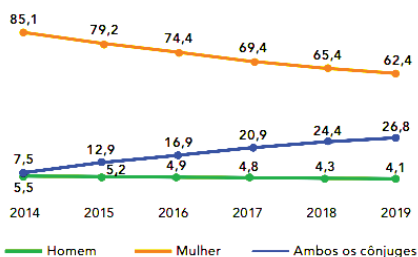
### Proporção de divórcios judiciais

#### Segundo o arranjo familiar (%)



Nota: Em 2009, 0,0% dos divórcios foram coletados sem informação sobre a existência ou não de filhos; em 2019, o percentual foi de 2,3%.

#### Por responsável pela guarda dos filhos menores (%)



Nota: Em 2014, 1,0% dos divórcios foram coletados sem informação sobre a guarda de filhos menores de idade; em 2019, o percentual foi de 5,5%.

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2009/2019.

É possível observar que, na realidade prática, embora o instituto do compartilhamento esteja vigente há mais de dez no país e, pelo menos, desde 2014 deveria ser a via preferencial - mesmo em casos de litígio - sua aplicação ainda é majoritariamente desprezada.

Esse cenário é reflexo das construções de gênero em torno da maternidade e do que seria próprio para a mulher. Uma vez que durante toda a sua vida foi ensinada a tomar o papel de cuidadora, quando ocorre o divórcio, é muito mais plausível tomar frente dos cuidados com o infante, uma realidade que já era comum mesmo antes do divórcio ou separação.

Quando um pai ingressa com ação de guarda compartilhada ou no bojo de uma ação de divórcio é decretada essa modalidade, as mães tendem a se manter inflexíveis e resistentes. Vê-se, portanto, que o patriarcalismo se consolida em práticas produzidas até mesmo por mulheres.

No estudo empírico da professora em psicologia da UFRJ, Leila Sanches de Almeida (2007, p. 416) em que foram acompanhadas quatro trabalhadoras da camada média e seis grupos de mães trabalhadoras da camada popular, eram comuns expressões como “ele é totalmente despreparado, porque foi a primeira criança que ele começou a cuidar, né?”, “geralmente tem mãe-pai, né?... porque geralmente eles nem vêem, nem sabem o que tá acontecendo com as crianças”. Ao mesmo tempo, independente da sobrecarga, a possibilidade de se desvincular da condição de cuidadora, era praticamente inimaginável: “... qualquer lugar que eu vá, ela está junto comigo”, “... eu tô com um monte de coisas prá fazer e tá tudo atrasado, né? Tudo” [riso nervoso].

Observa-se que a “escolha” por um dos pais, gera inúmeros conflitos emocionais para o filho e, por outro lado, para o genitor que não ficou ou permaneceu com a guarda. Para o filho, gera a indecisão diante de seus pais e o receio de sua possível escolha beneficiar ou prejudicar algum deles. Já para o pai ou a mãe que não fica como guardião, fica vários sentimentos, dentre eles o de culpa, além do constante questionamento da razão pela qual o filho não o escolheu, além de despertar receio pelo outro genitor (OLIVEIRA, 2011).

Embora a possibilidade da guarda compartilhada seja extremamente benéfica para todos os envolvidos, ainda estão presentes fortes questões sociais que prejudicam seu avanço uniforme. A divisão dos papéis de gênero ilustra os homens como menos importantes na concretização do afeto e do cuidado familiar em relação aos filhos, sendo que, a possibilidade de ser conferida uma guarda compartilhada poderia ser a oportunidade para rever esses estereótipos.

Além disso, a guarda compartilhada surge com grandes vantagens, dando ênfase à convivência dos filhos com os seus dois genitores, e, evitando, assim, que o menor fique sem contato com o genitor que não detém a guarda, estimulando um vínculo saudável entre as partes (OLIVEIRA, 2011).

Analisando esse fenômeno, a Professora Maria Berenice Dias leciona (2015, p. 525):

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. Para isso, é necessária a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

A verdadeira mudança deve envolver todas as partes. Cabe aos pais saírem da zona de conforto como atores coadjuvantes e abdicarem



o privilégio de não tomar parte das rédeas do cuidado familiar. Por outro lado, cumpre as mães a ciência de abrir mão da própria sobrecarga e encorajar a corresponsabilidade, mesmo que enseje delegar as funções devidas aos pais da criança.

É um grande desafio, que, conforme os dados e estatísticas andam a pequenos passos. Todavia, tal a guarda compartilhada tem o condão de construir paternidades mais responsáveis e participativas, além de, ao menos, desestabilizar a opinião ainda prevalente de que o filho deve ficar exclusivamente aos cuidados da mãe.

#### **4 PARTICIPAÇÃO PATERNA NA VIDA DA PROLE**

O novo conceito de família é fundado na afetividade, na pluralidade e no eudemonismo, sendo assim, é preciso uma visão pluralista da família, para desta forma, considerar como entidade familiar qualquer tipo de relacionamento que ocorra um vínculo afetivo, independentemente da sua formação. A união homoafetiva é o exemplo que ilustra a evolução do conceito de família, que antigamente influenciada pelo preconceito e proximidade do Estado com a igreja, não considerava com status de família a união de pessoas do mesmo sexo (TORRES, 2019, p. 227).

Para estabelecer um vínculo afetivo familiar, é necessária a disposição de tempo, suprindo as necessidades físicas, emocionais e mentais do bebê. Portanto, a proteção à maternidade e à paternidade deve ser valorizada, sendo assim, amparada pelo Direito de Família e pelo Direito do Trabalho. Faz-se necessário enaltecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, garantindo ao recém-nascido um tratamento justo e com a devida formação de laços-afetivos.

O afeto, em especial, é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais. De acordo com Rolf Madaleno, a sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto (MADALENO, 2021, p. 103).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL), em seu artigo 226, enaltece o valor contido na família e a considera como base da sociedade. A importância da família para o recém-nascido é sem dúvida imensurável. O amparo dos pais para a manutenção da vida da criança e na criação

de vínculos afetivos desde os primeiros dias de vida são fatores determinantes para seu desenvolvimento saudável.

Os dicionários de Psicanálise conceituam o afeto como uma pulsão, que exprime o estado afetivo, expressado por meio de uma descarga maciça de energia pulsional. Pulsão, por sua vez, é definido como a carga energética que se encontra na origem da atividade motora do organismo e do funcionamento psíquico inconsciente do homem (CHENAMA, 1995, p. 177).

Portanto, o afeto pode ser definido como a disposição energética investida por uma pessoa, para desta forma criar uma relação com outrem, ou seja, é todo o empenho, dedicação, carinho que é disposto nas relações pessoais para a criação e fortalecimento do vínculo entre pais e filhos (TORRES, 2019, p. 229).

Para Jacqueline Filgueras Nogueira (2001 *apud* TORRES, 2019, p. 229), a afetividade para a criança, supera inclusive a ligação biológica decorrente da filiação, sendo essa apenas o liame jurídico criado entre o genitor e sua prole, uma vez que o vínculo afetivo só é obtido por meio da convivência familiar, suprimindo as necessidades físicas e psicológicas da criança, garantindo o seu bem-estar.

No mesmo sentido, o psiquiatra John Bowlby (2017), ao estudar a teoria do apego, explica que os bebês se ligam a adultos que são sensíveis e responsivos nas interações sociais e que permanecem como cuidadores consistentes durante o período de seis meses a dois anos de idade, aproximadamente. As respostas parentais levam ao desenvolvimento de padrões de apego que, por sua vez, conduzem a “modelos internos de trabalho” que guiarão sentimentos, pensamentos e expectativas do indivíduo em relacionamentos posteriores. Desta forma, será preferido pela criança o contato com a pessoa que dispôs maior tempo nos cuidados maternos, sendo essa a principal referência afetiva para a criança.

No caso da mulher, a ligação entre mãe e filho pode ser facilmente explicada. Os processos básicos envolvidos na maternidade como as fortes estimulações ligadas à gestação, ao parto e à amamentação seriam desencadeantes de uma série de respostas comportamentais, contribuindo para a formação de um vínculo positivo. Por outro lado, de acordo com Maldonado, Dickstein e Nahoum (1997 *apud* MANFROI; MACARINI; VIEIRA, 2011, p. 62) muitas vezes o pai não consegue criar um vínculo concreto e sólido com a criança, sendo esse processo mais lento e consolidando-se gradualmente após o nascimento e no decorrer de seu desenvolvimento.

Portanto, o período inicial da vida de um infante merece atenção completa de ambos os pais para que seja garantida uma maior interação, estímulos e aprendizados. No caso concreto, a figura da genitora é protagonista nos cuidados com o bebê, seja pelo prazo maior de licença-maternidade ou pelo estigma social, quando na verdade, a figura paterna também deveria ser incluída em momento tão determinante para o infante. Ocorre que, com a secundarização do genitor a partir da licença-paternidade breve, essa interação fica gravemente comprometida.

Para Aberatury (1991 *apud* BENCZIK, 2011, p. 69), o contato corporal entre o bebê e o pai, no cotidiano, é referência na organização psíquica da criança, devido à sua função estruturante para o desenvolvimento do ego. No segundo ano de vida, já existe a imagem de pai e de mãe, e a figura paterna fica mais acentuada e tem a função de apoiar o desenvolvimento social da criança, auxiliando-a nas dificuldades peculiares a este período e no desprendimento necessário da criança aos costumes da situação familiar, mantidos pela mãe.

Na mesma perspectiva, Paquette (2010, p. 35, tradução nossa) enfatiza que os papéis de pai e de mãe funcionariam em polos distintos. O primeiro polo, caracterizado pela relação de anexo exercida pela mãe (o conforto), asseguraria a proximidade física para permitir que o pai respondesse às necessidades básicas da criança. Já o segundo polo, exercido pelo pai (ativação), permitiria a autodescoberta das próprias capacidades da criança, ambos facilitando a exploração do ambiente e permitindo o desenvolvimento de uma autoimagem positiva e confiança no pai.

Pode-se considerar que a presença do pai na vida de um filho é tão fundamental quanto a presença da mãe, quando se pensa em um bom desenvolvimento socioemocional da criança, sob vários níveis e circunstâncias, pois não só complementa como reforça o modelo dado pela mãe, no qual os dois assumem os papéis de autoridade (impondo regras e punições) e dos afetos (fornecendo carinhos e recompensas) (BENCZIK, 2011, p. 73).

A separação judicial, litigiosa ou consensual, muitas vezes resulta em sérios danos aos filhos, por consequência do suposto “abandono” que eles sentem com a separação dos seus pais. Muitas vezes, eles sofrem com a ausência de carinho, e, sem a devida atenção e orientação, acabam se tornando os principais prejudicados do litígio entre os genitores (CARDOSO, [2018], p. 02). Somado a esse espectro, vislumbra-se a tendência de monopolizar a função afetiva à mãe, inclusive com a atribuição da

guarda unilateral. Tal medida não se demonstra saudável para o infante, o qual já se encontra em um estado de vulnerabilidade afetiva.

Ainda, acerca do referido tema, Nogueira (1998, p. 13) assevera:

[...] o que deve sobrelevar é a proteção aos interesses do menor, sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, devendo ele ser ouvido sempre sobre sua situação ou seu próprio destino, quando estiver em condições de ser ouvido, não se compreendendo qualquer decisão que seja tomada contrariamente aos seus interesses.

Portanto, embora haja desavenças entre os genitores, em virtude da litigância gerada pela dissolução conjugal, deve-se ter uma especial atenção para a manutenção de laços afetivos com os filhos de forma equilibrada. Ambos os pais devem ser protagonistas do dever de cuidado com a prole, independente do gênero, com atenção redobrada no cenário de uma dissolução conjugal.

## **5 CONCLUSÃO**

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento (AKEL, 2008, p. 103). Por sua vez, o advento da Lei 13.058/2014 foi marco fundamental para destacar a importância de uma participação ativa dos genitores na vida do infante, em especial, em período tão delicado que decorre da separação entre os pais.

Entretanto, mesmo com o impulso legislativo, é possível observar que, a guarda unilateral auferida à mãe ainda supera as porcentagens de concessão da guarda compartilhada. Verifica-se que tais porcentagens são herança dos papéis sociais de gênero que se propagam na sociedade, sendo, em suma, o dever da mãe de cuidar da prole, e do pai de ser provedor financeiro e material.

As consequências de tais hábitos apresentam efeitos negativos para todas as partes envolvidas. Observa-se uma sobrecarga materna em relação a manutenção e logística do lar e dos filhos, eis que, tal encargo foi reproduzido ao longo da história, além de lidar com as dificuldades do mercado de trabalho. Já o genitor, é privado de uma participação ativa nos cuidados com a criança ou adolescente, podendo ser taxado como mero

“pagador de pensão”, ou ainda “pai de Instagram”, ou seja, que não possui uma efetiva responsabilidade com a criação do infante. Em especial, os filhos, são a parte mais vulnerável da relação, uma vez que, além de se encontrarem no centro de uma desavença familiar, os laços afetivos com seus genitores podem ser enfraquecidos a depender da decisão da modalidade de guarda a ser estipulada. Como se observa a partir de dados de pesquisas, a guarda unilateral materna ainda prevalece, o que pode abrir espaço para um afastamento da relação entre pai e filho. Esse déficit de convivência paterna, ou ainda, os conflitos em relação ao genitor podem ensejar questões psicológicas e emocionais na criança ou adolescente, de forma que prejudiquem seu crescimento ou relações interpessoais.

Portanto, a modalidade da guarda compartilhada busca o equilíbrio dessas disparidades, sendo a melhor alternativa após uma separação. É indispensável que exista um respeito mútuo entre os genitores guardiões, pois isso reflete indiretamente na vida e na formação do infante, que passa a conviver com seus genitores em residências diferentes.

A socialização da criança ou adolescente é fator-chave que demonstra o benefício da adoção da guarda compartilhada. Em virtude da ampliação de seu convívio com ambos os genitores, seu crescimento com a presença ativa de ambos os pais incidirá em uma maior capacidade de desenvolvimento saudável e com estímulos positivos. Logo, o envolvimento ativo dos pais após a separação é uma questão de grande importância para os campos de proteção da criança e do adolescente e da família.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um Avanço para a Família**. São Paulo: Atlas S.A, 2008. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5829/mod\\_resource/content/1/semin%C3%A1rio%202B.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5829/mod_resource/content/1/semin%C3%A1rio%202B.pdf). Acesso em: 06 mai. 2022.

ALMEIDA; Leila Sanches de. Mãe, cuidadora e trabalhadora: as múltiplas identidades de mães que trabalham. **Revista do Departamento de Psicologia – UFF**, v. 19, n. 2. Jul./Dez. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdpsi/a/chXjpfGr4HKSHFw4BJzrvFG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 mai. 2022.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**, São Paulo, v. 28, n. 85, 2011. Dis-

ponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-84862011000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em: 27 mar 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)

CARDOSO, Lucas de Holanda M. **Os Efeitos da Guarda Compartilhada**. [2018]. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1611400792P814.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2022.

CARVALHO, Maria Luiza de. **HOMEM que é HOMEM CUIDA? Aleitamento**, 2011. Disponível em: <https://aleitamento.com.br/secoes/cuidado-paterno/homem-que-e-homem-cuida/3141/>. Acesso em: 06 mai. 2022.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da M.; MACEDO, Rosa Maria Stefanini D. **Guarda Compartilhada**. Porto Alegre: Artmed, 2016. 9788582713334. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27 mar. 2022.

CHEMAMA, Roland. **Dicionário de Psicanálise**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1995. Disponível em: [https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Roland\\_Chemama\\_Dicionario-de-Psicanalise.pdf](https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Roland_Chemama_Dicionario-de-Psicanalise.pdf). Acesso em: 03 mai. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/65655/5077-Manual-de-Direito-das-Familias-by-Maria-Berenice-Dias-z-lib-org.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2022.

FEDERICI, Silvia. **O Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

GAGLIANO, Pablo S. **O divórcio na atualidade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 9788553604050. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27 mar. 2022.

GLOBO, Agência O. Fatia de mulheres em cargos de liderança cai no Brasil, e elas ainda ganham 77,7% do salário dos homens. **Época Negócios**, 2021. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2021/03/fatia-de-mulheres-em-cargos-de-lideranca-cai-no-brasil-e-elas-ainda-ganham-777-do-salario-dos-homens.html>. Acesso em: 06 mai. 2022.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, v. 37, n. 132, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmdsBWQ/>. Acesso em: 31 out. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas de Gênero: ocupação das mulheres é menor em lares com crianças de até três anos. **Agência de Notícias IBGE**, 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30172-estatisticas-de-genero-ocupacao-das-mulheres-e-menor-em-lares-com-criancas-de-ate-tres-anos>. Acesso em: 31 out. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do registro civil**. Rio de Janeiro: IBGE, v. 42, 2015. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2015\\_v42.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf). Acesso em: 06 mai. 2022.

John Bowlby e a importância do apego no processo de desenvolvimento da criança. **Revista Educação**, 2017. Disponível em: <https://revistaeducacao.com.br/2017/12/15/john-bowlby-e-importancia-do-apego-no-processo-de-desenvolvimento-da-crianca/>. Acesso em: 06 mai. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MADALENO, Rolf; CARPES, Ana Carolina. **Síndrome da Alienação Parental**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 9788530987541. Plataforma Minha Biblioteca. Acesso em: 27 mar 2022.

MANFROI, Edi Cristina; MACARINI, Samira Mafioletti; VIEIRA, Mauro Luis. Comportamento parental e o papel do pai no desenvolvimento infantil. **Revista Brasileira Crescimento Desenvolvimento Humano**, v. 21, n. 01, 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19996>. Acesso em: 31 out. 2021.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Disponível em: <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=bibliotdca&pagfis=754>. Acesso em: 06 mai. 2022.

NORONHA, João Luiz de Almeida Mendonça; ROMERO, Leonardo Dalto. A lei da alienação parental: da inconsequência dos pais para o bem-estar da criança e do adolescente. **IBDFAM**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1760/+lei+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+da+inconsequ%C3%Aancia+dos+pais+para+o+bemestar+da+crian%C3%A7a+e+do+adolescente>. Acesso em: 06 mai. 2022.

OLIVEIRA, José Antonio Cordeiro de. Guarda compartilhada: vantagens e desvantagens de sua aplicabilidade. **IBDFAM**, 2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/730/Guarda+compartilhada%3A+vantagens+e+desvantagens+de+sua+aplicabilidade>. Acesso em: 06 mai. 2022.

PAQUETTE, Daniel; BIGRAS, Marc. The risky situation: a procedure for assessing the father–child activation relationship. **Taylor & Francis Group**, v. 180, n. 1, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/pdfcookie.com\\_the-risky-situation-a-procedure-for-assessing-the-fatherchild-activation-relationship.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/pdfcookie.com_the-risky-situation-a-procedure-for-assessing-the-fatherchild-activation-relationship.pdf). Acesso em: 06 mai. 2022.

PEREIRA, Alan Rodrigues. Aspectos jurídicos da alienação parental: uma análise do perfil do alienador e as sequelas geradas. **IBDFAM**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1693/Aspectos+jur%C3%ADdicos+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+an%C3%AAlise+do+perfil+do+alienador+e+as+sequelas+geradas>. Acesso em: 06 mai. 2022.

TORRES, Felipe Queiroz. A criação do vínculo socioafetivo com o recém-nascido: as disparidades entre as licenças oferecidas aos pais e a importância dos laços afetivos. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, São Paulo, v. 4., 2019. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/793/pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge. **Aborto e (não) Desejo de Maternidade(s):** Questões para a Psicologia. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24590>. Acesso em: 06 mai. 2022.



# **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O BLOQUEIO DO TELEGRAM**

**Gabriella Spencer da Fontoura Teixeira**

Mestre em Direito e Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogada.  
E-mail: gabrielafonteira@yahoo.com.

**Nicholas Augustus de Barcellos Nether**

Mestre em Direito e Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Autor do Livro “Proteção de Dados dos Usuários de Aplicativos” (Juruá Editora, 2018). Advogado. E-mail: nicholasnether@hotmail.com.

**Resumo:** O trabalho versa sobre jurisdição constitucional entre outros assuntos como o controle de constitucionalidade, jurisdição constitucional, constitucionalismo democrático e direitos fundamentais, tratando da importância e do papel do Supremo Tribunal Federal. A jurisdição constitucional aborda também o controle de constitucionalidade exercido pelo STF. Discorre sobre a proteção dos direitos fundamentais e que alguns deles com status positivo pode ser prestado pelo Estado. Pode ser feito um juízo de ponderação e proporcionalidade nos Direitos Fundamentais.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional – constitucionalismo democrático – direitos fundamentais

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre a jurisdição constitucional e, dentro desse tema, serão abordados alguns assuntos, como controle de constitucionalidade, jurisdição constitucional, mencionando o caso judicial do bloqueio do sistema Telegram por não atender aos pedidos do Supremo Tribunal Federal, constitucionalismo democrático e direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade diz respeito à possibilidade do Poder Judiciário avaliar a conformidade das leis aprovadas pelo Parlamento com as disposições da Constituição Federal.

A jurisdição constitucional aborda o controle da constitucionalidade das normas, que pode ser desde o controle de constitucionalidade como também ações, súmulas vinculantes, garantia fundamental de ação, habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, etc.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal deve atuar como guardião da Carta Magna, preservando a ordem constitucional. Por outro lado, a legislação infraconstitucional também se rege por direitos fundamentais (embora não ocupe tal classe de garantias, apenas tendo conteúdo reflexo), o que amplia o encargo da Corte quanto a violações dessas normas, suscitando questionamentos sobre os limites para a competência do Tribunal, eis que – na hipótese de descumprimento – receberão o mesmo tratamento jurisdicional.

Recentemente, a desobediência constante a ordens emanadas pela Corte acerca de transgressões ao Marco Civil da Internet ensejou o bloqueio do Telegram, pois – de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – tais atos afetavam igualmente a ordem constitucional, como se examinará mais adiante.

O constitucionalismo democrático remete ao Estado Democrático de Direito. Dentro desse assunto, é reconhecido o grande papel das supremas cortes constitucionais que é proteger e promover os direitos fundamentais, assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático.

Quanto aos direitos fundamentais, cabe salientar que eles possuem um status positivo dos direitos constitucionais, que é o direito de receber as prestações positivas que o Estado pode prestar aos indivíduos. E, ainda, dentro desse assunto pode-se mencionar a ponderação de princípios.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Primeiramente quando se trata de jurisdição constitucional, aborda-se também o controle de constitucionalidade que serve para anular leis e atos inconstitucionais e as decisões dos tribunais terão efeitos *erga omnes*.

Kelsen explica que: “as leis cuja inconstitucionalidade é alegada constituem o objeto principal da jurisdição adequada. Por leis se entende os atos denominados dos órgãos legislativos, isto é, nas democracias modernas, dos parlamentos centrais ou, tratando-se de um Estado federativo, ideais. (KELSEN, 2003, p. 155)

Além disso, complementando a ideia acima, o controle precisa ser realizado pela jurisdição constitucional.

O controle da regularidade de tais atos não pode ser confiado a nenhuma outra instância que não a jurisdição constitucional. Mas mesmo a constitucionalidade de outros atos do Parlamento, que segundo a Constituição tem caráter obrigatório sem revestir necessariamente a forma de leis, não sendo exigida a sua publicação no Diário Oficial, como o regimento interno do Parlamento ou a votação do orçamento (supondo-se naturalmente, que ambos não precisem existir na forma de leis) e outros atos semelhantes, deve ser verificada pela jurisdição constitucional. (KELSEN, 2003, p. 155).

Dentro desse assunto recomenda-se submeter ao controle da jurisdição constitucional apenas as normas gerais que emanam exclusivamente de autoridades públicas, sejam elas autoridades centrais ou locais, autoridades estatais no sentido estrito da palavra, autoridades regionais ou até municipais. Além disso, é sabido que os tratados internacionais são subordinados ao ordenamento constitucional, podendo revogar leis.

Os tratados internacionais também podem ser considerados atos imediatamente subordinados à Constituição e sendo considerado uma fonte de direito equivalente à lei, o tratado internacional pode derrogar as leis, sendo assim é do maior interesse político que ele seja conforme a Constituição e respeite em particular as regras desta que determinam o conteúdo das leis e dos tratados. É feito um controle de tratados e nenhuma norma constitucional se opõe a isso. (KELSEN, 2003, p. 159)

Ainda, sobre o controle de constitucionalidade, a Constituição Federal explica como as leis devem ser elaboradas, ditando as regras e se não forem respeitadas, elas não serão consideradas válidas. É necessário mencionar também que o ordenamento constitucional menciona os limites que as normas devem respeitar. As normas válidas e, portanto, constitucionais poderão ser executadas.

A Constituição diz sem dúvida em seu texto que as leis só devem ser elaboradas desta ou daquela maneira e que não devem ter este ou aquele conteúdo; mas, admitindo-se que as leis inconstitucionais também serão válidas, ela indica na realidade que as leis podem ser elaboradas de outro modo e que seu conteúdo pode ir de encontro aos limites assinalados; porque as leis inconstitucionais só podem ser válidas em virtude de uma regra da Constituição; elas também devem ser de um modo ou de outro, constitucionais, já que válidas. (KELSEN, 2003, p. 180)

A respeito dos fundamentos do controle normativo judicial-constitucional pode-se mencionar a importância dos princípios do Estado de Direito, divisão de poderes, democrático e partidos políticos:

Primeiramente, a decisão da Lei Fundamental para o controle normativo judicial-constitucional conclui o desenvolvimento histórico e consoma o Estado de Direito em perspectiva jurídico-constitucional. O princípio do Estado de Direito pede não só a vinculação do legislador à Constituição como ordem fundamental do Estado, mas também um controle correspondente por uma instância politicamente independente, isto é, por um Tribunal. (ÁVILA, 2005, p. 182)

O modelo clássico de controle de constitucionalidade é o judicial, mas também existe o controle não judicial, que nesse caso deixa de fora o Poder Judiciário:

O modelo judicial é a forma clássica e bem-sucedida de controle de constitucionalidade. A configuração de um controle de constitucionalidade não judicial tem relação com a desconfiança no Judiciário, visto como poder que deveria se manter rigorosamente afastado dos assuntos do parlamento e que, por isso mesmo, não

deveria aferir a legitimidade das leis. (MARINONI; MITIDIEIRO; SARLET, 2017, p. 958-959)

### **3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Explica-se que a jurisdição constitucional abrange tudo que está ligado à constituição, a democracia, princípios constitucionais, bem como a ideia da supervalorização do uso das normas constitucionais e do direito constitucional. Existem também ataques a constituição que devem ser combatidos. O controle feito a jurisdição constitucional também exige um quórum de aprovação.

A jurisdição constitucional remete a ordem constitucional e aos mecanismos que o ordenamento jurídico tem para controlar a constitucionalidade das normas, que pode ser desde o controle de constitucionalidade como ações, súmulas vinculantes, garantia fundamental de ação, habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 59)

Kelsen explica que a jurisdição constitucional deve ser apreciada garantindo o ponto de vista de que existem diversos ataques contra ela e assim é um meio eficaz da maioria contra os atropelos da minoria. O autor entende ainda que quanto ao controle feito a jurisdição constitucional é necessário um quórum de aprovação:

A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. (KELSEN, 2003, p. 182)

Além disso, pode se mencionar a importância da tarefa do juiz quando exerce o seu papel de julgar os casos que chegam às suas mãos dentro do judiciário:

A tarefa do juiz no Estado Constitucional coloca-se como uma atividade de reconstrução da ordem jurídica. Não se trata, propriamente, de atividade criativa. A jurisdição não cria *ex novo*, mas recria – há uma reconstrução a partir de elementos já constantes dentro do sistema jurídico. A solução para os casos é buscada sempre em elementos constantes dentro do sistema jurídico. Mesmo quando o Supremo Tribunal Federal desenvolve o Direito brasileiro, cumprindo com a sua função de unidade prospectiva do Direito, a solução é fruto de uma outorga de sentido à ordem jurídica vigente. (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIEIRO, 2012, 129.)

É importante mencionar na seara da jurisdição constitucional a importância dos direitos fundamentais. Também é importante a ponderação dos princípios.

Jurisdição constitucional é somente então, como representação argumentativa, portanto, como representação do povo, por melhores argumentos que os do dador de leis, pensável se, no fundo, existe argumentação jurídico- constitucional racional. Direitos fundamentais colidem tanto um com o outro como com bens coletivos e, em ambos os casos, existem conjunturas completamente diferentes. O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico- constitucional. (KELSEN, 2007, p. 11 e 12)

Ainda pode ser explicado o fenômeno da constituição demais, ou seja, quando ocorre uma maior valorização das normas constitucionais em todos os campos para resolver questões e problemas. Isso seria considerado como sendo uma sobreconstitucionalização. Robert Alexy entende que:

No centro da teoria da jurisdição constitucional está a relação entre jurisdição constitucional e dação de leis. (...) Nos espaços estruturais do dador de leis cai tudo o que as normas da constituição nem ordenam e nem proibem. (KELSEN, 2007, p. 12)

Dentro da jurisdição constitucional ainda pode ser mencionada a importância que se dá ao espaço de ponderação de princípios. Nessa hipótese, o que é importante é o cumprimento dos princípios que são colidentes e que serão assim submetidos a um juízo de ponderação.

O espaço de ponderação tem importância particular, porque ele enlaça a teoria dos espaços com a teoria da ponderação. Um caso reside no espaço de ponderação quando existe um empate de ponderação. Um empate de ponderação existe quando o cumprimento dos princípios colidentes em ambos os lados, tem o mesmo peso. A natureza do direito constitucional permite somente escalações relativamente rudes dos pesos que se encontram em jogo na ponderação. (KELSEN, 2007, p. 12)

Ainda na jurisdição constitucional é necessário enfatizar a importância dos direitos fundamentais e dos direitos à liberdade e à igualdade. Os direitos fundamentais devem assegurar também tanto a autonomia privada quanto à pública. Dentro desse tema ainda se pode mencionar a importância da democracia.

Sobre a jurisdição constitucional pode-se mencionar a aprovação das leis pela democracia e quando as leis violam os direitos fundamentais pode se recorrer ao medicamento da jurisdição constitucional, Kelsen afirma que:

A jurisdição constitucional, todavia não é um remédio universal. Se não mais existe o suficiente que quer a democracia, então ninguém pode salvá-la. Além disso, a democracia também pode desenvolver efeitos negativos. Cada jurisdição constitucional contém o perigo do paternalismo. Esse somente então pode ser conjurado, se a jurisdição constitucional, como uma representação argumentativa dos cidadãos, primeiro está claramente mais próxima de ideais discursivos que o processo político, que levou à lei anulada, e, se, segundo, no processo político posterior, a decisão do tribunal constitucional é reconhecida pelos cidadãos em discussão e reflexão crítica como sua própria. (2007, p. 36)

Dentro da ideia de jurisdição constitucional conforme já mencionado anteriormente, pode-se falar a importância dos princípios constitucionais e em decorrência deles a ponderação, Alexy entende que:

A ponderação como parte de um exame de proporcionalidade, porém, é o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais e o fundamento principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais. (ALEXY, 2007, p. 51)

A jurisdição constitucional é a expressão do ser preferencial e de hierarquia mais elevada da constituição e, com isso, também dos direitos fundamentais diante e perante a dação de lei parlamentar ordinária:

Jurisdição constitucional compõe-se, certamente, de mais do que afirmações sobre constitucionalidade. O tribunal constitucional não só diz algo, ele também faz algo. Ela é o exercício de poder estatal e somente então pode ser legítima se ela é compatível com a democracia. O exercício de poder estatal pelo parlamento é legítimo porque o parlamento representa o povo. Essa representação é democrática porque os membros do parlamento são eleitos por eleição livre e igual e por meio da sanção da não-reeleição- controlados. (ALEXY, 2007, p. 162-163).

A constituição tem que estar centrada em outros assuntos que não precisam ser jurídicos, podendo se basear em outras ideias e princípios:

Dentro do constitucionalismo pode se dizer que a constituição não pode estar centrada exclusivamente no jurídico porque se assim fosse ameaçaria importantes aspectos da cultura constitucional. Existem outras ideias e princípios que devem estar positivados em uma Constituição. Uma constituição centrada exclusivamente no aspecto jurídico conduz a uma limitação maior e que ameaça importantes aspectos da cultura constitucional. (POST, 2013, p. 121, tradução nossa).

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema.

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitu-



cionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (BARROSO, 2017 a, p. 05)

A respeito do tema da jurisdição constitucional é possível enfatizar que as múltiplas competências do Supremo Tribunal Federal, enunciadas no art. 102 da Constituição, podem ser divididas em duas grandes categorias: ordinárias e constitucionais. Este Tribunal presta jurisdição ordinária nas diferentes hipóteses em que atua como qualquer outro órgão jurisdicional, aplicando o direito infraconstitucional a situações concretas, que vão do julgamento criminal de parlamentares à solução de conflitos de competência entre tribunais. De parte disso, o Tribunal tem, como função principal, o exercício da jurisdição constitucional, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em processos subjetivos.

“Ao prestar jurisdição constitucional nos diferentes cenários pertinentes, cabe à Corte: (i) aplicar diretamente a Constituição a situações nela contempladas, como faz, por exemplo, ao assegurar ao acusado em ação penal o direito à não autoincriminação; (ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, como fez no tocante à resolução do TSE que redistribuía o número de cadeiras na Câmara do Deputados; ou (iii) sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes, como fez ao regulamentar a greve no serviço público.” (BARROSO, 2019, Págs. 35-36)

Ainda, dentro da temática da jurisdição constitucional, pode-se afirmar que ela tem sido assentada em fundamentos principais que são a proteção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático:

Além disso, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. (BARROSO, 2019, Pag. 36)

Pode-se tratar também nesse aspecto do fenômeno da judicialização, que são questões importantes abordadas e tratadas pelo Poder Judiciário e não somente pelo Supremo Tribunal Federal.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros. (BARROSO, 2017 a, p. 06).

#### **4 CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO**

A premissa do constitucionalismo democrático é a que a autoridade da Constituição depende da sua legitimidade democrática.

La premissa del constitucionalismo democrático es que la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, de su capacidad para inspirar a los estadounidenses a reconocerla como su Constitución. Esta creencia está sostenida em tradiciones de compromisos populares que facultan a los ciudadanos a presentar reclamos referidos al significado de la Constitución y a oponer-se a su gobierno (mediante la creación de normas constitucionales, la política electoral y las instituciones de la sociedade civil) cuando consideran que no respecta la Constitución. (POST, 2013, p. 44-45)

Além disso, o constitucionalismo democrático refere-se também a impugnação das normas com conteúdo de direito constitucional.

El constitucionalismo democrático sugere que las reacciones violentas pueden comprenderse como uma de las muchas prácticas posibles de impugnación de normas através de las cuales el pueblo trata de influir en el contenido del derecho constitucional. (POST, 2013, p. 55)

O constitucionalismo democrático permite compreender como a constituição pode continuar inspirando lealdade e compromisso apesar de persistente desacordo. Cabe salientar ainda que todas as normas tem que respeitar a supremacia da Constituição:

The supremacy of the constitution was enacted at its birth both in America and France. Sieyès, who provided the theoretical basis for transforming the Estates General, instituted for the first time in 300 years, into a National Assembly, discovered the distinction between 'pouvoir constituant' and 'pouvoir constitué that remains valid today. (GRIMM, 2016, p. 12)

Dentro do tema do constitucionalismo democrático é importante referir as condições que a constituição moderna surgiu:

The conditions under which the modern constitution was able to emerge more than two centuries ago have since changed, this forces the question as to whether the constitution can be maintained when severed from its originating conditions and under altered prerequisites. Admittedly, the outward signs would indicate the demand, because the constitution has spread across the globe and is to be found not only in those political systems with a tradition of bourgeois liberalism. However, this circumstance initially testifies only to the continuing as a solution to the problem of legitimation and limitation of political power.(GRIMM, 2016, p. 61)

Também houve o desenvolvimento do conceito de constituição na perspectiva histórica:

In the second half of the eighteenth century, a general trend towards the juridification of state rule may be observed which also

affects the concept of ‘constitution.’ Originally and empirical term used to comprehensively describe the political condition of a state, ‘constitution’ increasingly loses its non-juristic componentes, is narrowed to the legally structured condition of a state and, following the transition to modern constitutionalism, merges with the law that regulates the establishment and exercise of state rule, thus metamorphosing from a descriptive to a prescriptive term. (GRIMM, 2016, p. 90)

Além disso, menciona-se que a jurisdição constitucional é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária.

É reconhecido o grande papel das supremas cortes constitucionais que é proteger e promover os direitos fundamentais, assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático.

Além disso, sobre jurisdição constitucional pode-se mencionar que a função de julgar é diferente de legislar e de administrar. Os tribunais afirmam que julgar é diferente de legislar e de administrar e os tribunais não podem fugir de doutrinas, conceitos e princípios manejados pela comunidade jurídica em geral. Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juizes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Nessa linha, proclamam essas correntes, o juiz produzirá em última análise a solução que melhor atenda às suas preferências pessoais, à sua ideologia ou a fatores externos. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência disso. (BARROSO, 2017 b, p. 24)

Além dos temas tratados acima, é possível falar no neoconstitucionalismo que está relacionado com as transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional.

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco filosófico, o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2a Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco teórico, o conjunto de

novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter descritivo de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão normativa, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. (BARROSO, 2019, p. 28)

Por fim, simultaneamente a esses novos desenvolvimentos teóricos, verificou-se, também, vertiginosa ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno é universal e também está conectado ao final da Segunda Grande Guerra. A partir daí, o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juizes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país. Esse fato é potencializado pela existência, entre nós, de Constituição abrangente, que cuida de ampla variedade de temas. No fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações institucionais, e em parte como consequência deles, houve importante incremento na subjetividade judicial. (BARROSO, 2019, p. 28)

Pode-se afirmar que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é considerado um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais.

Além disso, existem duas concepções fundamentais do sistema jurídico que são a do constitucionalismo e a do legalismo. O constitucionalismo afirma que a constituição não é mais somente fundamento da autorização e quadro para o direito ordinário. Ela converte-se, sobretudo, com conceitos como aqueles do estado de direito, da democracia e do estado social, em meio quanto ao conteúdo do sistema jurídico. Para o constitucionalismo moderado ocorre a distinção entre regras e princí-

pios. A ponderação é a forma de aplicação do direito característica para os princípios (ALEXY, 2015, p. 162).

## **5 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais podem ter duas construções fundamentais que se dão em regras e princípios e influenciam no constitucionalismo democrático.

Essas construções não se realizam, em parte alguma de forma pura, mas elas representam ideias opostas das quais depende a solução de quase todos os problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Questões da dogmática dos direitos fundamentais são não só problemas de uma área específica do direito. As respostas que são dadas a elas têm consequências para a estrutura do sistema jurídico como um todo. (ALEXY, 2015 b, p. 145)

Na jurisdição constitucional pode se afirmar que os direitos fundamentais exercem um importante papel. Estão ligados com os direitos humanos e com a liberdade e a igualdade.

A evolução histórica permite reconhecer duas linhas: por um lado, os direitos fundamentais são entendidos como direitos humanos do indivíduo anteriores ao Estado; a liberdade e a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado e os direitos a liberdade e a igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. (PIEROTH; SHILINK, 2012, p. 48)

Além disso, dentro dessa temática também é importante mencionar os direitos humanos que são considerados direitos do indivíduo e vinculam o Estado.

É importante mencionar ainda os princípios constitucionais e a ponderação que é feita pelos tribunais ao darem as suas decisões.

A respeito dos direitos fundamentais podemos afirmar ainda que se precisa analisar o conteúdo deles para se chegar às decisões fundamentais:

Importa considerar, ainda com relação à nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamen-

tais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. (SARLET, 2009, pág. 75)

Quanto aos direitos fundamentais, ainda se pode afirmar que eles apresentam uma divisão em duas partes, que são direitos formal e materialmente fundamentais e direitos apenas materialmente fundamentais.

Os direitos fundamentais ainda podem ser divididos em formal e materialmente fundamentais de acordo com o que explica o art. 5º, §2º da Constituição Federal. Em princípio, com base no entendimento subjacente no art. 5, §2º da Constituição Federal, podemos, desde logo, cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional), devendo ser referida a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais. (SARLET, 2009, pág. 80-81).

Os direitos fundamentais na Constituição brasileira estão elencados no art. 5º. E, além disso, pode-se mencionar os direitos fundamentais processuais, tais como o direito fundamental ao processo justo, à colaboração no processo, à tutela adequada e efetiva, ao contraditório e a ampla defesa, à motivação das decisões, à segurança jurídica no processo, dentre outros.

Quanto ao direito fundamental da segurança jurídica pode-se afirmar que ele não está na Constituição Federal, mas visa garantir a efetividade dos movimentos processuais e das outras situações jurídicas:

O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo. Nessa linha, o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito: à preclusão; à coisa julgada; à forma processual em geral; e ao precedente judicial. (MITIDIEIRO; MARINONI; SARLET, 2017, p. 821)

Além disso, as normas de direitos fundamentais englobam regras e princípios:

A compreensão do sistema de normas jurídicas como um modelo de regras e de princípios permite a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios e como regras. É que as normas de direitos fundamentais apresentam um caráter duplo e podem ser identificadas como princípios ou como regras. Uma norma de direito fundamental pode ser uma regra, um princípio ou pode ser apresentada de forma tal que reúna um princípio e uma regra. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 32-33)

Pode-se afirmar que quando os princípios colidem com outros princípios eles se submetem ao juízo de ponderação: “Princípios colidem com outros princípios e, por isso, a forma típica dos princípios é a ponderação. Somente a ponderação leva do dever- prima facie ideal ao dever real e definitivo.” (ALEXY, 2007, p. 64)

Os direitos fundamentais podem ter status positivos ou sociais ou a prestações. São positivos porque o indivíduo pode exigir do Estado uma prestação material.

A categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos sociais ou a prestações engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*. O Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição. De forma simétrica, o indivíduo tem o direito positivo de receber algo, que pode ser material ou imaterial. O termo direitos sociais se justifica porque seu objetivo é a melhoria da vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de políticas social. (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 67)

Ainda sobre o status positivo dos direitos constitucionais, ou seja, o direito de receber as prestações positivas que o Estado pode prestar aos indivíduos, é necessário enfatizar que:

A diferença materialmente decisiva consiste em saber, no caso dos direitos positivos, se eles se referem a medidas já existentes



do Estado, ou se se dirigem à criação destas. Isto é, se estes direitos garantem ao particular uma pretensão à proteção com a sua disponibilização. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 63)

A par destes, os direitos de igualdade garantem a participação em condições de igualdade nas medidas estaduais; são os clássicos direitos derivados do *status positivus*. No entanto, com isto apenas se diz que o Estado não pode excluir arbitrariamente pessoas individuais ou grupos. Além disso, do dever do Estado de conceder proteção à dignidade da pessoa humana emana um direito do particular à respectiva proteção. Por vezes, um direito fundamental parece conferir um direito de prestação, sendo, no entanto, um efeito jurídico do direito de defesa. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 64)

Os direitos fundamentais também estão relacionados com a ideia de limites e com a ideia de garantias:

As reservas de lei permitem ao legislador interferir nos próprios direitos fundamentais ou autorizar a Administração a interferir neles. Permitem-lhe, assim, estabelecer limites ao exercício dos direitos fundamentais. O limite de limites está contido nos próprios direitos fundamentais. Até mesmo as garantias jurídico fundamentais que se apresentam como direitos fundamentais especiais, podem constituir limite de limites. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 137)

Ainda, dentro dos direitos fundamentais pode-se enfatizar que o Estado tem um dever de proteção de alguns direitos, conforme abaixo.

O dever de proteção exige que o Estado atue de forma protetora, mas não faz exigências sobre o como; é necessário que tome uma de muitas medidas de proteção, mas não uma determinada, única. Se alguma vez se verificar de fato a situação, dificilmente concebível de a proteção poder ser efetuada apenas por meio de uma única medida, a caracterização desta medida de proteção como necessária não tem conteúdo, a medida de proteção necessária é simplesmente única. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 145)

Além disso, pode-se mencionar a importância da ponderação dos princípios constitucionais que pode ser feito pelo legislador e pelo tribunal constitucional. Aqui também é abordada a ideia de democracia.

No solo es el legislador quien puede efectuar la ponderación de principios jurídico-constitucionales, sino que también puede hacerlo un tribunal, em especial un tribunal, em especial el tribunal constitucional. Y en la medida em que no sea posible la justificación objetiva de los resultados de la ponderación, el problema de la primacía de la Constitución se convierte, por lo tanto, en la cuestión, de se debe atribuir prioridad a las decisiones ponderativas del legislador o a las del tribunal, esto es, a que órgano, debe incumbir la competencia para adoptar las decisiones vinculantes em última instancia. (SIECKMANN, 2014, p. 238)

Não obstante cabe perguntar qual das instituições está melhor qualificada para efetuar os necessários juízos de ponderação. A democracia e a divisão de poderes constituem argumentos fortes para resolver a questão em favor do legislador, mas não são argumentos concludentes. Podem haver âmbitos em que os tribunais constitucionais se encontram em uma posição melhor para tomar estas decisões de ponderação. (SIECKMANN, 2014, p. 238-239, tradução nossa)

Uma democracia madura considera a vida das pessoas, as condições reais de existência, o exercício das liberdades, os direitos e as obrigações, a alternância do poder, o funcionamento das instituições, a atuação do mercado, as políticas de Estado, entre outros, em profunda imbricação e interdependência com as políticas de desenvolvimento. Deve-se se observar que o dinamismo de uma democracia está em permanente evolução pressionada e atenta aos novos atores, necessidades e desafios que se apresentam. Atualmente, é fundamental destacar a emergência e afirmação das culturas, os direitos sociais, o direito dos animais não humanos, as futuras gerações e a utilização equilibrada dos recursos naturais e ambientais. (BORTOLI; ZAMBAM, 2013, p. 220)

## **6 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BLOQUEIO DO TELEGRAM**

Em 17 de Março de 2022, o Ministro Alexandre de Moraes determinou a suspensão do aplicativo de troca instantânea de mensagens Telegram pelo reiterado descumprimento de decisões judiciais.

Sobre a violação à ordem constitucional, ressalta-se o seguinte trecho da Petição nº 9.935/DF (BRASIL, 2022a, p. 4):

As atividades desenvolvidas na *internet* são regulamentadas no Brasil, em especial, pela Lei 12.965/14 (“Marco Civil da *Internet*”), destacando-se que **tais atividades também estão sujeitas ao princípio da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) [grifo nosso]**, conforme previsto expressamente em diversos dispositivos da referida lei, por exemplo: para fins de quebra de sigilo de dados ou de comunicações (art. 7º, II e III, e art. 10), para deixar indisponível o conteúdo ilícito gerado por terceiros (arts. 19 e 20), e para obter prova em processo judicial (art. 22).

O artigo 7º, incisos II e III, da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – assim regulam os direitos referentes ao acesso da rede mundial de computadores (BRASIL, 2014):

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

No mesmo sentido, o parágrafo 1º do artigo 10 da referida legislação prevê o fornecimento de informações através de ordem judicial – cuja desobediência motivou a Petição nº 9.935/DF (BRASIL, 2014):

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º

O artigo 19, *caput*, da citada norma versa acerca da responsabilidade de sujeitos como o Telegram, na hipótese de descumprimento de mandado judicial – assim como ocorreu em relação ao dispositivo referido anteriormente (BRASIL, 2014):

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de

conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Como se pode observar nos dispositivos apresentados, a ordem judicial é medida extrema para a entrega de dados pessoais e para o bloqueio de conteúdo, que – se não forem cumpridos – ocasionarão penas aos entes responsáveis pelas informações.

Ademais, o desrespeito à norma infraconstitucional também viola os princípios insculpidos na Carta Magna (BRASIL, 2022a):

O desrespeito à legislação brasileira e o reiterado descumprimento de inúmeras decisões judiciais pelo TELEGRAM, – empresa que opera no território brasileiro, sem indicar seu representante – inclusive emanadas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – é **circunstância completamente incompatível com a ordem constitucional vigente [grifo nosso]**, além de contrariar expressamente dispositivo legal (art. 10, § 1º, da Lei 12.965/14).

A frequente inobservância das decisões judiciais pelo Telegram gerou o bloqueio de seu aplicativo (BRASIL, 2022a):

Dessa maneira, estão presentes os requisitos necessários para a decretação da suspensão temporária das atividades do TELEGRAM, até que haja o efetivo e integral cumprimento das decisões judiciais, nos termos destinados aos demais serviços de aplicações na *internet*, conforme o art. 12, III, do Marco Civil da *Internet*.

Para fins de contextualização, segue o citado dispositivo (BRASIL, 2014):

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

[...]

III – suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

O Telegram atendeu parcialmente às determinações, o que motivou novo despacho em 19 de Março de 2022 do Ministro Alexandre de Moraes na Petição nº 9.935/DF (BRASIL, 2022b, p. 11):

**O TELEGRAM, até o presente momento, CUMPRIU PARCIALMENTE AS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS, sendo necessário o cumprimento integral para que seja afastada a decisão de suspensão proferida em 17/3/2022 [grifo do autor].**

Considerando, porém, o atendimento parcial da decisão e o estabelecimento de comunicação da plataforma TELEGRAM com esta SUPREMA CORTE, verifico a pertinência de intimação da empresa, oportunizando nova possibilidade para efetivar o cumprimento das determinações faltantes.

No dia seguinte, o aplicativo complementou as informações solicitadas, obtendo o a revogação do bloqueio, como se pode verificar no seguinte trecho do despacho (BRASIL, 2022c, pp. 18-19):

O TELEGRAM complementou, integralmente, o cumprimento das medidas determinadas no prazo estabelecido de 24 (vinte e quatro) horas, tendo sido intimado na data de ontem, 19/3/2022, às 16h44min e informado o cumprimento de todas as medidas determinadas no dia de hoje, 20/3/2022, às 14h45min.

**Diante do exposto, considerado o atendimento integral das decisões proferidas em 17/3/2022 e 19/3/2022, REVOGO A DECISÃO DE COMPLETA E INTEGRAL SUSPENSÃO DO FUNCIONAMENTO DO TELEGRAM NO BRASIL, proferida em 17/3/2022, devendo ser intimado, inclusive por meios digitais – , o Presidente da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), WILSON DINIZ WELLISCH, para que adote IMEDIATAMENTE todas as providências necessárias para a revogação da medida, comunicando-se essa CORTE, no máximo em 24 (vinte e quatro) horas [grifo do autor].**

Pelo exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a violação ao Marco Civil da Internet (que se ampara em direitos fundamentais, todavia não integra o rol do artigo 5º da Carta Magna), também pode afetar a ordem constitucional, o que motiva a receber tratamento jurisdicional como se fosse a própria inobservância de uma garantia fundamental – expandindo o trabalho da Corte para julgamento de demandas atípicas à sua função.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição constitucional como vimos envolve vários assuntos, tais como o controle de constitucionalidade, princípio democrático, democracia, direitos fundamentais, dentre outros.

Dentro da ideia de direitos fundamentais, temos que eles devem ser protegidos pelo Estado e também apresentam um status positivo que consiste no direito dos indivíduos receberem prestações positivas. Dá-se uma certa importância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Saúde, educação, moradia são alguns direitos e prestações positivas que os indivíduos têm protegidos e podem ter sem pedirem ao Estado.

A jurisdição constitucional é prestada quanto a normas que envolvem a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, mas o presente trabalho também abordou a importância da jurisdição quando é prestada pelos juízes de direito nas diversas situações cotidianas que encontram meios para chegar ao Poder Judiciário.

Dentro do tema da jurisdição constitucional da atuação do Supremo Tribunal Federal buscou-se analisar o caso prático ocorrido em fevereiro desse ano a respeito do bloqueio do sistema Telegram, que é um serviço de mensagens instantâneas, por não ter atendido ao pedido do Supremo para que apagasse perfis ligados ao blogueiro do atual governo, Allan dos Santos.

Quanto ao caso mencionado e a atuação do Supremo Tribunal Federal, suprema corte brasileira, salienta-se que segundo o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Dessa forma, o bloqueio do Telegram terá que ser analisado judicialmente, visando o acesso à justiça.

Sabe-se também que é feito um controle de constitucionalidade das normas constitucionais e quando elas não preenchem os requisitos são classificadas como inconstitucionais.

A democracia e o constitucionalismo democrático estão ligados à proteção e promoção dos direitos fundamentais a fim de assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. **Direito razão e discurso. Estudos para a filosofia do Direito.** Tradutor e revisor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. (2015 a)

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. (2015 b)

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Processo Civil: volume I: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto (2017 a). **Constituição, democracia e supremacia judicial.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.)> Acesso em 14 de jun.2019.

BARROSO, Luiz Roberto (2017 b). **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis dos Tribunais Constitucionais nas Democracias Contemporâneas.** Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>. Acesso em 17 de junho de 2019.

BARROSO (2019). **Razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>>. Acesso em 20 de jun. 2019.

BORTOLI, José Carlos Kraemer; ZAMBAM, Neuro José. **A democracia, os direitos fundamentais e o desenvolvimento.** In: Direitos fundamentais e democracia constitucional. Florianópolis: **Conceito Editorial**, 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 24 abr 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.935/DF.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília/DF, 17 de Março de 2022. Disponível em: <<https://>

[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DespachoTelegram1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DespachoTelegram1.pdf). Acesso em: 24 abr 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.935/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília/DF, 19 de Março de 2022. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisaoTelegram19mar.pdf>>. Acesso em: 24 abr 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.935/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília/DF, 20 de Março de 2022. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisaoTelegram20mar.pdf>>. Acesso em: 24 abr 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism. Past, present, and future-Oxford University Press** (2016) Oxford constitutional theory

WAMBIER; Luiz Rodrigues e TALAMINI; Eduardo. **Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo**. V.I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

POST, Robert. **Constitucionalismo democrático: Por uma reconciliación entre Constitución y pueblo**. 1ªed. Buenos Aires: Sglo Veintiuno Editores, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2009.



PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, 2012. **Direitos fundamentais**. Tradutores: Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIECKMANN, JAN-R. **La teoría del derecho de Robert Alexy**. Análisis y crítica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.



# MÍNIMO EXISTENCIAL E A APLICABILIDADE DIANTE DA LEI DE SUPERENDIVIDAMENTO

**Cristina Stringari Pasqual**

Doutora e Mestre em Direito pela UFRGS, Especialista em Processo Civil pela PUCRS, Professora da Graduação e Pós-graduação stricto sensu da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Advogada. E-mail: cristinaspasqual@terra.com.br

**Larissa Oliveira Palagi de Souza**

Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogada. Membro da Comissão de Direito Ambiental. Pesquisadora dos grupos de pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, “Teoria do Direito: da academia à prática” e “Colisão De Direitos Fundamentais e O Direito Como Argumentação”. E-mail: larissaops@gmail.com

**Resumo:** O presente trabalho tem o objetivo de analisar os efeitos gerados pelo mundo pós-moderno e como esses atingiram os hábitos do consumidor, bem como o surgimento da Lei de Superendividamento (Lei n.º 14.181 de 01 de julho de 2021) diante desse cenário. Outrossim, a pesquisa visa verificar como os direitos sociais foram impactados por essa norma, bem como poderão influenciar na vida dos consumidores. Além do mais, é importante, nesse contexto, trazer o mínimo existencial que foi abordado pela legislação. Contudo, esta não o limitou, nem o especificou. Dessa forma, é necessário compreender como a aplicabilidade dos artigos, que tratam do mínimo existencial, será realizada e se existe uma real necessidade da regulamentação para que ele possa ser aplicado. A metodologia privilegia a abordagem hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chaves:** consumidor; superendividados; Lei do superendividamento; Direitos Sociais; mínimo existencial.

## 1 INTRODUÇÃO

Depois de mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, em 01 de julho de 2021 foi aprovada a Lei n.º 14.181 a qual preceitua importante disciplina relativa à tutela do crédito e em especial à proteção do consumidor superendividado.

Tal legislação trouxe a inclusão de inúmeras complementações a regras já existentes no Código de Defesa do Consumidor. Nos artigos introdutórios da Lei (art. 4º, 5º e 6º), incluiu princípios orientadores da relação de consumo e direitos do consumidor, estando entre eles a prevenção e tratamento do superendividamento como mecanismo para evitar a exclusão social do consumidor e preservar o mínimo existencial, a garantia de práticas de crédito responsável e a educação financeira e ambiental. Já na parte relativa à tutela contratual, acrescentou hipótese de cláusula abusiva (art. 51, XVIII) e fez incorporar-se ao diploma, o Capítulo VI-A, o qual dispõe especificamente sobre regras de prevenção e tratamento do superendividamento (arts.54-A, 54-B, 54-C, 54-D, 54-F, 54-G). Já no título III, que trata da defesa do consumidor em juízo, incluiu o Capítulo V, trazendo a disciplina relativa ao tratamento do superendividamento (arts.104-A, 104-B, 104-C).

Com a nova disciplina resta evidente a preocupação do legislador em assegurar a dignidade da pessoa humana, buscando proteger o que denominou de mínimo existencial, e assim evitar a exclusão social dos consumidores em decorrência do excesso de dívidas decorrentes da contratação de crédito. Com a inclusão de novos artigos, buscou o legislador fomentar mudanças no âmbito das relações de crédito ao consumidor, aprofundando uma proteção aos direitos da pessoa natural, procurando mitigar os danos gerados pelo consumo excessivo capaz de colocar o indivíduo em um estado de verdadeira insolvência civil.

A relevância do tema portanto é inegável, pois põe em evidência o importante objetivo da Lei n.º 14.181/2021 em proteger o direito a uma existência digna ao consumidor que se vê submetido aos acidentes da vida ou à sedução do consumo excessivo e com isso impedido de cumprir com suas obrigações presentes e futuras. Surge assim a Lei promovendo os direitos mínimos de sobrevivência do indivíduo, seja mediante a imposição de normas para prevenir o endividamento demasiado, seja para tratá-lo quando já configurado o superendividamento.

Observa-se do texto legal um importante fundamento da disciplina nele contida se assenta na proteção do que denominou de mínimo existencial, expressão esta que é mencionada em diversos dispositivos. Todavia, optou o legislador por não trazer uma definição quanto ao que se deve compreender por mínimo existencial, prevendo a necessidade de ser aprovada regulamentação específica para tanto, o que até o presente momento não ocorreu.

Frente a esta realidade, impende aos intérpretes e operadores da lei buscarem mecanismos para que se possa aplicar de forma equilibrada a norma, sendo assim necessário chegar-se a um critério balizador para frente aos casos concretos ser possível determinar o que deva ser entendido como mínimo existencial a ser protegido.

Nesse sentido, buscará este ensaio abordar a problemática apresentando uma reflexão sobre o tema, para assim chegar-se a uma conclusão quanto a melhor forma de interpretação deste fundamento tão importante para a aplicação da prevenção e tratamento do superendividamento.

O método privilegia a abordagem hipotético-dedutiva, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o assunto para chegar a conclusões que possam contribuir para uma adequada resposta à aplicabilidade do mínimo existencial diante de uma ausência de regulamentação.

## **2 SUPERENDIVIDAMENTO NO MUNDO PÓS-MODERNO E A LEI 14.121/2021**

No final do século XX, com os impactos gerados pela globalização, nasceu a sociedade pós-moderna a qual caracteriza-se pelo colapso de ideologias, a insegurança no emprego, as incertezas econômicas e sociais, entre outras problemáticas e confusões que sobrevieram ao período pós-moderno. (BAUMAN, 2016, p.110). Ademais, nessa era, é relevante mencionar o aspecto da globalização que teve como características o surgimento de tecnologias, possibilitando a comunicação instantânea, trazendo como resultado a comercialização, cada vez maior, de produtos e serviços, ampliando consideravelmente relações comerciais (WODTKE, 2014, p.9-10). Logo, esses traços são cruciais e definidores da nossa realidade do começo do século XXI (BAUMAN, 2016, p.108).

Nesse contexto, esse período tem como principal ideologia a “Felicidade pelo consumo” (BAUMAN, 2016, p.93), em que associa a felicidade plena ao desejo de consumir. Esse ato traz a ilusão da promessa de preenchimento de carências e vazios existenciais que se transformam em

satisfação pessoal momentâneas, que acaba sendo muito bem explorado pelo apelo do *marketing* (LIPPSTEIN, 2021, p.45). Outrossim, como bem mencionado por Carlo Bordini (2016, p.100-101), a pós-modernidade desencadeou a exaltação do individualismo e o declínio da solidariedade e da falta de respeito pelo outro, mostrando uma sociedade em que prevalece o “Consumismo cego”, despreocupado com os recursos do planeta.

O assédio ao consumo, principalmente a partir do desenvolvimento do *marketing* agressivo, faz com que os consumidores sejam diariamente bombardeados com novidades, com ofertas de produtos e serviços e a promessa de que são necessários, imprescindíveis para uma vida confortável e feliz, afetando diretamente sua liberdade de escolha. A adoção de tais práticas tornou-se tão reiterada que o consumidor acaba por assumi-las como algo natural e aceitável.

Nesse contexto, é perceptível o surgimento de uma nova era onde o ter ganha prevalência sobre o ser. O ato de consumir se torna algo de fácil acesso, gerando uma sociedade de alto consumo. Como bem afirma Zygmunt Bauman, “o problema não é consumir; é o desejo insaciável de continuar consumindo”. Destarte, é visível que o consumo sem limites passa a gerar danos irreversíveis à vida dos indivíduos agravando a vulnerabilidade dos consumidores e potencializando as chances de superendividamento. Em uma sociedade de consumo em massa, como bem entende o sociólogo, é muito mais relevante os imediatismos do que o planejamento a longo prazo (BAUMAN, 2008).

E efetivamente pouco a pouco as situações de endividamento excessivo foram se intensificando, passando a ser identificadas em um grande grupo de consumidores (WODTKE, 2014, p.9-10). Eles passaram a estarem submetidos não a situações de mero descumprimento obrigacional ou uma falta de liquidez momentânea, mas sim a situações de impossibilidade plena de cumprimento de todos os seus débitos, sob pena de inviabilizar a manutenção de sua vida digna, atingindo assim a sua subsistência. (VERBICARO; RODRIGUES; ATAÍDE, 2018, online).

Esse período está pautado no milagre do crédito, pela utilização de instrumentos que, apesar de trazerem o benefício de proporcionar o acesso a bens e serviços com o pagamento no futuro, acabam pelo seu uso desmedido tornando-se uma verdadeira armadilha frente ao consumo excessivo. O imediatismo econômico alia-se ao consumo irresponsável. O indivíduo perde a noção do quanto ganha e o quanto pode gastar (BAUMAN, 2010, p.29).

No Brasil o fenômeno do superendividamento foi tomando forma na década de 2000, sendo observado por diversos juristas<sup>1 2 3 4</sup> a necessidade de adoção de medidas legais para a proteção dos consumidores superendividados, a fim de impedir que fossem excluídos da vida em sociedade, bem como para não se tornar o superendividamento um problema social irreparável.

Diante disso, frente a judicialização deste novo fenômeno social, passou-se a verificar a tutela desses consumidores mediante o emprego de regras e princípios já consagrados no direito brasileiro, em especial evocando-se o princípio da boa-fé, e a partir dele a aplicação do dever de cooperação e a consagração da necessidade de renegociação dos contratos.

No Estado do Rio Grande do Sul, nos anos de 2005 e 2006, desenvolveu-se o projeto Piloto de tratamento de superendividamento, conduzido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (MARQUES; SANSEVERINO, 2015, p.576), o qual proporcionou resultados práticos significativos e a partir dele, no ano de 2009, a elaboração do projeto acadêmico sobre prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor pessoa física, a fim de fomentar a discussão sobre o tema. Posteriormente, em 2010, constituiu-se na Universidade Federal do Rio Grande do Sul um Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor, de forma a reunir os dados empíricos sobre este projeto-piloto no Brasil e estudos sobre os modelos de enfrentamento do superendividamento dos consumidores no mundo. Em dezembro do mesmo ano a março de 2012, a Presidência do Senado Federal criou uma Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor com o tema principal da prevenção do superendividamento, surgindo assim o PL 283/2012, tratando sobre crédito ao consumidor e prevenção do superendividamento por meio da conciliação em bloco (MARQUES, 2020, online), o qual após longo período de tramitação transformou-se na Lei n.º 14.181/2021.

O estudo feito para a elaboração da lei tomou, principalmente, por base a norma do modelo francês a fim de verificar qual sistema melhor se adaptaria à realidade brasileira, sendo escolhido o francês como referência.

---

1 Claudia Lima Marques e Antônio Herman V. Benjamin e pelas magistradas Clarissa Costa de Lima e Karen Rick Danilevicz Bertoncello.

2 Comentários à Lei 14.181/2021 (BENJAMIN, MARQUES, VIAL, 2022)

3 Medidas protetivas frente ao superendividamento dos consumidores na União Europeia. Revista de Direito do Consumidor. (LIMA, 2010)

4 Superendividamento do Consumidor. (BERTONCELLO, 2015)

A regulamentação francesa pauta-se na reeducação do consumidor, trazendo um procedimento de pagamento das dívidas após uma renegociação global com todos os credores, voluntária em primeiro momento, diante de uma comissão administrativa ou extrajudicial e judicial em um segundo momento. (BENJAMIN; MARQUES; VIAL, 2022, online).

No Brasil, a nova lei fundamenta-se na busca de uma renegociação global e consensual entre os fornecedores e o consumidor, a qual não sendo exitosa, permite ao consumidor a instauração de processo por superendividamento para revisar e integrar os contratos mediante a repactuação das dívidas, estabelecendo-se um plano judicial compulsório para o pagamento das obrigações assumidas pelos consumidores superendividados, sempre buscando-se a preservação do mínimo existencial dos devedores.

Em suma, o mínimo existencial é que deve servir como parâmetro, seja na obtenção de um acordo ou da imposição compulsória de repactuação das dívidas.

### **3 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL PARA A TUTELA DO SUPERENDIVIDADO**

Os direitos sociais, direitos de segunda geração,<sup>5</sup> estão previstos no artigo 6.º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo eles a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os direitos fundamentais de todas as gerações ou dimensões são amparados pela dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental (SARLET, 2011, p.101-102). Assim, esses são a primeira e mais importante forma de concretização do princípio da dignidade humana, consistindo em uma cláusula aberta, podendo respaldar o aparecimento de novos direitos na dogmática constitucional, uma vez que a pessoa é a prioridade do Estado em todas as suas dimensões (SILVA; MASSON, 2015, P.191). Destarte, é perceptível que os direitos sociais estão amparados pela dignidade humana; logo, qualquer omissão em relação a eles, seria uma violação.

Como bem elucidam Rogério Luiz Nery da Silva e Daiane Garcia Masson (2015, p.198), o mínimo existencial traz consigo a tarefa de

---

5 Correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos ou das coletividades (SILVA; MASSON, 2015, p.188)



enumerar os direitos sem os quais não haveria possibilidade de desfrutar uma vida digna. Quando se fala em mínimo existencial, está se referindo a uma noção que não pode se distanciar da concretização dos direitos fundamentais materializadores da dignidade humana.

A Lei n.º 14.181/2021 traz mecanismos para que o devedor/consumidor cumpra suas obrigações para com o credor/fornecedor, sem que a sua renda seja comprometida, para viabilizar o pagamento de suas despesas básicas (MEDEIROS DE SOUZA, 2022, p.1). Assim, foi previsto na Lei ser imprescindível a preservação do mínimo existencial do consumidor em seus artigos artigo 6.º, inciso XI e XII, artigo 54-A, artigo 104-A e artigo 104-C, § 1.º (BRASIL, 2021). Contudo, a Lei não definiu nem limitou o que estaria abrangido por esse mínimo existencial, mas optou por estabelecer a necessidade de aprovação de regulamentação futura (art. 6º, XI, XII, art. 54- A, §1º, 104-A, 104-C, §1º).

É de fácil conhecimento o fato de que a Lei de Superendividamento acaba transcendendo a ideia de sanar a situação do consumidor endividado frente ao mercado, pois também tem por objetivo garantir a dignidade da pessoa humana. A possibilidade econômica do consumidor, diante do mercado de consumo, e o equilíbrio com a cadeia de fornecimento de crédito possibilitam o acesso ao empréstimo sem elevação de custos excessivos da liquidez do consumidor (MEDEIROS DE SOUZA, 2022, p.1).

É relevante ainda mencionar que o artigo 4.º, do Código do Consumidor ao enumerar diversos princípios consumeristas teve incluído em seu inciso X, a “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor”, busca indiscutivelmente a preservação do mínimo existencial. (BRASIL, 2021). Segundo Maria Lenir Rodrigues Pinheiro e Ricardo Stanzola Vieira (2018, p.313), a pobreza está atrelada a exclusão social. Nesse sentido, as pessoas que se encontram em situação de superendividamento, já estariam excluídas da sociedade, portanto, desprotegidas e em condição de vulnerabilidade frente a Constituição Federal de 1988.

Nessa mesma linha, o autor Ingo Sarlet (2015, p 93 – 98) pontua que todos os direitos fundamentais constituem exigências diretas da dignidade da pessoa humana. Essa é considerada um fato violável. Por isso, necessita ser respeitada e protegida, especialmente pelo poder que apesar de muitas vezes ser o agente ofensor, ainda acaba sendo maior e mais efetiva instância de proteção a esse fundamento constitucional.

Ademais, é importante ressaltar que existe um grau de abertura e indeterminação em relação ao mínimo existencial, sendo um conceito cujo conteúdo e extensão são de larga medida incertos (ENGISCH, 1988, p.208).

É possível ainda afirmar, que a Lei de superendividamento, quando menciona “preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação”, ela dá o entendimento que o mínimo existencial já seria aplicável de imediato, se limitando após o surgimento do regulamento. Assim, se entendo que seria uma norma de eficácia contida.<sup>6</sup>

Na França, o mínimo existencial tem relação com a dignidade da pessoa humana, contudo em matéria de crédito, não obstante ter sua origem pautada na noção de direito público. Assim, essa seria a quantidade capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas de sobrevivência. Logo, na organização de um novo plano das dívidas do consumidor, o mínimo existencial deve ser preservado, ou o consumidor não conseguirá pagar suas dívidas. Nesse contexto, preservado esse mínimo, pela presença do judiciário e do conciliador indicado pelo juízo, o endividado estimula-se a pagar e limpar seu nome (BENJAMIN; MARQUES; VIAL, 2022, online).

Portanto, a ausência de definição desse conceito de mínimo existencial poderá gerar uma violação dos Direitos Sociais, e consequentemente, da dignidade da pessoa humana. Isso, principalmente, diante das muitas divergências em âmbito nacional e estadual, sendo imprescindível que seja realizada uma regulamentação conceituando como o mínimo existencial será garantido nas renegociações e negociações dos créditos dos consumidores para que o direito desses não seja suprimido a longo prazo.

Frente ao exposto percebe-se que a nomenclatura “mínimo existencial” prevista na lei número 14.181 de 01 de julho de 2021 é aberta necessitando de regulamentação, com o objetivo de fazer uma previsão de como se pode melhor caracterizar este conceito, problemática que será abordada e desenvolvida no próximo capítulo deste trabalho.

---

6 Normas de eficácia contida ou restringível são aquelas que, num primeiro momento, também são contempladas de normatividade suficiente que possibilita sua aplicação imediata, mas, que o próprio constituinte prevê a possibilidade de o legislador ordinário, valendo-se de determinados mecanismos, reduzir-lhe a eficácia.

#### **4 A NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO DO CONCEITO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Conforme o Código de Defesa do Consumidor o superendividamento pode ser entendido como a impossibilidade manifesta de o consumidor pagar a totalidade de suas dívidas sem comprometer o mínimo existencial. Logo, ele deverá ser preservado tanto no momento do fornecimento do crédito, quanto nas renegociações futuras. O órgão que ficou responsabilizado de editar decreto definindo este conceito é Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). (SENACON, 2022, online).

Em 22 de outubro de 2021 foi realizado evento pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública uma audiência pública on-line para debater sobre regulamentação do “mínimo existencial” na Lei do Superendividamento. Nesta, mais de cinquenta participantes apresentaram suas contribuições para o tema. Durante o evento, coordenado pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), a maior parte dos órgãos de defesa do consumidor entendeu que seria necessário dar mais espaço para interpretação, no caso concreto, sobre o que é “mínimo existencial”, de acordo com as particularidades de cada consumidor. Por outro lado, aqueles que fornecem crédito, em sua maioria, defenderam a necessidade de parâmetro mais objetivo para essa definição, como forma de se obter maior segurança jurídica. (SENACON/ Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021, online).

Nessa audiência, foi discutido a possibilidade de um mínimo de 35% a 65% da renda das pessoas, independente do perfil da renda. A Coordenadora do programa de serviços financeiros do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), Ione Amorin, criticou tal posicionamento, por acreditar que a criação de um valor fixo poderá gerar mais endividamento, entendendo que o melhor seria considerar a quantidade de dívidas do consumidor, a natureza da dívida e o perfil de renda do superendividado.

Por outro lado, a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), defende que o conceito precisa ser objetivo. Nessa linha, a entidade é contra a adoção do mínimo a partir de um percentual sobre a renda do consumidor, conforme manifestou um de seus representantes. Para ele, esse critério seria discriminatório e poderia gerar uma retração no fornecimento de crédito, deixando alguns consumidores já endividados em situação ainda mais difícil (SENACON, 2022, online).

Resta evidente a diversidade de entendimentos sobre o tema, o que é compreensível diante da complexidade da matéria. Todavia, também é perceptível que a ausência da regulamentação traz insegurança jurídica para o mercado e para o consumidor, uma vez que a ausência de previsibilidade, permite o surgimento da multiplicação de normas em âmbito estadual e municipal, definindo os cálculos e valores, que se alteram conforme a localidade (MEDEIROS DE SOUZA, 2022, p.1). E mais, provavelmente trará uma total falta de harmonia nas interpretações judiciais.

Tal fato já é perceptível, uma vez que alguns Estados já estipularam seus conceitos e valores de mínimo existencial. No estado de Goiás, por exemplo, a Secretaria de Estado da Segurança Pública, em 11 de agosto de 2021, criou a Portaria n.º 13/2021 - PROCON/2021 – SSP, que dispõe sobre a criação do Núcleo de Apoio e Atendimento aos Superendividados – NAS e dá outras providências. Essa, no seu artigo 7.º, § 2.º e § 4.º, estabeleceu parâmetros para o cálculo do “mínimo existencial”, constituindo que nas faixas entre 1 a 5 salários mínimos, a recomendação é de preservar entre 60% a 65% da remuneração mensal do consumidor para sua sobrevivência, podendo o percentual de preservação ser reduzido para as faixas salariais entre 5 e 10 salários mínimos até 50% da remuneração mensal (GOIÁS, 2021).

Em 29 de julho de 2021, o Estado do Maranhão, por meio do Instituto De Promoção e Defesa do Cidadão e Consumidor do Estado do Maranhão, designou por meio da Portaria n.º 184/2021 GAB/PROCON/MA, a criação do Núcleo de Apoio aos Superendividados – NAS no Procon desse estado. Em seu artigo 5.º, § 2.º e § 3.º, estabeleceu que o cálculo do mínimo existencial deverá levar em conta a situação familiar, de moradia, de alimentação e vestuário mínimo do consumidor, fixando que nas faixas de remuneração entre 1 a 5 salários mínimos, deve ser mantido cerca de 60% a 65% do salário mensal do consumidor para suas despesas de sobrevivência, podendo tal percentual ser reduzido a 50% para faixas entre 5 e 10 salários mínimos de remuneração (MARANHÃO, 2021).

No município de Pato das Minas, no Estado de Minas Gerais, em 03 de setembro de 2021, foi publicado o Decreto n.º 5.104, de 3 de setembro de 2021, estabelecendo os artigo 5.º, § 2º e § 3º que o cálculo do mínimo existencial deverá levar em consideração a situação de moradia, alimentação e vestuário mínimo do consumidor, estabelecendo que quando o seu salário entre 1 e 5 vezes o valor do salário mínimo, deve ser mantido entre 70% a 75% da remuneração mensal para as suas despesas ordinárias, 50% quando a faixa for entre 5 a 10 salários mínimos (PATO DE MINAS, 2021).

No âmbito doutrinário, verificam-se posições distintas, sendo uma delas a do patrimônio mínimo, que prevê a ‘repersonalização’ do Direito Civil, a partir do texto constitucional, do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, os limites propostos ao implemento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm assumido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Isso é o que se chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Esse princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, afastando a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Nesse sentido, deverá ser protegido um mínimo de direito patrimoniais para que se viva uma vida com dignidade. Além do mais, é importante mencionar que as premissas do patrimônio mínimo poderão ser retiradas do artigo 548, do Código Civil, o qual prevê que seria nula a doação de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (TARTUCE, 2021, p. 330 e 331).

Outro entendimento doutrinário é o de Káren Rick Danilevicz Bertoncello que propõe o mínimo existencial substancial (ou mínimo existencial propriamente dito) que poderá ser identificado quanto ao momento, quanto à forma e quanto ao conteúdo. Assim, na concepção da autora quanto ao momento de verificação do mínimo seria durante a fase de conciliação. Ademais, quanto a forma do mínimo deve ser assegurada “ex officio”, sendo irrenunciável, não podendo ser fixado aprioristicamente. Por fim, em relação ao conteúdo deve ser apurado quando da apreciação do caso concreto, por meio da preservação de parte do orçamento pessoal do devedor para garantir que viva em condições dignas e adequadas, possibilitando o pagamento de suas despesas mínimas. Nesse sentido, o conceito do mínimo existencial, na visão dessa doutrinadora, não terá um valor pré-fixado. Outrossim, o conciliador terá grande contribuição na concretização do mínimo existencial (BERTONCELLO, 2015, online).

Destarte, compreende-se que a autora propõe que o mínimo existencial seja conceituado em cada caso particular, principalmente, em um país como o Brasil que possui diferentes tipos de rendas, seguindo o mesmo pensamento da Coordenadora do programa de serviços financeiros do IDEC. Caso contrário, a Lei de superendividamento poderá ter suas finalidades limitadas, havendo uma ineficácia no seu cumprimento.

Por outro viés, em 2021, já é proposto um modelo de portaria para ser aplicado pelos Procons, estando nela previsto que o cálculo do

mínimo existencial deverá considerar a situação familiar, de moradia, de alimentação e vestuário mínimo do consumidor, podendo de forma geral ser considerado, nas faixas entre 1 e 5 salários mínimos, a necessidade de manutenção de cerca de 60% a 65% da remuneração mensal do consumidor para as despesas de sobrevivência, podendo diminuir nas faixas superiores de 5 a 10 salários mínimos até 50% da remuneração mensal (BENJAMIN ;MARQUES; VIAL, 2022, online).

A definição do mínimo existencial, como se pode ver é complexa, pois estamos diante de um conceito subjetivo, em que cada PROCON de uma localidade específica, estabelece uma variável, não existindo uma padronização por parte do legislador da Lei. Dessa feita, o consumidor se encontra em total vulnerabilidade, pois dependendo da localidade em que se encontrar, o “mínimo existencial” será um padrão. Além do mais, existem localidades em que o assunto ainda não foi regulamentado, permitindo que seja aplicado qualquer interpretação do mínimo existencial aos consumidores.

De todas as posições apresentadas identifica-se que há uma característica que as une, qual seja, a busca em fixar um parâmetro capaz de estabelecer percentuais ou valores que permitam garantir ao consumidor o suficiente para a manutenção de suas despesas ordinárias básicas, tais como moradia, alimentação e vestuário, sendo assim imprescindível analisar as peculiaridades de cada caso, sendo inviável a fixação de critério objetivo envolvendo percentuais definidos, pois a realidade pessoal de cada consumidor poderá exigir uma avaliação diferenciada.

Ademais, é importante salientar que a Portaria n.º 55/2022 do Conselho nacional de Justiça (CNJ), já previu, em 2022, Grupo de Trabalho que será responsável por debater sobre o tema e questões relacionadas ao tratamento do consumidor superendividado, especialmente para aperfeiçoar fluxos e procedimentos de modo a facilitar o trâmite de processos envolvendo o tema. Conforme ficou previsto no artigo 6.º da Portaria, o grupo de trabalho encerrará suas atividades em um ano, devendo ser apresentado relatório final e das propostas elaboradas, podendo tal prazo ser prorrogado se devidamente justificado (CNJ, 2022).

Assim sendo, é visível que a curto e médio prazo será possível estabelecer uma possível unificação da interpretação do mínimo existencial. Esse dato é imprescindível para o consumidor.

## 5 CONCLUSÕES

Conforme dados da pesquisa da Centralizadora dos Serviços dos Bancos S/A (Serasa) e da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), cerca de 75% das famílias brasileiras estão endividadas. Isso significa uma inadimplência de cerca de 12 milhões, que na média somam o total de R\$ 4 mil por devedor (IDEC, 2021).

Esse efeito, como foi analisado, tem a globalização como o principal protagonista, bem como o aumento do desemprego, a queda na renda e o aumento da informalidade, consequências que favoreceram o aumento de superendividados.

Logo, todos esses pontos só contribuíram para comprovar que a sociedade teve um alto índice de superendividados, sendo a Lei n.º 14.181/2021 de extrema relevância, principalmente, para proteger o bom pagador.

Posteriormente, foi possível verificar o conceito de mínimo existencial como uma tutela essencial dos direitos fundamentais, demonstrando a relevância desse para ordenamento jurídico, bem como para a Lei n.º 14.181/2021. Entretanto, a norma deixou em aberto o conceito de valor do “mínimo existencial”, permitindo uma situação de insegurança jurídica, enquanto não ocorrer a regulamentação relativa ao fato. Isso se deve, uma vez que alguns PROCONS, tanto em âmbito estadual, quanto municipal, já legislaram sobre o assunto. Contudo, tal regulamentação não se encontra uniforme.

Nesse contexto, vem se propondo algumas linhas doutrinárias para regulamentação do mínimo existencial. Como pode se perceber a proposta de Káren Rick Danilevicz Bertoncello seria a mais adequada para estabelecer essa lacuna da lei, uma vez que ela propõe a análise do caso concreto, verificando cada situação separadamente e se comprometendo a proteger o consumidor, garantindo que ele consiga a cumprir com suas obrigações financeiras.

É visível que o conceito de mínimo ainda vem sendo construído, não havendo uma definição concreta desse. Logo, o entendimento sobre a sua definição faz-se imprescindível, já que se trate de um direito fundamental do consumidor.

Assim, é importante que o legislador conceitue, o quanto antes, o “mínimo existencial”, principalmente, para garantir uma maior segurança jurídica, transparência e clareza nas relações consumeristas.

Portanto, fica a promessa de que a Lei de superendividamento deverá ser regulamentada no prazo, à princípio, de um ano. Entretanto, enquanto essa situação não ocorre, o consumidor permanece desassistido e inseguro em relação à limitação do mínimo existencial na Lei n.º 14.181/2021. Não obstante, é preciso ter a consciência de que o conceito de mínimo existencial precisa ser bem definido, não podendo ser conceituado sem os devidos cuidados. Por conseguinte, se pautando exatamente no modelo diversificado existente dos consumidores brasileiros.

## 6 REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AZEVEDO, Fernando Costa de; ANDREAZZA, Cauê Molina. A vulnerabilidade comportamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 138. ano 30. p. 109-130. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2021.

Bancos e órgãos de defesa do consumidor divergem sobre superendividamento. **Definição do que é mínimo existencial ainda depende de regulação**. Estado de Minas. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/colunistas/direito-e-inovacao/2022/03/17/noticia-direito-e-inovacao,1353341/bancos-e-orgaos-de-defesa-do-consumidor-divergem-sobre-superendividamento.shtml#:~:text=Para%20ela%2C%20deve-se%20manter%20de%2070%25%20a%2065%25,de%20Bancos%20%28FEBRABAN%29%2C%20o%20conceito%20precisa%20ser%20objetivo>. Acesso em 28 mar. de 2022

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. “Não se pode escapar do consumo”. Disponível em: <https://colunastortas.com.br/nao-se-pode-escapar-do-consumo-revela-zygmunt-bauman/>. Acesso em: 10 mar de 2022.



BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; VIAL, Sophia Martins. **Comentários à Lei 14.181/2021** [livro eletrônico]: a atualização do CDC em matéria de superendividamento. 1. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) . Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11, set. 1990. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.htm). Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 14.181/2021 de 01 de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01, jul. 2022. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm). Acesso em 10 mar. 2022.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do Consumidor**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2015. Disponível em : <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F108093238%2Fv1.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad6a6a4000017af87f769498a6e556#sl=e&eid=6e32023ca57d28b02166cb9ca9210fc5&eat=a-108713604&pg=5&ppl=&nvgS=false> Acesso em: 27 abr. 2022

CASADO, Marcio Mello. **Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 33. Revista dos Tribunais. Jan - Mar / 2000. p.30 - 142

COSTA, Geraldo de Farias Martins. Superendividamento: solidariedade e boa fé. In: MARQUES, Claudia Lima; CALVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). **Direitos do Consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **PORTARIA N.º 55 DE 17 DE FEVEREIRO DE 2022**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4378>. Acesso em mar. de 2022.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FRANCO, Vera Helena de Mello. O sobre-endividamento do consumidor. Os modelos. Estado atual da questão perante o direito alienígena. **Revista de Direito do Consumidor** vol. 99. Editora Revista dos Tribunais. Maio - Jun / 2015. p. 333 - 370

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). Regulação do “Mínimo existencial” pode retirar milhões de crédito. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/regulamentacao-de-minimo-existencial-pode-retirar-bilhoes-do-credito>. Acesso em 19 de mar. 2022.

LIMA, Clarissa Costa. **Medidas protetivas frente ao superendividamento dos consumidores na União Europeia**. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 76. Out - Dez / 2010. P.208-238

LIMA, Clarissa Costa de Lima. **O tratamento do superendividamento e o direito e o direito de recomeçar dos consumidores**. (Livro eletrônico). 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIPPSTEIN, Daniela. **Dicionário Crítico-Hermenêutico Zygmundt Bauman**. In: CASSOL, Claudinei Vicente; MANFIO, João Nicodemus Martins; SILVIO, Pinthan da Silva. Ijuí: Editora Unijui: 2021.

MARQUES, Claudia Lima. **Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas**. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 75. p.9-42. São Paulo: Ed. RT, Jul - Set / 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre. 2020. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/>

uploads/2020/05/11-Artigo-CLM-Coimbraconciliacao6fimenv-4.1.pdf. Acesso em: 29 de abr.2022.

PATO DE MINAS. **Decreto nº 5.104, de 3 de setembro de 2021.** Dispõe sobre a criação do Núcleo de Apoio ao Superendividamento (NAS) no âmbito do PROCON de Patos de Minas (MG). Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/p/patos-de-minas/decreto/2021/511/5104/decreto-n-5104-2021-dispoe-sobre-a-criacao-do-nucleo-de-apoio-ao-superendividamento-nas-no-ambito-do-procon-de-patos-de-minas-mg>Acesso em 10 mar. 2022.

PINHEIRO, Maria Lenir Rodrigues; VIEIRA, Ricardo Stanziola. O desenvolvimento sustentável no combate à pobreza e à exclusão social. **Revista Justiça do Direito.** vol. 32, n. 2, p. 301 -317. Passo Fundo. maio/ago. 2018

PODER JUDICIÁRIO DO AMAPÁ. **TJAP presente no lançamento de Núcleo de Atendimento ao Consumidor Superendividado no Procon/AP.** Disponível em TJAP presente no lançamento de Núcleo de Atendimento ao Consumidor Superendividado no Procon/AP. Acesso em 25 mar. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana: Notas em torno da Discussão sobre seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico- Constitucional.** (Coord.) ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva. *Dignidade humana, Direitos sociais e não-positivismo inclusivo.* 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** 9. Ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira; MARQUES, Claudia Lima. Superendividamento do consumidor – Mínimo existencial – Casos concretos, de Káren Rick Danilevycz Bertoncello. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 101. ano 24. p. 575-580. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez Editora, 2005.

SENACON/ Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Em audiência pública, especialistas e população discutem “mínimo existencial” previsto na Lei**

**do Superendividamento.** Disponível em: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/1975-em-audiencia-publica-especialistas-e-populacao-discutem-minimo-existencial-previsto-na-lei-do-superendividamento>. Acesso em 25 mar de 2022.

SENACON. **Produto 6 - Report final e workshop para apresentação dos resultados.** Disponível em: [https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Editais/Produto\\_6\\_-\\_Report\\_final\\_e\\_workshop\\_para\\_apresenta%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_resultados.pdf](https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Editais/Produto_6_-_Report_final_e_workshop_para_apresenta%C3%A7%C3%A3o_dos_resultados.pdf). Acesso em 25 mar de 2022.

SILVA, Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. (Coord.) ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva. **Dignidade humana, Direitos sociais e não-positivismo inclusivo.** 1.ed. Florianópolis, 2015.

SOUZA, Nicolas Eric Matoso Medeiros de. **O superendividamento e a regulamentação do mínimo existencial na perspectiva dos Órgãos de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/362209/o-superendividamento-e-a-regulamentacao-do-minimo-existencial> Acesso em 25 mar 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAÍDE, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 119. p. 349 – 384. São Paulo. Set - Out / 2018.

WODTKE, Guilherme Domingos Gonçalves. **O Superendividamento Do Consumidor: As Possíveis Previsões Legais Para Seu Tratamento.** Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/guilherme\\_wodtke\\_2014\\_2.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/guilherme_wodtke_2014_2.pdf). Acesso em 14 mar. de 2022.

# OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DA DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

**Emily Danielle Moraes Costa**

Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – Campus Palmas. E-mail: emilymoraes@unitins.com.br.

**Buenã Porto Salgado**

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Processo Civil, professor da Universidade Estadual do Tocantins – Campus Palmas. E-mail: buena.ps@unitins.br.

**Resumo:** A dispensabilidade do advogado no rito da Lei nº. 9099/1995 representa uma inovação de grande relevância para o acesso à justiça no Brasil. O presente artigo pretende avaliar a eficácia da prerrogativa jurídica de ingressar no judiciário sem a assistência de um advogado. Para tanto, propõe-se a análise dos efeitos inerentes à ausência de defesa técnica durante o trâmite processual, com o fim de demonstrar os desafios enfrentados pela parte não representada por patrono. A partir da ponderação das consequências geradas no plano teórico e real com a introdução do instituto do *jus postulandi* no sistema judiciário, por meio do método de pesquisa indutivo, constatou-se que a capacidade postulatória concedida aos litigantes, enquanto instrumento de acesso à justiça no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, não atinge a finalidade prevista na norma legal.

**Palavras-chaves:** Juizados Especiais Cíveis. Acesso à justiça; *Jus postulandi*. Representação. Direito de defesa.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995, foi criada para regulamentar a conciliação, o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. O rito especial normatizado pela referida lei trouxe um conjunto de inovações relativas ao processamento dos conflitos judiciais, de modo a orientar o procedimento sob os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

No que diz respeito à normatização dos Juizados Especiais Cíveis, uma das grandes inovações contidas na Lei nº. 9.099/95 consiste na dispensa da assistência de advogado em causas cujo valor não ultrapasse vinte salários-mínimos. Em observância aos critérios norteadores do rito dos Juizados Especiais, a dispensabilidade de representação técnica tem o condão de ampliar o acesso à justiça, atribuindo às partes a capacidade de apresentarem pessoalmente suas demandas junto ao juízo competente.

A desnecessidade de procurador para postulação em juízo, embora represente uma enorme inovação quanto ao desenvolvimento do acesso à justiça, manifesta controvérsias em relação à legalidade de tal permissão normativa e à sua implementação prática. Nesse contexto, em que pese a dispensabilidade do advogado seja expressamente admitida no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, os efeitos da ausência de defesa técnica no curso processual incidem em significativas modificações na prestação do serviço jurisdicional.

O presente trabalho, dentro do âmbito científico e jurídico, apresenta sua relevância ao evidenciar qual o prognóstico de eficácia do acesso à justiça para os litigantes não assistidos por advogado. Com efeito, a possibilidade de provocação da jurisdição sem assistência técnica merece ponderação quanto aos seus efeitos práticos, de modo a esclarecer se a proposta inovadora da Lei nº. 9.099/95 aufere êxito em cumprir com a finalidade jurídica pretendida.

Nesse cenário, importa para a sociedade em geral o conhecimento acerca da eficiência da resolução e do processamento das demandas judiciais sem a assistência de um procurador especializado, oferecendo ao público leigo os dados necessários para a correta ponderação sobre a melhor forma de garantir a justa defesa de seus direitos em juízo.

Com base nos relevantes pontos de análise mencionados, este trabalho apresentará um estudo sobre a questão, indicando informações

pertinentes acerca das implicações fáticas e jurídicas inerentes à dispensabilidade do advogado no acesso à jurisdição dos Juizados Especiais Cíveis, dentro dos moldes prescritos pela Lei nº. 9.099/95, tendo-se o fulcro de indicar as efetivas consequências que decorrem da concessão do *jus postulandi* às partes litigantes.

Considerando que o ingresso no judiciário sem a necessidade de assistência de advogado é facultado com o intuito de aferir maior facilidade ao acesso à justiça, o cumprimento da proposta desta inovação processual constitui relevante aspecto de análise, na medida em que provoca uma nova observação acerca da qualidade do serviço jurisdicional prestado. Nesse sentido, o presente artigo científico objetiva apresentar os desafios processuais enfrentados por aqueles que se utilizam da prerrogativa prevista no artigo 9º da Lei nº. 9.099/95.

A concessão de capacidade postulatória às partes litigantes suscita diversas consequências no âmbito da prática jurisdicional. Com isso, sob pena de ofensa à licitude da permissão legal prevista no rito dos Juizados Especiais Cíveis, os efeitos decorrentes da dispensabilidade de defesa técnica merecem minuciosa avaliação. Este estudo propõe viabilizar a adequada compreensão de todos os impactos que resultam da ausência de representação por advogado no ingresso à jurisdição e, principalmente, no decorrer da lide judicial.

Para o desenvolvimento do artigo, adotou-se o método de pesquisa indutivo, técnica que se utiliza da observação e do raciocínio para, partindo-se de premissas gerais, chegar a uma conclusão particularizada sob os termos do estudo. Assim, examinadas as implicações fáticas e jurídicas geradas pela concessão de capacidade postulatória aos litigantes, o trabalho em questão permite a apuração da eficácia do acesso à justiça no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS**

O primeiro marco histórico que caracteriza a origem dos juizados de pequenas causas no país é representado pela criação dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Rio Grande do Sul, em 1982. A instituição de tais conselhos tinha como objetivo a resolução extrajudicial de conflitos de menor complexidade, sob a premissa de reduzir a quantidade de processos judiciais em tramitação no Poder Judiciário estadual.

A experiência dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Rio Grande do Sul foi considerada bem-sucedida, dados os resultados exitosos no tratamento extrajudicial de conflitos, o que ensejou a criação de outros conselhos em diversas comarcas dos estados da federação.

Tendo em vista o êxito da referida experiência inovadora em atender os propósitos pretendidos de forma célere e objetiva, passou-se a considerar, no âmbito do Poder Judiciário, a criação de um novo procedimento para atender as demandas de menor valor e complexidade, visando regulamentar um modelo simplificado de resolução de conflitos judiciais.

Nesse contexto, em 1984 entrou em vigor a Lei Federal nº. 7.244, que estabeleceu a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, objetivando facilitar o acesso à justiça e atribuir celeridade à prestação do serviço jurisdicional. Conforme assevera Chimenti (2012, p. 15), “a lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas significou autêntica revolução no processo civil brasileiro. Inovou e reformulou conceitos até então consagrados no Código de Processo Civil”.

Acerca do caráter inovador da Lei nº. 7.244/1984, Pedro Manuel Abreu preleciona:

A Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, dispondo sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, no dizer de Cândido Dinamarco, foi portadora de uma proposta revolucionária muito mais profunda do que a simples instituição de novo órgão no âmbito do Poder Judiciário. Em verdade o diploma em questão pretendeu ser o marco legislativo inaugural de um movimento ambicioso de revisão integral de velhos conceitos de direito processual e de abalo estrutural de antigos hábitos enraizados na consciência dos operadores jurídicos e de práticas irracionais incompatíveis com a moderna concepção de uma jurisdição democrática (2004, p. 187).

Em seguida, a Constituição Federal de 1988, em atenção ao modelo processual desenvolvido pela Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, trouxe no texto constitucional a previsão da criação de “juizados especiais”, especificamente no artigo 98, inciso I, da Carta Magna:

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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

Dessa forma, em atendimento ao comando constitucional, a Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, regulamentou as normas para julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, mediante procedimento classificado como sumariíssimo, autorizando, com isso, a criação dos denominados Juizados Especiais Cíveis e Criminais (DONIZETTI, 2019).

A mencionada norma revogou expressamente a Lei nº. 7.244/84<sup>1</sup>, estabelecendo de forma clara a vigência exclusiva do novo diploma legislativo. Posteriormente, foram criadas as Leis nº. 10.259/2001 e nº. 12.153/2009, dispondo, respectivamente, sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal e a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Os três diplomas legais, juntos, formam o microsistema processual dos Juizados Especiais, instituindo um grupo normativo caracterizado pela intercomunicação, sobre o qual o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária.

Por conseguinte, no que se refere à formalização normativa, confere-se que o contexto histórico dos Juizados Especiais Cíveis sempre foi marcado pela finalidade de possibilitar a resolução de conflitos judiciais de maneira simplificada, criando um meio alternativo aos métodos preexistentes de acesso à justiça.

### **3 PRINCÍPIOS NORTEADORES**

O rito processual dos Juizados Especiais Cíveis é orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, conforme a disposição do artigo 2º da Lei nº. 9.099/1995<sup>2</sup>. Embora esses

---

1 Lei nº. 9.099/1995, art. 97: “Ficam revogadas a Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965 e a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984” (BRASIL, 1995).

2 Lei nº. 9.099/1995, art. 2º: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre

princípios estejam expressamente previstos somente no referenciado diploma legal, são aplicáveis sobre todo o microsistema dos Juizados Especiais, ou seja, aos estaduais, aos federais e aos da Fazenda Pública, tendo como fim a ampliação do acesso à justiça no procedimento sumaríssimo.

O princípio da oralidade é empregado com a função de atribuir maior legitimidade à palavra falada no procedimento dos Juizados Especiais. Durante o trâmite processual, vários atos podem ser realizados pelas partes verbalmente, como a própria interposição da demanda<sup>3</sup>, a apresentação de contestação<sup>4</sup>, a interposição de embargos declaratórios<sup>5</sup> e o requerimento de execução de sentença<sup>6</sup>.

O processo não é totalmente oral ou totalmente escrito, o princípio da oralidade tem o condão de possibilitar o exercício jurisdicional de forma predominantemente verbal, de modo a afastar as dificuldades e atrasos processuais inerentes à exigência da formalidade escrita.

Além de determinar a predominância da palavra falada sobre a escrita, o critério da oralidade estabelece a concentração dos atos processuais em audiência, a imediatidade entre o juiz e a fonte da prova oral e, por fim, a identidade física do juiz na condução processual (DONIZETTI, 2019).

Os princípios da simplicidade e da informalidade, por sua vez, são intimamente ligados. Acerca da definição de tais critérios orientadores, Elpídio Donizetti assevera:

Tanto a simplificação dos atos processuais quanto a informalidade constituem decorrência lógica da perspectiva instrumentalista do direito processual, segundo a qual o processo não deve ser um fim em si mesmo, mas sim um meio para se alcançarem decisões

---

que possível, a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995).

- 3 Lei nº. 9.099/1995, art. 14, *caput*: “O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado” (BRASIL, 1995).
- 4 Lei nº. 9.099/1995, art. 30: “A contestação, que será oral ou escrita, conterà toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor” (BRASIL, 1995).
- 5 Lei nº. 9.099/1995, art. 49: “Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão” (BRASIL, 1995).
- 6 Lei nº. 9.099/1995, art. 52, *caput* e inciso IV: “A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação” (BRASIL, 1995).

justas. Assim, não é por menos que o art. 13, caput e § 1º, da Lei nº. 9.099/1995 dispõe que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, não se pronunciando qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo (2019, p. 736).

Outro princípio que orienta o procedimento dos Juizados Especiais refere-se à economia processual, por meio do qual se procura oferecer o maior aproveitamento possível do feito com o mínimo de atos processuais. Um exemplo de medida implementada para garantir a economia processual é a possibilidade de realização da audiência de instrução e julgamento logo após a de conciliação, aproveitando-se a presença das partes<sup>7</sup>.

A Lei nº. 9.099/1995 prevê, ainda, o princípio da celeridade, estabelecido com a função de atribuir o menor tempo possível à tramitação processual, de modo a viabilizar a prestação jurisdicional de maneira mais ágil, sem qualquer prejuízo aos atos do processo.

Em análise à lei, observa-se os mecanismos instituídos com o fim de conferir maior celeridade ao procedimento, tais como a proibição de qualquer tipo de intervenção de terceiros e de assistência, bem como a hipótese particular da dispensa de registro prévio do pedido e da citação, com a instauração imediata da sessão de conciliação, caso as partes compareçam espontaneamente à sede do Juizado (LEITE, 2003).

Por fim, a busca pela autocomposição do conflito, também prevista no artigo 2º da Lei nº. 9.099/1995, prescreve que no âmbito dos Juizados Especiais sempre deve ser promovida a tentativa de conciliação, realizada em todas as audiências ou sessões envolvendo as partes. Isso porque, conforme já demonstrado, um dos principais objetivos da instituição do procedimento sumaríssimo é providenciar a pacificação dos litígios, primordialmente antes ou durante a tramitação do processo judicial.

#### **4 AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

A Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948, consagra o acesso à justiça como direito fundamental do ser huma-

---

7 Lei nº. 9.099/1995, art. 27: “Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa. Parágrafo único: Não sendo possível a sua realização imediata, será a audiência designada para um dos quinze dias subsequentes, cientes, desde logo, as partes e testemunhas eventualmente presentes” (BRASIL, 1995).

no<sup>8</sup>, tratando-se de premissa sobre a qual se funda diversos outros instrumentos normativos nacionais e internacionais. No Brasil, o acesso à justiça é reconhecido de forma expressa pela Constituição Federal de 1988 como direito essencial<sup>9</sup>, sendo legalmente assegurada assistência jurídica a todos, incluindo a assistência judiciária e o assessoramento jurídico extrajudicial, cabendo ao Estado a responsabilidade pela sua garantia.

O significado da expressão “acesso à justiça” é tema de variadas discussões doutrinárias, no entanto, enquanto direito garantidor da assistência jurídica estatal, sua principal função se refere à reivindicação de direitos e à resolução de conflitos judiciais sob o patrocínio do Estado. Para tanto, parte-se do preceito fundamental de que a jurisdição deve ser acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Conforme mencionado, a criação dos Juizados Especiais Cíveis no país teve como um de seus principais objetivos facilitar o acesso à justiça. Sob tal pressuposto, foram implementados diversos mecanismos para simplificação do ingresso no sistema judiciário, com o intuito de assegurar a efetividade do serviço jurisdicional prestado sob o rito da Lei n.º 9.099/95.

No âmbito das ondas renovatórias de acesso à justiça, definidas pelos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é possível observar com clareza a influência da terceira onda sobre a formulação do procedimento sumaríssimo.

A referida onda renovatória atribui novo enfoque ao conceito de acesso à justiça, caracterizando-se pela busca de novos mecanismos jurídicos que representem meio efetivo para a resolução de conflitos. Nesta perspectiva, propõem-se mudanças na estrutura judiciária, outorgando maior diligência às pessoas leigas e aos profissionais da área jurídica, incluindo juízes e defensores, com o fim de obter meios eficazes, sejam eles formais ou informais, para a solução de litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Nesse sentido, a Lei n.º 9.099/95 objetiva cumprir a pretensão jurídica de introduzir métodos alternativos para a efetivação do direito

---

8 Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 8: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (ONU, 1948).

9 Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).

postulado em juízo, materializando a proposta de Cappelletti e Garth em conferir maior amplitude ao exercício do acesso à justiça.

Os Juizados Especiais Cíveis foram concebidos sob um rito essencialmente instrumentalista, com o fim de garantir que, nas ações ajuizadas e julgadas no âmbito destes, a reivindicação dos direitos seja feita da forma mais eficiente possível, utilizando-se de métodos que, além de cumprir os princípios constitucionais, sejam capazes de ampliar a interpretação jurídica acerca do acesso à justiça no Brasil.

No entanto, em que pese bem evidenciado o propósito de instituir mecanismos de inovação para o acesso à jurisdição, a eficácia dos métodos inseridos no âmbito jurídico pelos Juizados Especiais é objeto de ponderação, observada a sua controvertida concretização na realidade jurisdicional. No que se refere à efetividade da justiça, Habermas argumenta:

Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente (1997 apud SOARES, 2004, p. 126).

Para assegurar o acesso à justiça dentro dos parâmetros de um Estado Democrático de Direito, os Juizados Especiais Cíveis devem de fato cumprir os preceitos instituidores do procedimento especial da Lei nº. 9.099/95, de modo a obter êxito nos métodos implementados e, enfim, alcançar a finalidade de simplificar o serviço jurisdicional.

A partir de tal concepção, é possível perceber que a capacidade postulatória concedida às partes nas causas de até vinte salários mínimos, embora se apresente como uma importante inovação introduzida no microssistema dos Juizados Especiais, representa um relevante fator de análise no que tange ao cumprimento do objetivo de ampliar o acesso à justiça.

## 5 CONCESSÃO DO *JUS POSTULANDI*

A assistência de advogado nos Juizados Especiais Cíveis é facultativa em causas cujo valor não ultrapasse 20 salários mínimos, nos termos do artigo 9º da Lei nº. 9.099/1995<sup>10</sup>.

Tal dispositivo legal oferece aos litigantes a possibilidade de postularem pessoalmente seus direitos perante o juízo dos Juizados Especiais Cíveis, sem a necessidade de defesa técnica nas causas consideradas de menor complexidade, segundo o parâmetro adotado pela lei.

Logo, a inovação processual em questão consiste na concessão de capacidade postulatória às partes, instituto que corresponde ao termo latim *jus postulandi*, consubstanciado no direito de postular ou pedir juridicamente, representando a possibilidade de qualquer pessoa demandar ação no âmbito judiciário sem obrigatoriamente estar assistida por um advogado.

O referido instituto surgiu na legislação brasileira a partir do Direito Trabalhista, mais especificamente por meio do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>11</sup>, dispositivo normativo que garante aos empregados e empregadores a possibilidade de reclamarem pessoalmente seus direitos perante a Justiça do Trabalho, bem como acompanharem tais reclamações até o final do processo.

Além disso, é importante ressaltar que o artigo 2º da Lei de Alimentos (Lei nº. 5.478/1968)<sup>12</sup> e os artigos 623 e 624 do Código de Processo Penal<sup>13</sup>, apesar de não admitirem a capacidade postulatória na mesma

10 Lei nº. 9.099/1995, art. 9º: “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória” (BRASIL, 1995).

11 Decreto-lei nº. 5.452/1943, art. 791: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. § 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado” (BRASIL, 1943).

12 Lei nº. 5478/1968, art. 2º: “O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe” (BRASIL, 1968).

13 Código de Processo Penal, art. 623: “A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge,

extensão permitida no âmbito trabalhista e nos Juizados Especiais Cíveis, também são importantes dispositivos que garantem às partes a capacidade de atuar e intervir pessoalmente na lide.

A promulgação da revogada Lei nº. 7.244/1984, que dispunha sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas, passa a estender a concessão do *jus postulandi*<sup>14</sup>, que até então se tratava de instituto exclusivo do Direito Trabalhista, às causas de menor complexidade, o que foi mantido pela disposição da Lei nº. 9.099/1995.

A referida prerrogativa foi introduzida na Lei dos Juizados Especiais Cíveis com o intuito de atribuir maior acesso à jurisdição do novo rito regulamentado. Contudo, a concessão de capacidade postulatória às partes litigantes, sob a análise da realidade jurídica, apresenta efeitos contrários à finalidade pretendida, demonstrando potencial prejuízo à eficácia do pleito judicial e, por conseguinte, dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

## **6 CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO DE DEFESA**

No ordenamento jurídico brasileiro, a atuação do advogado está intrinsecamente ligada à garantia do direito de defesa, sendo expressamente declarada a sua indispensabilidade à administração da justiça no país, conforme a disposição do artigo 133 da Constituição Federal: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988).

A indispensabilidade do exercício profissional do advogado, bem como a inviolabilidade dos seus atos e manifestações, nos termos da previsão constitucional, encontra-se reforçada no artigo 2º, *caput* e § 3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>15</sup>, de modo a substanciar a imprescindibilidade atribuída à defesa técnica para o acesso à justiça.

Nesse contexto, a ressalva instituída no rito dos Juizados Especiais Cíveis consiste em objeto de consolidadas controvérsias, relaciona-

---

ascendente, descendente ou irmão”; art. 654: “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público” (BRASIL, 1941).

14 Lei nº. 7.244/1984, art. 9º: “As partes comparecerão sempre pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado” (BRASIL, 1984).

15 Lei nº. 8.906/1994, art. 2º, *caput* e § 3º: “O advogado é indispensável à administração da justiça. § 3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei” (BRASIL, 1994).

das principalmente à legalidade do ato de dispensar a assistência especializada do advogado para o exercício do direito de defesa.

Tendo em vista o impasse acerca da constitucionalidade da normativa prevista na Lei nº. 9.099/1995, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, invocando o artigo 133 da Carta Magna, ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 1.539), que julgou, à unanimidade, improcedente o pedido, conforme ementa do acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente (Supremo Tribunal Federal STF; ADI 1.539-7; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Joaquim Barbosa; Julg. 08/06/2006).

A posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal no referido julgado expressa a clara interpretação jurisprudencial de que o artigo 133 da Constituição Federal não tem o condão de atribuir o monopólio do *jus postulandi* ao advogado. O dispositivo da Lei Maior não foi entendido pela Suprema Corte como um empecilho à simplificação procedimental implementada pela Lei nº. 9.099/1995, a qual, por sua vez, é analisada sob os princípios e objetivos que a instituíram, de maneira a conferir validade à premissa de ampliar o acesso à justiça.



## 7 VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em que pese se encontre pacificado o entendimento jurisprudencial a respeito da constitucionalidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, é evidente o fato de que os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia<sup>16</sup>, garantidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais, sofrem certa relativização perante o procedimento instaurado pela Lei nº. 9.099/1995. Isso porque, os princípios norteadores do rito dos Juizados Especiais Cíveis atribuem nova interpretação à normativa processual, resumizando os atos jurídicos procedimentais e modificando a compreensão previamente estabelecida acerca dos referidos preceitos.

A mudança de perspectiva acerca do papel do advogado e da sua prescindibilidade no sistema jurídico brasileiro, efetivamente consolidada com o julgamento da ADI 1.539, influenciou na forma de se interpretar a implementação prática dos princípios previstos constitucionalmente. Nesse cenário, o exercício da atividade jurisdicional é acometido por uma significativa instabilidade jurídica, dadas as alterações provocadas no modelo processual até então vigente.

A dispensabilidade do advogado passa a ser objeto de instauração de uma nova dinâmica jurisdicional, a qual é examinada sob os limites legais do direito de defesa, indagando-se se uma pessoa leiga estaria apta a postular em causa própria, apesar de desconhecer as disposições normativas que circundam os direitos pleiteados.

A divergência doutrinária atinente à conformidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis ao instituto do devido processo legal detém duas correntes. A primeira se caracteriza pela defesa da simplificação da assistência jurídica, já a segunda sustenta a existência de contradição à legislação constitucional.

A primeira corrente acredita que a dispensabilidade do advogado não é princípio que deva sobrepor-se à promessa constitucional de acesso à justiça<sup>17</sup>, sendo notório que muitas das causas levadas ao Juizado nem

16 Constituição Federal, 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: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

17 Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

sempre comportam despesas com advogado, e nem sempre quem as promove tem como despendar tais gastos (DINAMARCO, 2003).

A referida posição doutrinária baseia-se na subjetividade do acesso ao Poder Judiciário, partindo-se da premissa de que tal direito é assegurado pela Constituição Federal para possibilitar que todas as pessoas sejam capazes de defender suas demandas junto ao sistema jurídico brasileiro, incluindo aquelas consideradas hipossuficientes, ou seja, as que não possuem condições de arcar com as despesas referentes a honorários advocatícios e custas processuais.

Com isso, tendo em vista que a dispensa de defesa técnica foi instaurada com o objetivo de possibilitar o acesso ao sistema jurídico sem o dispêndio inerente à assistência de um advogado, confere-se legitimidade à postulação processual por pessoa leiga, não se vislumbrando qualquer fundamento capaz de restringir a capacidade desta para defender seus direitos de forma direta e pessoal.

A ideia expressa por esta corrente aparenta ser coerente com a função social preestabelecida pela Constituição, ao instituir o acesso à justiça como direito fundamental, já que visa garantir que todos aqueles que não possuem condições financeiras para custear um processo judicial tenham acesso ao serviço jurisdicional prestado pelo Estado.

No entanto, ao observar a realidade prática do instituto do *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis, é possível perceber que, apesar de facilitar o ingresso ao Poder Judiciário, o acesso à justiça não é efetivamente cumprido, uma vez que as partes litigantes não detêm o preparo técnico necessário para assegurar a correta defesa dos direitos reclamados, o que consiste em causa capaz de macular a legitimidade do procedimento sumaríssimo.

Tendo isso em vista, a segunda corrente argumenta que a ausência do advogado é essencialmente prejudicial ao deslinde do processo, em sua integralidade. Acerca do tema, Alexandre Freitas Câmara explica: “à lei caberá regulamentar o exercício da atividade de advogado, mas sem jamais chegar ao ponto de tornar a presença do advogado facultativa, pois assim estar-se-ia negando à sua atividade o caráter de função essencial” (2003, p. 232).

Sob o âmbito dos princípios constitucionais, o discurso de Câmara (2003) é reforçado por Rosemiro Pereira Leal, que também se manifesta de forma contrária à dispensabilidade da defesa técnica ao definir a instituição do Estado Democrático de Direito:

(...) conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado, e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (Devido Processo Legal) como instrumentalidade manejável pelos fundamentos juridicamente legitimados (2005, p. 100).

Esse posicionamento preleciona que a assistência do advogado é requisito essencial para assegurar a validade do processo, compreendendo a defesa técnica como condição básica estabelecida pelo texto constitucional para o cumprimento do devido processo legal.

A pertinência da corrente em questão é reconhecida a partir dos efeitos práticos gerados pela concessão instituto do *jus postulandi*, que chegam a caracterizar uma desvalorização dos princípios constitucionais.

A ausência do advogado poderia ser tolerada na fase conciliatória do processo, dada a sua natureza essencialmente informal, considerando que o principal objetivo nesta fase se limita à realização de um acordo entre as partes. No entanto, mesmo na conciliação, a presença de um advogado é amplamente aconselhada, considerando que a parte desacompanhada pode deixar de firmar acordo por insegurança, principalmente se o outro litigante possuir patrono. Em suma, confere-se ao advogado o dever de orientar o seu cliente acerca das vantagens e desvantagens em aceitar ou oferecer acordo, bem como informar quais os futuros procedimentos a serem realizados.

Nesse contexto, não se entende que a parte seja incapaz de reconhecer se determinado acordo é vantajoso ou não, mas é inegável que a presença de um profissional especializado garante maior segurança ao feito, já que este possui a competência necessária para orientar o litigante e eliminar as dúvidas e emoções que podem interferir na regularidade do procedimento, fator que corrobora a indispensabilidade da representação por advogado.

Todavia, o principal problema relativo à ausência de assistência jurídica técnica é identificado após o referido momento processual, quando não obtido êxito na conciliação e iniciada a fase instrutória, já que nesta as partes precisam se valer do contraditório e da ampla defesa para produzir suas provas e fundamentar o direito pleiteado.

A defesa técnica é reconhecida nessa fase como requisito essencial para que as garantias constitucionais sejam realmente respeitadas. A complexidade da causa não pode ser admitida como justificativa para validar um procedimento superficial, exigindo-se, sob pena de violação do devido processo legal, que todos os mecanismos processuais sejam devidamente oferecidos aos litigantes, efetivando-se as prerrogativas legais que favorecem o exercício da postulação judicial.

A esse respeito, Rosemiro Pereira Leal elucida:

Quando se estabelece um procedimento que limita a possibilidade de defesa para as pequenas causas, na verdade, o que ocorre é a negação da importância das mesmas. Não pode ser admitido que apenas pelo pequeno valor econômico da causa, ela seja julgada sem a devida aplicação do processo com todas as garantias fundamentais a ele inerentes. A prevalecer o entendimento de que nos Juizados Especiais é vedada a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CR/88) em toda a inteireza constitucional, transformam-se os tribunais Superiores e o STF em Tribunais de Exceção destinados ao julgamento de causas de grande potencial econômico, a critério e arbítrio de seus juízes, com a suspensão do requisito do juízo natural que é instrumento imprescindível da processualidade nas democracias (2004, p. 76).

Ademais, importa pontuar que incumbe à Defensoria Pública o dever institucional de defender judicialmente aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas de um advogado, conforme dicção do artigo 134 da Constituição Federal<sup>18</sup>.

O acesso à justiça sem custo já se encontrava devidamente institucionalizado pela Constituição Federal quando foram criados os Juizados Especiais Cíveis. Com isso, não subsiste o argumento de que a capacidade postulatória concedida às partes merece ser admitida em virtude da sua função de suprir o provimento jurisdicional aos hipossuficientes, posto que estes já dispunham de meio legal para postularem seus direitos sem o dispêndio de custos. A Defensoria Pública é reconhecida como um órgão per-

---

18 Constituição Federal, art. 134: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (BRASIL, 1988).

feitamente competente e eficiente para representar os necessitados, ainda mais quando comparada à completa ausência de defesa técnica.

## **8 COMPLEXIDADE JURÍDICA**

O principal fator que desponta a ineficiência do instituto do *jus postulandi* diz respeito à complexidade do sistema judiciário, que acaba por dificultar a postulação sem defesa técnica, ensejando uma situação de verdadeira vulnerabilidade processual para a parte litigante.

Os demandantes que ajuízam ações sem a assistência de um advogado inegavelmente experimentam dificuldades em razão do desconhecimento técnico sobre o trâmite processual, incluindo o linguajar usado no âmbito judicial, sendo estes fatores que podem prejudicar a prática dos atos jurídicos (TARTUCE, 2015).

A dispensa do advogado no rito dos Juizados Especiais Cíveis é admitida sob a premissa de oferecer um procedimento simplificado e com linguagem de fácil compreensão para o cidadão leigo. Entretanto, na realidade processual, percebe-se que tais orientações nem sempre são adotadas. O processo é tradicionalmente conduzido de maneira formalista e as manifestações judiciais são geralmente proferidas e fundamentadas com jargões jurídicos, o que dificulta a plena compreensão do litigante que não dispõe do patrocínio de um advogado (TARTUCE, 2015).

Diante de tais circunstâncias procedimentais, é incontestável que o acesso à justiça pode acabar sendo comprometido, uma vez que a parte não conta com a devida orientação acerca da postulação de seus direitos, fator propenso a macular o pleito judicial (TARTUCE, 2012).

Conforme defende Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), na maioria das sociedades modernas, o auxílio de um advogado é indispensável para o ajuizamento de uma causa, considerada a progressiva complexidade das leis elaboradas e dos procedimentos implementados.

No mesmo sentido se manifestam diversos outros juristas, como Amauri Mascaro do Nascimento (2013), que também argumenta que a crescente dificuldade de compreender as normas legais escritas, bem como a especialização da ciência jurídica, evidenciam a importância da assistência do advogado, especialmente sob o aspecto técnico que permeia o cumprimento dos atos processuais.

Sobre tal perspectiva, o referido autor assevera:

(...) se, em uma sociedade primitiva, onde todo o direito se resume em umas poucas e simples práticas consuetudinárias, cada membro pode encontrar-se em condições de defender-se por si em juízo sem necessidade de uma preparação profissional especial, o incremento da legislação escrita, que fatalmente se desenvolve e se complica com o progresso da civilização, requer para sua interpretação e aplicação o auxílio de um tecnicismo cada vez mais refinado, cujo conhecimento vem a ser monopólio de uma categoria especial de peritos, que são os juristas: de maneira que, para fazer valer as próprias razões em juízo, a parte inexperta de tecnicismo jurídico sente a necessidade de ser assistida pelo especialista, que se acha em condições de encontrar os argumentos jurídicos em apoio das suas pretensões, o que se faz mais necessário ainda quando, como é a regra nos ordenamentos judiciais modernos, também os Juízes, perante os quais a parte faz valer suas razões, são juristas (NASCIMENTO, 2013, p. 187).

Dessa forma, embora a concessão da capacidade postulatória às partes tenha a função de facilitar o acesso à justiça, uma ação judicial interposta sem a assistência de um advogado tem grandes chances de não alcançar a eficácia processual e material pretendida.

No cenário em questão, o litigante é acometido por uma situação de vulnerabilidade que afeta a efetividade dos atos processuais e pode até mesmo impedir a sua atuação em juízo. A limitação pessoal da parte decorre de diversos fatores, como a saúde, a qualidade econômica, informacional, técnica ou organizacional, seja de caráter permanente ou provisório (TARTUCE, 2012).

Se por um lado a dispensa do advogado no rito da Lei nº. 9.099/1995 tem como objetivo minimizar os gastos e favorecer o hipossuficiente, o litigante sem advogado e sem conhecimentos jurídicos se torna uma parte vulnerável no processo, ficando sujeito a efeitos adversos à pretensão judicial (TARTUCE, 2012).

Com vistas a minimizar o desequilíbrio verificado na relação processual, a Lei dos Juizados Especiais prevê que, se eventualmente uma das partes for assistida por um advogado, ou o réu se tratar de pessoa jurídica ou firma individual, o outro litigante, caso queira, terá direito à assistência jurídica, que será prestada por órgão instituído junto ao juízo nos termos da lei local<sup>19</sup>. A lei dispõe, ainda, que caberá ao magistrado, quando a causa

19 Lei nº. 9.099/1995, art. 9º, § 1º: “Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma indivi-

assim o recomendar, alertar as partes sobre a conveniência do patrocínio por advogado<sup>20</sup>.

Tais diretrizes da legislação são essenciais para o rito instituído, já que, considerando a deficiência técnica da parte não assistida por advogado, a possibilidade de ofertar ao litigante um procurador capacitado após a postulação judicial e a iniciativa do juiz em esclarecer o contexto jurídico aos demandantes se qualificam como medidas de implementação da isonomia processual.

Aplicar devidamente a isonomia consiste em conferir às partes concreta e igual oportunidade de participação no processo. Com isso, uma vez verificada a situação de vulnerabilidade de um dos litigantes, incumbe ao sistema jurídico estatal evitar que as dificuldades inerentes à condição desfavorável da parte comprometam o reconhecimento e o cumprimento de seus direitos (TARTUCE, 2012).

No entanto, embora os referidos mecanismos sejam considerados favoráveis à garantia da isonomia processual, os desafios encontrados em razão da complexidade dos procedimentos jurídicos representam significativos obstáculos à defesa dos direitos da parte não representada por advogado.

Diante de tal cenário de inseguranças jurídicas, Amaral (2009) destaca as seguintes críticas à concessão do instituto do *jus postulandi*:

- a) O cidadão não tem cultura jurídica e encontra-se despreparado para dar continuidade ao processo caso não haja a conciliação;
- b) A complexidade das regras processuais é mais difícil para os leigos;
- c) O acesso à justiça aos menos desassistidos deve ser assegurado pelo Estado através da criação da Defensoria Pública, conforme prevê a Constituição de 1988, e não com a figura do *Jus Postulandi*;
- d) Muitas vezes o cidadão comum não consegue nem mesmo formular corretamente seu pedido, desprovido de técnicas jurídicas, ao ser atendido pelo funcionário do Juizado Especial;
- e) Outras vezes, ao dar entrada sozinho no seu processo, o cidadão se desilude com a falta de resultados e termina por

---

dual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local” (BRASIL, 1995).

20 Lei nº. 9.099/1995, art. 9º, § 2º: “O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar” (BRASIL, 1995).

procurar um advogado, desaparecendo, assim, a capacidade postulatória.

## **9 DESAFIOS PRÁTICOS**

### **9.1 REDUÇÃO DO PEDIDO A TERMO**

De acordo com o artigo 14 da Lei nº. 9.099/1995, o demandante pode apresentar o seu pedido inicial de forma escrita ou oral, cabendo à Secretaria do Juizado reduzir a termo o pleito, nos termos do §3º do mencionado dispositivo normativo<sup>21</sup>.

A redução do pedido a termo, com exposição dos fatos e fundamentos jurídicos é, portanto, incumbida a um servidor do Juízo competente, o qual, em teoria, é plenamente capaz de realizar a tarefa. Contudo, na prática, é possível que o referido servidor não tenha o devido cuidado ao redigir a peça, deixando de elucidar precisamente as circunstâncias do caso concreto apresentado pelo autor (TARTUCE, 2015).

Com isso, percebe-se a importância do papel atribuído aos servidores dos Juizados Especiais Cíveis, devendo estes estarem preparados para auxiliar os litigantes a formularem os seus pedidos e a apresentarem os seus elementos probatórios. Logo, uma vez conferida aos juizados a função de simplificar o acesso à justiça, faz-se necessário que os seus serventuários sejam capazes de orna-lo um canal jurisdicional eficaz, sendo-lhes atribuída grande responsabilidade sobre o cumprimento da norma legal.

### **9.2 DILIGÊNCIA DO MAGISTRADO**

A fim de evitar que o litigante seja prejudicado em razão da ausência de defesa técnica, o juiz deve agir de forma mais diligente no trâmite processual, com o fim de reparar a vulnerabilidade experimentada pela parte.

Na experiência prática dos Juizados Especiais Cíveis, ocorre certa relativização do preceito de que o juiz deve estar sempre adstrito aos fatos constitutivos trazidos pelo autor sem tomar qualquer iniciativa quanto à adequação do processo aos moldes legais (TARTUCE, 2015).

---

21 Lei nº. 9.099/1995, art. 14, *caput* e § 3º: “O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 3º - O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos” (BRASIL, 1995).



Isso porque, incumbe ao magistrado interpretar o pedido do litigante, muitas vezes formulado com insuficiência técnica, e, partir de então, ajustá-lo à tutela apropriada, considerando que o demandante na maioria das vezes não possui conhecimento jurídico acerca do direito pleiteado e pode acabar deixando de precisar corretamente a sua pretensão judicial.

Ressalta-se que o ponto abordado não acusa violação ao princípio da adstrição, limitando-se a apenas expor o dever atribuído à figura do juiz em decifrar o direito pugnado de forma leiga e, em análise ao conjunto dos fatos e das provas, aplicar a tutela adequada, cabendo-lhe a tarefa de elucidar o pleito da parte e o enquadrar nos ditames processuais formalistas (TARTUCE, 2015).

### **9.3 CELEBRAÇÃO DE ACORDO**

Outro tópico a ser questionado é a ausência de conhecimento da parte acerca dos termos firmados em eventual acordo conciliatório, considerando que, conforme pontuado alhures, também constitui dever da defesa técnica conferir maior segurança ao procedimento de autocomposição, sendo incumbida ao advogado a tarefa de traduzir ao litigante os segmentos jurídicos tratados no ato.

Sabe-se que, na realidade atual do sistema judiciário, a celebração de acordos é algo bastante estimulado, o que se intensifica ainda mais no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, já que o procedimento implementado por estes visa primordialmente a resolução consensual de demandas.

Todavia, para que não se comprometa a legitimidade da autocomposição, é de suma importância garantir o pleno conhecimento das partes envolvidas sobre as circunstâncias jurídicas da causa e os termos dos acordos levados à homologação judicial, de modo a assegurar que o litigante não sofra prejuízo em razão de seu desconhecimento técnico (TARTUCE, 2015).

A validação das transações extrajudiciais e judiciais depende da aptidão das partes em reconhecer os termos do acordo e ter consciência de seus efeitos práticos, devendo ser evitada a incidência de vício de vontade, fator que é capaz de ensejar a nulidade do feito.

Nesse contexto, o condutor do procedimento de autocomposição é encarregado da tarefa de assegurar que as partes estejam devidamente informadas sobre condições legais envolvidas na demanda, bem como adverti-las sobre a importância de consultarem um profissional para au-

xiliá-las a compreender as circunstâncias da causa e da fase conciliatória (TARTUCE, 2015).

Atribui-se específica relevância às mencionadas iniciativas na medida em que evitam que a celebração de acordos seja maculada com a falta de consentimento autêntico das partes envolvidas na transação, afastando qualquer ofensa à situação de paridade entre os litigantes.

#### **9.4 INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL**

Os Juizados Especiais Cíveis foram precursores na digitalização do processo judicial, possibilitando que os magistrados, os membros do Ministério Público e as partes – acompanhadas ou não de advogado – fossem capazes de acessar o teor dos autos processuais por meio remoto (TARTUCE, 2015).

Embora a informatização judicial se apresente como uma inovação vantajosa para o processamento das demandas, algumas complicações podem surgir no acesso aos autos digitais quando o litigante não conta com a assistência de um advogado.

Quando os processos que tramitam junto aos Juizados Especiais Cíveis foram ajuizados sem a presença de advogado, cabe às partes litigantes o dever de distribuírem suas demandas e se manifestarem pessoalmente nos autos eletrônicos, o que fazem sem o devido apurmo técnico que um defensor qualificado detém.

Os efeitos de tal circunstância indicam a ineficácia da informatização em facilitar a realização dos atos judiciais. Primeiramente, é preciso considerar que nem todos os jurisdicionais dispõem de um computador ou possuem facilidade em usar equipamentos tecnológicos para obter o acesso digital aos autos, o que os obriga a se deslocarem até a sede do respectivo juizado para conseguirem informações sobre o andamento da ação interposta (TARTUCE, 2015).

A exclusão digital representa um problema de grandes proporções no Brasil, razão pela qual a informatização, embora tenha o objetivo expandir o acesso e o direito à informação, acaba agravando, entre outras problemáticas, a desigualdade social no que se refere ao acesso aos dados digitais (TARTUCE, 2015).

Nessa conjuntura social, o Juízo atuante, em sua integralidade, abrangendo os serventuários e os magistrados, deve considerar a garantia da isonomia como dever obrigatório, encarando-a como meio de impe-

dir que o sistema jurídico seja indiferente à realidade brasileira, na qual os mais necessitados de provimento jurisdicional são impedidos de ter acesso à estrutura informatizada do Judiciário.

Com isso, levando-se em conta que uma das principais premissas instituidoras dos Juizados Especiais Cíveis consiste em garantir o acesso à justiça aos hipossuficientes, a situação de vulnerabilidade conferida à parte que, além de não contar com o auxílio de um advogado, não tem conhecimento digital representa um significativo *deficit* na eficiência do serviço prestado pelos Juizados.

Partindo-se do pressuposto de que a vulnerabilidade cibernética é uma condição desfavorável ao trâmite processual, considerando os tempos atuais de informatização, a viabilização do efetivo acesso da parte ao processo eletrônico representa mais um desafio enfrentado pelos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que grande parte das pessoas que se utilizam destes como canal jurisdicional são hipossuficientes, tanto na acepção financeira como na tecnológica.

Em vista disso, com vistas a cumprir as garantias constitucionais de acesso à justiça e publicidade dos atos processuais, incumbe aos Juizados a disponibilização de terminais de acesso aos processos informatizados nos seus fóruns (TARTUCE, 2015).

Além de equipamentos, é imprescindível que haja funcionários treinados para orientar as partes a consultar o andamento dos feitos nos terminais do fórum (TARTURCE, 2012).

Ademais, a Lei nº. 11.419/2006 prevê em seu artigo 10, § 3º, que “os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais” (BRASIL, 2006). No entanto, apesar da relevância de tal norma, infelizmente poucos foros judiciais implementam a referida iniciativa legal, o que corrobora a exclusão digital e, conseqüentemente, o acesso à informatização judicial.

## **10 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, embora tenha sido instaurado com o fim de dirimir a lentidão e o formalismo dos métodos de resolução de conflitos judiciais, não auferiu êxito em garantir que o acesso à justiça, em seu modelo simplificado, cumpra o principal preceito que lhe é atribuído, qual seja oferecer uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

A prerrogativa de postular em juízo sem a assistência de um advogado foi introduzida no microssistema dos Juizados em conjunto com vários outros mecanismos processuais, todos implementados sob o princípio de instaurar um novo modelo procedimental capaz de tornar mais simples e célere o acesso à jurisdição. Ocorre que, ponderada a inovação que o rito em questão representa ao sistema jurídico brasileiro, os desafios encontrados no trâmite processual pela parte que não possui defesa técnica revelam a potencial ineficácia do pleito judicial.

Em análise ao rito instaurado pela Lei nº. 9.099/1995, percebe-se que os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade realmente são utilizados como preceitos orientadores para a elaboração do procedimento, dispondo-se a lei a instituir uma estrutura processual que, teoricamente, seria capaz de tornar tais princípios palpáveis na vivência judiciária. Contudo, no plano fático do sistema jurisdicional, a instabilidade provocada pela ausência de defesa técnica incorre em nítido descumprimento não só dos fundamentos norteadores da Lei dos Juizados Especiais Cíveis como também do regulamento processual vigente no país.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal não tenho reconhecido ofensa à Constituição Federal na Lei nº. 9.099/1995 (ADI 1.539), a ausência de advogado no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis provoca inegável desequilíbrio ao processo, conferindo à parte não assistida uma situação de vulnerabilidade que acaba por infringir o princípio constitucional do devido processo legal.

A mencionada vulnerabilidade que acomete o litigante decorre, principalmente, da ausência de conhecimento técnico para conduzir sua pretensão junto ao Judiciário. Conforme extrai-se das considerações expostas, durante o trâmite processual de uma ação ajuizada sem a assistência de um advogado são verificados diversos obstáculos para o cumprimento dos atos processuais dentro dos parâmetros válidos, sendo exigido o desempenho de deveres atípicos tanto das partes como dos magistrados e dos serventuários da justiça.

Os variados ajustes empregados na condução do processo propõem-se a deter a inferioridade da parte desacompanhada de advogado e, assim, assegurar a efetivação dos preceitos instituidores da Lei nº. 9.099/1995. Entretanto, sob a perspectiva prática, as novas atribuições introduzidas no rito não se mostram capazes de suprir a atuação deficitária do litigante que ingressa em juízo sem defesa técnica, deixando de lograr

êxito em afastar a clara ofensa ao princípio da isonomia processual no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Nesse contexto, confere-se que, ainda que a lei tenha implementado mecanismos e ferramentas processuais com o objetivo de garantir legalidade e eficiência ao procedimento instituído, a experiência da prestação jurisdicional denota que a insuficiência técnica, evidenciada tanto nos litigantes como no sistema judiciário, obsta o cumprimento dos ditames legais da norma.

Ao conferir caráter facultativo à representação por advogado, a Lei nº. 9.099/1995 se compromete a oferecer um instrumento simples e menos oneroso de acesso à justiça, porém o instituto do *jus postulandi*, no modelo processual vigente no país, apresenta-se eivado de bloqueios procedimentais que impedem o alcance da finalidade jurídica pretendida, de modo a prejudicar a qualidade do serviço jurisdicional prestado, passando a macular a sua efetividade.

## 11 REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manuel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico a consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

AMARAL, Márcio Alfredo da Cunha. **Jus Postulandi figura meramente decorativa**. 25 mai. 2009. Disponível em: <http://www.artigonal.com/doutrinaartigos/jus-postulandi-figura-meramente-decorativa-936197.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Diário Oficial da União Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm). Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 9.099, 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de julho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 7.244, de 7 de novembro de 1984.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de novembro de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7244.htm). Acesso em: 19 ago. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, volume I. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

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

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume II. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: Temática processual e reflexões jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITE, Maria Auxiliadora Sobral. Juizados especiais cíveis: processo de conhecimento, In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER, Fredie (coord.). **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº. 1.539-8**. Ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385535>. Acesso em: 10 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 24 set. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre a atuação dos litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 35, n. 127, p. 47-58, ago. 2015. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Vulnerabilidade-de-litigantes-sem-advogado-nos-Juizados.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.





# PROTEÇÃO INTEGRAL E A CRIMINALIDADE INTRAFAMILIAR: O MENOR CONTEMPORÂNEO

**Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra**

Advogado, Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público.

E-mail: venancioterra@hotmail.com.

**Resumo:** O presente ensaio versa sobre a temática da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes no cenário interno, tendo como escopo aferir se, de fato, ocorreu mudança no tratamento despedido ao “menor contemporâneo” considerando, sobretudo, a criminalidade intrafamiliar contra crianças e adolescentes, ou seja, se estes continuam “coisificados” ou, se, realmente, são sujeitos de direitos à luz da proteção integral. Deste modo, será apresentada a expansão do instituto da proteção integral nos cenários internacional e nacional, com a apresentação dos princípios reitores da proteção integral e as principais manifestações legislativas contemporâneas, bem como, o mapa da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes no Brasil. O método empregado no estudo será o hipotético-dedutivo, a partir de análise bibliográfica, doutrina e legislação existente acerca dos temas trabalhados.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Direito Penal. Crimes Intrafamiliares. Menor. Dignidade da Pessoa Humana.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho gravita no entorno da temática da Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes, tendo como objetivo aferir, se, de fato, ocorreu mudança no tratamento despedido ao “menor contemporâneo”, sobretudo, tendo como parâmetro a incidência da criminalidade intrafamiliar de crianças e adolescentes.

Desta forma, para conseguir chegar a uma resposta aproximada ao problema supramencionado, necessariamente, será trabalhada a expansão da Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes no cenário internacional, bem como no cenário pátrio, na medida em ocorreu marcante mudança de tratamento na passagem do “menor” presente no Código de Menores de 1979 para as “crianças e adolescentes” presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, decorrente da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 e da Constituição Federal de 1988.

Ademais, abordar-se-ão os princípios “reitores” da Doutrina da Proteção Integral, já que aperfeiçoam a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o mapa dessa violência intrafamiliar no cenário pátrio, explicitando que ocorre uma “coisificação da infância” no ambiente intrafamiliar.

Ao final, serão apresentadas importantes manifestações legislativas contemporâneas acerca do tema, na medida em que possibilitaram um melhor enfrentamento à criminalidade intrafamiliar em face de crianças e adolescentes.

Notadamente, a justificativa do problema afigura-se na triste realidade que muitas crianças vivenciam, por vezes, ao longo de muitos anos na condição de vítimas de uma nefasta criminalidade, precisamente, no local onde deveriam sentir-se mais seguras e protegidas.

O método empregado no objeto em estudo é o hipotético-dedutivo, a partir de análise bibliográfica, doutrina e legislação existente sobre o tema.

## **2 A EXPANSÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

No cenário internacional, o primeiro instrumento a anunciar a necessidade de proteção à criança e ao adolescente ocorreu através da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança ocorrida no ano de 1924, estabelecendo que devem “ser concedidos os meios necessários

para o seu desenvolvimento integral normal, tanto material, como espiritual” (MACHADO, 2020, p. 203).

A Declaração de Genebra anuncia que todas as pessoas devem às crianças os meios necessários para seu desenvolvimento, a ajuda especial em momentos de necessidade, bem como a prioridade no socorro e assistência, a liberdade econômica e proteção contra exploração e uma educação que implique na consciência e no dever social (UNICEF).

No cenário pátrio, nesse período, foi introduzido o Código Mello de Mattos por meio do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (BRASIL), o instrumento foi considerado adiantado para a sua época, pois apresentava dispositivos complexos, sendo o primeiro grande marco em favor dos Direitos das crianças e adolescentes no Direito Brasileiro.

Já no ano de 1948, com o final da Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), situação em que todos os seres humanos passaram a gozar de direitos no plano universal, conforme disposição do seu artigo primeiro.

No campo da infância, é necessário acenar que ela tem direito à ajuda e assistência especiais. Além disso, todas as crianças, nascidas dentro ou fora do casamento, gozam da mesma proteção especial, conforme consta no artigo vinte e cinco, item dois da DUDH (ONU).

Os direitos humanos são o resultado “de um longo debate entre filósofos e juristas que se estendeu por vários séculos e, enquanto *adquirido axiológico*, o conceito está em constante processo de elaboração e redefinição” (AZAMBUJA, 2017, p. 33). Ou seja, “um programa de longo alcance de transformação da humanidade” (ZAFFARONI, 2018, p.149).

Chegando ao ano de 1959, “a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança dispondo expressamente sobre o princípio da proteção especial e o interesse superior da criança (Princípio II)” (MACHADO, 2020, p. 203-204).

Em 1966, na cidade de Nova York (Estados Unidos da América) ocorreu a celebração de dois importantes Pactos internacionais que observaram a condição especial das crianças e dos adolescentes, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No entanto, entraram em vigor no Brasil, somente, no ano de 1992, reconhecendo, respectivamente, direitos referentes “às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer

por parte de sua família, da sociedade e do Estado” (BRASIL) e “proteção contra a exploração econômica e social” (BRASIL).

Por sua vez, no cenário regional da América Latina, em 1969 foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que disciplinou em seu artigo 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado” (BRASIL).

Todavia, em que pese a Convenção ser do ano de 1969, ela apenas teve vigência no plano internacional no ano de 1978. O Brasil, apenas depositou a sua carta de adesão na data de 25 de setembro de 1992, cuja promulgação ocorreu através do Decreto de nº 678, datado de 06 de novembro de 1992 (MACHADO, 2020, p. 204-205).

Finalmente, na data de 20 de novembro de 1989, na cidade de Nova York (Estados Unidos da América), por intermédio da Assembleia Geral da ONU, foi adotada a Convenção sobre os Direitos da Criança, composta por cinquenta e quatro artigos, sendo apontada como o principal documento internacional de proteção à criança, vindo a influenciar diversos Estados-partes a editar suas leis nacionais de acordo com a ratificação. Além disso, de acordo com o Unicef, a Convenção “é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção. O Brasil ratificou a Convenção” (UNICEF) na data de 24 de setembro do ano de 1990.

Contudo, no ano de 2000, em complemento à referida Convenção, foram aprovados dois Protocolos Facultativos versando sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados e sobre a venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, promulgados pelo Brasil através dos Decretos nº 5.006 (BRASIL) e 5.007 (BRASIL) de 2004.

Igualmente, a Convenção (UNICEF) representa importante abrangência no tocante aos direitos das crianças e dos adolescentes, como, por exemplo, a conceituação de criança como sendo todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade, o princípio da proteção integral, o princípio do interesse maior da criança, o princípio da prioridade absoluta, o reconhecimento da criança como sujeito de direitos, a proibição de qualquer forma de discriminação, os direitos fundamentais das crianças, os direitos à convivência familiar, o dever de adoção dos Estados-partes de medidas para coibir todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive o abuso sexual, de modo que Estados-partes com-

prometeram-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual, adotando medidas que evitem a exploração sexual de crianças e adolescentes.

No dizer de Flávia Piovesan (2013, p. 281), “a Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade”.

Apesar de a Convenção não mencionar em seus dispositivos o termo “proteção integral da criança”, ela assegura a referida proteção integral ao dispor de enorme gama de direitos capazes de criar um sistema, “segundo o qual não existe efetiva proteção sem que se garanta, não um direito específico, mas todos os direitos correlatos” (SOUZA, 2001, p. 74), como, por exemplo, o direito à vida, ao desenvolvimento, à nacionalidade, à filiação, à não discriminação, o direito à vida familiar, o direito à manifestação em juízo, o direito à intimidade, à saúde, à educação, ao interesse superior, etc.

Para Josiane Rose Petry Veronese (2013, p. 38-54), a “Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado-parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento”. A autora explicita o fato de que a Convenção “tem força de lei internacional e, assim, cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar as medidas positivas para promovê-los” (VERONESE, 2013, p. 38-54).

No mesmo passo, Alessandro Baratta (1999, p. 63) entende que “o princípio central da estratégia dirigida a implementar uma proteção integral dos direitos da infância é o de restabelecer a primazia das políticas sociais básicas, respeitando a proporção entre estas e outras políticas previstas na Convenção”.

A proteção integral pode ser percebida como a forma de “dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema normativo que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiado” (SOUZA, 2001, p. 75-76).

Tânia da Silva Pereira (1996, p. 67) alude ao fato de que “a Convenção representa um consenso de que existem alguns direitos básicos universalmente aceitos e que são essenciais para o desenvolvimento completo e harmonioso de uma criança”. Em síntese, “representa, em definitivo, o instrumento jurídico internacional mais transcendente para a promoção e o exercício dos direitos da criança” (PEREIRA, 1996, p. 67).

Outrossim, já no ano de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) trouxe no corpo do artigo 227 (BRA-

SIL) disposição referente à proteção integral de crianças e adolescentes, informando, que será exercida com “absoluta prioridade” em relação à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar, à negligência, à exploração, à violência e à crueldade.

Deste modo, denota-se que “a positividade dada aos direitos humanos de crianças e adolescentes pela Constituição brasileira de 1988 difere da conformação que os direitos fundamentais dos adultos recebem” (MACHADO, 2003, p. 20).

Por derradeiro, no §4º, do artigo 227, da CRFB/88, é possível encontrar referência ao mandado constitucional de criminalização de condutas que atentem contra o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes, sendo que a “lei punirá severamente” o autor dessas covardes condutas.

Essencialmente, observa-se que à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL), legislação pátria que regula a proteção integral de crianças e adolescentes, considera-se criança “a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Notadamente, esse entendimento destoa do artigo primeiro da Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989 que, por sua vez, considera como “criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade” (UNICEF).

Ademais, o termo criança, usualmente empregado na atualidade, nem sempre foi utilizado em nossa sociedade. Na verdade, trata-se de uma terminologia moderna, quase contemporânea, e representa os efetivos investimentos que, pouco a pouco, começaram a ser endereçados a essa fase do desenvolvimento humano (VERONESE, 2013, p. 38-54).

De acordo com Válder K. Ishida (2015, p. 2), “a CF, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente”. No Código de Menores não existia proteção integral às crianças e aos adolescentes, já que trabalhava com a figura do menor em a situação irregular, do menor em conflito com a lei, crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direito.

Nessa direção, conforme já lecionava André K. Kaminsk (2002, p. 37), “o menor, como era identificada a criança pobre brasileira, sempre ocupou um lugar desprestigiado na nossa sociedade, colocado em situação de dependência, sem o exercício natural de direitos, [...] verdadeiro ‘coitadinho’ e um objeto necessário de tutela penal”.

Segundo o Dicionário Aurélio, o termo “menor” significa não apenas pessoa que ainda não atingiu a maioridade, como também algo ínfimo, mínimo, hierarquicamente inferior, subordinado, subalterno, de segundo grau, de segundo plano (FERREIRA, 2010, p. 1.374).

O doutrinador argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (2013, p. 1.004-1.005) leciona que ao longo do percurso da história humana, a ideologia tutelar, em qualquer âmbito ensejou em um sistema processual punitivo inquisitório, uma vez que “o tutelado sempre o tem sido em razão de alguma inferioridade (teológica, racial, cultural, biológica, etc.). Colonizados, mulheres, doentes mentais, minorias sexuais, etc. foram psiquiatrizados ou considerados inferiores e, portanto, necessitados de tutela”.

Portanto, “a palavra menor, em regra, sempre foi objeto de estigmatização, de rotulagem, significando “o filho dos outros” (o menor era a clientela do sistema Funabem/Febem)” (KAMINSKI, 2002, p. 39).

Ao adotar a doutrina da proteção integral, “toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (VERONESE, 2013, p. 38-54).

Era indispensável essa alteração, bem como a construção de “um novo ordenamento jurídico que se ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência [...], pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de *menores*, de semicidadãos, para a de cidadãos” (VERONESE, 2013, p. 38-54).

Conforme observa Velela Dobke (2001, p. 22), “a batalha pela garantia dos direitos da criança e do adolescente em nosso país não tem sido em vão; vem resultando na atenção e na realização de estudos científicos sobre a realidade infanto-juvenil”.

Realizadas estas considerações iniciais, partir-se-á para um enfoque sobre quais são os princípios “reitores” (KONZEN, 2012, p. 85-111) da Doutrina da Proteção Integral, bem como qual a função inerente de cada um deles.

### **3 PRINCÍPIOS REITORES DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

De acordo com a lição de Ronald Dworkin (2002, p.71), se os princípios fossem interpretados “como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação

de princípios, bem como por uma regra estabelecida”. Em outras palavras, “uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação” (DWORKIN, 2002, p.71) também exista.

Nessa encosta, os “princípios são enunciados das razões ou das causas primárias de um paradigma, concepção, teoria ou doutrina” (KONZEN, 2012, p. 85-111). Ou seja, por terem essa notável importância, e por espelharem a melhor interpretação da Convenção Sobre os Direitos da Criança, da Constituinte de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, arrazoa-se necessária uma abordagem acerca dos três princípios reitores da Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes no ordenamento pátrio.

Igualmente, se o alicerce da Doutrina da Proteção Integral ocorre através da prevenção primária, com a “garantia dos direitos fundamentais àqueles que ainda não atingiram os 18 anos, também é sua diretriz a prevenção secundária e terciária” (AZAMBUJA, 2000, p. 125-131), ocorrendo por intermédio da aplicação de medidas protetivas (art. 101 do ECA) e socioeducativas (art. 112 do ECA), como consta da “leitura atenta do Estatuto da Criança e do Adolescente, alicerçado em três princípios: criança é prioridade absoluta; criança é sujeito de direitos; criança é pessoa em desenvolvimento” (AZAMBUJA, 2000, p. 125-131).

Seguindo este entendimento, o primeiro princípio reitor da Doutrina da Proteção Integral é o princípio da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, uma vez que representa a quebra do paradigma anterior do menor em situação irregular, do menor em conflito com a lei, passando para a Doutrina da Proteção Integral.

No expor do Professor Afonso A. Konzen (2012, p. 85-111), ser sujeito de direitos deve “significar efetividade, proteção jurídica de fato e de direito, com a definição do conteúdo material e do titular da obrigação, do instrumento de exercício e das consequências pelo descumprimento”.

Nessa vertente, é necessária a leitura do artigo 5º do ECA para entender o que “essa mudança conceitual, que representa indissociável do novo paradigma da criança” (KAMINSKI, 2002, p. 39) e do adolescente como sujeitos de direitos significa, *in verbis*: “Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL).

A mudança no modelo do tratamento da criança e do adolescente resultou no principal diferencial entre o tratamento dispensado ao



“menor” na Doutrina da Situação Irregular e a tutela da criança e do adolescente na Doutrina da Proteção Integral. Justamente, porque alterou, significativamente, “o patamar de universalidade insuscetível de quaisquer discriminações negativas em razão da condição ou até mesmo da conduta” (KONZEN, 2012, p. 85-111) que crianças e adolescentes possam adotar à luz da Doutrina da Proteção Integral.

Ademais, as “crianças e os adolescentes não são adultos mais jovens, mas são “seres diferentes”, que, embora estejam em fase de crescimento e de formação, são portadores de projetos de vida próprios” (MORAES, 2019, p. 1-43).

Seguindo essa corrente, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes encontram-se previstos no artigo 3º do ECA, que disciplina que elas gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem qualquer tipo de prejuízo à proteção integral explicitada no Estatuto. Logo, deve ser assegurado às crianças e aos adolescentes, “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (BRASIL).

O dispositivo supramencionado representa o segundo princípio reitor da Doutrina da Proteção Integral, correspondendo ao princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, justamente “porque sujeitos em condição peculiar, têm crianças e adolescentes, além dos universais, necessidades e interesses adicionais. Em consequência, direitos adicionais e diferenciadas formas de garantia” (KONZEN, 2012, p. 85-111).

O Professor Afonso A. Konzen (2012, p. 85-111) entende que, “o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento rompeu com o mito da incapacidade”, na medida em que as “pessoas em desenvolvimento não são pessoas incapazes, mas, em relação ao adulto, categoria de pessoas com capacidade diferenciada”, ou seja, detentoras de uma capacidade progressiva, a exemplo da “responsabilização penal do adolescente autor de ato infracional” através da aplicação de medidas socioeducativas.

Entretanto, o referido princípio deflagra a necessidade de observância dos vínculos das crianças e adolescentes, já que “são essenciais ao desenvolvimento, tanto os de natureza pessoal como parental, familiar, ambiental e material” (KONZEN, 2012, p. 85-111). A ruptura desses vín-

culos somente deve ocorrer em *ultima ratio*, quando esgotadas e inadmissíveis as possibilidades de manutenção ou restabelecimento.

O terceiro princípio reitor da Doutrina da Proteção Integral é o princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, o qual emana do princípio do melhor interesse explícito na Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, vez que esta orienta que “todas as ações e determinações relativas a crianças e adolescentes deve fundar-se no maior interesse” (KONZEN, 2012, p. 85-111).

Nesse ponto, a autora portuguesa Maria Clara Sottomayor (2003, p. 65-68) remete ao fato de que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente apresenta-se como um conceito jurídico indeterminado em razão da imensa complexidade e da infinita variedade de padrões comportamentais adotados internamente em cada unidade familiar, adaptando-se, assim, à imprevisibilidade das situações da vida.

O que de fato fez o constituinte de 1988 foi alterar a terminologia supramencionada, inserindo ao “caput do artigo 227 da Constituição Federal, a expressão prioridade absoluta, a partir de então um dos primados reitores da apropriação brasileira da Doutrina da Proteção Integral” (KONZEN, 2012, p. 85-111). De tal modo, o princípio do maior/melhor interesse espelha o interesse ditado pela norma, devendo ser utilizado com o melhor critério de escolha na medida a ser adotada.

O princípio está regulado no artigo 4º caput e parágrafo único do ECA, abrangendo uma gama de deveres que devem ser tratados com absoluta prioridade, “tanto em relação às obrigações da competência do Poder Público como em relação aos critérios para a solução de lides de caráter interpessoal, familiar, patrimonial ou de qualquer outra natureza” (KONZEN, 2012, p. 85-111). Segundo o referido artigo, é dever da família, da sociedade em geral, da comunidade e do poder público “assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL).

De maneira especial, “a importância do princípio reside não só na clareza e abrangência da norma regulamentadora, mas especialmente pelo status constitucional conferido ao exercício dos instrumentos de exigibilidade” (KONZEN, 2012, p. 85-111). Destarte, a amplitude da interpretação e aplicação da norma não fica adstrita a juízos discricionários, uma vez que deve ser observada a prioridade absoluta, cabendo ao apli-

gador da lei ou gestor da política pública utilizá-lo de modo “indeclinável e indisponível” (KONZEN, 2012, p. 85-111) a melhor medida necessária à solução do caso concreto.

Tendo exposto a evolução histórica da Doutrina da Proteção Integral nos planos interno e externo, bem como exibido os seus princípios reitores, demonstrando, assim, que as crianças e os adolescentes tiveram seus *status* alterados ao passar à condição de sujeitos de direitos, arrazoa-se necessário cotejar se o mesmo ocorre no diante da criminalidade intrafamiliar.

#### **4 CRIMINALIDADE INTRAFAMILIAR: MANIFESTAÇÕES LEGISLATIVAS CONTEMPORÂNEAS**

A expressão “família”, de acordo com o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 915), deriva do latim *familia*, correspondendo a pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos, ou seja, são pessoas unidas por laços de parentesco, pelo sangue ou por aliança.

Todavia, no Brasil, segundo o relatório do Disque Diretos Humanos, apenas no ano de 2019 “o Disque 100 registrou 86.837 denúncias de violações de direitos humanos contra crianças e adolescentes (14% superior em relação a 2018)” (BRASIL, 2020b, p. 42). Esses dados referem-se às seguintes violações, em escalada decrescente: negligência (38%), violência psicológica (23%), violência física (21%), violência sexual (11%), violência institucional (3%), exploração do trabalho (3%) e outros (1%).

Além disso, conforme o relatório aponta, “52% das violações ocorreram na casa da vítima, ao passo que 20% foram praticadas na casa do suspeito” (BRASIL, 2020b, p. 44), explicitando a magnitude da violência intrafamiliar. Prova disso é que tanto a negligência, quanto a violência sexual possuem maior incidência na casa da própria vítima ou do suspeito, respectivamente, 75% e 73% das denúncias reportadas.

Especialmente, chama atenção o fato de que na negligência o principal suspeito é a mãe da vítima (56% dos registros), tendo ampla preponderância de suspeitos do sexo feminino (88% dos casos), e a vítima principal é criança em 70% das denúncias. Entretanto, o cenário é alterado completamente no tocante à violência sexual, justamente, porque o principal suspeito é o pai ou padrasto da vítima (40% dos casos reportados), tendo absoluta preponderância de suspeitos do sexo masculino

(87% dos casos), e a vítima principal é adolescente do sexo feminino em 46% das denúncias (BRASIL, 2020b, p. 59-60).

Ademais, o anuário brasileiro de segurança pública do ano de 2020 informa que, somente no primeiro semestre do ano de 2019 foram registrados impressionantes 22.282 (BRASIL, 2020a, p. 34) crimes de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), dos quais 74,7% foram cometidos contra crianças e adolescentes, sendo que em 84,1% dos casos o autor era conhecido da vítima, sugerindo a existência de “um grave contexto de violência intrafamiliar, no qual crianças e adolescentes são vitimados por familiares ou pessoas de confiança da família, muitas vezes por pessoas com quem tinham algum vínculo de confiança” (BRASIL, 2020a, p. 134-136).

Factualmente, essas cifras demonstram a persistência da “coisificação da infância” (GUERRA, 2017, p. 66) no ambiente intrafamiliar, não sendo aceitável que, justamente, no local onde crianças e adolescentes precisam encontrar-se mais seguras ocorram as maiores atrocidades, a exemplo dos nefastos casos que vitimaram Isabella Oliveira Nardoni (MP/SP, 2010), Bernardo Uglione Boldrini (MP/RS, 2019), Henry Borel Medeiros (MP/RJ, 2021), dentre milhares de outras vítimas que não vieram ao conhecimento da grande mídia.

Resta claro que “a violência contra crianças e adolescentes no âmbito da família não para de aumentar. [...] Como falar em direitos humanos quando esses, os mais básicos, são vilipendiados cotidianamente dentro de casa” (MORAES, 2019, p. 1-43)?

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2017, p. 322) leciona que, ao longo da História, reside uma ideia sacralizada acerca da família, correspondendo “ao lugar idealizado por todos como o espaço de segurança, de proteção e de amor que embala o sonho de felicidade”.

Neste passo, “é no lar que a criança se vê mais exposta ao desrespeito, quando os pais ou cuidadores não apresentam condições de protegê-la” (AZAMBUJA, 2017, p. 66). De modo que, a violência doméstica contra a criança e o adolescente se constitui em todo ato comissivo ou omissivo praticado no âmbito intrafamiliar, justamente pelas pessoas encarregadas de evitá-los. Essa violência é apta a causar “dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima – implica, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação ao direito que crianças e adolescentes têm de ser

tratados como sujeitos” (GUERRA, 2017, p. 66) e, sobretudo, “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” (GUERRA, 2017, p. 66).

Em relação à vítima, sempre ocorreu um grande dever de obediência imposto pela sociedade à figura paterna por parte do “filho, o que não permitia que ele reagisse. Por isso, sempre teve medo de falar. [...] A criança abusada está em uma armadilha, na segura armadilha da proteção familiar que foi construída para protegê-la” (DIAS, 2017, p. 323).

Quando uma criança ou adolescente sofre violência, em qualquer de suas modalidades (física, sexual, psicológica e negligência), de acordo com o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ela deve ser encaminhada ao Conselho Tutelar (AZAMBUJA, 2000, p. 125-131).

Para Maria Clara Sottomayor (2014, p. 292), os ilícitos penais praticados em face de crianças e adolescentes são invocados em processos-crime e em processos tutelares cíveis. Desta forma, “os primeiros visam punir o abusador ou o agressor, e os segundos, destinam-se, nos casos de maus-tratos ou de abuso intrafamiliar, a proteger a criança do progenitor que violou os seus direitos, limitando ou inibindo o exercício” das suas responsabilidades parentais, com a suspensão de visitas, aplicando medidas de proteção em favor das vítimas.

Não obstante, Maria Berenice Dias (2017, p. 333) atenta ao fato de que “existe um profundo interesse do Estado na preservação do núcleo familiar, que o leva a se omitir. Na hora em que é chamado a interceder, para garantir a preservação da integridade física e psíquica de seus membros”. Via de regra, a postura adotada pelo Estado “é não intervencionista. A preocupação maior é com a manutenção da família. A Justiça, como dispõe de respaldo legal, tenta transações e força conciliações, pois a tendência é culpar a vítima” (DIAS, 2017, p. 333).

Para Maria Regina Fay Azambuja (2017, p. 67), a violência praticada contra crianças e adolescentes no Brasil passou a integrar a pauta de debates “com a afirmação dos direitos arrolados, em especial, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Assim, de acordo o conceito de dignidade da pessoa humana, amplamente difundido no âmbito acadêmico por Ingo Sarlet (2002, p. 62), sempre que ocorrer violência física, psicológica ou sexual contra uma criança ou um adolescente no ambiente intrafamiliar, ocorre, também, uma violação à própria dignidade da pessoa humana da vítima, já que ataca a qualidade intrínseca que cada ser humano é merecedor de ter “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra

todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”.

No cenário contemporâneo, é possível mencionar importantes manifestações legislativas voltadas a combater a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes, como, por exemplo, a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009 (BRASIL), legislação responsável por introduzir o crime de estupro de vulnerável ao ordenamento jurídico pátrio, através da criação do artigo 217-A do Código Penal.

Sobre o tema, Rogério Greco (2017, p. 81-82) entende que as modificações que foram ocorrendo na sociedade ao longo dos anos trouxeram novas e graves preocupações, o que fez com que o Estado, diante de novos desafios, passasse a dar uma tutela maior e mais efetiva atenção ao combate da exploração sexual de crianças e adolescentes.

Especificamente, no tocante à violência física, tivemos a incidência da Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014 (BRASIL), conhecida como Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo<sup>1</sup>. A referida lei inseriu os artigos 18-A e 18-B ao ECA, de modo que, “assegura a crianças e adolescentes o direito de serem criados e educados sem o uso de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante” (DIAS, 2016, p. 772), a qualquer pretexto, dentro ou fora da família, já que a Lei não fica adstrita “apenas aos pais, mas também aos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar das crianças e adolescentes, trata-los, educá-los ou protegê-los” (ROSA, 2019, p. 432).

Contudo, para que as vozes de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência fossem, de fato, ouvidas e respeitadas em juízo, foram necessários anos de esforços, a exemplo do pioneirismo do Des. José Antônio Daltoé Cezar que, em maio de 2003, implementou, no âmbito do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, um método de oitiva diferenciado para “valorizar o relato da criança, respeitando-se a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como qualificar a produção da prova que é produzida em juízo” (CEZAR, 2017, p. 184). Tratava-se do Depoimento sem Dano, primeiros passos do Depoimento Especial que, anos mais tarde, ganhou previsão legal por intermédio da

---

1 O nome é uma alusão ao infortúnio ocorrido com Bernardo Boldrini que, aos 11 anos, órfão de mãe, rejeitado pela madrasta e negligenciado pelo pai, foi pessoalmente buscar ajuda no Fórum da Comarca de Três Passos-RS, mas em 4 de abril de 2014, acabou sendo morto pela madrasta.

Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, “sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência” (BRASIL).

Conforme observa Veleda Dobke (2001, p. 48), nos crimes envolvendo violência sexual, a produção da prova é de rara dificuldade, na medida em que esses crimes são “normalmente praticados na clandestinidade” e “as declarações da vítima são de suma importância” para o êxito da persecução penal.

Cumprе consignar, entretanto, que “ouvir uma criança não é o mesmo que ouvir um adulto, principalmente uma criança abusada sexualmente é preciso preparo técnico-emocional e, ainda, muita sensibilidade” (Dobke, 2001, p. 96). Em resumo, “precisamos descer de nossos lugares, no sentido mais amplo, e permanecer ao lado da criança de modo a não deixá-la ainda mais oprimida e humilhada” (Dobke, 2001, p. 96).

Além disso, vale destacar o teor da Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018 (BRASIL), já que a referida Lei acrescentou dispositivos ao Código Civil de 2002, ao ECA e ao Código Penal de 1940, trazendo novas hipóteses de perda do poder familiar quando o titular do poder familiar praticar determinados crimes (homicídio, feminicídio, lesão corporal grave ou seguida de morte, crime doloso envolvendo violência doméstica contra a mulher, estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual apenado com a pena de reclusão) em face de filho(a) ou outro descendente, bem como outro titular do mesmo poder familiar.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz (2019, p. 659) entende que a criação das novas hipóteses de perda do poder familiar (art. 1.638, P. Único, ‘a e b’) do Código Civil de 2002 advém do fato desses crimes serem “repugnantes ou aviltantes à posição que o lesante ocupa na família, sendo seu dever primordial zelar pelo bem estar da prole”.

É chegada a hora de acabar com o mito da família feliz, tomar consciência da necessidade de tornar efetivo o comando constitucional que assegura a crianças e adolescentes, proteção integral com absoluta prioridade. É necessário dar um basta à hipocrisia com a convivência da sociedade. Para isso é preciso romper a barreira do silêncio que leva à invisibilidade e, em consequência, à impunidade, da qual todos acabam sendo cúmplices” (DIAS, 2017, p. 343).

Além disso, recentemente, na data de 05/05/2022, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei (PL) de número 1.360-A de 2021 (BRASIL), o qual cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento

da violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes no cenário pátrio. O PL foi criado em homenagem à vítima de homicídio intrafamiliar Henry Borel, infante que contava com apenas quatro anos de idade quando foi assassinado no início do ano passado, em delito “que chocou o Brasil e pelo qual são acusados o padrasto e a mãe da criança” (BRASIL).

Feitas estas exposições, após elencar importantes manifestações legislativas contemporâneas que potencializaram o combate à criminalidade intrafamiliar contra crianças e adolescentes, depreende-se que o tratamento dispensado pelo legislador pátrio, há bem pouco tempo atrás, era bastante incipiente, mesmo sob a égide da Doutrina da Proteção Integral, cenário que vem sendo alterado com demasiada morosidade, talvez, devido ao fato de que o conservadorismo e o mito da família feliz estejam muito aquiescentes em nossa sociedade.

## **5 CONCLUSÃO**

Fundamentalmente, devido à expansão da Proteção Integral de crianças e adolescentes através da crescente positividade dos Direitos Humanos no plano internacional ocorrida no século passado, o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes no cenário pátrio foi, lentamente, sendo alterado, na medida em que passaram da condição de “menores” em situação irregular, “menores” em conflito com a lei, “menores” semicidadãos estigmatizados e vulnerados à condição de crianças e adolescentes reconhecidos e tutelados como sujeitos de direitos, portadores de direitos fundamentais, possuidores de dignidade humana e prioridade absoluta.

Nesse passo, vale destacar que essa evolução teve o seu grande impacto, sobretudo, por intermédio da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 que trouxe os princípios da proteção especial (integral) e da prioridade absoluta às crianças e adolescentes, mesmo não mencionando o termo “proteção integral”, ela assegura a sua existência, tendo força de Lei Internacional, de natureza interna supralegal, sendo o instrumento de Direitos Humanos mais ratificado da história da humanidade.

Além disso, tanto a constituinte de 1988, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente vieram no mesmo sentido da Convenção no plano pátrio, sendo que o Estatuto positivou os chamados “princípios reitores”, justamente, para que funcionasse em maior consonância com a Convenção, pois crianças e adolescentes possuem prioridade absoluta, são sujeitos de direito e necessitam do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.



Entretanto, em que pese todo esse avanço construído pela Doutrina da Proteção Integral, quando nos deparamos com os absurdos dígitos da violência intrafamiliar perpetrada contra crianças e adolescentes assinaladas neste ensaio, afeiçoa-se inexorável perceber que ocorre um verdadeiro engessamento da expansão da Doutrina da Proteção Integral no ambiente familiar, onde a “coisificação da infância” persiste.

Prova disso reside na morosidade da atuação do legislador contemporâneo adicionada ao conservadorismo existente em nossa sociedade, a exemplo da persistência do “mito da família feliz”, fatos que dificultam a introdução de medidas eficientes e necessárias para um adequado enfrentamento à criminalidade intrafamiliar contra crianças e adolescentes.

Desta forma, as recentes Leis tratadas nesta experiência podem ser consideradas como verdadeiras conquistas, decorrentes de grandes batalhas travadas não apenas pelos operadores do Direito, mas, principalmente, pelas próprias vítimas que, bravamente, ficaram no caminho desta nefasta e covarde criminalidade.

Portanto, nesse cenário, é possível cotejar a existência da figura do “menor contemporâneo”, sobretudo, quando crianças e adolescentes são vítimas da criminalidade intrafamiliar, porque, nesses casos, elas têm os seus direitos e garantias fundamentais suprimidos, sendo tratadas de forma cruel, desleal e degradante, como meros objetos, rebaixadas à condição de coisa, onde a proteção integral não as alcança. Por conseguinte, ao menos no âmbito da criminalidade intrafamiliar, depreende-se que não ocorreu mudança de tratamento com a Doutrina da Proteção Integral, já que perdura a “coisificação da infância” com o mito da família feliz.

Feitas estas considerações, nos limites estreitos deste trabalho, resta necessário que a nossa sociedade não pode continuar se esquivando de sua responsabilidade na modificação desse cenário, devendo, assim, introduzir uma conscientização social nutrida na máxima de que o respeito, o amor, a dignidade, e a tutela de crianças e adolescentes necessitam começar no lar, e não terminar no lar. Afinal, são sujeitos de direitos.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Caminho Percorrido pela Criança Vítima. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nº 42, 2000, p. 125-131. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/revista-do-mp/edicao/66>. Acessado em: 16/04/2021.

BARATTA, Alessandro. Os direitos da criança e o futuro da democracia. *In: Perspectivas do direito do início do século XXI – Studia Jurídica nº 41*. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1999.

BRASIL. **Anuário brasileiro de segurança pública 2020**. Ano 2020a, p. 34. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 27/12/2020.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/871800-plenario-aprova-lei-henry-borel-com-medidas-protetivas-a-criancas-vitimas-de-violencia-domestica/>. Acesso em: 07/05/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03/06/2021.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969** (Pacto de São Jose da Costa Rica). DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acessado em 14/10/2020.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm). Acessado em 16/04/2021.

BRASIL. **DECRETO Nº 591, DE 6 DE JULHO DE 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acessado em 14/10/2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acessado em 14/10/2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acessado em: 16/04/2021.

BRASIL. **Decreto Nº 5.006, de 08 de março de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5006.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5006.htm). Acessado em 14/10/2020.

BRASIL. **Decreto Nº 5.007, de 08 de março de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm). Acessado em 14/10/2020.

BRASIL. **Lei Nº 12.015, DE 07 DE AGOSTO DE 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm). Acessado em: 05/06/2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.010, DE 26 DE JUNHO DE 2014**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm). Acessado em: 05/06/2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.431, DE 04 DE ABRIL DE 2017**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm). Acessado em: 05/06/2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.715, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm). Acessado em: 05/06/2021.

BRASIL. **Relatório do Disque Direitos Humanos do ano de 2019** (Disque 100). Ano 2020b, p. 42. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019\\_disque-100.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019_disque-100.pdf). Acesso em: 05/06/2021.

CEZAR, José Antônio Daltoé. A inquirição de crianças vítimas de abuso sexual em juízo, p. 179-195. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação Parental**, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

**Declaração Universal dos Direitos das Crianças**, de 1959. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm). Acessado em 14/10/2020.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e o Mito da Família Feliz, p. 319-344. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação Parental**, 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família. Vol. 5, 33ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur., 2019.

DOBKE, Veleda. **Abuso Sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Coord. FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. Curitiba: Positivo, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. Niterói: Impetus, 2017.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo apud AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?** Canoas: Ed. Ulbra, 2002.

KONZEN, Afonso Armando. Fundamentos do Sistema de Proteção da Criança e Adolescente. *In*: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, nº 71, 2012 (jan. – abr.), p. 85-111. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/revista-do-mp/edicao/66>. Acessado em: 16/04/2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes: São Paulo, Brasil, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Editora Manole, 2003.

MACHADO, Rafael. Direito da Criança e do Adolescente. *In*: ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Método, 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948** (DUDH). Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acessado em 14/10/2020.

**Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP)**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao\\_noticias/2010/Marco\\_10/Senten%C3%A7a%20Nardoni.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2010/Marco_10/Senten%C3%A7a%20Nardoni.doc). Acesso em: 07/06/2021.

**Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP/RS)**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/criminal/48712/>. Acesso em: 07/06/2021.

**Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ)**. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/104301>. Acesso em: 07/06/2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. *In*: **Civilistica.com**, v. 7, n. 3, p. 1-43, 2019. Disponível em: <https://civilistica.com/instrumentos-para-a-protecao-dos-filhos>. Acessado em: 17/04/2021.

PEREIRA, T. da S. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de DIREITO DE FAMÍLIA Contemporâneo**. 5ª Edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Exercício do poder paternal**. Porto, Portugal: Publicações Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Temas de Direito das Crianças**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2014.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acessado em 16/04/2021.

UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acessado em 14/10/2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A Proteção Integral da Criança e do Adolescente no Direito Brasileiro. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 79, n. 1, 2013 (jan. - mar.), p. 38-54. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/38379>. Acessado em: 16/04/2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Artigo 206. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

# RELAÇÕES CONVIVENCIAIS: ANÁLISE DA UNIÃO ESTÁVEL E DA UNIÃO DE FACTO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

## Luíza Sartori Parise

Advogada. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: lusparise@gmail.com.

## Natália Trindade Emmel

Advogada. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializanda em Advocacia Corporativa: Prática Empresarial pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: nataliaemmel@gmail.com.

Eixo Temático: Tutelas à efetivação de direitos transindividuais

**Resumo:** A presente pesquisa consiste em examinar os institutos da união estável e da união de facto, constantes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, comparativamente. O objetivo do trabalho, portanto, é a análise comparativa desta modalidade familiar, demonstrando a consonância e dissonância de ambos os institutos. A metodologia aplicada à presente pesquisa deu-se por meio dos métodos dedutivo, monográfico e comparativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Diante disso, analisa-se a modalidade familiar que não a realizada por meio do casamento formal, nos ordenamentos jurídicos comparados, a fim de se

averiguar como se introduziu a relação convivencial, sua proteção jurídica e principiológica, sua natureza jurídica, sua constituição, seus impedimentos, seus requisitos, seus efeitos, sua extinção, bem como as diferenças em relação ao matrimônio ou outras relações não contempladas sob a égide de proteção jurídica. Conclui-se que o Brasil é mais evoluído, uma vez que o ordenamento jurídico, bem como a doutrina e jurisprudência pátrias, consideram a união estável um núcleo familiar, equiparando materialmente companheiro ao cônjuge.

## **INTRODUÇÃO**

Enquanto no Brasil a união estável é reconhecida como entidade familiar - quando não houver impedimentos para o matrimônio e quando se tratar de convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família -, em Portugal a união de facto não é uma verdadeira e própria relação de família, senão uma relação parafamiliar. Bem por isso, o presente artigo tem o condão de analisar o instituto da união estável e da união de facto, em um cotejo entre os diplomas civil português e brasileiro. No caso brasileiro, há de se observar, ademais, a norma constitucional, bem como a jurisprudência atinente à matéria.

Neste diapasão, considerando as peculiaridades entre os sistemas jurídicos aventados a respeito da matéria, necessário averiguar a problemática quanto à consonância e dissonância entre os institutos e as vertentes consequências e efeitos em virtude disso.

Com vistas a solucionar o problema apontado, perquiriu-se na averiguação da problemática de forma qualitativa, com caráter exploratório, tendo como abordagem os métodos dedutivo e comparativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Destarte, ao final, restando a temática em evidente ascensão frente à realidade que se evidencia, foi possível verificar a perceptível diferença entre os dois países estudados no que tange à classificação, efeitos e consequências de cada instituto.



## 1 UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por décadas, as famílias que não eram constituídas segundo os laços do matrimônio enfrentaram negativas de direitos e de preconceito social (ROSA, 2021, p. 127), visto que o Código Civil de 1916 se omitiu a regular as relações extrapatrimoniais – o que, de fato, não logrou coibir o surgimento destas relações (DIAS, 2020, p. 573-574). Assim, estas uniões não constituídas pelo casamento eram condenadas à invisibilidade, sendo denominadas de adúlteras ou de concubinárias (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 10), visto que, ainda que estas relações familiares fossem marcadas pelo afeto, eram consideradas ilegítimas (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 484).

Estas relações, contudo, produziam consequências fáticas e, por conta disso, inúmeras pessoas que viviam em concubinato passaram a precisar de proteção jurídica, buscando o reconhecimento de seus direitos junto ao Poder Judiciário (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 484). Desarte, nos anos 1940, os Tribunais passaram a reconhecer, à concubina, o direito de recebimento de indenização por acidente de trabalho do seu convivente<sup>1</sup> (LEITÃO, 2017). Inclusive, em 1963, esta matéria restou pacificada, cimentando-se entendimento na Súmula 35 do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>2</sup> (BRASIL, 1963).

Fato é que, como a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha nenhuma fonte de renda, concedia-se indenização por serviços domésticos, em compensação aos serviços de cama e de mesa prestados, sob o argumento da inadmissibilidade do enriquecimento sem causa (DIAS, 2020, p. 574). Neste sentido, o STF, em 1964, editou as Súmulas

---

1 Os fundamentos legais, para tanto, eram o art. 22 do Decreto nº 2.681/1912 (Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro): “No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indemnizará, a arbitrio do juiz, todos aqueles aos quaes a morte do viajante privar de alimento, auxilio ou educação.” e o art. 11, “c”, do Decreto- Lei n. 7.036/1944 (Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho): “São considerados beneficiários do acidentado, na ordem em que vão enumerados: qualquer pessoa que viva sob a dependência econômica do acidentado (...) e, qualquer que seja o sexo, tenha sido indicada, expressamente, em vida do acidentado, na carteira profissional, no livro de registro do empregador, ou por qualquer outro ato solene de vontade.”

2 Súmula 35 do STF: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.”

380<sup>3</sup> (BRASIL, 1964) e 382<sup>4</sup> (BRASIL, 1964), equiparando-se, pois, o concubinato à sociedade de fato, visto que esta relação não produzia efeitos no âmbito do Direito das Famílias, mas, apenas, no campo do Direito Obrigacional, por ser estranho ao conceito de família, que reconhecia tão somente a casamentária (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 483-484).

Com o advento do texto constitucional de 1988, contudo, as velhas concepções sobre o Direito de Família tiveram de ser abandonadas, passando a ser priorizado o desenvolvimento da pessoa humana em todos seus aspectos, em detrimento de vetustas formalidades (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 486). Assim, consoante o artigo 226, caput e § 3º, da Carta Magna<sup>5</sup>, ampliou-se o conceito de família e permitiu-se o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias com a mesma proteção jurídica dada ao matrimônio (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 79).

Em termos principiológicos, inclusive, cumpre referir que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer, pois a multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares, bem como a igual dignidade para todas as entidades familiares (DIAS, 2020, p. 65). No mesmo sentido, o princípio da liberdade se faz presente no âmbito familiar, pois há liberdade de escolha na constituição de uma família, a qual pode se dar pelo casamento ou união estável (MADALENO, 2020, p. 182), de modo que todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, independente do sexo, bem como o tipo de entidade para sua constituição (DIAS, 2020, p. 65-66).

Contudo, apesar do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, esta não foi recepcionada pela Justiça, já que ainda a tratava como sociedade de fato, ensejando, pois, tão somente a partição do patrimônio, o que só foi modificado com legislação infraconstitucional (DIAS, 2020, p. 579). Neste ímpeto, a partir da Lei n. 8.971/1994 assegurou-se o direito dos companheiros aos alimentos e à

---

3 Súpula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

4 Súpula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

5 Art. 226, CC/2002: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

sucessão, impondo como requisitos para a configuração da união estável que os conviventes fossem solteiros, divorciados ou viúvos, excluindo-se as pessoas separadas de fato, e que houvesse uma convivência mínima de 5 (cinco) anos ou a existência de prole (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 486). Não bastasse isso, o companheiro só era incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo, caso inexistissem ascendentes ou descendentes (DIAS, 2020, p. 579).

A Lei n. 9.278/1996, por sua vez, reconheceu a existência da união estável, no caso de haver precedente separação de fato de convivente casado, diante da evidência do desaparecimento do impedimento do casamento pela separação de fato, e afastou tempo mínimo para o reconhecimento da convivência (MADALENO, 2020, p. 1901-1902). Inclusive, reconheceu o direito real de habitação do companheiro supérstite (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 10) e a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha igualitária (DIAS, 2020, p. 579).

Com a vigência do Código Civil de 2002, não se estabeleceu um período mínimo de convivência, nem domicílio comum, para a configuração da união estável, reconhecendo-a através dos requisitos de ordem subjetiva – convivência *more uxorio* e  *affectio maritalis*<sup>6</sup> – e de ordem objetiva – publicidade, estabilidade e continuidade (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 10). Além disso, embora um dos requisitos fosse a dualidade de sexos, tanto no Código Civil<sup>7</sup>, quanto na Constituição Federal<sup>8</sup> (ROSA, 2021, p. 131), cumpre dizer que o STF, em 2011, no julgamento da ADIn 4277/DF, reconheceu que a união estável homoafetiva produz todos os efeitos de uma união estável heterossexual, seja no âmbito existencial, seja na esfera patrimonial (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 505-506).

A união estável, portanto, diz respeito a uma relação afetivo-amorosa entre duas pessoas - não adúlterina e não incestuosa - com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo

6 Enquanto o primeiro implica na vida em comunhão e assistência mútua; o segundo significa propósito comum de formação familiar.

7 Art. 1.723 do CC/2002: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

8 Art. 226, § 3º, CRFB/1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

família sem vínculo do casamento civil (PEREIRA *apud* MADALENO, 2020, p. 1904). Inclusive, conforme pontua Rosa, a informalidade é um fator norteador da relação convivencial, pois a união estável simplesmente “acontece”, sem que, por vezes, sequer exista a pergunta “quer morar comigo?”, visto que a pessoa já está morando “junto” (ROSA, 2021, p. 129).

Fato é que, ainda que haja quase uma simetria entre o casamento e a união estável, já que ambos são estruturas de convívio que têm origem em um elo afetivo, eles não se confundem, em face do modo de constituição (DIAS, 2020, p. 581). Isto, pois, conforme Dias, o casamento tem seu início marcado pela chancela estatal; e, a união estável, não tem termo inicial estabelecido, visto que nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios (2020, p. 581). Estes institutos, contudo, são igualmente considerados entidades familiares (BRASIL, 1988)<sup>9</sup>, de modo que todo e qualquer arranjo familiar merece especial proteção (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 477) e é merecedor do mesmo resguardo.

Ademais, no Brasil, a união estável distingue-se das relações livres – namoro ou noivado –; da sociedade de fato – partes adquirem por esforço comum patrimônio, o que impõe o dever de partilha –; e, do concubinato – relações adulterinas ou incestuosas (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 488-496). Entre os requisitos para a constituição da união listados no art. 1723 do Código Civil, lista-se: a publicidade, a continuidade, a durabilidade, o objetivo de constituir família (*animus familiae*) e a desnecessidade de coabitação (ROSA, 2021, p. 114-119). A respeito disso, salienta Rosa (2021, p. 117):

A verdade é que, quando existente a relação de fato, a intenção de constituir família será materializada pelo comportamento dos integrantes da união que, a partir do entrelaçamento de vidas, passarão a constituir provas de tal situação. Por exemplo, a dependência em clubes, imposto de renda e planos de saúde ou, até mesmo, a inserção como beneficiário em seguro de vida. Outrossim, alertamos que a divisão do mesmo plano de celular em empresa de telefonia e, até mesmo, da conta de ‘Netflix’ podem ser indicativos de que aquela relação ultrapassa um simples namoro.

---

9 Art. 226, § 3º, CRFB/1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Do *animus familiae*, o relacionamento precisa ser notório e público, ou seja, *more uxório* (“como se casados fossem”). Nestes termos, leciona Dias (2020, p. 584): “A publicidade da relação deve existir no meio social frequentado pelos companheiros, no intuito de afastar relacionamentos menos compromissados, em que os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição de ‘como se casados fossem’”.

Ainda, é de haver continuidade e durabilidade do vínculo, visto que, por mais que não se exija decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera nem circunstancial, e sim prologada no tempo e com vistas à continuidade (DIAS, 2020, p. 585). Não bastasse estes requisitos, há de se ressaltar a desnecessidade de coabitação (BORDIN, 2016, p. 16).

Cumpra-se dizer que, ainda que a união estável abranja os requisitos para seu reconhecimento, bem como gere direitos e imponha deveres de lealdade, de respeito e de assistência entre os conviventes e as obrigações de guarda, de sustento e de educação quanto aos filhos, a relação convivencial não se constituirá se ocorrerem os impedimentos absolutos para o casamento, que estão elencados no artigo 1.521 do mesmo Código<sup>10</sup>, mas em relação ao inciso VI, não se aplica o impedimento à pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente, podendo esta estabelecer uma união estável (ROSA, 2021, p. 141). Por outro lado, ainda que a lei elenque causas suspensivas ao casamento, estas restrições não são invocáveis na união estável, nos termos do art. 1.723, § 2º, do Código Civil<sup>11</sup>.

Os efeitos da união estável, por sua vez, perpassam pela alteração no nome, em que se pode os companheiros adotarem o nome do outro tal qual no casamento; pela adoção, em que podem os companheiros realizá-la, desde que comprovada a estabilidade da família, e permite-se, inclusive, que um dos companheiros adote o filho do outro; pelo exercício do poder familiar e pela guarda dos filhos; pelos alimentos, que podem ser pleiteados para se viver de modo compatível com sua condição social, levando em consideração o binômio necessidade-possibilidade e a propor-

10 Art. 1.521 do CC/2002: “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

11 Art. 1.723, § 2º, do CC/2002: “As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.”

cionalidade do *quantum*; pelos direitos sucessórios, os quais se igualaram aos do cônjuge, e pelo direito real de habitação, podendo o sobrevivente residir no imóvel comum destinado à residência; e, pelo regime de bens que pode ser legal ou convivencial<sup>12</sup> (CARVALHO, 2020, p. 501-508).

Além destes efeitos, também é reconhecido o vínculo de afinidade entre os conviventes<sup>13</sup>; há o direito de instituir bem de família<sup>14</sup>; há possibilidade da procriação medicamente assistida, incluindo-se a gestação por substituição, tanto para os casais heterossexuais, quanto homoafetivos compostos por mulheres ou por homens; admite-se que um companheiro seja curador do outro<sup>15</sup>; mas não se impede a sua extradição<sup>16</sup> (DIAS, 2020, p. 181-182; 227-228; 580-581).

A união estável, que se constitui da informalidade, também pela informalidade pode ser extinta, de modo que cessada a convivência, dispensadas a intervenção judicial ou extrajudicial, tem-se a extinção da relação convivencial (MADALENO, 2020, p. 2004). Contudo, ainda que não seja necessário formalizar a dissolução de união estável, pois esta acaba com o fim da convivência, pode haver o interesse de ambos em oficializar o seu fim (DIAS, 2020, p. 611). Neste sentido, leciona Madaleno (2020, p. 2005):

- 
- 12 Inexistindo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se o que dispõe o art. 1.725, CC, vislumbrando-se, “no que couber, o regime de comunhão parcial de bens” (BRASIL, 2002). Para perfectibilizar, em sentido contrário, há de se realizar, portanto, um contrato de convivência que, conforme Dias, trata-se de pacto informal e pode tanto constar de escrito particular como de averbação pública; além disso, frisa-se que o contrato não origina a união convivencial, posto que sua criação refulge do vislumbre aos requisitos legais, restando sua eficácia condicionada à caracterização da união (2020, p. 599).
- 13 Art. 1595 do CC/2002: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.”
- 14 Art. 1711 do CC/2002: “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.”
- 15 Art. 1775 do CC/2002: “O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.”
- 16 Súmula 421 do STF: “Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.”, apesar do que dispõe o art. 55, II, “b”, da Lei 13.445/2017: “Não se procederá à expulsão quando: o expulsando: tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente.”

[...] uniões estáveis que gerassem filhos e aquisição e bens produziam, conseqüentemente, efeitos jurídicos a serem judicialmente resolvidos, quer pela ótica do litígio – quando os conviventes estivessem em desacordo quanto aos efeitos jurídicos relacionados à guarda, aos alimentos e à convivência dos filhos –, quer quando estas divergências também fossem identificadas nas relações horizontais entre os conviventes, em termos de partilha e eventual dependência alimentar de um companheiro em relação ao outro. Acaso harmonizados quanto aos termos destes efeitos próprios de uma entidade familiar desfeita, podiam os conviventes fazer uso da dissolução consensual e judicial de sua união estável, requerendo, ao mesmo tempo, a declaração de existência desse relacionamento e a homologação de sua dissolução, regulados todos os demais efeitos jurídicos respeitantes aos filhos, aos alimentos e à eventual divisão de bens considerados comuns e partilháveis.

Outrossim, ante a ausência de previsão legal para a ruptura consensual e extrajudicial da união estável, vale-se de escritura pública para a dissolução formal, amistosa e bilateral da relação, e, ainda, o documento particular assinado pelas partes e por duas testemunhas, sendo os instrumentos aptos a serem considerados títulos executivos extrajudiciais e, conseqüentemente, exequíveis, nos ditames do art. 784, II, do Código de Processo Civil (MALUF; MALUF, 2021, p. 400).

Por fim, em que pese o matrimônio seja um vínculo gerado a partir de um procedimento formal e solene, a relação convivencial decorre do *animus* dos envolvidos, independentemente de qualquer formalização, sendo classificada como ato-fato, por conta dos direitos que da relação brotam (ROSA, 2021, p. 130). Neste sentido, por se tratar, nas palavras de Lôbo, de um ato-fato jurídico, basta sua existência fática para que se produza efeitos, convertendo-se a relação fática em relação jurídica (LÔBO, 2014). Contudo, o companheiro é materialmente equiparado ao cônjuge, como leciona Madaleno (2020, p. 1975-1976):

Não se afigura a hipótese de aplicação de direito intertemporal, como já demonstrava a jurisprudência brasileira desde a promulgação da Constituição Federal, ao equiparar a convivência estável ao casamento e empregar primeiro, por analogia, o regime matrimonial da comunhão parcial de bens, e depois, ao reconhecer a partilha igualitária dos aquestos onerosos por decorrência do artigo 5º da Lei n. 9.278/1996, até a edição do artigo 1.725 do Código Civil, ao ordenar a incidência do regime da comunhão limitada

de bens à união estável, naquilo que coubesse, igualando-se legalmente ao regime da comunhão parcial do casamento civil, tudo independentemente da época de início da união estável e da data de aquisição dos bens.

Portanto, na união estável o companheiro é materialmente equiparado ao cônjuge, devendo ser partilhados por metade, para cada convivente, ao tempo da dissolução do vínculo, os bens amealhados na constância do relacionamento, ressalvadas apenas as exceções legais de incomunicabilidade, e recaindo sobre o acervo dos companheiros a presunção de comunicação, desafetada da aquisição onerosa, não se comunicando os bens doados apenas para um dos conviventes, os herdados ou sub-rogados em seu lugar, ou os bens cujo título de aquisição tenha uma causa anterior ao relacionamento (CC, arts. 1.659 e 1.661).

Verifica-se, portanto, que ainda que esteja “tudo igual” entre a união estável e o casamento, tal fato não suprime as diferenças entre os institutos nem tampouco suprime a liberdade de escolha do cidadão quanto as repercussões jurídicas de uma ou de outra entidade familiar, e sim aumenta o estado de dúvida da população em geral (ROSA, 2021, p. 171). Isto, pois, como leciona Rosa: “a regulamentação jurídica das famílias convivenciais, tendo como norte suas feições delimitadas de toda forma diferente do que o matrimônio, não necessariamente será, em todo plano, equiparada ao casamento” (ROSA, 2021, p. 130).

Destarte, cristalino que a regulamentação jurídica das famílias oriundas de união estável prescinde de equiparação, de maneira igualitária, ao matrimônio, visto suas peculiaridades inerentes, já que se deve atender à máxima aristotélica: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”.

## **2 UNIÃO DE FACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

A união de facto foi introduzida no presente ordenamento jurídico com a Reforma de 1977 do Código Civil<sup>17</sup>, em que se estabeleceu o

---

17 Art. 2020 do CC: 1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009.º; 2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão; 3. É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior. (PORTUGAL, 1966).



direito do companheiro exigir alimentos da herança de pessoa não casada ou separada judicialmente com quem, no momento da morte, vivesse há mais de dois anos; a indenização por danos materiais sofridos pelo falecido em caso de lesão que resultasse em morte; e, a transmissão do arrendamento, depois dos descendentes ou ascendentes que coabitassem com o *de cujus* (XAVIER *apud* ARAÚJO FILHO, 2018, p. 11).

Contudo, existiam apenas normas avulsas que atribuíam direitos e restrições aos casais que vivessem nas mesmas condições que os cônjuges, e não normas jurídicas relativas à união de facto, até a entrada em vigor da Lei n.º 135/1999, de 28 de agosto (BARON, 2016, p. 15). Com a sua publicação, visou-se, inicialmente, regular as uniões de facto de casais heterossexuais e não as caracterizar como entidade familiar, e sim parafamiliar (PEREIRA, 2019, p. 638).

A Lei n. 7/2001, de 11 de maio, entretanto, alterou aquela legislação, objetivando, pois, a proteção das uniões de facto para que não houvesse distinção quanto a sua formação - admitindo-se uniões entre pessoas do mesmo sexo - e para que se possibilitasse a garantia ao direito real de habitação em caso de morte do companheiro e ao direito de preferência na aquisição deste mesmo imóvel (LOPES, 2018, p. 148).

As outras alterações decorrem da Lei 23/2010, de 30 de agosto, que alterou substancialmente o regime jurídico das uniões de facto consagrado na lei anterior, ao definir e regulamentar a proteção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social ao aprovar o Estatuto das Pensões de Sobrevivência; da Lei n. 2/2016, de 29 de fevereiro, por sua vez, que eliminou as discriminações no acesso à adoção, ao apadrinhamento civil e às demais relações jurídicas familiares, pois estendeu a possibilidade daquelas aos casais do mesmo sexo; e, da Lei n. 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação (PEREIRA, 2019, p. 638).

Em termos principiológicos, cabe dizer que, ainda que não haja proteção explícita quanto aos conviventes em união de facto, garantiu-se o devido acolhimento àqueles que tenham a sua família formada por esta união, já que o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por inserir todas as espécies de famílias na proteção estatal (LOPES, 2018, p. 145-146). Além do mais, é de se vislumbrar o princípio da igualdade, para que não haja discriminação nos aspectos da condição social e da orientação sexual, impossibilitando, pois, afastar os direitos dos casais que vivam em

união de facto (LOPES, 2018, p. 146-147). Neste sentido, não se afigura questionável o fundamento desta união em Portugal, visto que, além do que foi referido, é amparado pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 22 da CRP) e do direito a constituir família (art. 36, 1, CRP) (CANOTILHO; MOREIRA *apud* PEREIRA, 2019, p. 636).

Em verdade, portanto, legalmente e constitucionalmente, não se equiparou, nem sequer para fins de formação de família, a união de facto ao casamento, mas reconhece-se a união de facto e garante-lhe a existência, outorgando, pois, aos cidadãos que optem, no livre desenvolvimento de sua personalidade, a viver maritalmente, sem as formalidades do matrimônio, o direito de o fazer (HIRONAKA, 2008, p. 435; 447). Neste sentido, “defende-se, inclusive, a inconstitucionalidade de qualquer medida que vise impedir o exercício de tal direito, por violação ao dispositivo constitucional que reconhece o direito ao desenvolvimento da personalidade do cidadão.” (COELHO; OLIVEIRA *apud* HIRONAKA, 2008, p. 447).

Vislumbra-se, portanto, o instituto da união de facto, o qual diz respeito à convivência de duas pessoas em condições análogas às dos cônjuges ou com uma coabitação, na tripla vertente de comunhão de leito, de mesa e de habitação (PINHEIRO, 2019, p. 523). Trata-se, portanto, de uniões informais de casais heterossexuais e homoafetivos com modo de vida tipicamente conjugal, às quais se atribuem efeitos jurídicos, mais parcimoniosos na generalidade dos casos, do que os efeitos do casamento (PEREIRA, 2019, p. 635).

Assim, a união de facto não é considerada uma relação familiar, e sim uma relação livre e classificada como parafamiliar, visto que, nos termos do art. 1.576 do Código Civil Português, são fontes - verdadeiras e próprias - das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção (BARON, 2016, p. 14-15). Contudo, há divergência doutrinária quanto à natureza familiar ou não da união de facto, mas para Pereira, o entendimento desta relação fora do conceito de família é juridicamente errôneo, pois se é ou não familiar de alguém e isso reveste uma importância determinante, de modo que, havendo o conceito de “parafamília”, admite-se uma realidade jurídica próxima de família, mais pobre nos seus efeitos, gerando confusão jurídica e contribuindo para gerar perturbação quanto à própria identificação e axiologia jurídica da família, e contribui-se para empobrecer a densidade jurídica da relação familiar (PEREIRA, 2019, p. 638; 641; 644). Independentemente disso, a aplicação analógica das normas do casamento à união de facto deve ser apurada no caso concreto e somente quanto aos efeitos legais ou indiretos

do casamento, e não quanto aos seus efeitos diretos ou negociais (COELHO *apud* ARAÚJO FILHO, 2018, p. 12).

A união de facto diferencia-se do casamento, no plano da constituição, dos efeitos e da extinção, pois se forma logo que os sujeitos vivem em coabitação, sem que seja necessária cerimônia ou qualquer forma especial; não se prevê direitos e deveres que vinculem reciprocamente os membros da união de facto, nem estabelece regras próprias em matéria de administração e disposição de bens ou de dívidas; e, dissolve-se a ligação entre os companheiros pela mera vontade de uma das partes, sem que se exija uma intervenção estatal ou um especial formalismo (PINHEIRO, 2019, p. 524). A respeito disso, acrescenta Pereira que, essencialmente, o que separa o casamento da união de facto, além das formalidades que são requeridas apenas ao primeiro e não são exigidas à segunda - pois se constitui e cessa de modo informal -, os seus efeitos patrimoniais, incluindo-se na diferença, sobretudo, a ausência de regimes de bens e de efeitos sucessórios na união de facto (2019, p. 639-640).

Inclusive, também se distingue a união de facto - comunhão de leito, de mesa e de habitação - do concubinato duradouro, pois neste não há comunhão de mesa e de habitação, mas tão somente um relacionamento sexual estável -; e, da convivência em economia comum, já que se trata da situação em que as pessoas vivam em comunhão de mesa e de habitação, faltando, portanto, o elemento da comunhão sexual (PINHEIRO, 2019, p. 523-524).

Para a constituição da união de facto, basta que duas pessoas comecem a viver em coabitação na tripla vertente de comunhão de mesa, de leito e de habitação, sem qualquer formalidade que ateste a união, e, posteriormente, juntem e comprovem a união através de prova testemunhal ou por declaração dos interessados, mediante compromisso de honra ou declaração da junta da freguesia (BARON, 2016, p. 16). Inclusive, por não haver requisitos para se constituir validamente, há um regime de prova livre, em que se pode provar por qualquer meio legalmente admissível, a menos que certa disposição legal ou regulamentar exija prova documental (PEREIRA, 2019, p. 658).

Entretanto, notório ressaltar que há duas classificações de modalidades de uniões de facto, sendo a primeira referente a união heterossexual ou homoafetiva; e, a segunda quanto a divisão da união entre protegida - aquela que goza das medidas de proteção, pois preenche, cumulativamente, a duração superior a dois anos e a inexistência dos

impedimentos para sua constituição - e não protegida - não goza de medidas de proteção, pois não preenche os requisitos de forma cumulativa (PINHEIRO, 2019, p. 525).

Entre os requisitos para a constituição da união de facto, necessária a convivência em regime de comunhão de mesa, leito e habitação entre duas pessoas há mais de 2 (dois) anos, independentemente do sexo, sem impedimento matrimonial (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 12). A respeito do requisito temporal, se os membros da união de facto separam-se e, posteriormente, reconciliam-se, o prazo interrompe-se e origina-se uma nova união com os mesmos membros da anterior, pois se extinguiu a ligação por vontade de uma das partes e deixou-se de haver a comunhão de habitação; já se os unidos de facto deixarem de coabitar, sem que haja o propósito de pôr fim à comunhão de habitação, pois passam a residir em localidades distantes, o prazo suspende-se e, ao retomarem a vida em comum, volta a correr o prazo (PINHEIRO, 2019, p. 526).

Além de se exigir capacidade, liberdade e vontade da vida comum, necessário observar os impedimentos para atribuição de direitos e benefícios à união de facto, que são: (a) a idade não inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união, pois a produção de efeitos jurídicos é de 2 anos e, a partir dos 16 anos, é possível iniciar a vida análoga aos dos cônjuges suscetível de obter relevância jurídica; (b) A demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, ou seja, demência grave verificada antes do início da união de facto; (c) casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens; (d) parentesco na linha reta ou no 2º grau da linha colateral ou afinidade na linha reta; e, (e) condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro (PEREIRA, 2019, p. 652-653).

Os impedimentos nesta relação não são de menor importância frente ao casamento, e caso se apresente um desses impedimentos o mesmo gera a dissolução para ambas as uniões (BARON, 2016, p. 19).

A respeito dos efeitos, podem haver, em resumo, a possibilidade de benefício das medidas de proteção da convivência em economia comum; a repercussão da união de facto no domínio da filiação decorrente de ato sexual e de procriação medicamente assistida, mas neste o acesso somente se dá por casais compostos por pessoas de sexo diferen-

te ou por mulheres<sup>18</sup>; a regra da subordinação ao regime comum, e não matrimonial; a não imposição aos unidos de facto os deveres análogos aos que vinculam reciprocamente os cônjuges; o não estabelecimento de regras semelhantes às do casamento em matéria de regimes de bens, de administração, de disposição e de dívidas, à união de facto; a relevância dos contratos de coabitação, com a constituição negocial de obrigação de alimentos, de regime de bens, de administração, de disposição, de dívidas e de cessação da união, que serão cláusulas válidas por ser conforme as regras do direito comum; a proteção da casa de morada de família; a possibilidade de se adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração de estrangeiro que viva em união de facto há mais de 3 (três) anos com nacional português, após reconhecimento judicial dessa relação; o reconhecimento da possibilidade de adoção conjunta às pessoas que vivam em união de facto protegida, independentemente do sexo dos companheiros, desde que tenham mais de 25 anos e duração da ligação superior a quatro anos, ou se o adotando for filho do companheiro, a idade mínima de 25 anos e a união de facto há mais de 2 anos, e outros (PINHEIRO, 2019, p. 525; 530-535).

Entre estes outros, ainda, aponta-se que pode o unido de facto requerer o acompanhamento do seu companheiro<sup>19</sup> e, também, pode ser designado para que seja acompanhante dele, que passará a ser maior acompanhado<sup>20</sup> (PORTUGAL, 1966), bem como o direito real de habitação conferido por tempo igual ao da duração da união de facto, desde que esta tenha começado há mais de 5 (cinco) anos antes da morte (PINHEIRO, 2019, p. 540). Contudo, afasta-se do campo hereditário o unido de facto, revelando-se, pois, o tratamento jurídico diferenciado entre casamento e a união de facto. (ARAÚJO FILHO, 2018, p. 13).

---

18 Em Portugal, proíbe-se de forma absoluta a gestação de substituição (PARISE; EMMEL, 2022, p. 273-274), impossibilitando, pois, o acesso à procriação medicamente assistida por homens, sós ou não inseridos em uma relação heterossexual (GUIMARÃES, 2017, p. 110)

19 Artigo 143 do CC: Acompanhante 1 - O acompanhante, maior e no pleno exercício dos seus direitos, é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, sendo designado judicialmente. 2 - Na falta de escolha, o acompanhamento é deferido, no respetivo processo, à pessoa cuja designação melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário, designadamente: a) Ao cônjuge não separado, judicialmente ou de facto; b) Ao unido de facto.

20 Artigo 141 do CC: (Legitimidade) 1 - O acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público.

A união de facto dissolve-se com a morte de um de seus membros; pela vontade de qualquer um deles, já que a dissolução é informal, mas, caso se pretenda fazer valer direitos dependentes da sua existência, necessário que seja declarada judicialmente; e, com o casamento de um dos membros (PEREIRA, 2019, p. 658-659). Além disso, cessa em razão da reconciliação de um membro da união de facto casado, separado de pessoas e bens, com o respectivo cônjuge (PINHEIRO, 2019, p.536).

Por fim, cumpre referir posicionamentos doutrinários quanto à união de facto no ordenamento jurídico português, havendo, pois, quem defenda a ordem jurídica estabelecida e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade de se estabelecer equiparação material entre casamento e união de facto. Ver-se-á:

[...] ao mesmo tempo em que se defende a inconstitucionalidade de qualquer medida infraconstitucional no sentido de se estabelecer uma equiparação material entre casamento e união de facto. Justificam seu posicionamento no reconhecimento de que não só o constituinte não equiparou os institutos jurídicos como espousam entendimento no sentido de que à luz dos dispositivos constitucionais portugueses, a não equiparação não ofende o direito à igualdade, pois não se quer igualar o que, por natureza, é desigual. (COELHO; OLIVEIRA *apud* HIRONAKA, 2008, p. 447).

Contrário àquilo, Pinheiro (2019, p. 559-560) leciona que a insuficiente consideração da união estável é uma vulnerabilidade no ordenamento jurídico português, visto que, com o aumento da porcentagem de pessoas que vivem nesta união, contrasta-se com a evolução social.

### **3 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A RELAÇÃO CONVIVENCIAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

A partir das reflexões apresentadas, há de se fazer o cotejo da união estável e da união de facto, respectivamente, dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Inicialmente, em termos de como se introduziu esta relação convivencial nos ordenamentos jurídicos, verifica-se que, no brasileiro, havia omissão legislativa quanto à união adulterina ou concubinária, mas, frente as consequências fáticas, os Tribunais começaram a reconhecer direitos aos concubinos. Ou seja, decorreu, principalmente, do ativismo judicial, que a partir de um entendimento extensivo, não de família, e sim de sociedade de fato, reconheceu-se direitos à família, que perante a ordem

jurídica, era ilegítima. No português, por sua vez, a união de facto foi introduzida, em 1977, no Código Civil, podendo o companheiro, em razão de normas avulsas, exigir, com ressalvas, direitos que cabiam a ele.

A união estável somente foi expressamente prevista no Brasil, em 1988, com a Constituição Federal, que ampliou o conceito de família, e regulamentada pela legislação infraconstitucional – Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996 – que asseguraram aos companheiros, com ressalvas, alguns direitos. Nesta ordem jurídica, contudo, foi com o Código Civil de 2002 que, além de se prever direitos, deveres, obrigações e efeitos, também expôs os requisitos que, até hoje, são necessários para o reconhecimento da união. Notório dizer ainda que o ativismo judicial não foi deixado de lado, já que somente se reconheceu a união estável homoafetiva a partir de julgamento da ADIn 4277/DF, pelo STF.

Em Portugal, por sua vez, somente se regulamentou a união de facto com a entrada em vigor das Lei n. 135/1999 e 7/2001, ao tratá-las como relações parafamiliares heterossexuais e homoafetivas, garantindo-se alguns direitos até então não reconhecidos. A título de eliminação de discriminações quanto aos direitos estendidos aos unidos de facto, contudo, o regime jurídico foi substancialmente alterado com as Leis n. 23/2010, 2/2016 e 49/2018.

Estas relações convivenciais tratam-se de uniões informais análogas às dos cônjuges, mas sem o vínculo do casamento civil. Apesar disso, verifica-se que na ordem jurídica brasileira, esta relação, em razão do texto constitucional, tem implícita a proteção jurídica dos princípios da pluralidade das entidades familiares, da dignidade da pessoa humana e da liberdade; já na portuguesa, não há proteção explícita quanto à união, mas esta é amparada, não apenas pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como também pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade e pelo direito a constituir família.

Salienta-se que a respeito da natureza jurídica, enquanto na ordem jurídica brasileira, o instituto da união estável é considerado entidade familiar e, conseqüentemente, merece a mesma especial proteção dada para todo e qualquer arranjo familiar; na portuguesa, trata-se de uma relação livre e classificada como parafamiliar, por não estar elencada como fonte de relação jurídica familiar. A respeito disto, contudo, há divergência doutrinária, pois existe quem defenda tratar-se, de fato, de relação parafamiliar, assim como aqueles que defendem ser familiar.

Ainda que no casamento e na união estável, na ordem jurídica brasileira, e na união de facto, na portuguesa, a origem do convívio é o elo afetivo, aos unidos de facto a distinção diz respeito ao plano da constituição, dos efeitos e da extinção; já aos que decidem ter união estável, esta não se confunde ao casamento em razão do modo de constituição. Além disso, estas relações informais distinguem-se, também, no Brasil, das relações livres, da sociedade de fato e do concubinato; já em Portugal, do concubinato duradouro e da convivência em economia comum.

Giza-se que ambos os países têm como requisito para reconhecer a união estável ou de facto a ausência de impedimentos, de modo que no Brasil tratam-se dos impedimentos absolutos para o casamento; e, em Portugal, impedimentos para atribuição de direitos e benefícios à união de facto. Nesta senda, verifica-se que alguns são similares e outros não. Entre as consonâncias, estão que, na ordem jurídica brasileira, estão impedidos: ascendentes e descendentes, seja do parentesco natural ou civil, parentes afins em linha reta, adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante, irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive, e, adotado com o filho do adotante; já, na portuguesa, estão impedidos aqueles que tiverem parentesco na linha reta ou no 2º grau da linha colateral ou afinidade na linha reta. Além disso, também se assemelha entre os ordenamentos: “cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.” no Brasil; e, “condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro.” em Portugal.

Em dissonância, por sua vez, no ordenamento jurídico brasileiro não se aplica o impedimento à pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente, podendo esta estabelecer uma união estável; enquanto no português, um dos impedimentos é: “casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens”. Além disso, em Portugal também são impedimentos: a idade não inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união, pois a produção de efeitos jurídicos é de 2 anos e, a partir dos 16 anos, é possível iniciar a vida análoga aos dos cônjuges suscetível de obter relevância jurídica; e, a demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, ou seja, demência grave verificada antes do início da união de facto. No Brasil, a respeito destes últimos impedimentos, há de se dizer que são causas suspensivas matrimoniais e, por isso, inaplicáveis às relações convivenciais.



Além dos impedimentos, no Brasil, deve-se ter como requisitos para o devido reconhecimento da união estável: a publicidade, a continuidade, a durabilidade, o objetivo de constituir família (*animus familiae*) e a desnecessidade de coabitação. Já em Portugal, basta que duas pessoas comecem a viver em coabitação na tripla vertente de comunhão de mesa, de leito e de habitação há mais de 2 (dois) anos, independentemente do sexo. Inclusive, neste ordenamento jurídico, há duas classificações de modalidade quanto à união de facto, sendo referente a união heterossexual e homoafetiva, bem como da união protegida e não protegida, a depender se tem mais ou menos de 2 (dois) anos.

Consoante na ordem jurídica brasileira sejam irrelevantes o requisito temporal e a coabitação, cumpre dizer que, na portuguesa, eles são essenciais, pois o prazo pode ser interrompido ou suspenso. A respeito disso, que se distingue totalmente do Brasil, é notório salientar que no caso dos membros da união de facto se separarem e, posteriormente, reconciliarem-se, o prazo interrompe-se e origina-se uma nova união com os mesmos membros da anterior; já caso deixem de coabitar, residindo em localidades distantes, sem que haja o propósito de pôr fim à comunhão de habitação, o prazo suspende-se e, ao retomarem a vida em comum, volta a correr o prazo.

Entre os efeitos da união estável, verifica-se muito mais dissonâncias do que consonâncias, tendo em vista que, enquanto no Brasil, gera-se e impunha-se direitos e deveres de lealdade, de respeito e de assistência entre os conviventes e as obrigações de guarda, de sustento e de educação quanto aos filhos; em Portugal, não há imposição de deveres análogos aos que vinculam reciprocamente os cônjuges. Além disso, na ordem jurídica brasileira, há o regime de bens legal ou convivencial, isto é, inexistindo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se o regime de comunhão parcial de bens – o mesmo regime legal de bens que há no matrimônio. Já na portuguesa, não se estabelecem, à união de facto, regras semelhantes às do casamento em matéria de regimes de bens, de administração, de disposição e de dívidas, visto que se subordina ao regime comum.

Salienta-se que, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, em que há o contrato convivencial, o qual é informal e não abrange somente o regime de bens; no português, possibilita-se os contratos de coabitação, com a constituição negocial de obrigação de alimentos, de regime de bens, de administração, de disposição, de dívidas e de cessação da união, que serão cláusulas válidas por ser conforme as regras do direito comum. No Brasil, também se tem o direito aos alimentos e,

ainda, tem-se a possibilidade de se alterar o nome, podendo o companheiro adotar o nome do outro.

A respeito da filiação, notório referir que, tanto no Brasil, quanto em Portugal, podem os companheiros realizar a adoção conjunta, independentemente do sexo dos companheiros, inclusive se o adotando for filho de um dos companheiros. Contudo, há dissonância em alguns pontos, visto que no ordenamento jurídico brasileiro basta a comprovação da estabilidade da família; já no português, devem os unidos de facto ter sua relação na modalidade protegida e duração da ligação superior a quatro anos, ressalvada a hipótese de que o adotando é filho do companheiro, devendo a união ter um lapso temporal de, no mínimo, 2 (dois) anos.

Ainda quanto a filiação, há a possibilidade, em ambos os ordenamentos jurídicos, da filiação decorrente de ato sexual e de procriação medicamente assistida. Em Portugal, a procriação medicamente assistida somente se dá por casais compostos por pessoas de sexo diferente ou por mulheres. Já no Brasil, inclui-se a gestação por substituição, de modo que estes métodos podem ser recorridos tanto por casais heterossexuais, quanto homoafetivos compostos por mulheres ou por homens.

Entre outros efeitos, ainda há de se falar que em ambos os ordenamentos pode o companheiro ser, respectivamente, no Brasil, curador do outro que curatelado; e, em Portugal, acompanhante do outro que será maior acompanhado. Em ambos os ordenamentos jurídicos, também, há o direito real de habitação, podendo o companheiro sobrevivente residir no imóvel comum destinado à residência, no Brasil; e, se a relação começou a mais de 5 (cinco) anos antes do falecimento, ao unido de facto será conferido, este direito, por tempo igual ao da duração da união de facto, em Portugal. Não menos importante, há dissonância quanto ao direito sucessório, visto que na ordem jurídica brasileira, estes direitos se igualaram aos do cônjuge, já na portuguesa, afasta-se do campo hereditário o unido de facto, revelando-se, pois, o tratamento jurídico diferenciado entre casamento e a união de facto.

A respeito da extinção desta relação, cabe dizer que na ordem jurídica brasileira, cessada a convivência, dispensadas a intervenção judicial ou a formalidade extrajudicial, tem-se a extinção da relação convivencial, mas podem os companheiros formalizar o seu fim, principalmente, naquelas em que se gerou filhos ou em que houve a aquisição de bens, seja extrajudicial, seja judicialmente. Já na ordem jurídica portuguesa, dissolve-se com a morte de um de seus membros; pela vontade de qualquer

um deles, já que a dissolução é informal, mas, caso se pretenda fazer valer direitos dependentes da sua existência, necessário que seja declarada judicialmente. Logo, notória a consonância entre extinções destas relações, em vista da informalidade. Acrescenta-se, ainda, que em Portugal, as dissoluções decorrentes do casamento de um dos membros ou da reconciliação de um membro da união de facto casado, separado de pessoas e bens, com o respectivo cônjuge.

Ademais, pontua-se que em ambos os ordenamentos jurídicos, a doutrina traz à tona a questão do estabelecimento da equiparação material entre casamento e união estável ou de facto. A respeito disso, no Brasil, verifica-se que o companheiro é materialmente equiparado ao cônjuge, ainda que isso não suprima as diferenças entre os institutos nem tampouco suprime a liberdade de escolha do cidadão quanto as repercussões jurídicas de uma ou de outra entidade familiar, causando, pois, estado de dúvida na população em geral. Já em Portugal, julgam inconstitucional qualquer medida no sentido de equiparar o casamento e a união de facto, visto que não cabe igual o que, por natureza, é desigual. Contudo, neste ordenamento, há quem julgue a insuficiente consideração da união estável como uma vulnerabilidade no ordenamento jurídico português, visto que se contrasta com a evolução social.

Por fim, cabe ressaltar que, em razão do ordenamento jurídico brasileiro ter considerado o instituto da união estável uma entidade familiar e que há o ativismo judicial tanto antes, quando depois da Constituição Federal de 1988, inegável se tratar de uma visão mais evoluída quanto à relação convivencial; já que na portuguesa trata-se de entidade parafamiliar e as alterações decorrem da legislação, e não da jurisprudência. Contudo, no Brasil o reconhecimento da união estável não exige requisitos mais incisivos, o que pode desencadear insegurança jurídica, diferentemente de Portugal, que exige prazo temporal e coabitação. Ainda, notório dizer que, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro igualam-se os direitos do companheiro ao do cônjuge, enquanto no português não se verifica isso, é perceptível a necessidade de não se igualar o que, por natureza, é desigual, pois ao tratar o companheiro e o cônjuge de forma equiparada, gera-se não apenas insegurança jurídica, como também se aumenta o estado de dúvida da população.

## 4 CONCLUSÃO

Por todo o arcabouço evidenciado, no Brasil a união estável é reconhecida como entidade familiar na hipótese de não serem vislumbrados impedimentos para o matrimônio e quando se tratar de convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família. No território luso, por sua vez, a união de facto não é, em si, uma relação de família, senão uma relação parafamiliar.

Verificou-se que o Brasil é mais evoluído, uma vez que o ordenamento jurídico, bem como a doutrina e jurisprudência pátrias, consideram a união estável como uma entidade familiar. Neste ímpeto, categórico influir que, de fato, estamos a tratar de um núcleo familiar, sendo reconhecido inclusive por alguns autores portugueses.

Outrossim, é de se verificar que o tratamento conferido pelo país luso quanto à temporalidade a se configurar a união é deveras importante. No Brasil, por não ter um indexador comum, não sendo o tempo um requisito para a configuração da união estável, tem-se, por vezes, dúvidas quanto a sua aplicação.

Assim, impende salientar que em virtude de o ordenamento jurídico brasileiro ter considerado o instituto da união estável uma entidade familiar, com o vislumbre do ativismo judicial antes e após a Constituição Federal, inegável se tratar de uma visão mais evoluída quanto à relação convivencial; já que na portuguesa trata-se de entidade parafamiliar e as alterações decorrem da legislação, e não da jurisprudência. Entretanto, no Brasil o reconhecimento da união estável não exige requisitos mais incisivos, o que pode desencadear insegurança jurídica, diferentemente de Portugal, que exige prazo temporal e coabitação. Ainda, notório dizer que, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro igualam-se os direitos do companheiro ao do cônjuge, enquanto no português não se verifica isso, é perceptível a necessidade de não se igualar o que, por natureza, é desigual, pois ao tratar o companheiro e o cônjuge de forma equiparada, gera-se não apenas insegurança jurídica, como também se aumenta o estado de dúvida da população.

Neste diapasão, temática em evidente ascensão frente à realidade que se evidencia, foi possível verificar a perceptível diferença entre os dois países estudados no que tange às semelhanças e dissonâncias da união estável e da união de facto.

Conclui-se, neste ímpeto, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ter equiparado, para fins sucessórios, o companheiro do cônjuge, não parece adequado, eis que, assim como o casamento e a união estável ou união de facto distinguem-se, principalmente, no plano da constituição, dos efeitos e da extinção, não ofendendo, pois, o direito à igualdade o que, por natureza, é desigual. Isso decorre do fato de que cada família deve ter a autonomia e a liberdade para definir regras de suas próprias relações.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Aldy Mello de. Do casamento às uniões sem selo: O alcance social e jurídico dos arranjos familiares no Brasil e em Portugal. **Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal**. Porto, n. 24, p. 3-23, 2018. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/15048>. Acesso em: 14.set.2021.

BARON, Kelly. **A união de facto no direito comparado: Portugal e Brasil**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica Portuguesa do Porto, Porto, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/21511/1/TESE%20MESTRADO%20KELLY%20BARON.pdf>. Acesso em: 14.set.2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24.abr.2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de Providências n. 0001459-08.2016.2.00.0000**. Brasília, DF: 29.jun.2018. Corregedor Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>. Acesso em: 27.abr.2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 24.abr.2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 35. Disponível em: [https://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/572/Sumulas\\_e\\_enunciados#:~:text=S%-C3%9AMULA%2035%20%2D,HAVIA%20IMPEDIMENTO%20PARA%20O%20MATRIM%C3%94NIO](https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/572/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%-C3%9AMULA%2035%20%2D,HAVIA%20IMPEDIMENTO%20PARA%20O%20MATRIM%C3%94NIO). Acesso em: 24.abr.2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 380. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: 24.abr.2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 382. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>. Acesso em: 24.abr.2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma minha biblioteca.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

GUIMARÃES, Maria Raquel. Subitamente no Verão Passado. In: NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira. **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**. Porto: U.Porto; FDUP, 2017. p. 107-126. Disponível em: [https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018\\_550.pdf](https://cije.up.pt/client/files/0000000001/ebook-pma-2018_550.pdf). Acesso em: 26.abr.2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Posição sucessória do companheiro (membro da união de facto/união estável) nos direitos brasileiro e português. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte. **Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira**. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 432-450.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **Evolução do Direito e do Conceito de Família**. *LinkedIn*. 06.mar.2017. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/evolu%C3%A7%C3%A3o-do-direito-e-conceito-de-fam%C3%ADlia-fernanda-leitao>. Acesso em: 24.abr.2022.

LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais**. IBDFAM. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+ato-fato+jur%C3%ADdico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processuais>. Acesso em: 10.set. 2021.

LOPES, Geraldo Evangelista. Medidas de proteção à união de facto. **Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal**. Porto, n. 24, p. 135-152, 2018. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/15627>. Acesso em: 14.set.2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Livros.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Plataforma Minha Biblioteca.

PARISE, Luíza Sartori; EMMEL, Natália Trindade. Gestação de substituição: comparação entre os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e americano. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LEAL, Rogério Gesta; DIAS, Handel Martins. **Coletânea do VI Seminário Internacional - Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis: Volume 2**. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 257-280. Disponível em: <https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2022/04/E-book-VI-Seminario-Internacional-Vol-2.pdf>. Acesso em: 26.abr.2022.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47.344/1966, de 25 de novembro**. Institui o Código Civil. Lisboa. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/300030/details/maximized>. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/300030/details/maximized>. Acesso em: 23.set.2021

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.





# RELAÇÕES JURÍDICAS ELETRÔNICAS E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

## Rafaela Rojas Barros

Rafaela Rojas Barros. Mestranda em Direito na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público. Associada e coordenadora da Comissão de Direito de Família e Empresa do IBDFAM/RS. Grupo de Pesquisa “Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais”, coordenado pelo Dr. Conrado Paulino da Rosa. Pós graduada em Direito de Família e Sucessões na PU-CRS. Advogada na mesma área - Clóvis Barros Advogados. Endereço profissional: Rua Tobias da Silva 120/1005. Bairro Moinhos de Vento. CEP – 90570-080. Porto Alegre, RS. Fone - 51. 3346.5026 e 99861.8891. E-mail: rafaela@clovisbarros.adv.br.

## Nadine Marinho Viera

Nadine Marinho Viera. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana. Integrante do grupo de pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito pela FMP, vinculado ao CNPq ao grupo de estudos Tutelas à Efe-tivação dos Direitos Transindividuais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8905304455366264>. Email: [nadinemviera@gmail.com](mailto:nadinemviera@gmail.com).

**Resumo:** O presente artigo é destinado a focar os desafios atuais ligados aos limites da jurisdição na tutela e na concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, conferindo especial enfoque às relações jurídicas digitais e à Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. Para tanto, utilizando-se da metodologia dedutiva, com pesquisa bibliográfica, objetiva-se realizar uma reflexão sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e sobre as relações jurídicas digitais, à luz dos direitos fundamentais em jogo, especialmente o direito à proteção de dados pessoais, uma vez que a LGPD tem como base, também, uma função de mudança de mentalidade no tocante à proteção de dados.

**Palavras-chave:** Relações jurídicas. Lei Geral de Proteção de Dados. Direito Fundamental. Tutela.

## 1 INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica dos séculos XX e XXI, marcada pelo surgimento dos computadores e, conseqüentemente, pela informática, redundou na necessidade de registro, armazenamento e manipulação de dados. Tal constatação irradia na esfera pessoal de cada indivíduo, desenvolvendo-se raciocínio cuja origem remonta a 1983, no sentido de que cada um poderia – ou não – publicizar seus dados pessoais, mais precisamente quando o Tribunal Constitucional Alemão definiu o direito de proteção de dados pessoais como “direito à autodeterminação informativa” (RUARO, 2011, p. 139-160).

A nível mundial, tem-se notícia de que o aumento do uso da internet ao longo dos anos supera as previsões e assusta pesquisadores por toda a parte do globo. No Brasil, apurou-se, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2019, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que a proporção de domicílios que contam com a internet de banda larga móvel e fixa, saltou de 56,3% (em 2018) para 59,2%<sup>1</sup>. Conforme a pesquisa TIC Domicílios, 126,9 milhões de pessoas (cerca de 70% da população brasileira) utilizam ou têm acesso à internet<sup>2</sup>.

É de fácil constatação o fato de a internet ter dinamizado a vida social, passando a ser utilizada como meio de consumo e fazendo com que a maior parte das instituições e empresas automatizassem os seus sistemas de coleta de dados. Isso possibilitou, veja-se, que cada vez mais dados vazassem e/ou desviassem de sua finalidade originária, redundan-

---

1 Veja-se a reportagem: Acesso à internet cresceu nos lares brasileiros. Em relação a 2018, o ano de 2019 apresentou um aumento de 3,6 pontos percentuais. Publicado em 21/04/2021. Fonte: **Ministério das Comunicações**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2021/04/acesso-a-internet-cresceu-nos-lares-brasileiros>>. Acesso em 05 dez. 2021.

2 Veja-se a reportagem Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada. Segundo pesquisa TIC Domicílios, 126,9 milhões de pessoas usaram a rede regularmente em 2018. Metade da população rural e das classes D e E agora têm acesso à internet. Publicado em: 28/08/2019. LAVADO, Thiago. Fonte: **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml>>. Acesso em: 05 dez. 2021.

do na preocupação de serem eles expostos ou indevidamente utilizados. Foi esse cenário que deu origem ao direito à proteção de dados como um campo da ciência, tanto no âmbito estatal quanto no âmbito privado.

Frente à crescente insegurança da informação, aos 14 de agosto de 2018, foi assinada a Lei nº. 13.709/18 (LGPD), marco legislativo dessa necessidade de proteção dos dados pessoais no país, que dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais – inclusive nos meios digitais – por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado.

Assim sendo, o presente trabalho visa a tecer considerações gerais sobre a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil para, ao depois, abordar o negócio jurídico e sua aplicação no mundo virtual através dos contratos eletrônicos, para fins de verificar como a legislação, da maneira como posta hoje, tutela os bens fundamentais, atualmente em risco pela disponibilização de dados pelos cidadãos internautas.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº. 13.709/18) originou-se do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (PL 4.060/12), de iniciativa do deputado Milton Monti, sendo, posteriormente, aprovada pelo Senado Federal através do PLS 53/18 e promulgada pela Presidência da República. Como justificativa à propositura do Projeto de Lei, o Relator ressaltou que o objetivo da lei é “dar ordenamento jurídico e institucional ao tratamento de dados pessoais, bem como a proteção dos direitos individuais das pessoas, de acordo com a Constituição [...]”.

Referida lei ampara-se em três aspectos centrais: 1) o amplo conceito de dado pessoal; 2) a necessidade de uma base legal a qualquer tratamento de dados e, por fim; 3) a presença do legítimo interesse como hipótese autorizativa, bem como a necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses (MENDES, 2018, p. 582).

Ingo Wolfgang Sarlet, juntamente com Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, ensinam que o direito à proteção de dados pessoais contempla o direito de acesso e de conhecimento dos dados pessoais constantes de bancos de dados públicos e privados; o direito ao não conhecimento, tratamento e utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado por terceiros; o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e even-

tual utilização dos dados; e o direito à retificação e de exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados, se for o caso (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 433-434).

Ainda, de acordo com Tatiana Malta Vieira, os dados pessoais podem ser classificados em três espécies: os não sensíveis, sensíveis e os de tratamento proibido. Nas palavras da autora, os primeiros “correspondem à esfera da vida privada do seu titular; os dados sensíveis, ao âmbito da intimidade; e os de tratamento proibido à esfera do segredo” (VIEIRA, 2007, p. 234).

Veja-se, assim, que a LGPD tem como base, para além dos regramentos novos, uma função de mudança de mentalidade no tocante à proteção de dados, que deve ser seguida por todos e incorporada dentro do âmbito corporativo. Tais premissas servem para que os contratos jurídicos virtuais não lesem direitos fundamentais preestabelecidos na Constituição Federal de 1988 e para que não se faça necessária a aplicação de punições aos infratores (sejam eles pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado).

Conforme disposto no artigo 49 da LGPD:

[...] os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares. (BRASIL, Lei nº 13.709/18)

Em apertada síntese, objetiva a legislação em comento a tutela dos dados pessoais<sup>3</sup>. Apesar disso, a maioria das empresas ainda não compreende – ou apresenta dificuldades para compreender – a importância de se adequar aos ditames da Lei. Estes, por sua vez, não se resumem a informações básicas pessoais, como nome, registro geral, idade, sexo, status civil e histórico de compras.

Em verdade, são mais abrangentes, e é exatamente nesse aspecto, que a Lei destina o Capítulo VI, quando trata dos agentes de tratamento de dados pessoais, versando a Seção I (artigos 37 a 40) sobre o “controlador” e o “operador”, os quais são responsáveis pela definição dos parâme-

---

3 Também trata das hipóteses em que a Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais (artigos 4º e 5º da LGPD).

tros da atividade de tratamento de dados: quem toma as decisões e quem as coloca em prática, respectivamente (CRESPO, 2019, p. 182).

Assim sendo, faz-se necessário direcionar o estudo às relações jurídicas e contratos celebrados no âmbito virtual, a fim de verificar se a LGPD é eficaz na tutela de eventos prejudiciais aos usuários, bem como de analisar de que maneira a proteção de dados constitui – ou não – direito fundamental da pessoa humana.

### **3      RELAÇÕES JURÍDICAS ELETRÔNICAS**

Tratam as relações jurídicas eletrônicas de qualquer relação jurídica que tenha como suporte tecnológico, o eletrônico, incluindo-se aí as relações públicas e privadas. Dessas, verifica-se que as transações, em virtude dos avanços tecnológicos, foram incontestavelmente facilitadas, permitindo-se a celebração de negócios jurídicos de forma mais célere e inovadora. Conquanto, tendo em vista que os internautas, no âmbito eletrônico, disponibilizam seus dados de diversas formas (e muitas vezes sem atentar a fonte recebedora), deve-se verificar de que maneira a privacidade e outros direitos serão ou são assegurados, de alguma maneira, pelo ordenamento jurídico brasileiro quando de sua realização.

Os contratos jurídicos eletrônicos dispensam o contato presencial entre as partes, o que implica que as declarações de vontade voltadas a contrair obrigações não possam ser desvinculadas das respectivas autorias (MENKE, 2005, p. 36-37). Nesse sentido, os contratos são celebrados à distância, sendo necessário regulamentar a proteção dos dados pessoais que podem vir a ser objeto de demandas jurídicas, uma vez ser inequívoco o aumento dos contratos jurídicos realizados virtualmente.

As relações eletrônicas, veja-se, não prescindem da devida regulamentação e proteção. Nesse sentido, importa conhecer as especificidades desses contratos e dos meios de proteção dos dados pessoais.

Ressalte-se que foram desenvolvidas tecnologias voltadas a conferir segurança para o desenvolvimento do comércio e para fins de garantir a validade e a eficácia probatória dos contratos eletrônicos (LEAL, 2007, p. 165). Nesses, os celebrantes elegem o meio “eletrônico” que desejarem para efetivar o contrato que, como qualquer outro, estabelece vínculo entre as partes. Outrossim, o contrato deve ser celebrado por agente civilmente capaz e estar presente a manifestação de vontades das partes

– através de consentimento adequado – para a sua validade, sob pena de ser considerado o contrato nulo ou anulável.

De qualquer forma, os usuários têm seus dados pessoais diuturnamente comprometidos no espaço cibernético e, conseqüentemente, têm sua privacidade violada de forma constante. Tal contexto evidencia a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade presente dessas relações/contratações e consequentes documentos eletrônicos deles originados, fazendo-se imprescindível a criação de instrumentos de proteção cibernéticos capazes de garantir segurança e confiabilidade a esses negócios.

Diante da constatação supracitada, algumas tecnologias foram desenvolvidas e apresentam-se imperiosas, a exemplo da biometria, da criptografia, da assinatura digital e da certificação virtual, não se podendo afirmar, contudo, que alguma delas é efetivamente segura. Atualmente, muitos são os estudos a respeito delas, não existindo, todavia, consenso a respeito da forma mais efetiva de proteção dos dados objeto de negociações.

Apesar de ser ambas as partes contratantes atingidas por essa insegurança, a validade do contrato, não pode ser questionada somente por terem as declarações de vontade sido manifestadas em meio eletrônico. É necessário observar, tal qual ocorre nos negócios jurídicos já regulamentados, se os requisitos dos planos da existência, da validade e da eficácia estão presentes do negócio jurídico celebrado no âmbito virtual (AZEVEDO, 2002).

Tal verificação, por certo, constitui um desafio para leigos, doutrinadores e juristas, já que não exige os “agentes de tratamento” de entender que condutas voluntárias violadoras de deveres jurídicos ensejarão punições ou reparações de danos aos seus causadores. O Código Civil brasileiro, em seus artigos 186 e 187, dispõe que:

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

[...] também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No que toca ao presente estudo, uma vez que toda e qualquer manifestação de vontade carrega em si o problema da responsabilidade (DIAS, 2011, p. 1), acaso os interesses nela presentes sejam lesados pelo

controlador ou pelo operador em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais (causando a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo em decorrência da violação da Lei de Proteção de Dados Pessoais), serão eles obrigados à reparação. Tal previsão está contida no artigo 42 da LGPD, precisamente na “Seção III - Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”.

E a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 44, prevê que o tratamento de dados pessoais será irregular quando a legislação não for observada ou mesmo quando não fornecer a segurança que dele o titular pode esperar. A depender da gravidade de sua conduta, serão os agentes de tratamento sujeitos às penalidades previstas no artigo 52 da LGPD, constando-se que, segundo o artigo 44 da LGPD, a inobservância da legislação e da segurança esperada configuram ato ilícito. Contudo, a essas hipóteses, o presente trabalho, conforme exposto, não destinará maior enfoque.

Note-se que no que interessa ao presente estudo, o Capítulo III da Lei sob exame estipula direitos aos titulares dos dados, merecendo destaque o disposto no artigo 17: “Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.”

Outrossim, o artigo 18 disciplina que o titular dos dados pessoais tem direito de obter do controlador, mediante requisição, o acesso aos dados, sua eliminação (salvo exceções), a obtenção de informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados, bem como, dentre outros direitos, informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa.

A partir disso, é notório que as relações virtuais se amparam não somente nas diretrizes de acesso de dados, através da LGPD, mas também nas de acesso à informação pela Lei de Acesso à Informação<sup>4</sup>. Desse modo, apesar de convergirem, os avanços dessa última (LAI) não podem sofrer com eventuais interpretações equivocadas da Lei de Proteção de Dados.

Releve-se que os estudos são incipientes e para que as relações jurídicas virtuais resem protegidas, sem negativa de informações do governo em virtude da utilização deliberada da nova lei por exemplo, o acesso à proteção de dados deve ser entendido como direito fundamental, como se verá com maior atenção no próximo capítulo. Tal entendimento

---

4 Aplicada de maneira obrigatória a todos os entes da Administração Pública direta e indireta.

já foi objeto de debate pela Ministra Rosa Weber no julgamento da ADIn 36871, previamente a PEC 17/19 (BRASIL; PEC 17/2019), quando se posicionou ela no sentido de que a proteção de dados deveria ser visualizada como direito fundamental, sob os vieses da *liberdade individual*, da *privacidade* e da *personalidade*.

Face ao exposto, acredita-se que enquanto não galga o direito de acesso o patamar de direito explicitamente constitucional por meio da referida PEC, há de ser realizada uma interpretação dialogada com os outros princípios constitucionais correlatos, como os da publicidade, da transparência, da privacidade e a da inviolabilidade da intimidade, imagem e honra, a regra será aplicada, qual seja, a de coleta, acesso e fornecimento de informação transparente, adequada e protegida. De qualquer forma, adentra-se no estudo da proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental.

#### **4 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

Frente ao trabalho até aqui realizado, é possível afirmar que a realidade social clama pela efetiva proteção de dados pessoais, a qual tem de estar embasada nos princípios constitucionais da pessoa humana para lograr aplicação eficaz. Assim sendo, tratando-se de informações que dizem respeito à intimidade das pessoas, devem ser observados o respeito à vida, à privacidade e à liberdade do sujeito (KLEE, 2015, p. 127).

A esse respeito, os autores Laura Mendes e Danilo Doneda ensinam que:

Os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e como tais devem ser considerados. Assim, qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais. (MENDES; DONEDA. 2018, p. 555-570)

Faz-se imperioso reconhecer que os usuários virtuais devem ser protegidos em toda a sua esfera de proteção. Desse modo, recentemente, em outubro do no passado (2021), o Senado Federal aprovou Proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC17/2019), a qual, reitera-se, inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, tamanha a dimensão que a discussão sobre o tema



gerou. O texto, que também atribui à União a competência para fiscalizar e legislar sobre o tema, segue para promulgação no Congresso Nacional.

Sobre referida possibilidade, a doutrina se divide entre, de um lado, 1) os que enxergam a constitucionalização da proteção de dados, através do PEC17/2019, como um direito autônomo evolutivo para os titulares de dados pessoais e para a garantia dos direitos de privacidade, fortalecendo uma cultura de privacidade e proteção de dados no país; 2) os que entendem que a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados já havia tornado a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, uma vez ter a LGPD, como base, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

Importa atentar, sobre o ponto, que a proteção de dados não implica nas mesmas proteções que o direito à privacidade ou de parte a parte. Tampouco, ao direito de informação, apesar de coligados. Assim, na medida em que confusões podem ser feitas, imperioso apreciar quais são os alicerces para o direito fundamental à proteção de dados na Constituição Federal, a permitir a evolução desse conceito e quais as consequências do reconhecimento desse direito fundamental.

Conquanto o paradoxo de a Constituição Federal ter de expressar de um lado segurança, estabilidade, continuidade e permanência e, de outro, exprimir flexibilidade, abertura de interpretação e atualização para possibilitar a concretização dos direitos e princípios nela consagrados, é nessa última perspectiva, a de uma compreensão dinâmica da Constituição Federal, que é necessário interpretar o direito à privacidade na Constituição Federal.

Depreende-se do art. 5º, X, da Constituição Federal, que preceitua a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, não haver restrição à aplicação desse conceito a nenhuma situação peculiar, sendo aberto, portanto, às mais diversas situações. Até porque não haveria sentido excluir justamente as situações em que a vida privada está sujeita a uma maior violação, como no caso do processamento de dados pessoais. Com efeito, a violação a dados representa uma ameaça muito mais grave à intimidade e à vida privada do homem médio.

Na sociedade atual, constitui-se numa necessidade o reconhecimento desse direito fundamental, a fim de que se possa concretizar os fundamentos e princípios do Estado democrático de direito, consoante preceitua a Constituição Federal.

A Constituição colabora com dois mecanismos para a tutela da personalidade contra o tratamento indevido de dados: o direito material à proteção de dados pessoais, de que cuida o art. 5.º, X, da CF/1988, e a garantia instrumental para a proteção desse direito, prevista na ação do *habeas data* (art. 5.º, LXXII, da CF/1988).

A utilização apropriada do *habeas data* dependerá da aplicação concreta do direito fundamental à proteção de dados e, igualmente, da ampliação da interpretação sobre as condições processuais dessa ação (interesse de agir e esgotamento das vias administrativas). Cuida-se de um instrumento importante, cuja interpretação constitucional precisa ser explorada (Lei nº 9.507/97 – expressa sobre as principais características e devido rito processual).

O direito à proteção de dados, como espécie de direito à personalidade, possui dois caracteres: um negativo (direito de defesa), outro positivo (direito à prestação). Aquele, por delimitar uma esfera de proteção que não pode sofrer intervenção do poder estatal ou privado, a exigir a abstenção do Estado, ensejando, assim, a inconstitucionalidade de lei que venha a eliminar esse direito fundamental. O positivo, por sua vez, por ensejar, também, a obrigatoriedade de uma ação do Estado para garantir tal proteção, tal qual a edição de lei regulamentando o assunto (MENDES, 2011, p. 45-81).

Concernentemente à sua eficácia, o direito fundamental à proteção de dados tem eficácia horizontal, com aplicação às relações privadas também, como se pode verificar da própria redação da ação de *habeas data*, prevista na Constituição Federal: “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (art. 5.º, LXXII, da CF/1988). Evidencia-se, portanto, que tanto os bancos de dados estatais como os bancos públicos estão sujeitos à obrigação constante no *habeas data*.

Resta claro, então, que qualquer banco ou registro de dados pessoais, na maior parte das vezes, deve ser interpretado como público, independentemente de ter sido gerado em organismo público ou particular, porquanto trata-se de direito à personalidade e os dados armazenados representam a pessoa na sociedade.

Ressalte-se que o direito fundamental à proteção de dados não se constitui em direito absoluto, podendo ser restringido em face da aplicação de outro direito fundamental ou preceito constitucional ao caso

concreto. Não existe direito absoluto. E esse é o entendimento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.

Os direitos à privacidade podem estar em conflito. Nesse caso, pode-se fazer a ponderação com a análise do caso concreto, analisando-se qual vai prevalecer, lembrando que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diferentes entre si, devem pautar a adequação.

Consiste o direito à proteção de dados em um direito novo e ativo que impõe o funcionamento de um sistema de segurança a fim de proteger o indivíduo toda a vez que seus dados pessoais forem coletados ou utilizados. Além disso, tem como objetivo principal proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

A configuração do direito de proteção de dados como um novo direito fundamental, destacado e independente do direito à privacidade, surgiu no Brasil e no mundo no decorrer das últimas décadas de fortalecimento da identificação automática.

Considerando o aumento e uma inevitável digitalização, faz-se imperiosa a atualização da Constituição da República para reconhecer expressamente a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo em relação à privacidade.

Nesse sentido, a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019 fez-se necessária. Segundo a Relatora dessa PEC, Senadora Simone Tebet:

Constitucionalizar a questão significa o Estado dizer que reconhece a importância do tema, classificando esse direito à proteção de dados como fundamental. Ou seja, o Estado, a sociedade, o cidadão, podem ter direito, como regra geral, ao conhecimento do outro, desde que haja realmente necessidade. Do contrário, é preciso preservar ao máximo a intimidade e a privacidade dos dados.<sup>5</sup>

Com efeito, o reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental pela nossa legislação, para a garantia plena das liberdades democráticas e dos direitos individuais, evidencia-se essencial na sociedade contemporânea.

---

5 **Agência Senado.** Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental>. Acesso em: 09 dez. 2021.

## 5 CONCLUSÃO

Do exposto, verificou-se que o avanço da tecnologia gerou mudanças profundas no seio social hodierno e, de outra ponta, uma tendência dos estudiosos e operadores do direito à criação de um banco de dados capaz de acompanhar dita revolução, fornecendo soluções adequadas a essa. Tais, porém, cada vez mais complexas.

Dado que a Constituição Federal de 1988 confere proteção à vida, à privacidade, à intimidade e, ainda, ao sigilo de informações pessoais, a medida em que a sociedade evoluiu, leis esparsas foram sendo criadas visando a proteger os dados pessoais dos cidadãos. Como visto, tais não foram suficientes para barrar a criação de uma lei própria, uma vez que somente assim as lacunas existentes sobre a matéria poderiam ser supridas.

O estudo do tema da proteção de dados pessoais como direito fundamental no Brasil enseja, não obstante a falta de regulamentação – por ora – para o problema específico, uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico a partir do princípio da dignidade humana.

É possível afirmar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representou e representa uma resposta evolutiva para o Brasil, uma vez que objetiva dar soluções efetivas às dinâmicas questões que acabam por colocar em risco o direito à privacidade. E isso pode ser facilmente percebido, uma vez que a lei se destina a garantir a autodeterminação informativa (o titular dispõe dos dados e com eles interage conforme os seus interesses, podendo se opor ao tratamento destinado a eles) enquanto, paralelamente, visa a fomentar o desenvolvimento tecnológico e econômico de uma sociedade de dados, e tudo com o consentimento, transparência e confidencialidade.

Assim sendo, reconhecer a proteção de dados como direito fundamental é o mesmo que concretizar a Constituição nessa nova sociedade de informação. De todo modo, não se olvida que os desafios para tal efetiva concretização são inúmeros, fazendo-se necessária a *implantação de uma “autoridade” de dados pessoais (com poder sancionatório e independente)* para que as diretrizes da LGPD sejam utilizadas como base das decisões e das mudanças culturais dessa forma de representação da pessoa em sociedade.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª. ed. atual., de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humano no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.060/12**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1001750](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001750). Acesso em: 05dez2021.

BRASIL. **Habeas Corpus 93250 MS**. Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento 10/06/2008, 2ª Turma. Disponível em: <https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-hc-93250-ms-mato-grosso-do-sul-habeas-corpus>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 06dez2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 08 dez. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 07 dez. 21.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 2017**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9507.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm). Acesso em 05 mai. 22.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527/2011.** 2a. Ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.

BRASIL. Palácio do Planalto. **PEC 17/2019.** Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149723>>. Acesso em 05 dez. 2021.

CRESPO, Danilo Leme; RIBEIRO FILHO, Dalmo. A evolução legislativa brasileira sobre proteção de dados pessoais: a importância da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 98, a. 20, p. 161-186, mar./abr. 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 12. ed. rev., atual. e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da internet no Brasil pela Lei nº. 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *In: Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.* v. 41, n. 2, p. 127, jul./dez. 2015.

LAVADO, Thiago. Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada. Segundo pesquisa TIC Domicílios, 126,9 milhões de pessoas usaram a rede regularmente em 2018. Metade da população rural e das classes D e E agora têm acesso à internet. Publicado em: 28/08/2019. Fonte: **G1.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml>>. Acesso em: 05dez2021.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos:** validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007.

LEAL, Mônia; Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de Políticas Públicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. pp. 49-74.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: RT, 2012.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, a. 27, p. 555-570, nov./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**. Jul – Set. 2011. DTR\2011\2474. vol. 79/2011.

MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto. SARLET, Ingo Wolfgang. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. Repositório PUCRS. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11403/2/Direito\\_a\\_768\\_Informac\\_807\\_a\\_771\\_o\\_e\\_Direito\\_de\\_Acesso\\_a\\_768\\_Informac\\_807\\_a\\_771\\_o\\_como\\_Direitos\\_Fundamentais\\_na.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11403/2/Direito_a_768_Informac_807_a_771_o_e_Direito_de_Acesso_a_768_Informac_807_a_771_o_como_Direitos_Fundamentais_na.pdf). Acesso em: 09 dez. 2021.

**Ministério das Comunicações**. Acesso à internet cresceu nos lares brasileiros. Em relação a 2018, o ano de 2019 apresentou um aumento de 3,6 pontos percentuais. Publicado em 21/04/2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2021/04/acesso-a-internet-cresceu-nos-lares-brasileiros>>. Acesso em 05dez2021.

MPF. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/servicos/lgpd/o-que-e-a-lgpd#:~:text=A%20Lei%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o,da%20personalidade%20da%20pessoa%20natural>. Fonte: <https://www.serpro.gov.br/lgpd> (texto com adaptações/atualizações). Acesso em 06 mai. 22.

Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição. **Agência Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental>. Acesso em: 09 dez. 2021.

RUARO, Regina Linden. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba, UFPr, n. 53, p. 139-160, 2011.

RAFAELA ROJAS BARROS  
NADINE MARINHO VIEIRA

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VIEIRA, Tatiana Malta. Proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **R. Dir. Inform. Telecom.** – RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 234, jan./jun. 2007.











**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)