

REVISTA JURÍDICA da Seção Judiciária de Pernambuco



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 16
2024

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
CLAUDIO KITNER

Juíza Federal Vice-Diretora do Foro
AMANDA TORRES DE LUCENA DINIZ ARAÚJO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
JOAQUIM LUSTOSA FILHO
RODRIGO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO
AMANDA TORRES DE LUCENA DINIZ ARAÚJO
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
RAFAEL TAVARES DA SILVA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretária da Revista
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA

Revisão de Texto
TRAVASSOS EDITORA

Capa
BANCO DE IMAGENS – CANVA

Arte da Capa
HANNAH MASRI
MARIA LUÍZA BATISTA NEVES

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 16 (2024) Recife, 2024

Anual

ISSN 1984 – 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno

Vice-Presidente

Desembargadora Federal Germana de Oliveira Moraes

Corregedor

Desembargador Federal Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho

Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima
Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt
Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho
Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira
Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior
Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno
Desembargador Federal Francisco Roberto Machado
Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro
Desembargador Federal Cid Marconi Gurgel de Souza
Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto
Desembargador Federal Alexandre Costa de Luna Freire
Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho
Desembargador Federal Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho
Desembargador Federal Roberto Wanderley Nogueira
Desembargador Federal Francisco Alves dos Santos Júnior
Desembargador Federal Sebastião José Vasques de Moraes
Desembargadora Federal Germana de Oliveira Moraes
Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira
Desembargador Federal Leonardo Resende Martins
Desembargador Federal Frederico Wildson da Silva Dantas
Desembargador Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho
Desembargador Federal Rodrigo Antônio Tenório Correia da Silva
Desembargadora Federal Cibele Benevides Guedes da Fonseca
Desembargador Federal Edvaldo Batista da Silva Júnior

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Ubiratan de Couto Mauricio
Hélio Sílvio Ourem Campos
Frederico José Pinto de Azevedo
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Almiro José da Rocha Lemos
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti

Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne de Araújo Pereira
Thalynni Maria de Lavor Passos
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho
Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Claudio Girão Barreto
Tarcísio Corrêa Monte
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Marcos Antonio Mendes de Araújo Filho
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues
Liz Corrêa de Azevedo
Guilherme Soares Diniz
Fernando Braz Ximenes
Roney Raimundo Leão Otilio
Gustavo Henrique Teixeira de Oliveira

Juízes Federais Substitutos:

Isaac Batista de Carvalho Neto
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Rafael Tavares da Silva
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Jaime Travassos Sarinho
Marina Coffferri
André Jackson de Holanda Maurício Júnior
Adriana Hora Soutinho de Paiva
Camila Dechicha Parahyba
Arthur Nogueira Feijó
Henrique Jorge Dantas da Cruz

SUMÁRIO

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO: A QUESTÃO DA “REITERAÇÃO DELITIVA” E O TEMA REPETITIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Andréa Walmsley Soares Carneiro.....11

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS SOB A PERSPECTIVA DA COMPLEXIDADE

Arthur Napoleão Teixeira Filho e Taís Schilling Ferraz.....25

A FORMATAÇÃO DOS PRECEDENTES E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UM PRESSUPOSTO IMPLÍCITO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS COMANDOS JUDICIAIS PERANTE A ESFERA PÚBLICA

Bruno Montenegro Ribeiro Dantas.....53

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO PROCESSO CIVIL: O JUIZ NATURAL E O JUÍZO ADEQUADO

Catarina de Macedo Buzzi, Rodrigo Garcia Duarte e Simone Lavôr do Rêgo Lobão....71

O PRAGMATISMO JURÍDICO E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Claudio Kitner.....93

LIÇÕES ATEMPORAIS DA COVID-19 E MECANISMOS PREVENTIVOS NA DESCONSTRUÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

Daniel e Silva Meira, Leonio José Alves da Silva e Paulo Simplicio Bandeira....131

APLICAÇÃO DA LEI ANTIRRACISMO A CASOS DE LGBTI+FOBIA E A NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

Diego Prezzi Santos e Giovanna Freitas de Lima.....151

**A PERSONALIDADE JURÍDICA ELETRÔNICA DE UM ARTEFATO
ROBÓTICO COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA): ARGUMENTOS
A FAVOR E CONTRA AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDA-
DE JURÍDICA ELETRÔNICA PELO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

*Domingos Gustavo X. de Albuquerque e Marcelo Felipe Xavier de Albuquerque...*197

**REGIME DE CONCESSÃO VERSUS REGIME DE PARTILHA DA PRO-
DUÇÃO DO PRÉ-SAL: UMA COMPARAÇÃO SOB A ANÁLISE ECONÔ-
MICA DO DIREITO**

*Emerson Ademir Borges de Oliveira e Lucas André de Castro de Carvalho.....*225

**INCONSTITUCIONALIDADES E ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO PRESENTES NA LEI DO MAN-
DADO DE INJUNÇÃO: ESTUDO DOS PRECEPTIVOS DA LEI REGU-
LAMENTADORA DO MANDADO DE INJUNÇÃO QUE TROUXERAM
NOVAS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE
DA OMISSÃO RECONHECIDAMENTE INCONSTITUCIONAL**

*Fabício Ponte de Araújo e Martônio Mont’Alverne Barreto Lima.....*251

**O PORTAL BUSINESS INTELLIGENCE NA JUSTIÇA FEDERAL DA 5ª
REGIÃO: UM ESTUDO SOBRE INOVAÇÃO E EFICIÊNCIA NA GES-
TÃO ADMINISTRATIVA**

*Gustavo de Melo Silva.....*275

**COGNIÇÃO SUMÁRIA E REDUÇÃO DO “MÓDULO” DA PROVA: UMA
COMPARAÇÃO ENTRE A ESTRUTURA COGNITIVA DA TUTELA
PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E A DA TUTELA DEFINITIVA EM SITUA-
ÇÕES DE INESCLARECIBILIDADE**

*Isabelle Marne Cavalcanti de Oliveira Lima.....*299

**PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E PROCESSO JUDICIAL ELE-
TRÔNICO: COMO HARMONIZAR JUSTIÇA ABERTA E AUTODETER-
MINAÇÃO INFORMACIONAL?**

*José Marcos Lunardelli.....*319

A IRRENUNCIABILIDADE E A INTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Odete Novais Carneiro Queiroz e Leonardo Estevam de Assis Zanini.....*357

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O JUÍZO 100% DIGITAL

*Livia Afonso de Albuquerque Costa e Sérgio Torres Teixeira.....*383

A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES POR CONTEÚDOS DE TERCEIROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA-COMPARATIVA DOS MODELOS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

*Livia Oliveira Lemos e Manoel de Oliveira Erhardt.....*413

O DEVIDO PROCESSO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

*Luiz Régis Bomfim Filho.....*435

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

*Mateus Pereira de Carvalho Novais e Sergio Torres Teixeira.....*481

VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES E AO POSTULADO DO IURA NOVIT CURIA NOS §§ 10-C E 10-F, DO ART. 17, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

*Matheus Lima Moreira de Oliveira.....*511

O STANDARD DE PROVA NO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

*Temístocles Araujo Azevedo.....*529

APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco chega a sua Edição nº 16 com trabalhos de alta relevância, não apenas acadêmica, mas para a atividade prática e jurisdicional.

A qualidade dos textos selecionados revela o prestígio acadêmico desta publicação, fruto do empenho de Servidores e Juizes em, nesses dezesseis anos de história, promover o debate acerca de temas de grande repercussão.

Esta Edição reúne artigos de jovens juristas, pesquisadores, advogados e magistrados, sendo a pluralidade de perspectivas e visões de mundo o fator responsável pela vivacidade do seu conteúdo.

Discute-se na presente publicação temáticas tão diversas como: cognição sumária e redução do “módulo” da prova: uma comparação entre a estrutura cognitiva da tutela provisória de urgência e a da tutela definitiva em situações de inescclarecibilidade; regra-matriz de incidência de benefícios previdenciários; o conceito de raça e racismo: uma análise do enfrentamento do tema pelo supremo tribunal federal; competência territorial: capital x interior; a confusão entre admissibilidade e mérito nos recursos excepcionais; O Portal Business Intelligence na Justiça Federal da 5ª Região: Um Estudo Sobre Inovação e Eficiência na Gestão Administrativa.

Essa pluralidade de assuntos e visões de mundo, sem prejuízo da vivacidade já mencionada, é ao mesmo tempo fator de dificuldade e de enriquecimento para a Revista da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, pois apresenta e considera diversas formas de encarar a realidade em temas dos mais variados, exigindo, portanto, extrema acurácia na apuração dos interesses e dos conhecimentos compartilhados. E é assim que a Revista continuará a proceder.

Afinal, o conhecimento jurídico relevante pressupõe, como condição de possibilidade, o interesse, pois já superado o paradigma da razão hermética e, por isso mesmo, estéril. Jürgen Habermas costumava explicar o imbricamento entre o conhecimento e os seus interesses orientadores a partir da metáfora da pomba: *a pomba imaginaria voar com mais liberdade no vácuo, pois seria eliminada a*

resistência do ar. Entretanto, sem a resistência, sem o atrito, não haveria voo. Da mesma forma, sem a dialética dos saberes construídos a partir de interesses orientados, não haveria evolução do conhecimento.

Os leitores desta Edição serão conduzidos a enriquecer seus conhecimentos jurídicos e a refletir sobre suas atividades profissionais a partir de questionamentos inovadores e profícuos.

O Conselho Editorial agradece à Direção do Foro, aos Servidores e a todos os que colaboraram para a materialização desta Edição.

Boa leitura!

Felipe Mota Pimentel de Oliveira

Juiz Federal da 23ª Vara/PE, membro do Conselho Editorial

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO
DELITO DE DESCAMINHO: A QUESTÃO DA “REITERAÇÃO
DELITIVA” E O TEMA REPETITIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

***THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE TO
THE CRIME OF EMBEZZLEMENT: THE ISSUE OF “CRIMINAL
REPETITION” AND THE REPETITIVE THEME OF THE SUPERIOR
COURT OF JUSTICE***

Recebido: 05/04/2024

Aceito: 06/06/2024

Andréa Walmsley Soares Carneiro
Doutora E Mestra Em Ciência Criminais Pela
Universidade Federal De Pernambuco
Professora Do Programa De Pós-Graduação
Em Direito Da Faculdade Damas
Procuradora Da República

RESUMO: O presente artigo analisa o princípio da insignificância e sua aplicabilidade ao delito de descaminho. Examinam-se as características do delito de descaminho e do bem jurídico tutelado. É estudada a natureza jurídica do princípio da insignificância própria e sua função de causa supralegal de exclusão da tipicidade penal. Por fim, cuida-se do Tema Repetitivo 1218 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-Chave: Direito penal – Descaminho – Princípio da insignificância – Tema Repetitivo 1218 do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: *This article analyzes the principle of insignificance and its applicability to the crime of embezzlement. The characteristics of the crime of embezzlement and the protected legal interest are examined. The legal nature of the principle of insignificance and its function as a supra-legal cause of exclusion from criminal typicality are studied. Finally, the Repetitive Theme 1218 of the Superior Court of Justice is addressed.*

KEYWORDS: *Criminal Law – Embezzlement – Principle of Insignificance – Repetitive Theme 1218 of the Superior Court of Justice.*

INTRODUÇÃO

O artigo 334 do Código Penal, com redação conferida pela Lei n.º 13.008, de 26 de junho de 2014¹, com vigência na data de sua publicação oficial, prevê o delito de descaminho², em tipo distinto do contrabando³, previsto no artigo 334-A do Código Penal (Incluído pela mesma Lei nº 13.008/14).

1 Dá nova redação ao art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e acrescenta-lhe o art. 334-A.

2 Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

3 Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

É o descaminho, pela natureza do bem jurídico tutelado, um crime contra a ordem tributária⁴, previsto na parte especial do Código Penal, no rol dos crimes praticados por particular contra a administração em geral.

Assim, deve-se perquirir sobre a aplicação do princípio da insignificância à hipótese, notadamente quando presentes os vetores delineados pelo Supremo Tribunal Federal:

(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos

4 PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º DA LEI N. 12.850/13) . DESCAMINHO (ART. 334 DO CÓDIGO PENAL - CP). IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS (ART. 273, § 1º-B, I, DO CP). ABSOLVIÇÃO. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO PELO ADVENTO DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CP. CRIME ÚNICO. SÚMULA N. 7 DO STJ. FRAÇÃO DE 2/3. QUANTIDADE DE CONDUTAS. VIOLAÇÃO AO ART. 70 DO CP. CONCURSO FORMAL. SUBSTITUIÇÃO POR CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIE DISTINTAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O pedido absolutório formulado no recurso especial encontra-se desacompanhado de razões recursais com apontamento de artigo de lei federal violado, razão pela qual dele não se conhece, consoante Súmula n. 284 do STF.

2. A alegação de inépcia da denúncia está preclusa pelo advento da sentença condenatória. Precedentes desta Corte e do STF.

3. O pleito de afastar a exasperação da pena-base esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ, pois justificada pelas instâncias ordinárias com base na prova dos autos. A valoração negativa da culpabilidade decorreu da função central da recorrente nas práticas delitivas, enquanto a valoração negativa das circunstâncias do crime decorreu da grande quantidade de mercadorias internaliza das, aspectos não inerentes aos delitos.

4. O reconhecimento de crime único pleiteado pela recorrente esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ, pois as instâncias ordinárias, com base na prova dos autos, identificaram atuação em quatro organizações criminosas.

5. Consoante jurisprudência desta Corte, a fração de 2/3 na aplicação da continuidade delitiva é cabível se praticados 7 ou mais delitos, o que se verificou no caso tanto para as condutas tipificadas como descaminho, quanto para as condutas tipificadas como importação irregular de medicamentos.

6. Os delitos de descaminho e de importação irregular de produtos medicamentosos não são de mesma espécie, pois o primeiro tem como bem jurídico tutelado a ordem tributária, enquanto o segundo tem a saúde pública. Destarte, adequado o reconhecimento do concurso formal entre eles em detrimento da continuidade delitiva que pressupõe o cometimento de delitos de mesma espécie.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp n. 1.924.200/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.) (sublinhei).

próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.⁵

Após a análise inicial, trona-se indispensável formular os questionamentos que guiarão o desenvolvimento do presente trabalho: 1) qual é a natureza jurídica do princípio da insignificância? 2) o princípio da insignificância se aplica ao delito de descaminho? 3) diante de uma resposta positiva ao questionamento anterior, quais são as eventuais repercussões da reiteração de infrações administrativo-tributárias específicas na aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho?

Atinente ao método, optou-se pelo teleológico, na medida em que as conclusões são buscadas a partir de motivos e fins. Não são buscadas conclusões a partir de premissas ontológicas, mas de cariz normativo: o conteúdo do princípio da insignificância, no âmbito da dogmática do direito penal e em diálogo com a política criminal⁶, sua aplicação às hipóteses de crimes de descaminho

5 E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – TENTATIVA DE FURTO PRIVILEGIADO (CP, ART. 155, § 2º, C/C O ART. 14, II) – “RES FURTIVAE” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 30,00 (EQUIVALENTE A 4,42% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (HC 115246 Órgão julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 28/05/2013 Publicação: 26/06/2013).

6 AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. INSIGNIFICÂNCIA. CONCEITO INTEGRAL DE CRIME. PUNIBILIDADE CONCRETA. CONTEÚDO MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO. GRAU DE OFENSA. REITERAÇÃO DELITIVA. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

e as eventuais repercussões da reiteração de infrações administrativo-tributárias específicas na aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho.

No contexto desta abordagem teleológica, acha-se a importância do princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade material da conduta analisada, em sua vertente de bagatela própria, a relevância de sua aplicabilidade a situações específicas do delito de descaminho e a busca de uma racionalidade decisória calcada na escorreita leitura da dogmática penal e da política criminal⁷.

1. Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

2. As hipóteses de aplicação do princípio da insignificância se revelam com mais clareza no exame da punibilidade concreta - possibilidade jurídica de incidência de uma pena -, que atribui conteúdo material e sentido social ao um conceito integral de delito como fato típico, ilícito, culpável e punível, em contraste com estrutura tripartite (formal).

3. Por se tratar de categorias de conteúdo absoluto, a tipicidade e a ilicitude não comportam dimensionamento do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado - compreendido a partir da apreciação dos contornos fáticos e dos condicionamentos sociais em que se inserem o agente e a vítima.

4. O diálogo entre a política criminal e a dogmática na jurisprudência sobre a bagatela é também informado pelos elementos subjacentes ao crime, que se compõem do valor dos bens subtraídos e do comportamento social do acusado nos últimos anos.

5. A reiteração em desfalques patrimoniais é elemento histórico objetivo que deve instruir o espectro valorativo que permitirá ao julgador reconhecer, se for o caso, a relevância penal da conduta.

6. Na espécie, o réu foi acusado de haver subtraído do estabelecimento vítima roupas e maquiagem, avaliadas em R\$ 300,00, cerca de 31,44% do salário mínimo vigente na época dos fatos.

7. O valor dos bens furtados e a reincidência do agente recomendam o afastamento da bagatela e, consequentemente, o restabelecimento da sentença condenatória.

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.969.115/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022.)

7 Assevera Günther Jakobs: *Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho Penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una ultima ratio. La decisión acerca de si se trata de in proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es claramente política, per no jurídico-penal. Ciertamente, la Ciencia del Derecho penal puede evidenciar que és lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial.*

JAKOBS, Günther. Moderna dogmática penal. Estudios compilados. 2. ed. Cidade do México: Editora Porrúa, 2006, p. 17.

1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUA NATUREZA JURÍDICA

O princípio da insignificância tem ocupado o palco de intensas discussões doutrinárias não só no Brasil, mas também na Alemanha, onde se iniciaram os estudos do tema sob a incumbência de Claus Roxin⁸.

A questão da compreensão do sentido e alcance do princípio da insignificância parte necessariamente da definição do papel do bem jurídico nas funções do direito penal no contexto atual⁹.

Como adverte Ângelo Ilha da Silva, com relação aos entendimentos prevaletentes na doutrina, no que tange às funções do direito penal, este “tem por principal incumbência a proteção subsidiária de bens jurídicos, ainda que haja acesa controvérsia acerca da definição de bem jurídico, bem como em torno de sua fundamentação”¹⁰.

8 A expressão “princípio da insignificância” foi elaborada a partir da tradução de uma palavra utilizada por Roxin (Geringfügigkeitsprinzip) para aludir a fatos de pouca relevância e, por isso, sem transcendência social suficiente para justificar a configuração de uma hipótese de intervenção penal. Essa expressão foi originalmente usada em uma proposta de critérios, formulada para a análise das características da conduta típica de uma modalidade delitiva específica, consistente do constrangimento ilegal. CRUZ, Rogério Schietti *et* EISELE, Andreas. Insignificância Penal: Os Crimes de Bagatela na Dogmática de na Jurisprudência. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, pp. 60/61.

9 A respeito: RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. FURTO. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E INTEGRAL DOS BENS SUBTRAÍDOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS VETORES FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONSOLIDADO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. REITERAÇÃO DELITIVA EM CRIMES PATRIMONIAIS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de exigir o preenchimento simultâneo de quatro condições para que se afaste a tipicidade material da conduta. São elas: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Saliente-se que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

2. No caso, as peculiaridades do caso concreto - o réu apresenta condições subjetivas desfavoráveis, havendo, em seu desfavor, outras 3 ações pelo mesmo delito -, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento, não se podendo qualificá-lo como de reduzida ofensividade e periculosidade, considerando que ficou demonstrada pela instância antecedente a contumácia do réu em crimes patrimoniais, o que é suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância...

3. Recurso especial desprovido, com a fixação da seguinte tese: a restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância.

(REsp n. 2.062.095/AL, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 25/10/2023, DJe de 30/10/2023.) (sublinhei).

10 SILVA, Ângelo Roberto Ilha de. Instituições de Direito Penal. Parte Geral. 3. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 65.

De fato, a despeito da existência de correntes doutrinárias de diferentes ordens, centradas nas definições das funções modernas do direito penal, inclusive as que cultuam sua abolição completa, prevalece o entendimento de que a função e a legitimidade do direito penal estão diretamente atreladas à estratégia de cautela de interesses socialmente considerados como valiosos e que não são suficientemente resguardados por outros ramos do direito, ainda que se faça necessária uma superposição de esferas de responsabilidades jurídicas.

Como leciona Ana Elisa Liberatore Silva Bechara sobre os limites do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal:

O problema central não reside na interrogação acerca da existência de um bem jurídico legítimo na base da incriminação, senão na forma como é proposta a tutela desse interesse. Nesse contexto, atribuir ao bem jurídico um papel meramente referencial na elaboração de tipos penais equivaleria a negar-lhe o potencial crítico do exame da legitimidade da proibição penal, admitindo-se a possibilidade de que qualquer forma de tutela, ainda que excessivamente antecipada. O reconhecimento dessa crítica não deve levar, porém, à objeção da própria teoria do bem jurídico. Ao contrário, o argumento evidencia a necessidade de se acrescentar novos critérios valorativos, a partir dos quais se possa avaliar a fundamentação de uma proibição penal, tendo em conta um enfoque teleológico, isto é, denominada relação de ofensividade do comportamento incriminado com o bem jurídico tutelado¹¹.

Advirta-se que, aqui se está a lançar luzes sobre a insignificância própria ou bagatela própria e não da insignificância imprópria ou bagatela imprópria¹².

11 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico-Penal. São Paulo: Quartier LAtin, 2014, pp. 365/366.

12 PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. VALOR NÃO IRRISÓRIO. PRESENÇA DE QUALIFICADORA. RÉU FORAGIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O princípio da insignificância imprópria tem aplicação quando a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária. Está estreitamente ligado ao princípio da desnecessidade da pena. Com efeito, possibilita ao Julgador que, mesmo diante de um fato típico, após a análise das circunstâncias do fato, bem como das condições pessoais do agente, deixe de aplicar a pena ao constatar a desnecessidade da sanção penal.

2. No caso, não se aplica o princípio da insignificância imprópria, pois o valor dos bens furtados é superior ao salário mínimo vigente ao tempo do fato. Ademais, o crime é qualificado e não é possível concluir pela ressociação do agravante, pois este permaneceu foragido por aproximadamente 17 anos, o que afasta a conclusão pela desnecessidade da ação penal.

Com isso, a análise da questão se situa na tipicidade, especialmente na tipicidade material, no que concerne à intensidade de vulneração ao bem jurídico do bem jurídico protegido pela normal penal.

Lecionam Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Thales Messias dos Santos:

Independentemente do detalhamento técnico, forma-se consenso de que a adequação do fato à letra da lei é necessária para a tipificação, obediente às funções do princípio da legalidade penal, mas não pode ser suficiente a permitir a conclusão da proibição a priori que o juízo de tipicidade penal expressaria. É preciso ir além, valorando os resultados decorrentes da ação praticada em relação ao bem jurídico que se pretende proteger. Se temos como premissa, o que é quase unânime na atualidade, que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos, deve existir efetiva análise do grau de afetação destes pelas condutas formalmente típicas, fugindo de uma aplicação automatizada de encaixe literal. Nessa leitura, que em muito transcende a proposta inicial de Roxin, não há razão para a exclusão dos crimes patrimoniais¹³.

Irrelevante a lesão ao bem jurídico tutelado, considera-se a aplicação da insignificância, uma vez que a mera tipicidade formal, qual seja, a adequação da conduta analisada ao tipo jurídico não possui a aptidão de desencadear a resposta penal pertinente prevista do tipo.

Ademais, por se tratar de circunstância não expressamente prevista em lei como excludente do juízo de tipicidade e, a despeito da existência de opiniões divergentes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tem aceita tratar a insignificância como causa extralegal de exclusão da tipicidade da conduta posta em análise¹⁴.

3. Devidamente fundamentada a inaplicabilidade do princípio da insignificância imprópria, a alteração do julgado, tal como pleiteado pela Defesa, demandaria necessariamente nova análise dos elementos fáticos e probatórios dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.309.733/SE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023.)

13 MESSIAS dos Santos, T., & Octaviano Diniz Junqueira, G. (2023). O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SOB PERSPECTIVA REDUTORA. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 8(14). Recuperado de <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/217>, p. 79.

14 Por todas, vejamos-se:

2. O TEMA REPETITIVO 1218 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao Tema Repetitivo 1218, foi firmada a seguinte tese:

A reiteração da conduta delitiva obsta a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho - independentemente do valor do tributo não recolhido -, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se concluir que a medida é socialmente recomendável. A contumácia pode ser aferida a partir de procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, sendo inaplicável o prazo previsto no art. 64, I, do CP, incumbindo ao julgador avaliar o lapso temporal transcorrido desde o último evento delituoso à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Em primeiro lugar, reconhece-se a possibilidade, em tese, de aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, alinhando-se a precedentes

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RÉU EM CUMPRIMENTO DE PENA POR ROUBO. APREENSÃO DE MUNIÇÃO. PERICULOSIDADE DA AÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, para o reconhecimento da atipicidade material, ante a aplicação do princípio da insignificância, devem concorrer os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Em crimes de porte ou posse de munição, passou-se a admitir a incidência da causa supralegal de exclusão da tipicidade “em situações específicas, quando a ínfima quantidade de projéteis, a ausência do artefato capaz de dispará-los e os demais elementos acidentais da conduta evidenciarem a inexistência total de probabilidade de perigo à paz social” (AgRg no HC n. 731.047/SP, Rel Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 16/5/2022).

3. A posse de munição por agente reincidente, condena do pelo crime de roubo, apreendida durante a execução penal e em virtude de mandado de prisão, é conduta que, em si mesma, coloca em perigo relevante a segurança pública, formal e materialmente típica.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.240.985/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. HIPÓTESE DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL ANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. O PORTE ECONÔMICO DA VÍTIMA EM COMPARAÇÃO AO VALOR DA RES FURTIVA NÃO PODE SER CONSIDERADO PARA AFERIR A INCIDÊNCIA DA CAUSA SUPRALEGAL DE ATIPICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR O NÍVEL DE REPROVABILIDADE ASSENTADO PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES, SOBRETUDO SE CONSIDERADO QUE O CRIME DE FURTO FOI PRATICADO MEDIANTE CONCURSO DE AGENTES E O VALOR DOS PRODUTOS SUBTRAÍDOS É EQUIVALENTE A 56% DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(RHC 203051 AgR Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 30/08/2021 Publicação: 20/09/2021).

anteriores do mesmo Tribunal Superior, ainda que se trate de crime praticado por particular contra a administração em geral e que o mesmo STJ adota verbete de Súmula 599 em sentido aparentemente conflitante (“O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”).

Andaram bem os ministros no acolhimento da bagatela porque, conforme já exposto, embora inserido no rol dos crimes praticados por particular contra a administração em geral, tem-se que o descaminho é, por essência, delito contra a ordem tributária, sendo, portanto, viável a insignificância própria, a depender do *quantum* do tributo reduzido ou suprimido.

Eisele e Schietti advertem:

Entretanto, é fundamental assinalar a peculiaridade do crime de descaminho – que se concretiza com o ingresso, no território nacional, de mercadorias sem o pagamento do respectivo imposto – em relação ao qual, diversamente dos crimes tributários em geral, não se faz necessário aguardar o procedimento fiscal de apuração do montante que deixou de ser recolhido – até porque as mercadorias apreendidas já sinalizam a materialidade delitiva -, embora possa tal atividade ser útil a orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada¹⁵.

Ocorre que o entendimento adotado no repetitivo não está imune a críticas, sobretudo por aparentemente sobrepor as esferas da tipicidade e da culpabilidade, as quais, embora integrantes do conceito analítico de crime, não se confundem nem se interpenetram.

Como já consignado, o princípio da insignificância incide sobre a tipicidade material da conduta, o primeiro dos elementos estratificados do delito. No entanto, as questões referentes à “reiteração” delitiva, tocam a culpabilidade, juízo de reprovação que se faz sobre o autor da conduta em relação à própria conduta¹⁶.

15 CRUZ, Rogério Schietti *et* EISELE, Andreas. Insignificância Penal: Os Crimes de Bagatela na Dogmática de na Jurisprudência. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, pp. 60/61.

16 Nas palavras de Cláudio Brandão: “A culpabilidade é um juízo de reprovação que se faz sobre uma pessoa, censurando-a em face do Ordenamento Jurídico-Penal. A culpabilidade, por conseguinte, tem como objeto a realização de um juízo negativo sobre o homem”. BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Coleção: Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2019, p. 215.

É certo que, o entendimento não veda a aplicação da insignificância na hipótese de reiteração, desde que seja socialmente recomendável, mas toma a reiteração em sentido excessivamente abrangente, ao vinculá-la a procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, o que, inclusive, contraria o entendimento sobre maus antecedentes esposado pelo mesmo Tribunal Superior (Súmula 444 – “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”). Ademais, não se considera na análise dos eventos o período depurador da reincidência, previsto expressamente no art. 64, inciso I do Código Penal¹⁷.

Em realidade, em termos dogmáticos, a questão é ainda mais tormentosa porque se está a tratar de reiteração de condutas que, isoladamente, seriam atípicas e, portanto, não ensejariam reprovação penal nem fomentariam reiteração, habitualidade ou reincidência.

Uma interpretação da questão sob um aspecto mais objetivo, com as devidas vênias ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, seria analisar a insignificância do descaminho sob o prisma dos valores estabelecidos na própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Tema Repetitivo 157¹⁸), qual seja,

17 Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

18 RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO.

1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia - SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada.

R\$ 20.000 (vinte mil reais), admitindo-se a pluralidade de eventos, com o recorte temporal de cinco anos previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal).

CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, pode-se concluir, primeiramente que o crime de descaminho é, a despeito da sua localização topográfica, um crime contra a ordem tributária, tendo em vista a natureza do bem jurídico protegido, qual seja, a ordem tributária, de natureza transindividual.

Ademais, para fins de aplicação do princípio da insignificância própria, ou bagatela própria, deve-se considerá-lo com a natureza jurídica de causa extralegal de exclusão da tipicidade material, consoante acolhido pela jurisprudência dominante, em razão da pequena intensidade de lesão ao interesse social tutelado.

Na hipótese do delito de descaminho, o Tema Repetitivo 1218 veda, em regra, a aplicação da insignificância ao descaminho nas hipóteses de reiteração delitiva, a despeito do pequeno valor do tributo sonegado, salvo as situações em que a providência é socialmente recomendável, dando-se repercussão aos procedimentos penais e fiscais pendentes de definitividade, mas sem o recorte para análise temporal estabelecido no art. 64, I, do Código Penal.

Uma leitura do contexto autorizaria uma interpretação mais progressiva, com aceitação da insignificância nas hipóteses de pluralidade de condutas fiscais, submetido o somatório ao limite de R\$ 20.000 (vinte mil reais), no período depurador de cinco anos, consoante aplicação analógica do art. 64, inciso I, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.924.200/PR**. Relator: Ministro J Joel Ilan Paciornik. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, 29 de março de 2022. Publicação no DJe em 4/4/2022.

(REsp n. 1.709.029/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018.)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.969.115/SP**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, 22 de março de 2022. Publicação no DJe em 28/03/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.309.733/SE**. Relatora: Ministro Ribeiro Dantas. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, 9 de maio de 2023. Publicação no DJe em 12/5/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.240.985/MT**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, 9 de maio de 2023. Publicação no DJe em 15/5/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2.062.095/AL**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão julgador: Terceira Seção. Brasília, 25 de outubro de 2023. Publicação no DJe em 30/10/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 203051 AgR**. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, 30 de agosto de 2021. Publicação no DJe em 20/09/2021.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Coleção: Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CRUZ, Rogério Schietti *et* EISELE, Andreas. **Insignificância Penal: Os Crimes de Bagatela na Dogmática de na Jurisprudência**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

JAKOBS, Günther. **Moderna dogmática penal. Estudios compilados**. 2. ed. Cidade do México: Editora Purrúa, 2006.

MESSIAS dos Santos, T., & Octaviano Diniz Junqueira, G. (2023). O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SOB PERSPECTIVA REDUTORA. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 8(14). Recuperado de <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/217>.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha de. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. 3. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS SOB A PERSPECTIVA DA COMPLEXIDADE

PERSON RECOGNITION FROM THE PERSPECTIVE OF COMPLEXITY

Recebido: 05/04/2024

Aceito: 06/06/2024

Taís Schilling Ferraz

Doutora em Ciências Criminais (PUCRS)

Mestre em Direito (PUCRS)

Professora do Mestrado em Direito e Poder Judiciário da Enfam

Desembargadora Federal do TRF4

Arthur Napoleão Teixeira Filho

Mestre em Psicologia (Univasf)

Mestrando em Direito e Poder Judiciário pela Enfam

Juiz Federal do TRF5

RESUMO: O reconhecimento de pessoas é uma das principais causas da invalidação de condenações criminais. O objetivo deste artigo é avaliar os possíveis motivos da aposta insistente nesse meio de prova como estratégia de responsabilização penal, a despeito da sua baixa qualidade epistemológica, atestada nos achados das Neurociências, da Psicologia Cognitiva e da Psicologia do Testemunho. Investiga-se a hipótese de que a excessiva confiança em tal meio de prova seja motivada pela influência e prevalência do pensamento linear entre os atores do Sistema de Justiça Criminal, a gerar a percepção equivocada de que se trata de prova suficiente à condenação. A pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial, adota abordagem interdisciplinar e faz uso de elementos da complexidade e do pensamento sistêmico para a avaliação da hipótese.

Palavras-chave: Sistema de Justiça Criminal - Reconhecimento de Pessoas. – Neurociências - Pensamento Sistêmico - Complexidade.

ABSTRACT: *Person recognition is one of the main causes of invalidating criminal convictions. The objective of this article is to evaluate the possible reasons for the insistent focus on this means of proof as a strategy for criminal liability, despite its low epistemological quality, attested to in the findings of Neuroscience, Cognitive Psychology and the Psychology of Testimony. The hypothesis in investigation is that excessive confidence in such evidence is motivated by the influence and prevalence of linear thinking among actors in the Criminal Justice System, generating the mistaken perception that it is sufficient evidence for conviction. The research is bibliographic and jurisprudential, adopts an interdisciplinary approach and makes use of elements of complexity and systemic thinking to evaluate the hypothesis.*

Keywords: *Criminal Justice System - Person Recognition. – Neurosciences - Systemic Thinking - Complexity.*

INTRODUÇÃO

Em seu Planejamento Estratégico para o período de 2021-2026, o Poder Judiciário definiu como missão “Realizar a Justiça” (CNJ, 2020). Essa missão se desdobra em alguns macrodesafios, entre os quais estão a garantia dos direitos fundamentais e o aperfeiçoamento da gestão da Justiça Criminal. É nesse contexto que reside a preocupação com a mitigação de possíveis erros judiciários. Como toda ação humana, o ato de julgar é suscetível aos mais variados equívocos, cabendo aos *players* do Sistema de Justiça, além da adoção de estratégias de correção, uma atuação preventiva e proativa.

O *Innocence Project*, iniciativa voltada, no mundo e no Brasil, a provocar o debate sobre as causas do erro judiciário e a propor soluções para prevenir sua ocorrência, elenca alguns fatores que contribuem para condenações penais injustas, estas entendidas como as situações em que uma pessoa factualmente inocente é condenada por um crime que não cometeu. Dentre tais fatores estão a identificação incorreta por uma testemunha ocular, a aplicação inadequada da ciência forense, as falsas confissões, os informantes não confiáveis, a defesa inadequada e a má conduta oficial (*Innocence Project*, 2024).

Este trabalho se concentrará no primeiro desses fatores: a identificação incorreta de um suspeito por uma testemunha ocular. Para tal finalidade, adota-se a definição de Mirabete para reconhecimento de pessoas ou coisas. Segundo o autor, trata-se do meio de prova do Processo Penal “pelo qual alguém verifica e confirma a identidade da pessoa ou da coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu, que conhece, em ato processual praticado diante da autoridade policial ou judiciária, de acordo com a forma especial prevista em lei” (Mirabete, 2004, p. 307). O foco deste estudo estará na hipótese em que uma vítima ou uma testemunha é chamada para reconhecer a pessoa a quem se poderá imputar a prática de um crime.

Considerando que o reconhecimento de pessoas se enquadra dentre as chamadas provas dependentes da memória, está sujeito à falibilidade própria das lembranças humanas. Esquecimento, falsas memórias, características pessoais do reconhecedor, vieses, sugestibilidade, emoções, são alguns dos elementos capazes de interferir na qualidade do ato.

Este artigo tem por objetivo avaliar, sob as lentes da complexidade e do pensamento sistêmico, os motivos pelos quais ainda se aposta no reconhecimento de pessoas como estratégia suficiente para a condenação penal em determinados tipos de delito, a despeito das limitações desse meio de prova no Processo Penal, traduzidas na reversão considerável de condenações e prisões que se revelam injustas.

Investiga-se a hipótese de que uma das causas decorra da excessiva confiança, ainda atribuída pelos atores do Sistema de Justiça, a essa prova, o que seria motivado pelo pensamento linear e cartesiano, supostamente racional, que tende a ser adotado na interpretação dos fenômenos humanos, não obstante a gama de conhecimentos já desenvolvidos pelas Neurociências, pela Psicologia Cognitiva e pela Psicologia do Testemunho, que demonstram que a memória é um recurso muito mais complexo do que usualmente se imagina.

A pesquisa é bibliográfica, jurisprudencial, faz uso de dados extraídos de estudos e bancos de informações e adota pressupostos do pensamento sistêmico e da complexidade para a avaliação da hipótese.

Inicia-se com a problematização do tema explorando-se alguns dados sobre a reversão de decisões condenatórias e prisões cautelares baseadas no uso do reconhecimento de pessoas como meio de prova. Na sequência, revisam-se alguns fatores que influenciam a memória humana e comprometem sua fidedignidade, segundo os estudos da Neurociências, da Psicologia Cognitiva e da Psicologia do Testemunho. Apresenta-se o procedimento a ser adotado para a utilização da técnica de reconhecimento e sua interpretação na jurisprudência dos tribunais superiores. O estudo se dedica, então, à exploração da hipótese de trabalho, momento em que os elementos dos itens anteriores serão confrontados com a tendência ao uso do pensamento linear, decorrente do paradigma cartesiano e mecanicista, ainda predominantemente no campo do Direito.

O propósito deste trabalho é contribuir para o desenvolvimento de modelos de investigação e persecução penal menos suscetíveis a equívocos de interpretação, em que os operadores do Sistema de Justiça Criminal estejam mais atentos aos riscos que decorrem de se apostar em soluções lineares de causa e efeito diante da complexidade do comportamento humano.

1. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E OS RISCOS DAS CONDENAÇÕES E PRISÕES CAUTELARES INJUSTAS

Dados do *Innocence Project* apontam que uma das principais causas de condenações equivocadas nos Estados Unidos é erro de identificação: em 367 casos nos quais um imputado veio a ser inocentado após a realização de teste de DNA, 252 casos se referiam àquele tipo de erro (69%) (*Innocence Staff*, 2020). Os dados do *The National Registry of Exonerations*, até 2016, indicam que, dos 1.886 casos em que houve a absolvição do imputado, 572 casos decorreram de erro de identificação (30%) (Jackson; Gross, 2016).

No Brasil, ainda não há um estudo abrangente acerca do tema. Contudo, dados coletados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apontam que dentre os casos de erro no reconhecimento de pessoas, que já foram identificados, em mais de 80% das vezes, os apontados eram negros, sendo que os inocentes que foram acusados permaneceram cerca de 9 meses presos injustamente (CNJ, 2023).

Em pesquisa realizada por Wells (1978), envolvendo a efetividade da prova testemunhal, foram sugeridas duas variáveis a serem consideradas: Variáveis de Estimação (*Estimator Variables*) e Variáveis de Sistema (*System Variables*). Variáveis de Estimação são as que não podem ser controladas, “são fatores que podem afetar a qualidade da prova testemunhal e que estão fora do controle do Sistema de Justiça” (Marmelstein, 2022, p. 23). São exemplos dessas variáveis as condições pessoais da testemunha (vivências, emoções, vieses, entre outros) e as circunstâncias do evento (como luminosidade, ângulo de visada, distância). Por outro lado, as Variáveis de Sistema são os fatores que influenciam na qualidade da prova testemunhal e que estão ao alcance do Sistema de Justiça, como a técnica utilizada para a coleta da prova testemunhal e o procedimento a ser seguido no reconhecimento de pessoas.

Reconhecendo que determinados vieses e circunstâncias pessoais, ainda que presentes nas provas que dependem da memória, não estão sob seu alcance, cabe ao investigador, ao órgão do Ministério Público e ao juiz a tomada de tais elementos de convicção com a máxima cautela, cotejando-os com o restante do acervo probatório. Em paralelo, todo o Sistema de Justiça e segurança pública

deve estar atento e no controle das Variáveis de Sistema, empreendendo o máximo de esforço e melhorias na produção da prova, na tentativa de reduzir, tanto quanto possível, o número de condenações injustas derivadas de falho reconhecimento da pessoa do imputado (*Innocence Staff*, 2020).

2. ALGUMAS VARIÁVEIS DE ESTIMAÇÃO: O FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA

Com arrimo na Psicologia Cognitiva, há que se fazer uma distinção entre o depoimento de uma testemunha e o reconhecimento por ela feito, porque dentre as tarefas desempenhadas pela memória existem as de recordação e de reconhecimento (Sternberg, 2015, p. 154/155). Na tarefa de recordação, a pessoa resgata da memória um fato, uma palavra ou um outro item e o apresenta; na tarefa de reconhecimento ocorre a seleção ou identificação de um item previamente armazenado na memória e a comparação com informações que são apresentadas à pessoa. O depoimento de uma testemunha pressupõe uma tarefa de recordação; a identificação do suspeito pela vítima ou testemunha caracteriza tarefa de reconhecimento.

Em qualquer dos casos, porém, a capacidade de resgatar, de forma adequada, informações registradas nas estruturas cognitivas, sujeita-se ao influxo de diversas variáveis que não estão sob o controle das autoridades. Sem a pretensão de aprofundar demasiadamente este tema, nem de tratar de todas essas possíveis variáveis, examinam-se, a seguir, algumas delas.

Há uma tendência em associar a memória humana a um arquivo de filme, como se o cérebro gravasse “um registro preciso e completo de eventos” (Mlodinov, 2013, p. 71). Se a pessoa não consegue lembrar, é porque não está conseguindo encontrar o arquivo ou porque ele foi *corrompido*. No entanto, “a memória humana não é como uma máquina fotográfica, filmadora ou gravador; ela não registra a realidade tal como é percebida pelos sentidos, havendo um complexo processo de codificação e registro” (Damasceno; Takeuchi, 2023a, p. 150).

As pessoas conseguem lembrar-se dos aspectos mais gerais dos eventos, porém, quando solicitados mais detalhes, mesmo aquelas bem-intencionadas,

sem querer e no esforço de serem precisas em seus relatos, acabam preenchendo as lacunas com informações inventadas, acreditando nas lembranças que criam (Mlodinov, 2013). Este fenômeno, segundo Münsterberg, acabam preenchendo as lacunas com informações inventadas, acreditando nas lembranças que criam, o que resulta que a mente usa técnicas para preencher as inevitáveis lacunas, as quais incluem confiar nas expectativas, nos sistemas de valores e conhecimentos prévios (Münsterberg, *apud* Mlodinov, 2013). Para Marmelstein, (2022, p. 31) “o cérebro costuma desenvolver estratégias cognitivas para captar as informações relevantes com o mínimo gasto energético”, sendo uma delas o foco nos estímulos mais importantes.

A atenção seletiva compromete o desempenho cognitivo (Marmelstein, 2022). Lembrar a essência, preencher os detalhes e acreditar no resultado. Eis a fórmula para que ocorram enganos.

A essa fórmula, somam-se preconceitos, estereótipos e vieses.

Há diversos atalhos heurísticos que podem comprometer a qualidade da prova baseada na memória, algumas anteriores ao evento sobre o qual se pretende resgatar informações, outras concomitantes e outras após o evento (Marmelstein, 2022).

Existe uma tendência do ser humano de “analisar os eventos a partir de filtros enviesados, derivados de preferências, desejos e crenças pessoais, mesmo quando ele se esforça para ser objetivo” (Marmelstein, 2022, p. 53). Daí decorre, por exemplo, a propensão para a seleção de fatos e evidências que confirmam alguma expectativa anterior, originada das vivências prévias da pessoa e das suas expectativas em relação ao evento e ao ambiente. Percebe-se, através dos sentidos, aquilo que se quer perceber. É o caso da testemunha que fez o reconhecimento do suposto autor do crime por meio de uma fotografia e que tenderá a confirmar seu julgamento em juízo, ainda que tenha sido confrontada com evidências de que outra pessoa praticou o crime. O viés de confirmação é poderoso, pode distorcer a realidade e, no campo do Direito, pode levar a muitos erros, por qualquer dos atores, incluindo testemunhas e juízes. O viés de confirmação pode ocorrer de diferentes formas (Oliveira, 2021): as memórias que se adequem à hipótese são melhor lembradas do que as que dela se distanciam; as informações que colabo-

ram com a hipótese são mais valorizadas, negligenciando-se as explicações alternativas; as informações que possam refutar a hipótese são evitadas.

Para Toscano Jr. (2023, p. 205), “uma explicação para o viés de confirmação é a de que as pessoas são motivadas a proteger sua autoestima e sua autoimagem diante de informações indesejáveis ou que as ameacem, como no caso de um erro”.

Entre as variáveis, há, também, o efeito *priming*, processo segundo o qual a exposição a um estímulo tende a influenciar a resposta ou reação ao estímulo subsequente (Marmelstein, 2022). É possível que o estímulo inicial seja gatilho para uma memória implícita que, ativada, influenciará na interpretação do estímulo seguinte.

Há, também, o efeito Foco na Arma, que, segundo Baddley *et al* (2011, p. 346), produz tamanha atenção naquele que testemunha ou vivencia um evento, que a pessoa terá depois “dificuldade para recordar detalhes sobre o agressor e sobre o ambiente”.

Os progressos das pesquisas translacionais no âmbito das neurociências, que exploram, segundo Silva e Dias (2022, p. 39), “a relação entre o cérebro, a mente, as emoções, as influências sociais, as características ambientais e o comportamento humano”, conduzem à necessidade de novas abordagens, especialmente no campo criminal. Segundo o mesmo autor, graças às evoluções obtidas nas pesquisas sobre plasticidade cerebral, é possível saber o quanto o cérebro “pode se amoldar em resposta a novos estímulos e às mudanças no ambiente” (Silva; Dias, 2022, p. 39). É também possível compreender os mecanismos de formação, modificação e extinção da memória e seus reflexos sobre validade da prova testemunhal, bem como constatar que diferentes tipos de emoções, como nojo, raiva, medo ou pânico modulam o comportamento humano nas interações (Silva; Dias, 2022).

Um amplo espectro de situações, portanto, produzem estados alterados de consciência e distorções na percepção auditiva e visual (Silva; Dias, 2022), com evidentes impactos sobre o conteúdo epistêmico das provas baseadas na memória.

3. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E AS VARIÁVEIS DE SISTEMA

O reconhecimento de pessoas é meio de prova, classificado como dependente da memória, pelo qual a vítima ou testemunha é chamada, na fase pré-processual ou processual, para fazer a identificação do imputado (Nucci, 2021).

Atualmente, o procedimento do reconhecimento de pessoas está regulado pelos arts. 226 e seguintes do Código de Processo Penal e pela Resolução CNJ 484/2022, sendo cabível apenas quando houver dúvida acerca da identidade física do imputado.¹

Antes do ato propriamente dito, a pessoa que fará o reconhecimento será orientada a descrever a pessoa a ser reconhecida. Essa descrição deverá ser a mais pormenorizada possível, a fim de que, após a segunda fase, seja possível avaliar a verossimilhança do ato de reconhecimento, comparando-se a prévia descrição feita pelo reconhecedor com a pessoa reconhecida como a imputada. Ou seja: acaso descrita uma pessoa alta, branca, magra, cabelos escuros, cicatriz no rosto e orelhas grandes, a pessoa a ser reconhecida deve se assemelhar fisicamente com tal descrição.

Na segunda fase, após a descrição do imputado, a pessoa cujo reconhecimento se pretende avaliar, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tenham alguma semelhança, convidando-se a quem tiver que fazer o reconhecimento a apontá-la. Perceba-se a necessidade da formação de uma linha com pessoas assemelhadas fisicamente ao imputado, método denominado *line-up*, que é mais confiável do que o *show-up*, quando é apresentado apenas um suspeito (Matida; Cecconello, 2021).

A Resolução 484/2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2022a) estabelece algumas outras fases: o fornecimento de instruções à vítima ou testemunha sobre a natureza do procedimento a ser realizado e a informação sobre a possibilidade de que o imputado não esteja no alinhamento a ser visto. Ainda, deverá ser registrado o grau de convencimento da vítima ou da testemunha, em suas próprias palavras; são as palavras do reconhecedor que deverão expressar o percentual de certeza da sua acurácia.

1 STJ, AgRg no AgRg no HC 721.963, Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 13/6/2022.

Para fins de aferição da legalidade e garantia do direito de defesa, o procedimento será integralmente gravado, desde a entrevista prévia até a declaração do grau de convencimento da vítima ou testemunha, com a disponibilização do respectivo vídeo às partes, caso solicitado (art. 5º, § 1º, da Resolução CNJ 484/2022).

Findo o ato de reconhecimento, será lavrado um auto pormenorizado, a ser subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada a reconhecer e por duas testemunhas presenciais.

Perceba-se que a original previsão trazida no Código de Processo Penal foi objeto de reinterpretação, resultando na Resolução CNJ 484/2022, editada após a mudança da orientação do STJ quanto à obrigatoriedade da observância do procedimento legalmente previsto para o reconhecimento de pessoas. Esse verdadeiro *ponto de mutação* será agora objeto de análise.

3.1 A GUINADA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O HC 598.886

A jurisprudência dos tribunais pátrios, do mesmo modo que a do Superior Tribunal de Justiça - STJ, entendia que o procedimento do art. 226 e seguintes do Código de Processo Penal era uma “mera recomendação do legislador”, cuja inobservância acarretaria nulidade relativa, demandando, para a invalidade do ato, a demonstração do prejuízo à defesa. Confirma-se² o entendimento que fora sacramentado na jurisprudência tradicional do STJ:

[...] I - A alegada inobservância do preceituado no art. 226, do Código Processual Penal, quando do reconhecimento do paciente, configura nulidade relativa que, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, deve ser arguida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de convalidação (Precedentes). [...].

2 STJ, HC 127.000, Relator(a) Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 31/08/2009. No mesmo sentido: STJ, HC 103.239, Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maria Filho, Quinta Turma, DJe 04/08/2008; STJ, HC 43.989, Relator(a) Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 19/12/2005; AgRg no AREsp 594334, Relator(a) Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 01/09/2015.

Essa compreensão da matéria subsistiu até o julgamento do HC 598.886,³ em 27 de outubro de 2020, oportunidade na qual passou o STJ a decidir que a inobservância do rito legal para o reconhecimento de pessoas ensejaria nulidade absoluta, prescindindo-se da demonstração de efetivo prejuízo ao imputado. O STJ foi além, ao firmar premissas essenciais a serem consideradas quando da produção daquela prova:

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

Colhe-se da fundamentação do voto do Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, um substrato profundo teórico proveniente de áreas como as Neurociências, a Psicologia Cognitiva e a Psicologia do Testemunho. A matéria foi examinada sob diversos ângulos, além do jurídico: aliás, caso a apreciação do tema tivesse ocorrido apenas sob as lentes do Direito, dificilmente a jurisprudência teria sido alterada. Pode-se dizer que houve uma guinada em direção à complexidade. Reconheceu-se que a memória é condicionada a fatores que não podem ser simples-

3 STJ, HC 598.886, Relator(a) Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020.

mente neutralizados, que se inter-relacionam, nas estruturas cognitivas do sujeito, o que pode resultar em sérios prejuízos à fidedignidade da prova.

Trata-se de uma mudança paradigmática. Muito além da importação de saberes de outras áreas do conhecimento, a decisão conectou as várias dimensões, diante de uma situação concreta, representativa de muitas outras, que se reproduzem no dia a dia da Justiça criminal. A propósito, adverte Meadows (2022, p. 272):

Ver os sistemas como um todo requer mais do que ser ‘interdisciplinar’, caso essa palavra signifique, como em geral significa, reunir pessoas de diferentes disciplinas que falam sem ouvir umas às outras. A comunicação interdisciplinar só funciona quando há um problema real a ser resolvido e se os representantes das várias disciplinas estiverem mais comprometidos em resolver o problema do que em ser academicamente corretos. Eles terão que entrar no modo de aprendizagem. Terão que admitir a própria ignorância e se mostrar dispostos a aprender uns com os outros e com o sistema.

Isso pode ser feito. E é muito emocionante quando acontece.

3.2 A DIFÍCIL INCORPORAÇÃO DA DECISÃO DO STJ À ROTINA DAS INVESTIGAÇÕES E AÇÕES PENAIS

Após o julgamento do HC 598.886, o CNJ, através da Portaria 209, de 31 de agosto de 2021, instituiu Grupo de Trabalho, coordenado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz (STJ), para a realização de estudos sobre o reconhecimento de pessoas. Esse grupo, após debruçar-se sobre a temática, produziu um relatório (CNJ, 2022b), que serviu de subsídio para a edição da Resolução CNJ 484/2022, antes referida.

Várias providências indicadas em estudos de outras áreas do saber foram incorporadas nesse trabalho, para a melhoria da qualidade do procedimento de reconhecimento de pessoas. Por exemplo, Wells e Seelau (1995) sugeriram quatro regras simples, para auxiliar na redução de falsos-positivos, sendo que três delas foram acatadas pelo CNJ, na Resolução CNJ 484/2022:

(a) As testemunhas devem ser informadas de que o culpado pode não estar na escalação (art. 7º, I);

(b) O suspeito não deve se destacar na escalação (art. 8º, § 3º);

(c) Deve-se perguntar às testemunhas até que ponto têm certeza da sua escolha, de que a pessoa identificada é o verdadeiro culpado (art. 9º, parágrafo único).

Apenas a sugestão de que as escalações devem ser administradas por alguém que não sabe quem é o suspeito não foi acolhida.

Ainda que a decisão proferida no HC 598.886 seja considerada, em si, destituída de força vinculante para os demais tribunais e juízos, por ter sido tomada em um *habeas corpus* julgado no âmbito da Turma (sem observância, portanto, do rito dos recursos repetitivos, de onde nascem atualmente os precedentes qualificados no Superior Tribunal de Justiça), ela possui inequívoco efeito persuasivo sobre as instâncias inferiores, por se tratar de nova orientação do Tribunal Superior cuja missão a uniformização do direito federal. E, se dúvida havia quanto à obrigatoriedade da observância do seu conteúdo, tornou-se ainda menor com a edição da Resolução CNJ 484/2022, de mandatória observância por tribunais e juízos (art. 102, § 5º, da Resolução CNJ 67/2009).

Todavia, ainda ocorrem muitas situações em que o reconhecimento de pessoas é realizado sem a necessária observância do rito legal. Como afirma Lopes Jr. (2021, p. 545), “Infelizmente, a prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer ‘reconhecimentos informais’, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado”. São reconhecimentos feitos por fotos recebidas pelo WhatsApp⁴, fotografias vistas em jornal e no Facebook⁵, condenações amparadas apenas no reconhecimento fotográfico feito na delegacia⁶. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de confirmar em juízo, reconhecimento fotográfico realizado na via extrajudicial não é suficiente para tornar a prova segura, diante da ocorrência de erros involuntários “uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por

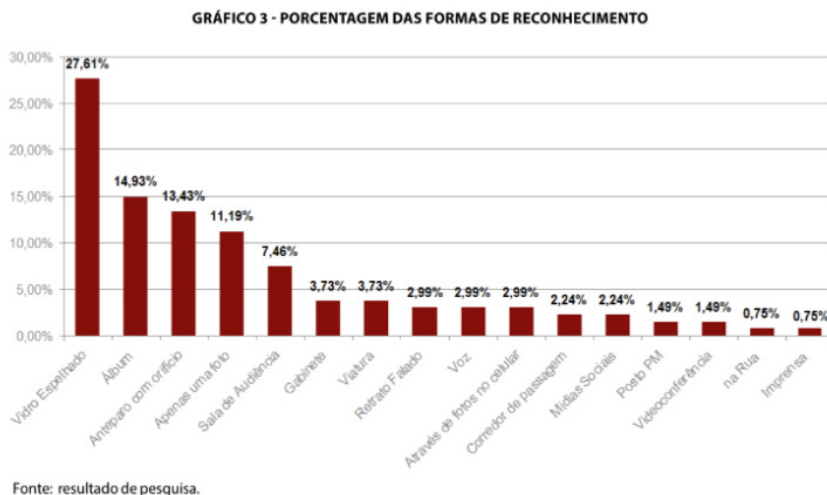
4 STJ, HC 772253, Relator(a) Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 21/10/2022.

5 STJ, HC 634582, Relator(a) Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 02/12/2021.

6 STJ, REsp 1914998, Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/05/2021.

um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto”.⁷

Sobre o assunto, confira-se resultado de pesquisa do IPEA sobre as formas de reconhecimento de pessoas praticadas no Brasil (IPEA, 2015, p. 65):



A fim de exemplificar o potencial nocivo do reconhecimento informal, pode-se citar o caso do porteiro de um prédio que, sem nenhum antecedente criminal, passou a ser reconhecido por vítimas de roubo após fotos suas terem sido obtidas das redes sociais e colocadas no álbum e no mural dos suspeitos da Delegacia local. O tema foi objeto de julgamento pelo STJ, no HC 769.783,⁸ que, na ocasião, assentou que a afirmação do ofendido de que identifica determinada pessoa como agente do crime não é prova cabal e irrefutável. Isso equivaleria a relegar a segundo plano toda a função investigativa e de persecução penal, deixando-se ao juiz a mera alternativa de homologar a acusação. O ato de reconhecimento, segundo a Corte Superior, “não prepondera sobre quaisquer outros meios de prova (confissão, testemunha, perícia, acareação, etc.); ao contrário, deve ser valorado como os demais”. Além disso, deve-se reconhecer que a prova tem diferentes graus de confiabilidade: “Se decorrido curto lapso temporal entre o crime e o ato,

7 STJ, HC 712.781, Relator(a) Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/3/2022.

8 STJ, HC 769.783, Relator(a) Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 01/06/2023.

e se a descrição do suspeito é precisa, isenta de contradições e de alterações com o passar do tempo [...] - a prova, de fato, merece maior prestígio”. Assentou-se, na ocasião, que há hipóteses em que a extrema cautela é fundamental, como ocorre quando há contradições na descrição da vítima e as reais características físicas do suspeito apontado. Decidiu-se que o caso concreto materializava típica hipótese de viés de confirmação: o reconhecimento na fase extrajudicial foi confirmado em juízo e o acervo probatório trazia muitas inconsistências e contradições, que não poderiam ser sanadas também apenas pela quantidade de vezes em que o acusado foi reconhecido em outros processos.

Admissível, evidentemente, diante da decretação da invalidade do reconhecimento do imputado, que ocorra sua condenação, quando a responsabilidade penal possa ser demonstrada por outros meios probatórios.⁹

Os reconhecimentos falso-positivos acarretam graves e negativas consequências individuais (em especial, à pessoa erroneamente reconhecida e seu núcleo familiar) e sociais, nesta última situação, inserindo-se o abalo à credibilidade do Sistema de Justiça Criminal (Silva; Brandão, 2020). Indo-se mais além, a equivocada condenação de um inocente induz à absolvição de um acusado (Clark, Benjamin, Wixted, Mickes & Gronlund, 2015).

4. RECONHECIMENTO DE PESSOAS PARADIGMA CARTESIANO: A NECESSIDADE DE VIRAR A CHAVE DE LEITURA

Aproximadamente 75 mil exames de reconhecimento ocorrem a cada ano nos Estados Unidos e as estatísticas mostram que entre 20% e 25% dos casos “as testemunhas fazem uma escolha que a polícia sabe ser incorreta. E sabe disso porque as testemunhas escolhem um dos inocentes conhecidos ou figurantes que a polícia insere para completar a fila” (Mlodinov, 2013, p. 67). São, por vezes, detetives ou detentos retirados no presídio exclusivamente para a realização do ato.

Mlodinov (2013, p. 67) alerta para o paradoxo:

9 STJ, AgRg no REsp 2.106.933, Relator(a) Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/12/2023.

(...) a polícia sabe que, de 1/5 a 1/4 das vezes, a testemunha identifica um indivíduo que comprovadamente não cometeu o crime; mas quando uma testemunha aponta a pessoa que é um mero suspeito, a polícia – e os tribunais – acreditam que aquela identificação é confiável. Como revelam as estatísticas, não é.

Levantamento executado pelo Gabinete do Ministro Rogério Schietti Cruz (STJ, 2022) constatou que desde 27/10/2020 (data do julgamento do HC 598.886) até 19/12/2021 (data final da obtenção de dados), o STJ proferiu 89 decisões - 28 acórdãos e 61 decisões monocráticas - absolvendo os réus ou revogando a prisão preventiva por graves dúvidas sobre a validade do procedimento do reconhecimento de pessoas (STJ Notícias, 2022).

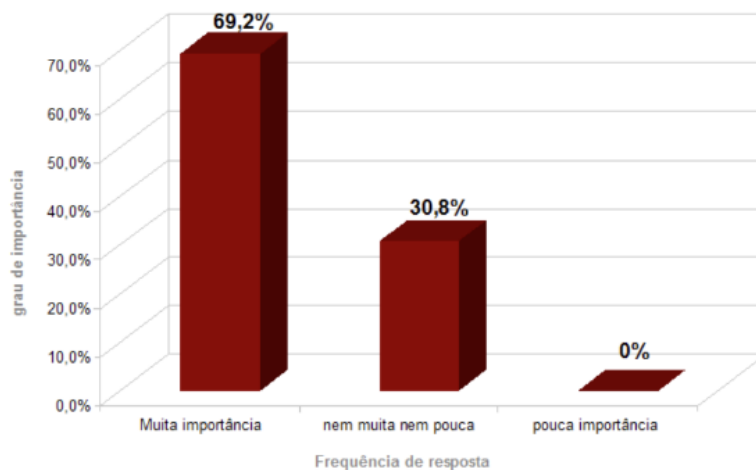
Trata-se de quantitativo expressivo e que pode ser justificado, em alguma medida, por incluir casos decididos anteriormente à mudança da orientação jurisprudencial. No entanto, a efetividade do novo paradigma depende da adequação do comportamento dos agentes envolvidos. Esse comportamento se insere num contexto cultural, que também deve ser considerado.

Os dados indicam que a realização do reconhecimento de pessoas, sem as devidas cautelas, é capaz de levar a um grande número de falsos-positivos, com a equivocada identificação de um inocente como a pessoa imputada. Aliás, mesmo que observados os requisitos legais (variáveis de sistema), a possibilidade de erro persiste, de forma que o mínimo que se pode fazer, enquanto não se abandona esse meio de prova, é adotar salvaguardas para a mitigação de circunstâncias que possam contribuir para o equívoco.

Como destacam Lopes Jr. e Muniz (2024, n.p.), “as regras do artigo 226 do CPP, embora necessárias, não são a panaceia para a falibilidade da memória humana, mas apenas uma garantia mínima do acusado”.

Em pesquisa realizada pelo IPEA (IPEA, 2015, p. 65) com agentes do Sistema de Justiça Criminal, a maioria dos participantes (69,2%) considerou de muita importância o reconhecimento de pessoas, por impactar sensivelmente na solução dos processos:

GRÁFICO 2 — IMPACTO DO RECONHECIMENTO



Fonte: resultado de pesquisa.

Não obstante toda essa importância, reconhecida pelos atores da investigação e da persecução penal, observa-se uma resistência à adoção do novo entendimento, que define a obrigatoriedade do cumprimento dos requisitos legais para a validade da prova do reconhecimento de pessoas.

As questões que se põem e que conduzem a uma espécie de paradoxo, são: por que o reconhecimento de pessoas é uma estratégia tão valorizada para a responsabilização penal, a despeito de sua baixa qualidade epistemológica? E se é tão valorizada, por que não é realizada com maior rigor e observância dos requisitos legais?

Algumas hipóteses podem ser levantadas. O Ministro Rogério Schietti Cruz, do STJ, apresentou uma possível explicação para a segunda indagação. Ao ser consultado, o julgador afirmou que “a ausência de uma cultura de observância de precedentes por um ou outro tribunal ou magistrado contribui para o aumento do número de recursos, porque são decisões que, proferidas nos tribunais, contrariam nossa jurisprudência” (Angelo, 2024). Um dos exemplos citados pelo Ministro foi justamente a orientação firmada pelo STJ sobre o reconhecimento de pessoas, ainda não incorporada à realidade da investigação e da persecução penal.

Talvez essa supervalorização do reconhecimento de pessoas possa ser também justificada ou intensificada por dois outros fatores: o desconhecimento quanto aos elementos que comprometem a qualidade dessa prova e a prevalência do *pensamento linear* entre os operadores do Direito. Inicia-se por essa última hipótese.

Segundo Senge (2017, p. 135), “a realidade é constituída de círculos, mas nós vemos linhas retas”. A chave para interpretar a realidade, segundo os pressupostos do pensamento sistêmico, “é enxergar círculos de influência, e não linhas retas”, rompendo com a mentalidade reativa que vem do pensamento linear (Senge, 2017, p. 137).

A visão linear pressupõe relações de causa e efeito diretas entre dois pontos e “sempre sugere um único local de responsabilidade” (Senge, 2017, p. 141), bem como a existência de causa e efeito próximos no tempo e no espaço.

Em que pese a característica complexa dos fenômenos que envolvem as relações entre as pessoas (Ferraz, 2022), o ser humano está imerso em uma linguagem linear e com ela descreve suas experiências, sentindo-se mais familiarizado com afirmações singelas sobre causalidade e responsabilidade (Senge, 2017). O pressuposto é de que tal estratégia é a única dotada de racionalidade. No entanto, há muitos fatores inter-relacionados, contribuindo para os fenômenos humanos. Uma investigação que siga os pressupostos do pensamento sistêmico, descobrirá explicações para muitas das intuições que surgem, sem perda da racionalidade. É necessário, porém, abraçar a complexidade e reconhecer que nas relações humanas há muitos fatores subjacentes produzindo influência nos comportamentos.

O que parece explicar a insistência no reconhecimento de pessoas como estratégia para responsabilização penal, mesmo diante do seu baixo valor epistêmico, é essa tendência a buscar relações diretas de causa e efeito entre os acontecimentos. Esse pensamento convencional favorece a busca de culpados e, se satisfaz muito rapidamente quando encontra alguém ou algo a responsabilizar. Presume-se que as conexões entre os problemas e suas causas são óbvias e fáceis de rastrear. Deixa-se, então, de buscar outras possíveis explicações ou evidências para o fato a investigar.

O Direito trabalha com a complexidade das relações humanas, porém faz uso de estratégias mecanicistas e cartesianas, típicas da ciência clássica. Se não se

consegue explicar um fenômeno, divide-se a realidade em fragmentos, e estuda-se cada um dos fragmentos, para depois tentar reconstituir o todo. O pressuposto dessa estratégia é de que o todo será igual à soma das partes.

No entanto, há muitos comportamentos que não podem ser explicados dessa forma, o que a própria ciência reconheceu, ao evoluir para o paradigma da complexidade. A realidade não pode ser aprisionada em condições normais de temperatura e pressão (as conhecidas CNTP), para que seja possível isolar os elementos e avaliar seu comportamento em abstrato, para fazer intervenções. O Direito, porém, contenta-se com o paradigma cartesiano, de onde provém a máxima, segundo a qual *o que não está nos autos, não está no mundo*. Seleccionam-se fragmentos da realidade e sobre eles se aplicam as consequências jurídicas. Há uma “expectativa de que os problemas respondam adequadamente a intervenções que só poderiam produzir bons efeitos se realizadas em ambientes estáveis, previsíveis, isoláveis do contexto e, portanto, menos complexos” (Ferraz, 2022, p. 170).

Não se percebe, ao se operar dessa forma, que os elementos de um dado contexto se inter-relacionam (entre si e com o todo), e que há comportamentos que eles só manifestam quando ocorrem tais interações (Morin, 2005). Emoções e vieses podem interferir, por exemplo, na reconstituição de fatos e na identificação de pessoas a partir da memória. Algo mais presente e importante na cena do crime pode ser desprezado, diante da escolha da prova que aponta diretamente para o culpado.

Os resultados alcançados nesse processo de fragmentação e montagem, na melhor hipótese, serão apenas parcialmente precisos, descrevendo não mais do que fragmentos do comportamento do todo, com sérios riscos em matéria de responsabilização penal.

Realizado o reconhecimento da pessoa do imputado, caso este seja efetivamente reconhecido, há uma propensão a se considerar essa prova como muito, senão a mais importante para sua responsabilização penal. Esse pensamento influencia os desdobramentos da persecução penal.

Essa tendência ao pensamento linear pode vir a se traduzir na chamada Visão de Túnel (*Tunnel Vision*), que ocorre quando se desenvolve uma crença ou suspeita inicial, que é abraçada como verdadeira, fazendo com que todas as informações posteriores sejam interpretadas de modo a confirmá-la (Godsey, 2017).

O efeito “Visão de Túnel” pode levar os agentes do Sistema de Justiça Criminal a se concentrarem na investigação apenas das provas que apoiem sua conclusão - no caso, o reconhecimento positivo da pessoa do acusado -, ignorando ou descartando a produção de outras provas que não corroborem sua convicção inicial (Findley; Scott, 2006). Tal hipótese se configurou em *habeas corpus* decidido pelo STJ,¹⁰ em que, além da ausência de rigor formal na realização do reconhecimento, deixou-se de buscar elementos probatórios que chegaram a ser referidos na investigação – imagens captadas por câmeras de segurança – e que poderiam inocentar o acusado, que sustentava não ser o autor do crime. A aposta de todas as fichas no reconhecimento de pessoa como meio de prova resultou aplicação, pela Corte Superior, da teoria da perda de uma chance probatória, já consagrada em anterior jurisprudência,¹¹ com concessão da ordem.

O desconhecimento pelos atores do Sistema de Justiça Criminal dos diversos aspectos relacionados ao reconhecimento de pessoas - amalgamados nos diversos saberes envolvidos - pode conduzir à supervalorização desse meio de prova. Talvez não haja, até o momento, compreensão – ao menos razoável - de que se trata de evidência sujeita a um baixo teor epistemológico.

Há muitas crenças sobre o funcionamento da memória, que são cultivadas pela população. Uma grande pesquisa telefônica realizada por Simon e Chabris (2011) com a população norte-americana, chegou ao seguinte resultado: 63% dos participantes responderam que a memória funciona como uma câmera de vídeo, 48% que a memória é permanente e 37% que o depoimento de uma única testemunha confiável deve ser suficiente para a condenação do réu. São conclusões que discrepam do conhecimento científico atual.

Essa discrepância entre o senso comum e a ciência atual também foi identificada em estudo envolvendo 160 juízes americanos. Wise e Safer (2004), avaliaram as crenças e conhecimentos dos magistrados sobre a prova testemunhal. A pesquisa indicou que apesar de os juízes estarem corretos em algumas suposições, erravam em pontos importantes, dentre eles o entendimento de que a confiança demonstrada pela testemunha seria um bom indicativo da precisão do seu depoi-

10 STJ, HC 829723, Relator(a) Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, DJe 15/12/2023.

11 STJ, HC 706.365, Relator(a) Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 30/5/2023 e AgRg no AREsp 2.203.435, Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 13/12/2022.

mento. Ao final, os autores sugeriram que o treinamento sobre os fatores que possam interferir no depoimento da testemunha seria um meio de se reduzir o número de condenações e prisões injustas.

Schimdt, Krimberg e Stein (2020) realizaram uma pesquisa no Brasil com 251 participantes (51% juízes e 49% público leigo), aferindo-se a avaliação dos juízes sobre a prova testemunhal com base na Psicologia do Testemunho. Os resultados sugeriram que os juízes tinham conhecimento bem limitado sobre o tema e em 23% das respostas às questões, as pessoas leigas apresentaram respostas mais consentâneas com o conhecimento científico atual do que os magistrados.

Após examinarem jurados, juízes, promotores e policiais de vários países, quanto aos seus conhecimentos sobre memória e a prova testemunhal, concluíram Wise e Safer (2014) que os principais atores do Sistema de Justiça Criminal têm limitado conhecimento sobre os fatores que interferem na produção dessa prova.

Todos esses dados indicam a necessidade de uma maior reflexão sobre o problema e a adoção de medidas para a prevenção de erros. Dentre as mais citadas está a necessidade de maior investimento na formação dos atores do Sistema de Justiça Criminal. Como registra o IPEA (IPEA, 2015, p. 63):

Os resultados apontaram para o reconhecimento como sendo considerado de grande valia aos rumos do caso, mesmo sendo ressaltados os problemas relativos aos procedimentos adotados. Certamente são necessários treinamentos para assimilar as melhores práticas, bem como alterações legislativas, para atenuar os problemas decorrentes de um reconhecimento equivocado

O reconhecimento de pessoas se dá no curso da persecução penal. Vincula-se, assim, ao mundo do Direito. Todavia, para evitar graves consequências negativas, como condenações e prisões injustas, o tema deve ser abordado de forma interdisciplinar, unindo-se saberes de outras áreas do conhecimento, como as Neurociências, a Psicologia Cognitiva, a Psicologia do Testemunho e o Pensamento Sistêmico.

Como se pode perceber, é necessário abraçar e difundir os conhecimentos sobre a complexidade dos comportamentos humanos. A esse propósito, alerta Damasceno (2021, p. 56) que a “desatualização dos juízes em relação aos novos saberes conquistados pela ciência configura uma fonte genérica de erros e reclama a intervenção das escolas judiciais”. Segundo o autor, um caminho eficaz poderia ser a aprendizagem baseada em erros anteriores (2023b).

Como frisou o Ministro Rogério Schietti Cruz ao votar no HC 598.886:

De nada, porém, servirá esta decisão se continuarem os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestarem essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético em seu proceder e cientificamente exercitado por seus protagonistas.

Em verdade, essa indiscutível realidade em relação ao reconhecimento pessoal “impõe aos operadores do Direito, desde o policial que atua no flagrante até os membros das mais altas cortes do Poder Judiciário, o desafio de se apropriarem de técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes”, conforme bem observam os integrantes do Innocence Project Brasil (Prova de reconhecimento e erro judiciário. São Paulo. 1. ed., jun.2020, p. 3).

O trecho acima é quase uma conclamação para que todo o Sistema de Justiça Criminal se movimente em busca da redução dos danos acarretados por reconhecimentos de pessoas falhos. Daí a necessidade de se alterar as lentes com que se avalia a prova e sua importância, deixando-se o paradigma cartesiano para ingressar no paradigma da complexidade.

O mundo atual é marcado por ser complexo e fluído, incapaz de ser entendido ou explicado pelo sistema cartesiano. Nas palavras de Bauman (2001, p. 21), “a modernidade imediata é leve, líquida, fluida e infinitamente mais dinâmica que a modernidade sólida que suplantou. A passagem de uma para outra acarretou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana”. Por isso a importância

do encontro do Direito com a complexidade e da consequente percepção de que a compreensão dos comportamentos humanos passa pela compreensão da forma como as pessoas interagem, seja internamente (emoções, vieses, pré-concepções), seja externamente (com ou outras pessoas e instituições). Para melhorar o todo, é preciso melhorar a relação entre as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca permanente do aperfeiçoamento da qualidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário é um dos fatores essenciais para sua legitimidade.

Este artigo avaliou um dos meios de prova mais difundidos e sujeitos a falhas, no contexto das investigações e da persecução penal: o reconhecimento de pessoas.

Trata-se de meio de prova que depende da memória humana, a qual, segundo estudos das Neurociências, da Psicologia Cognitiva e da Psicologia do Testemunho, sujeita-se a inúmeras interferências, capazes de comprometer seu conteúdo epistêmico.

Considerando que, a falha no reconhecimento de pessoas, decorrente de Variáveis de Estimação e de Sistema, é uma das principais causas de condenações e prisões injustas, procurou-se, avaliar, este estudo, as possíveis razões pelas quais ele permanece a ser uma estratégia tão valorizada para fins de responsabilização penal.

Confirmando a hipótese de pesquisa, concluiu-se, à luz dos pressupostos do pensamento sistêmico, que essa supervalorização do reconhecimento de pessoas como meio de prova pode ser justificada pela prevalência do pensamento linear entre os operadores do direito. Este modelo mental pressupõe cadeias simples e lineares de causa e efeito entre os eventos, induzindo à busca de soluções simples e óbvias para os problemas, com a exclusão de outros cenários possíveis e dos fatores que, embora possam estar presentes, não são tão evidentes. A visão linear impulsiona a encontrar um único local, algo ou alguém a atribuir responsabilidade. Presume-se que uma vez identificado, o problema desaparecerá. Assim parece ocorrer com a autoridade policial, o promotor e mesmo o juiz, diante do

reconhecimento de um suspeito pela vítima ou testemunha de um crime. A tendência será considerar a culpa formada.

Reforçando esse impulso de ter a quem culpar, está a insuficiência da difusão, entre os atores do Sistema de Justiça Criminal, dos conhecimentos de Psicologia e Neurociências.

Esse contexto impõe trazer o tema à reflexão, por diversos meios e, mitigar os riscos de falsos positivos, mediante a adoção rigorosa do procedimento legal para a produção dessa prova, condição *sine qua non* para a sua validade, nos termos da decisão paradigmática proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 598.886 e da Resolução 484/2022 do Conselho Nacional de Justiça.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. Para especialistas, desrespeito a precedentes leva a aumento de casos criminais no STJ. **Revista Consultor Jurídico**, 10 jan. 2024. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-jan-18/para-especialistas-desrespeito-a-precedentes-leva-a-aumento-de-casos-criminais-no-stj/>. Acesso em 16 mar. 2024.

BADDLEY, Alan; ANDERSON, Michael C.; EYSENCK, Michael W: tradução Cornélia Stolting. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BRASIL. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 16 mar. 2024.

CLARK, S. E.; BENJAMIN, A. S.; WIXTED, J. T.; MICKES, L.; GRONLUND, S. D. Eyewitness Identification and the Accuracy of the Criminal Justice System. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 2, n. 1, p. 175-186, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 67, de 3 de março de 2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado1315532024031965f990090fbfd.pdf> Acesso em: 16 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agência CNJ. **Erros no Reconhecimento de pessoas presas recaem sobre negros, diz estudo, 20 abr. 2023**. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/erros-no-reconhecimento-de-pessoas-presas-recaem-sobre-negros-diz-estudo/> Acesso em: 16 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 325, de 29 de junho de 2020**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado1802422022060962a235c29d678.pdf> Acesso em: 16 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório do Grupo de Trabalho sobre Reconhecimento de Pessoas**. Brasília, CNJ, 2022b. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/relatorio-gt-reconhecimento-de-pessoas-v5-17-10-2022.pdf>. Acesso em 16 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 484, de 19 de dezembro de 2022**. Estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário. Brasília; CNJ, 2022a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12118372022122763ab612da6997.pdf> Acesso em: 16 mar. 2024.

DAMASCENO, Fernando Braga; TAKEUCHI, Danielle Liberatti Santos. A (in)transmissibilidade das “declarações testemunhais anteriores” na perspectiva da psicologia do testemunho. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 15, p. 141-158, 2023.

DAMASCENO, Fernando Braga. A Constituição e a valoração da prova judicial entre a indiferença e um mandamento de redução do risco de erro. **Revista Judicial Brasileira**, n. 1, p. 37-59, 2021.

DAMASCENO, Fernando Braga. Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: Um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre v. 9, n. 3, p. 1213-1256, set-dez. 2023.

FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil: A insuficiência dos mecanismos de controle e repressão**. Londrina: Thoth, 2022.

FINDLEY, Keith A.; SCOTT, Michael S. Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. **Winsconsin Law Review**, n. 2, p. 291-398, 2006. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=usjournals&handle=hein.journals/wl-r2006&id=295&men_tab=srchresults 16 mar. 2024. Acesso em: 16 mar. 2024.

GODSEY, Mark. **Blind Justice**. Oakland: University of California Press, 2017.

INNOCENCE PROJECT. *Why do wrongful convictions happen?* 2024. Disponível em <https://innocenceproject.org/the-issues/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

INNOCENCE STAFF. Innocence Project. **How Eyewitness Misidentification Can Send Innocent People to Prison**. 2020. Disponível em: <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>. Acesso em: 16 mar. 2024.

JACKSON, Kailin; GROSS, Samuel, **Tainted Identifications**. 2016. Disponível em <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/taintedids.aspx> Acesso em: 16 mar. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7766953/mod_resource/content/1/Pensando%20o%20Direito%20%282016%29%20-%20%20Avan%C3%A7os%20Cient%C3%ADficos%20em%20Psicologia%20do%20Testemunho%20aplicados%20ao%20reconhecimento%20pessoal%20e%20aos%20depoimentos%20forenses.pdf Acesso em: 16 mar. 2024.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR, Aury; MUNIZ, Gina. A fragilidade epistêmica do reconhecimento pessoal (parte 2). **Revista Consultor jurídico**. 8 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-08/a-fragilidade-epistemica-do-reconhecimento-pessoal-parte-2/>. Acesso em: 26 mar. 2024.

MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a Injustiça**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MATIDA, Janaina. CECCONELLO, Wiliam. Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico. **Revista Consultor Jurídico**. 1 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico/> Acesso em: 16 mar. 2024.

MEADOWS, Donella H. **Pensando em Sistemas**. Tradução Paulo Afonso. Rio de Janeiro: Sextante, 2022.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MLODINOV, Leonard. **Subliminar**: Como o Inconsciente influencia nossas vidas. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria A. S. Dória. 8 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Hélio Roberto Cabral de. O viés da confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do Juiz de Garantias como instrumento de desviesamento. **Revista de Direito Penal**, Processo Penal e Constituição, v. 7, n. 2, p. 65-84, Jul./Dez. 2021.

SCHMIDT, Sabrina. KRIMBERG, Júlia Schneider, STEIN, Lilian M. Conhecimento dos Magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 173, p. 201-243, Nov./2020.

SENGE, Peter M. **A Quinta Disciplina**: A arte e a prática da organização que aprende. Tradução: Op Traduções e Gabriel Zide Neto. 34 ed., Rio de Janeiro: Best Seller, 2017.

SILVA, Angelo Roberto Ilha da; DIAS, Daisson Nelson Ferreira. A evolução das neurociências do comportamento humano e sua repercussão na teoria jurídica do crime: a casuística da culpabilidade. In MUA, Cíntia T. B.; CARDOSO, Renato César; SILVA, Ângelo R. I. **Neurociências aplicadas ao Direito**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2022.

SILVA, Henrique Alvarenga da; BRANDÃO, Gian Miller. **Condenação de Inocentes**. O Problema do Reconhecimento de Pessoas e as Falsas Memórias no Direito Criminal. Curitiba: Juruá, 2020.

SIMON, Daniel J., CHABRIS, Chistopher F. What People Believe about How Memory Works: A Representative Survey of the U.S. Population. **PLos ONE**, v. 6, n. 8, agosto/2011. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0022757&type=printable> Acesso em: 16 mar. 2024.

STERNBERG, Robert J. Tradução: Anna Maria Dalle Luche e Roberto Galman. **Psicologia Cognitiva**. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Gabinete do Ministro Rogério Schietti Cruz. **Pesquisa sobre Reconhecimento Formal**. Brasília: STJ, 2022. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/STJ%20Pesquisa%20sobre%20reconhecimento%20formal.pdf>. Acesso em 16 mar. 2024.

STJ NOTÍCIAS. **Reconhecimento de pessoas: um campo fértil para o erro judicial**. Brasília, 6 fev. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: 16 mar. 2024.

TOSCANO JR., Rosivaldo. **O Cérebro que Julga: neurociências para juristas**. Florianópolis: Emais, 2023.

WELLS, Garry L. *Applied Eyewitness Testimony Research: System Variables and Estimator Variables*. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 36, n. 12, p. 1546-1557, 1978.

WELLS, Garry L.; SEELAU, Eric P. Eyewitness Identification: Psychological Research and Legal Policy on Lineups. **Psychology Public Policy, and Law**. v. 1, n. 4, p. 765-791, 1995.

WISE, Richard R., SAFER, Martin A. What Us Judges Know and Believe About Eyewitness Testimony. **Applied Cognitive Psychology**, v. 18, p. 427-443, 2004.

**A FORMATAÇÃO DOS PRECEDENTES E A TEORIA
DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UM PRESSUPOSTO
IMPLÍCITO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO PARA
A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS COMANDOS
JUDICIAIS PERANTE A ESFERA PÚBLICA**

***THE FORMATTING OF PRECEDENTS AND THE THEORY OF
LEGAL ARGUMENTATION: AN IMPLICIT ASSUMPTION OF THE
DUTY OF REASONING FOR THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF
JUDICIAL COMMANDS BEFORE THE PUBLIC SPHERE***

Recebido: 20/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Bruno Montenegro Ribeiro Dantas
Mestrando em Direito e Poder Judiciário pela ENFAM
Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC
Bacharel em Direito pela UFRN
Vice-Presidente Cultural da AMARN
Juiz de Direito

RESUMO: O presente artigo avalia o modelo de construção das decisões colegiadas no Brasil e a necessidade de justificação democrática dos pronunciamentos judiciais. Analisa-se o embaralhamento do lócus argumentativo diante de um sistema no qual os resultados dos julgamentos não espelham, necessariamente, as motivações que pautaram a edificação do comando jurisdicional. O estudo visa assinalar o quadro atual dos debates sobre a teoria da argumentação e o dever de fundamentação como fator de legitimidade, sob a perspectiva da democracia deliberativa. Ventila-se a imperiosidade da justificação perante a esfera pública como forma de emprestar à jurisdição o timbre da racionalidade, através da proposta de

alocação de um elemento implícito, como corolário do dever constitucional de fundamentação e que com ele não se confunde: o ônus argumentativo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos precedentes. Argumentação. Legitimidade das decisões judiciais. Democracia.

ABSTRACT: *This article evaluates the model of constructing collegiate decisions in Brazil and the necessity for a democratic justification of judicial pronouncements. It analyzes the blurring of the argumentative locus in a system where the outcomes of trials do not necessarily reflect the motivations that guided the construction of the judicial command. The study aims to highlight the current framework of debates on the theory of argumentation and the duty of reasoning as a factor of legitimacy, from the perspective of deliberative democracy. It discusses the imperative of justification before the public sphere as a way to lend to jurisdiction the mark of rationality, through the proposal of allocating an implicit element, as a corollary of the constitutional duty of reasoning, which is distinct from it: the argumentative burden*

KEYWORDS: *Theory of precedents. Argumentation. Legitimacy of judicial decisions. Democracy*

INTRODUÇÃO

Não é de hoje, que se fala acerca de uma pretensa cultura de precedentes que vem sendo, paulatinamente, fomentada no judiciário brasileiro, e é entrincheirada, sobretudo, nas decisões de lavra dos tribunais superiores. O tema ainda causa reflexões, sendo evidente que há muitas perguntas difíceis e algumas respostas reclamam o despertar de uma análise mais refinada e sofisticada.

Sabe-se que o estabelecimento da referida cultura de precedentes, pelo menos pelos moldes oficiais, é relativamente recente. Remonta à reforma do Judiciário do ano de 2004, vindo a receber um importante incremento pelo legislador, no Código de Processo Civil de 2015.

De fato, o que vem sendo rotulado, como teoria dos precedentes, vai aproximar a *civil law* e a *comom law* no modelo de decisionismo brasileiro. Não se pode negar o crescente diálogo e a interlocução entre essas tradições jurídicas, de modo que o sistema de precedentes, característico do *common law*, pode - e deve - ser de grande valia para o que se pretende no *civil law*.

Porém, à primeira vista, realmente parece ter sido imposto um dever que não vem sendo cumprido, pelo menos não satisfatoriamente, pelos tribunais em geral e pelos magistrados brasileiros.

Não se pretende trazer aqui eventual embate entre a independência do julgador, a ideia de julgamento conforme a própria consciência e a obrigatoriedade de observância dos precedentes. No dizer expressivo de Ferraz (2020)¹, “não há, propriamente, uma contrariedade dos operadores à aplicação dos chamados precedentes qualificados. Ao contrário, magistrados os aplicam, e muito.”

O que se descortina, a rigor, é a insinuação de novas inquietações, notadamente quanto à maneira pela qual eles mesmos, os precedentes, estão sendo materializados no Brasil.

De fato, o desenho institucional do judiciário precisa revelar um modelo capaz de justificar a atuação institucional perante a esfera pública, através de uma sistemática de racionalidade jurisdicional. E não se planeja, ainda, levar a efeito uma abordagem da questão em um nível de abstração da teoria do direito ou da

1 FERRAZ, Taís Schilling. Reações do nosso sistema imunológico ao modelo de precedentes. Revista Consultor Jurídico, 14 de novembro de 2020, 12h06. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-14/ferraz-reacoes-sistema-imunologico-modelo-precedentes/>.

filosofia jurídica, embora esse viés possa ser avocado como arcabouço teórico.

Nesses breves escritos, busca-se direcionar as atenções para a identificação, no cotidiano jurídico brasileiro, de um cenário aparentemente comum, e dos problemas ontológicos daí resultantes: os tribunais findam decidindo por unanimidade – ou por maioria de votos – em uma realidade na qual os juízes proferem suas posições individualmente, sem que se organize ou condense os argumentos aventados, ou um texto unificado e coerente.

E basta ter olhos de ver: em variadas ocasiões, decisões da Suprema Corte anunciam resultados por unanimidade de seus integrantes, mas, não raras vezes, apresentam linhas argumentativas completamente dissonantes.

Não há muitas vezes, pois, um arremate argumentativo, o que desvela um processo decisório com ênfase no resultado, na fixação de teses e na ementa, de sorte que os contornos argumentativos, tão relevantes para a compreensão dos mais diversos atores do sistema de justiça e da própria esfera pública, remanesçam submersos, categorizados em segundo plano. É dizer: a esfera pública, e sobretudo ela, remanesce carente de entendimento.

Pretender-se-á, em suma, apreciar, nesse horizonte de futuros possíveis, a viabilidade de propor, dentro do quadrante normativo que remarca a atuação institucional do Poder Judiciário, soluções que possam arrefecer o *déficit* argumentativo e fomentar a definição dos limites, do alcance e dos motivos que remarcam a formatação dos precedentes, a ponto de reforçar a possibilidade de controle e a legitimidade da atuação jurisdicional, sob a perspectiva da vinculação entre a democracia deliberativa e a jurisdição (GÓES, 2013)².

É preciso, então, investigar o caminho percorrido até a formação de precedentes judiciais, os quais devem ser materializados por intermédio de um debate complexo – e, porque não dizer, anterior - acerca dos efeitos e das repercussões inerentes aos processos de tomada de decisões. Não há espaço, segundo esse modo de pensar, para golpes hermenêuticos tão rudimentares quanto indecorosos, os quais terminam por distanciar a razão de ser da jurisdição dos representantes espontâneos dos mais diversos segmentos da esfera pública e do desejável consenso interinstitucional. E, ao mesmo tempo,, essa conjuntura desidrata a aplicação

2 GÓES, Ricardo Tinoco de. Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

dos precedentes judiciais, afastando-os de sua missão por excelência: a concepção pragmática da sua função nomofilática.

A legitimação da atuação jurisdicional se pauta na atividade de fiscalização do que vem sendo decidido, através da vinculação hermenêutica entre o dever de fundamentação que recai sobre o judiciário e o ônus argumentativo, próprio do julgador, este último como elemento implícito a ser extraído da própria dicção do art. 93, IX da Constituição da República.

Partindo do pressuposto de que a experiência de aplicação da teoria dos precedentes ainda equivale a um laboratório inacabado, e da percepção de que o tratamento da questão – especialmente pela doutrina – ainda carece de detalhes, delinear-se-á, doravante, os principais aspectos jurídicos alusivos à atividade argumentativa no âmbito dos órgãos colegiados, sem receio de se desconstruir a malha conceitual e analítica já existente e capturar algumas das implicações inerentes ao fenômeno da legitimidade pública da atuação jurisdicional, com ênfase em suas projeções constitucionais e na justificação de seus preceitos elementares e estruturantes.

1. O MODELO BRASILEIRO E SUAS POSSIBILIDADES

Reconhecida a tendência de observância dos precedentes pelo juiz brasileiro, uma zona de indeterminação parece simbolizar novos questionamentos, preocupações e críticas.

Aparece, com frequência, a constatação de que a maneira de formação dos acórdãos escritos nos tribunais brasileiros não observa a racionalidade argumentativa que se espera de uma pretensa teoria dos precedentes, supostamente materializada para homenagear a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade no exercício da função judicante.

Decisões de tribunais, corporificadas em acórdãos, limitam-se a registrar os debates travados, sem qualquer preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de um pronunciamento oficial do tribunal, na qualidade de órgão colegiado. Em outras palavras: volta-se os olhos, unicamente, para o resultado do julgamento, o que esvazia, em certa medida, a ancoragem na qual se situa a teoria dos precedentes.

Deveras, a decisão revela-se como mera agregação das posições dos magistrados que compõem as cortes, não havendo a definição dos contornos para a identificação destacada das razões de decidir.

Para avocar as contundentes palavras de José Rodrigo Rodriguez, “não há, no Brasil, um sistema de precedentes organizado”. (2013, p. 107).³

Assinala esse mesmo autor que as referências a casos assemelhados não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido, visto que essas menções são manejadas apenas como forma de acúmulo para ratificar a autoridade daquele que está proferindo a decisão.⁴

E essa crítica não é isolada. A esse respeito, idêntica lição foi levada a termo por Taís Schilling Ferraz, a qual vaticinou que “decisões judiciais colegiadas são construídas a partir de diferentes leituras sobre os fatos da causa e sobre as questões jurídicas a eles relacionadas”.⁵ E não outra a razão da existência da decisão colegiada: ela deve ter o condão, pelo menos no plano teórico, de aperfeiçoar, sob as mais diversificadas visões, os pronunciamentos lavrados por juízes em decisões singulares.

Porém, explica a autora (FERRAZ, 2018)⁶:

quando no transcorrer de um julgamento ocorre excessiva desagregação na estrutura dos fundamentos determinantes para a solução a ser dada ao caso, já se pode antever que os futuros intérpretes daquela decisão terão dificuldades para adotá-la como precedente no exame de casos subsequentes marcados por semelhantes questões de fato ou de direito. Em um sistema que pretende o respeito aos precedentes judiciais, a atenção à fundamentação das decisões assume contornos essenciais. Mais que um requisito de validade nos julgamentos do Poder Judiciário, é condição para a própria obtenção de coerência sistêmica na aplicação do direito.

3 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 107.

4 *Ibidem*

5 FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da majority Opinion em um sistema de precedentes. Revista de Processo, São Paulo, v. 282, 2018, p. 435 – 451.

6 *Ibidem*.

Na realidade, é comum dizer que, no cotidiano forense, desembargadores e ministros comparecem às sessões de julgamento com seus votos previamente preparados. Como regra, não há espaço para o refinamento da discussão que venha a permitir o amadurecimento da solução e o convencimento dos pares, para que o pronunciamento seja coerente e integrado, representando, de fato, a posição institucional da corte.

Oliveira e Koehler (2022, p. 82)⁷ relembram não ser incomum a constatação de que as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro, mesmo após a publicação dos votos pelos ministros do STF, continuem discutindo as mesmíssimas questões controvertidas que justificaram a afetação do tema, eis que, a despeito da robusta argumentação, não há um traçado comum que possa dialogar com as manifestações vencedoras.

Não se esquadrinham *standards* ou padrões de regulação para aquilatar o alcance interpretativo do comando judicial imperativo, o que encerra a ideia de que o equívoco maior quando da aplicação de precedentes, no Brasil, talvez seja mesmo a prática corriqueira através da qual se toma ementa por precedente e se faz incidir o modal deôntico por intermédio de um silogismo. O manejo dos precedentes deve pressupor, a toda evidência, o conhecimento da integralidade da decisão, o recolhimento de seus argumentos, a ponderação dos fatos, a contraposição da fundamentação e o sopesamento da argumentação.

Por isso mesmo, deságuam, no mesmo raciocínio, as considerações de FERRAZ (2021)⁸, para quem “o precedente tende a ser concebido com maior grau de generalidade e abstração, o que exige que a busca de seus contornos e o alcance da sua vinculação não fiquem limitados ao conteúdo da ementa, da tese ou mesmo do voto do relator”, diante da possibilidade de que as razões de decidir venham a absolver elementos não contidos, aprioristicamente, no feito representativo da controvérsia.

7 OLIVEIRA, L. S. P.; KOEHLER, F. A. L. STF, o método de votação *seriatim* e a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de precedentes. In: O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência / coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi, Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Taís Schilling Ferraz; autores: Acácia Regina Soares de Sá... [et al]. – Brasília: Enfam, 2022, p. 81-104.

8 FERRAZ, Taís Schilling. Desafios na determinação do alcance de um precedente: Critérios objetivos para uma operação muito além da analogia. In: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Paseli. Fundamentos Objetivos e o Novo Processo Civil Brasileiro. Londrina: Thoth, 2021).

A propósito, José Rodrigo Rodriguez, ao se referir ao que rotula como constrangimento institucional (2013, p. 151)⁹, obtempera, *in verbis*:

Chamaremos de *constrangimento institucional* a forma de controle que não se preocupa diretamente com a maneira pela qual o juiz constrói ou justifica sua sentença, mas sim com o efeito do desenho institucional sobre os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário. O que está em questão aqui é a forma de organizar a instituição “Poder Judiciário” tendo em vista o exercício de sua função e não, diretamente, as operações mentais que o juiz deve realizar para decidir e a maneira pela qual ele deve justificar publicamente sua decisão

Pois bem. Para além dos apontados embaraços trazidos pela adoção do modelo *seriatim*, no qual a decisão é divulgada por meio do compilado de votos, não havendo, necessariamente, a produção de um texto único pelo tribunal, e sem pretender a importação simplificada do modelo *per curiam*, Taís Schilling Ferraz adverte para a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* nas decisões colegiadas. Visualiza, em linhas gerais, que “a separação entre *ratio* e *dictum*, considerando-se o sistema de julgamento que vem sendo adotado pelas cortes brasileiras de precedentes, exigirá esforço extra e especial cautela”. (FERRAZ, 2016, p. 148)¹⁰. Diante desse cenário, e não sem razão, a autora realça a apresentação de uma solução engenhosa: a aplicação da *majority opinion*.

Nessa mesma maneira, , Leonardo Sousa de Paiva Oliveira e Frederico Augusto Leopoldino Koehler consignam que se avulta necessária a adoção de um procedimento que torne mais simples a identificação da *ratio decidendi*, com a instituição da *majority opinion* nos julgamentos, a exemplo do modelo adotado na Suprema Corte americana (2022, p. 100)¹¹.

9 *Ibidem*.

10 FERRAZ, Taís Schilling. Os desafios do modelo brasileiro de precedentes. In: As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro / Vânia Cardoso André de Moraes, coordenadora ; Ana Conceição Barbuda Ferreira ... [et al.]. – Brasília : Enfam, 2016, p. 140-153.

11 *Ibidem*.

Nada obstante, a esse estado de coisas, Ricardo Tinôco de Góes adensa um novo componente: a preocupação com a legitimidade da decisão judicial, suscitando a possibilidade de ressignificação da teoria de Habermas para cancelar o exercício legítimo e democrático do poder, notadamente do Poder Judiciário. (GÓES, 2013)¹². Advogada, através de sua linha de pensar, que a normatividade oriunda das decisões judiciais tem o mesmo peso e a mesma dignidade em abstrato que se reconhece à legislação em geral. E acrescenta:

“(...) a legitimidade é uma imposição da democracia, pois o exercício do poder esteja ele alicerçado nessa ou naquela função estatal, deve ser resguardado pela legitimidade que se verifique em sua efetiva realização. Por isso que num Estado Democrático a legitimidade não pode advir só da legalidade, principalmente quando se tem a participação popular como pressuposto para a sua configuração”. (GÓES, 2013, p. 218)

Na mesma urdidura, o que Ricardo Tinôco de Góes chama de legitimidade conteudística da normatividade produzida pela legislação (2013, p. 220)¹³ sugere a necessidade de atribuir um elemento adicional: a incidência do dever argumentativo para cancelar a justificação da atividade judicante perante a esfera pública.

O certo é que o espaço artístico e genuinamente criativo não deve pautar a atuação das cortes. Há, pois, um limite intelectual entre aquilo que o julgador gostaria que fosse, quer ou acha que é, e aquilo que efetivamente é e deve ser. E essa exegese decorre da juridicidade das normas legais e jurisprudenciais incidentes sobre o caso a ser decidido. A vontade expressa na norma jurídica, se é que existe alguma, deve derivar da Constituição Federal, das leis e dos precedentes judiciais. E nesse último caso, a sua criação deve seguir a mesma lógica construtiva.

12 GÓES, Ricardo Tinoco de. Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

13 *Ibidem*.

No segundo capítulo de *Processo e Ideologia*, Ovídio Araújo Baptista da Silva (2004, p. 36)¹⁴ se refere a uma suposta separação entre teoria e prática jurídica, e isso teria possibilitado dois resultados significativos:

(a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e (b), ao concentrar a produção do Direito ao nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e, portanto, incerto.

Nesse fascículo, defende-se que a construção da jurisprudência – em sentido amplo - e a formatação de não deve se limitar à mera busca por resultados. Devem anunciar, principalmente e acima de tudo, um método capaz de racionalizar a argumentação democraticamente, fomentando a compreensão, a segurança jurídica e a estabilidade das relações no âmago dos atores sociais. Pensar diferente é atentar contra a lógica deontológica, inerente a qualquer norma jurídica da qual se queira extrair força persuasiva e potencial alcance para a solução de casos futuros.

2. JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

O embaraço argumentativo constatado nas decisões de órgãos colegiados exige uma abertura do Poder Judiciário e do pensamento jurídico ao escrutínio da sociedade e à necessidade de oferecer justificativas. Reitero: afiguram-se cada vez mais comuns as críticas que a esfera pública dirige ao Poder Judiciário indiscriminadamente, em especial à Corte Suprema, em uma espécie de crise de representatividade – ou de legitimidade - que se apossa da pauta e já bate à porta e que, nos idos de outrora, parecia reservada exclusivamente aos outros poderes

14 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

da República. E isso, apenas para dizer o menos, não é bom: gera sensação de descrédito, desconforto e insegurança. Além disso, ainda quando exerce sua função contramajoritária, o Judiciário deve manter, com o destinatário da atividade jurisdicional, seu compromisso com a coerência e com a segurança jurídica.

Alfim, a justiça se afasta do jurisdicionado. E aqueles que amam a causa do Direito, de maneira alguma podem se conformar com esse distanciamento. Certo é que Justiça apartada do povo não é Justiça, como cedo observou Nabuco de Araújo.

Rodriguez (2013, p. 106)¹⁵ assenta que o poder personalista e irracional da jurisdição vai dando lugar a uma demanda crescente por justificação.

Por seu turno, Fabrício Castagna¹⁶ (2017, p. 68) assinala:

Por conseguinte, a legitimidade democrática das decisões e do discurso judicial é uma questão que deve permanecer sempre aberta, pois sempre deve ser exigido do órgão jurisdicional que se legitime perante a sociedade. Assim, ainda que essa legitimidade exista em maior ou menor medida, ela é sempre algo que falta, ou seja, um postulado que sempre deve se exigir na tensão com a racionalidade jurídica.

Portanto, a racionalidade jurídica projeta conceitos e padrões cuja função convola para a justificação das sentenças e dos acórdãos, de modo que passa a recair, sobre os órgãos jurisdicionais -mormente os colegiados-, um ônus argumentativo adicional.

O entrave transcende os transtornos práticos e ocasionais gerados pela adoção de um modelo de deliberação em face de outro. O recorte passa, necessariamente, por um esforço para que, pelo menos no nível da dogmática e da reflexão propriamente jurídicas — e, especialmente jurídico-constitucionais —, o diapasão correto esteja no ar, e que os valores sejam propostos na justa posição.

Certamente sem esquecer as inquietações centrais e tradicionais, mas ao recrudescer o campo de avaliação e alterar o eixo de gravitação, o debate precisa

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil – 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 62-70.

comportar, também, átrios de reflexão sobre a própria razão de ser da atividade judiciária e a chancela de seu exercício por parte dos demais atores da estrutura democrática e de seus destinatários, os quais constituem a razão maior de seu funcionamento.

A partir da teoria da argumentação jurídica, Thomas da Rosa de Bustamante¹⁷ vem sustentar que a ciência do direito passa a pretender encontrar instrumentos não só para explicar como se forma uma decisão jurídica, mas para justificá-la. Vejamos:

Toda teoria da argumentação jurídica – qualquer que seja o seu referencial teórico dominante, desde as que se alicerçam sobre a retórica aristotélica e a tópica, como a de Perelman, aparecida no início da década de 1950, até as que se fundam em regras argumentativo-discursivas influenciadas tanto pelo universalismo kantiano quanto pela teoria do discurso de Habermas, como a de Alexy, do final dos anos 70 – revela uma indisfarçável preocupação com a prática, e em especial com a aplicação judicial ou administrativa do Direito e com a correção racional dos argumentos empregados nos discursos de justificação das decisões jurídicas. (2008, p. 357).

Rodriguez (2013, p. 106)¹⁸ dizer destaca que os modelos de racionalidade jurídica não se referir à forma como o juiz chega à sua decisão, mas sim à maneira como ela é apresentada publicamente, já que, pela própria noção que se tem da teoria dos precedentes, a deliberação democrática reclamaria a justificação de decisão que pode vir a vincular os julgamentos futuros que versem sobre questões assemelhadas. É dizer: a normatividade e os desdobramentos dessas decisões pretensamente vinculantes conduzem a uma responsabilidade pela justificação que vem a recair sobre os próprios órgãos judiciais, e essa obrigação se avizinha da transparência exigida historicamente das casas legislativas, em face da normatividade ordinariamente impregnada no produto legiferante de sua atividade.

17 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Direito e Decisão Racional -Temas de teoria da argumentação jurídica – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357.

18 *Ibidem*.

Desse modo, a perspectiva conceitual ou o conceptualismo proposto para a fundamentação é apenas um nível ou filtro de análise — e não a adesão a uma determinada noção de filosofia ou de metodologia fundada em um emolduramento estritamente racionalista e abstrato.

Quando Bianor Arruda Bezerra Neto¹⁹ traz a fundamentação de uma decisão como sendo “a exposição dos elementos que possibilitaram a deliberação que nela resultou”. (2018, p 135), é natural, e até esperado, que se valore alguma dimensão empírica e normativa: (i) empírica, no que examina provisões concretas do texto da Constituição ou das leis, por parte do Judiciário; (ii) normativa, por pretender encaminhar respostas adequadas à problemática submetida à apreciação, vetorizando soluções e fornecendo subsídios para interpretação e aplicação do parâmetro normativo.

Aqui, a apreciação da malha conceitual quanto à fundamentação, à argumentação e à legitimidade é empreendida sob moldes tradicionais, seguindo a trilha de modelos teóricos já sedimentados pela doutrina. Não há ambição de um novo marco teórico.

Não se cuida de releitura ou reconstrução do edifício teórico, senão de singela tentativa de demarcação de um quadrante que, talvez, ainda não foia devidamente cartografado. Tem-se matéria de envergadura constitucional. Sim, constitucional.

É que, ao estampar, no art. 93 da Carta da República, em seu inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”²⁰, o constituinte certamente se preocupa não somente com o destinatário imediato do comando jurisdicional. O dever argumentativo transcende os contornos do processo. E vai além! Trata-se, a bem da verdade, de uma obrigação que caminha de mãos dadas com o viés democrático da atividade estatal.

19 BEZERRA NETO, Bianor Arruda. O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma Teoria da Decisão Judicial. 1. Ed – São Paulo: Noeses, 2018.

20 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de março de 2024.

A esse respeito, e com razão, arremata BUSTAMANTE (2008, p. 363)²¹:

só onde há um dever de justificação das decisões – característica típica dos Estados democráticos, onde os pronunciamentos do poder judiciário precisam ser publicamente fundamentados – se faz necessária e possível uma teoria da argumentação.

Ao buscar inspiração nesse ponto de vista, é possível afirmar, peremptoriamente, que o dever de justificação das decisões, próprio da deliberação democrática, é pressuposto essencial para a teoria da argumentação.

No mais, considerando como unidade de inovação – ainda que aparentemente reservada a um domínio pouco usual – a argumentação como componente implícito do preceptivo constitucional no qual reside o dever de fundamentar, não é demais anotar que esse elemento apresenta-se como centro gravitacional da própria teoria dos precedentes, conquanto a legitimidade dos paradigmas materializados em comandos vinculantes apenas se desvelará mediante a acessibilidade racional do conteúdo decisório à esfera pública, inclusive para fins de controle externo, conclusão que remonta, em alguma medida, e não sem algum espanto, às ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação normativa no direito brasileiro.

Apenas assim, seria possível incrementar a racionalidade na fundamentação e na aplicação prática do direito para torná-las criticamente controlável pela teoria do direito.

Em consequência, seja para viabilizar o instituto da *majority opinio* ao direito brasileiro, conforme apregoado nas sugestões veiculadas em linhas pretéritas, seja ainda pela avocação do modelo *per curiam* para o nosso sistema, é necessário inaugurar a alocação da argumentação como elemento implícito ao dever de fundamentação, revolvendo a questão sob a perspectiva constitucional e emprestando-lhe legitimidade, em uma ideia que homenageia a jurisdição democrática.

A teoria da argumentação, como base para a justificação da atividade judicante perante a esfera pública, deve constituir, à sua maneira, a parcela de um tecido dogmático que leva ao convencimento, à racionalidade e à coerência. Ela, a teoria

21 *Ibidem*.

da argumentação, passa a ter estatura superior às teorias hermenêuticas, eis que, conforme assinalado por ARRUDA NETO (2018, p. 124)²², mais importante que fundamentar as decisões judiciais, passa a ser justificá-las. O mesmo autor complementa (2018, p. 131)²³:

Para Alexy, portanto, mais importante do que concentrar esforços no processo de fundamentação das decisões judiciais, no sentido de tentar racionalizá-las, o que não seria possível, é empreender esforço para justificá-las, tarefa que pode ser realizada através do processo argumentativo.

Caminhando para o final, parece ganhar cada vez mais fôlego, portanto, a advertência de Oliveira e Koehler (2022, p. 10)²⁴, no sentido de que esse modelo individualizado, operante e difundido atualmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual dificulta, sobremaneira, a extração da *ratio decidendi*, descortina óbices à construção de uma cultura de precedentes – eficiente, acrescento eu – no Brasil.

Em arremate, seguramente o produto da atividade jurisdicional, por agregar valores ao ordenamento posto, por vezes suplanta a própria atividade legiferante do poder legislativo, e no modelo brasileiro de deliberação judicial de órgãos colegiados, do qual tanto se falou, há uma dificuldade saliente para o controle racional dos limites de poder, e, sobretudo, do exercício legítimo da jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desempenho, a racionalidade, a previsibilidade e a segurança traduzem premissas impostas de qualquer teoria de precedentes que se pretende – ou tenha se pretendido – forjar no ordenamento jurídico brasileiro.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

24 OLIVEIRA, L. S. P.; KOEHLER, F. A. L. STF, o método de votação *seriatim* e a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de precedentes. In: O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência / coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi, Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Taís Schilling Ferraz; autores: Acácia Regina Soares de Sá... [et al]. – Brasília: Enfam, 2022, p. 81-104.

Os imperativos construídos para o enfrentamento da demanda submetida ao Judiciário colonizam a atuação jurisdicional e corroem, pouco a pouco, a dimensão mais genuína do que se entende por Cortes Constitucionais e teoria dos precedentes.

Trabalha-se, não raras vezes, para atender a uma demanda que parece não ter fim, emprestando a missão primordial de pacificar conflitos espontâneos um espaço secundário.

Nada obstante, a jurisdição dialógica constitui, pois, uma antessala incontornável para a construção de precedentes com o signo da legitimidade, passível de controle externo.

A justificação, através do refinamento da teoria da argumentação e da abertura da função judicante ao escrutínio da sociedade, é o ponto de partida para a democracia deliberativa no âmbito da jurisdição.

Dever-se-á, em última análise, projetar no judiciário a noção do que seria o poder simbólico, em Bourdieu²⁵, para que se revele um poder capaz de reconstruir e conformar, legitimamente, a realidade.

A tarefa de construção de normas jurídicas, notadamente através da formação de precedentes, não pode ser desempenhada de maneira aleatória. E esse imperativo categórico que parece acometer o sistema jurídico brasileiro, ou seja, a inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre, não pode arrefecer o universo de possibilidades que se explicita.

Em poucas e derradeiras palavras: alterações substanciais desse quilate necessitam de prognose. Mas para um Direito aplicado democraticamente, é preciso caminhar de mãos dadas com Dworkin (2002)²⁶ para sustentar que o mais importante, verdadeiramente, é o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) das interpretações que os julgadores oferecem às práticas jurídicas em relação ao direito da comunidade política.

Em suma: explorar todos as facetas e toda a cartilha da teoria da argumentação (de um lado é preciso fortalecer poderes e liberdades; de outro, saber como

25 BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa: Difel, 2001.

26 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

conformá-los e limitá-los apropriadamente), retirar antigas - embora valiosas - especulações dos escombros, e também recrudescer e sofisticar essas confrontações é o convite que se faz.

Na base desse esforço encontra-se a avaliação de que a teoria constitucional, no melhor da sua forma, reflete um certo tipo de inclinação, ou uma certa tensão amorosa da consciência em direção ao lastro da democracia.

Alfim, a ideia de jurisdição democrática não está perempta, mas é necessário redesenhá-la.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 2001.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma Teoria da Decisão Judicial**. 1. Ed – São Paulo: Noeses, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional - Temas de teoria da argumentação jurídica** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Taís Schilling. Reações do nosso sistema imunológico ao modelo de precedentes. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de novembro de 2020, 12h06. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-14/ferraz-reacoes-sistema-imunologico-modelo-precedentes/>

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio Decidendi X Tese Jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, 2017, p. 419-441.

FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da majority Opinion em um sistema de precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 282, 2018, p. 435 – 451.

FERRAZ, Taís Schilling. Os desafios do modelo brasileiro de precedentes. In: MORAES, Vânia Cardoso André de; FERREIRA, Ana Conceição Barbuda; et

al. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016, p. 140–153.

FERRAZ, Taís Schilling. Desafios na determinação do alcance de um precedente: critérios objetivos para uma operação muito além da analogia. In: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Paseli (Org.). **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro**. Londrina: Thoth, 2021.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil** – 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 62-70.

OLIVEIRA, L. S. P.; KOEHLER, F. A. L. STF, o método de votação *seriatim* e a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de precedentes. In: LUNARDI, Fabrício Castagna; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (Coord.). **O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência**. Brasília: Enfam, 2022, p. 81–104.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO PROCESSO CIVIL: O JUIZ NATURAL E O JUÍZO ADEQUADO

Recebido: 05/04/2024

Aceito: 06/06/2024

Simone Lavôr do Rêgo Lobão

Graduada em Direito pelo Instituto de
Ciências Jurídicas e Sociais
Professor Camilho Filho
Advogada

Catarina de Macedo Buzzi

Pós-graduada em Direito Eleitoral
pelo Instituto de Direito Público (IDP)
Pós-graduanda em Direito Portuário e Marítimo pela Unisanta
Advogada

Rodrigo Garcia Duarte

Mestrando em Direito Processual Civil na
Universidade de São Paulo
Bacharel em Direito pela UnB
Membro da Associação Brasileira de Processo Civil (ABPC)
Membro-fundador da Liga Acadêmica de Processo Civil da UnB

RESUMO: O artigo tem como objetivo examinar o princípio do juiz natural, que ainda é o pilar do nosso sistema de competências jurisdicionais, para analisar mecanismos processuais e práticas judiciárias que permitem certo grau de flexibilidade na atribuição de competência. Concluiremos que o atual modelo de processo civil se tornou um ambiente propício para a consolidação de um sistema de competência aprioristicamente rígido, mas que comporta flexibilidades circunstanciais que podem ser utilizadas inclusive de forma estratégica pelas par-

tes. Após, será analisada criticamente a noção, muito presente no microssistema de processo coletivo, de “adequação” para a atribuição de competência. Utiliza-se aqui o método dedutivo com revisão bibliográfica e jurisprudencial.

ABSTRACT: This article aims to examine the principle of the natural judge, which remains the cornerstone of our system of jurisdictional competencies, in order to analyze procedural mechanisms and judicial practices that allow a certain degree of flexibility in the allocation of jurisdiction. We will conclude that the current model of civil procedure has become a conducive environment for the consolidation of a jurisdictional system that is inherently rigid but allows for circumstantial flexibilities that can even be used strategically by the parties. Subsequently, the notion of “adequacy” for the allocation of jurisdiction, very present in the microsystem of collective process, will be critically analyzed. The deductive method is employed here along with bibliographic and jurisprudential review.

PALAVRAS-CHAVE: Repartição de competências. Juiz natural. Competência adequada. Processo coletivo. *Forum shopping*.

KEYWORDS: *Competence allocation. Natural judge. Adequate jurisdiction. Collective process. Forum shopping.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende expor as noções básicas da dogmática tradicional do princípio do juiz natural, os institutos processuais e as práticas judiciárias que podem flexibilizar, em certos casos, o referido princípio constitucional.

A pesquisa foi repartida em três etapas. Primeiramente, investiga-se de forma breve o princípio do juiz natural na perspectiva da dogmática tradicional e da Constituição Federal de 1988. Em seguida, verifica-se os instrumentos processuais e as práticas processuais adotadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Civil de 2015 que permitiram adaptações no sistema. Por fim, analisa-se o princípio da competência adequada à luz de premissas doutrinárias, das normas dispostas no Código de Processo Civil de 2015 e da jurisprudência dos Tribunais, com foco na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos autos do Conflito de competência nº 144.922/MG, que serviu de precedente para decisões posteriores.

A pesquisa dialoga com a tese de Antônio dos Passos Cabral sobre o “Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil”, a dissertação de mestrado de Maria Gabriela Campos intitulada “o compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sobre o paradigma da cooperação nacional”, bem como os artigos doutrinários de Paula Sarno Braga,¹ Hermes Zaneti e Fredie Didier Jr.²

1. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE AS TRADICIONAIS PREMISAS DOGMÁTICAS E CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural é uma garantia fundamental do Estado Democrático de Direito prevista nos artigos 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição

1 BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. Revista de Processo, São Paulo, v. 219, p. 13-41, maio 2013.

2 ZANETI, Hermes; DIDIER, Fredie. Princípio da competência adequada, conflitos coletivos multipolares e competências materiais distintas. Revista de Processo, São Paulo, v. 128, p. 403-414, março 2020.

Federal de 1988. “Não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Tradicionalmente, o princípio do juiz natural está fortemente ligado aos princípios da imparcialidade, da legalidade e da anterioridade da lei. É a garantia de que será o órgão jurisdicional, e não o magistrado pessoalmente considerado, que julgará determinado caso. Da mesma forma, assegura a preexistência do órgão decisão em relação ao fato.³

Inicialmente pensado para se aplicar à justiça penal, hoje o princípio abrange todas as espécies de jurisdição.

Para atender à sua finalidade, o princípio do juiz natural proíbe a instauração de juízos extraordinários ou tribunais de exceção e à modificação da competência dos juízos legalmente preestabelecida.⁴ É a garantia, inerente ao paradigma do processo justo, de que ninguém será protegido por um juiz especial e nem será perseguido por um juiz *ad-hoc*.⁵

Não por outra razão, não há processo justo ou mesmo exercício legítimo de jurisdição se está diante de um juiz absolutamente incompetente para julgar a causa, pois a competência absoluta é um requisito de válido desenvolvimento do processo e encerra matéria de ordem pública, razão pela qual a decisão proferida por juízo absolutamente incompetente é passível de ação rescisória (art. 966, II, CPC).

Por seu turno, o princípio do juiz natural se revela nos sistemas processuais contemporâneos mediante a proibição dos poderes de comissão (poder para instituir juízos para apreciarem casos concretos já ocorridos); e de evocação (poder para retirar, transferir ou avocar a competência fixada em lei para o juízo ordinariamente julgar a causa por motivos políticos ou discricionários).⁶

3 BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol.1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: parte geral do código de processo civil (livro eletrônico). 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 156.

4 CUNHA, Leonardo Carneiro. Jurisdição e competência. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. N.P edição e-book.

5 GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: Novos Estudos Jurídicos. Ano VII. n. 14. p. 9-68, abr. 2002.

6 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo

Além de funcionar como fator obstativo de tentativas de manipulação ou escolha do juízo competente para processar e julgar determinado caso no plano pessoal, no plano organizacional, o princípio do juiz natural atende à importante função de estabelecer qual Juízo é constitucionalmente competente para apreciar tal ou qual uma demanda, a depender de qual matéria ou pessoa está sendo julgada, em razão do local ou do valor.⁷

O sistema de repartição de competência alcança as regras de repartição de competência propriamente dita e as regras de criação dos tribunais, de lotação e designação dos julgadores, encontrando amparo na lei em sentido formal. Aos regulamentos administrativos, deve recair a função tão somente de complementar a lei, não podendo criar ou modificar os critérios objetivos.⁸ A predeterminação, no entanto, não é um dogma absoluto, como lembra Leonardo Greco ao comentar, por exemplo, acerca da possibilidade prevista no artigo 87 do CPC de mudança na competência depois de iniciado o processo em razão da extinção do órgão ou da alteração das regras de competência absoluta, ou mesmo de alteração da competência em razão da intervenção na causa de pessoa com foro especial.⁹

O princípio do juiz natural é, portanto, marcado por uma faceta subjetiva e uma objetiva. Na subjetiva, encontra-se o esforço de justiça material decorrente da independência e imparcialidade do julgador. Na face objetiva, encontra-se a tipi-

de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P

7 SCHWAB, Karl Heinz. “Divisão de funções juiz natural”, in Revista de Processo, n° 48, ano 12, 1987, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 125.

8 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P; HARTMAN, Guilherme Kronemberg. Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada. Salvador: Editora Juspoivm, 2021, p. 21 - 33

9 “(...) a racionalização do serviço judiciário e a eficácia da prestação jurisdicional podem exigir alterações de competência, como expressamente prevê entre nós o artigo 87 do *Código de Processo Civil*, ao referir-se à possibilidade de mudança na competência depois de iniciado o processo em razão da extinção do órgão jurisdicional ou de alterações de regras sobre a competência absoluta. O fundamental, do ponto de vista garantístico, é que essas modificações obedeçam à reserva de lei e sejam procedidas por critérios absolutamente objetivos e gerais (...)” Op. Cit. P. 47.

cidade dos critérios definidores do sistema de competência para que seja possível ajustar todas as causas a um regramento predisposto, devendo esses critérios ser claros, objetivos e abstratos.¹⁰

2. OS INSTITUTOS PROCESSUAIS E PRÁTICAS JUDICIÁRIAS QUE RELATIVIZARAM O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Ultimamente, a doutrina e a jurisprudência vêm redesenhando o princípio do juiz natural, do qual decorre a regra sobre competência, relacionada à “necessidade de observância da competência sob a perspectiva material, com destaque especial para o princípio da competência adequada.”¹¹

Antônio do Passo Cabral identifica certos mecanismos como incentivadores da relativização do juiz natural no sistema de competência do direito processual civil brasileiro, e entende que essa mudança é positiva. Em mesma linha, Maria Gabriela Campos defende que a flexibilização do sistema de competência é gradual, avança à medida que estes instrumentos e práticas se direcionam para a eficiência da jurisdição.¹² Está sempre em oposição, nessas discussões, a possibilidade de escolha do foro mais conveniente ou benéfico para as partes, e os riscos de abuso, em prejuízo da defesa de outra parte ou mesmo em prejuízo do exercício da jurisdição. Aliás, é possível até mesmo definir a competência territorial por meio de convenção processual (art. 190 do CPC).

Destacaremos, aqui, alguns desses mecanismos de flexibilização.

10 HARTMAN, Guilherme Kronemberg. Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada. Salvador: Editora Juspoivm, 2021, p. 21 - 33; CUNHA. Leonardo Carneiro. Jurisdição e competência. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. N.P edição e-book.

11 CC n. 199.079/RN, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrigli, Segunda Seção, julgado em 13/12/2023, DJe de 18/12/2023.

12 CAMPOS, Maria Gabriela. O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sobre o paradigma da cooperação nacional. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 57

2.1 Incidente de deslocamento de competência (IAC)

Por força do artigo 109, inciso V-A e § 5 da Constituição Federal de 1988 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004), em causas relativas a grave violação aos direitos humanos, o Procurador-Geral da República poderá suscitar o deslocamento de competência perante o Superior Tribunal de Justiça para transferir o processo em trâmite na Justiça Estadual para a Justiça Federal. Esta transferência de competência poderá ocorrer em qualquer fase do processo e inquérito, bem como terá como finalidade assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Além dos requisitos relacionados a grave violação dos direitos humanos e a finalidade relativa a atender o disposto nos tratados internacionais, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento para acrescentar um terceiro requisito: existir provas inequívocas da ineficiência do Juízo Estadual ou insuficiência dos mecanismos necessários para o processamento das causas envolvendo as graves violações.

Tal entendimento jurisprudencial foi firmada no bojo do IDC nº 1 (caso Dorothy Stang) e se justificou em razão do deslocamento da competência ser uma medida excepcional que deve levar em consideração o pacto federativo e o sistema de repartição de competências. O Ministro relator Arnaldo Lima consignou que:

Não é razoável admitir – sob pena, inclusive, de esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal – que todos os processos judiciais que impliquem grave violação a um desses direitos possam ensejar o deslocamento da competência para o processamento e julgamento do feito para o Judiciário Federal, banalizando esse novo instituto, que foi criado com a finalidade de disponibilizar instrumento capaz de conferir eficiente resposta estatal às violações aos direitos humanos, evitando que o Brasil venha a ser responsabilizado por não cumprir os tratados internacionais, por ele

firmados, que versem sobre esses direitos internacionalmente protegidos.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça entenda se tratar de medida excepcionalíssima, percebe-se que o IDC é mecanismo constitucional embasado em conceitos jurídicos indeterminados – “assegurar o cumprimento das obrigações” e “graves violações” – e que permite o Superior Tribunal de Justiça escolher qual órgão da Justiça Federal irá processar o feito, tendo em vista que o texto constitucional faz menção apenas a possibilidade de transferência de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal sem detalhar onde será este processamento¹³.

Além disso, o IDC permite a transferência da competência após a ocorrência do evento posto a julgamento e que confere poder de evocação ao Superior Tribunal de Justiça ao permiti-lo retirar matéria ordinariamente pertencente à competência da Justiça Estadual e inseri-la na Justiça Federal¹⁴. Desse modo, o IDC é um incidente que desafia três critérios tradicionais para definição de competência: determinabilidade, inderrogabilidade e indisponibilidade.

Cabral defende que esse IDC seria inconstitucional, por “atentar contra a garantia do juiz natural”, tendo em vista a maior margem de discricionariedade para que o STJ se manifeste sobre a conveniência do deslocamento da competência. O argumento, no entanto, não fica claro na obra, porque também há grande margem de discricionariedade, por exemplo, quando vai se aplicar o princípio da competência adequada para aferição do juízo mais capaz para julgar uma ação coletiva em que se tenha como pano de fundo desastres ambientais inter-regionais.

13 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P

14 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P

2.2 Incidente de Assunção de Competência

O incidente de assunção de competência (IAC) está previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil¹⁵ e permite o Tribunal, de ofício ou a requerimento dos legitimados, transferir a competência do órgão fracionário (turma ou câmara) para outro órgão do mesmo tribunal dotado de maior representatividade na sua composição com o propósito de formar precedente e fixar tese jurídica em causa de “relevante questão de direito, com grande repercussão social” e “interesse público”.

Na hipótese de o relator originário não compor o órgão colegiado no qual o processo será remetido para julgamento, há dissenso doutrinário em saber se se deve proceder a novo sorteio de relatoria ou manter o relator originário, ainda que este não faça parte daquele colegiado¹⁶.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, foram encontradas seis teses firmadas em sede IAC sendo que não houve mudança de relator em razão da transferência da competência¹⁷. No caso do IAC 05, a mudança de relatoria se deu

15 Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

16 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P

17 PROPOSTA DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE INSTAURADO DE OFÍCIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO CREDOR. ANDAMENTO DO PROCESSO. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO. (IAC no REsp 1604412/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 13/02/2017); INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. PRETENSÕES QUE ENVOLVAM SEGURADO E SEGURADOR E QUE DERIVEM DA RELAÇÃO JURÍDICA SECURITÁRIA. PRAZO PRESCRICIONAL ANUO. (REsp 1303374/ES, Rel. Ministro

em razão da Ministra Nancy Andrichi abrir divergência em relação ao Ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino que ficou vencido pela Segunda Seção¹⁸.

LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/11/2021, DJe 16/12/2021); INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIAS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CASO CONCRETO. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. PLANO “SAÚDE CAIXA”. MODALIDADE AUTOGESTÃO EMPRESARIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (CC 165.863/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 17/03/2020) INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. AÇÃO COLETIVA. SOJA ROUNDUP READY. TRANSGENIA. LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. LEI DE PROTEÇÃO DE CULTIVARES. ART. 10. INOPONIBILIDADE AO TITULAR DE PROTEÇÃO PATENTÁRIA. DUPLA PROTEÇÃO. INOCORRÊNCIA. SISTEMAS PROTETIVOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO. CIRCUNSTÂNCIA ESPECÍFICA QUE FOGE À REGRA GERAL. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. (REsp 1610728/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/2019, DJe 14/10/2019); INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CAUSA DE ALÇADA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 34 DA LEI 6.830/80. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF NO ARE 637.975-RG/MG - TEMA 408/STF. EXECUÇÃO FISCAL DE VALOR IGUAL OU INFERIOR A 50 ORTN’S. SENTENÇA EXTINTIVA. RECURSOS CABÍVEIS. EMBARGOS INFRINGENTES E DE DECLARAÇÃO. EXCEÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO (SÚMULA 640/STF). MANDADO DE SEGURANÇA. SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 267/STF. 1 (IAC no RMS 53720 SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 20/05/2019) (IAC no RMS 54712SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 20/05/2019); INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CABIMENTO. TERMO INICIAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO CREDOR-EXEQUENTE. (REsp 1604412 SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018); PROCESSUAL CIVIL. [...] INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC). COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. VARA ESPECIALIZADA DA JUSTIÇA COMUM. COMARCAS DIVERSAS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). ESTATUTO DO IDOSO. LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LACP). CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ATO NORMATIVO LOCAL. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA. VEDAÇÃO DE FACULDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO NA COMARCA DE DOMICÍLIO DO AUTOR. ILEGALIDADE. RESOLUÇÃO N.º 9/2019/TJMT. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA NORMATIZADA EM LEI FEDERAL COM A CONSEQUENTE REDISTRIBUIÇÃO DOS FEITOS. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO DE TESES VINCULANTES. (RMS 64525 MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/2021, DJe 29/11/2021) (RMS 64531 MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/2021, DJe 09/12/2021) (RMS 64625 MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/2021, DJe 09/12/2021) (RMS 65286 MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/2021, DJe 09/12/2021) (REsp 1896379 MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/2021, DJe 13/12/2021) (REsp 1903920 MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/2021, DJe 13/12/2021); INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NOS AUTOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIO, EXCETO AS DE ÍNDOLE ACIDENTÁRIA. JUÍZOS FEDERAL E ESTADUAL INVESTIDO NA JURISDIÇÃO DELEGADA. ART. 109, §3º, DA CF. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019. LEI FEDERAL Nº 13.876/2019. (IAC no CC 170051 RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/2021, DJe 04/11/2021)

18 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIAS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015). PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL.

Como se vê, a transferência de competência ocorre depois de estabelecida a competência das ações já ajuizadas ou dos recursos distribuídos, o que significa uma exceção à regra da *perpetuatio jurisdictionis* prevista no art. 43 do Código de Processo Civil¹⁹ que determina a fixação da competência no momento do registro ou distribuição, bem como protege o processo em curso das modificações de fato e de direito supervenientes. E, o IAC é estruturado a partir de conceitos jurídicos indeterminados (“relevante questão de direito, com repercussão social” e “interesse público”).

Assim, é evidente que o IAC é uma ferramenta processual que confere uma margem significativa de discricionariedade às partes e ao julgador porque torna possível a modificação de competência no curso do processo sob a justificativa de que servirá para tornar a jurisprudência estável, coerente e íntegra para fortalecer a segurança jurídica.

2.3 Incidente de Demandas repetitivas (IRDR) e Recursos repetitivos (RR)

O microssistema de resolução de processos repetitivos estabelecido no Código de Processo Civil de 2015 impõe que haja a seleção dos processos que servirão como referência para o procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivos (IRDR) ou do rito dos recursos repetitivos (RR). Após sele-

CONTROVÉRSIA ACERCA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CASO CONCRETO. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. PLANO “SAÚDE CAIXA”. MODALIDADE AUTOGESTÃO EMPRESARIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (CC 165.863/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 17/03/2020); INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. AÇÃO COLETIVA. SOJA ROUNDUP READY. TRANSGENIA. LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. LEI DE PROTEÇÃO DE CULTIVARES. ART. 10. INOPONIBILIDADE AO TITULAR DE PROTEÇÃO PATENTÁRIA. DUPLA PROTEÇÃO. INOCORRÊNCIA. SISTEMAS PROTETIVOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO. CIRCUNSTÂNCIA ESPECÍFICA QUE FOGE À REGRA GERAL. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. (REsp 1610728/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/2019, DJe 14/10/2019)

19 Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

cionados, os processos serão afetados, o que tem um efeito imediato na definição da competência, visto que caberá ao órgão responsável pela uniformização da jurisprudência do Tribunal julgar o incidente ou recursos e decidir todas as questões de direito que não são repetitivas em detrimento do juiz natural previsto na lei para julgar o litígio.

2.4 Decisão sobre o juízo que decidirá sobre as medidas de urgência na pendência de um conflito de competência

Nos conflitos de competência, o artigo 955 do Código de Processo Civil prevê que “o relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes”. Nota-se que, a redação do dispositivo normativo transcrito não informa se a designação será facultativa ou obrigatória, tampouco quais os critérios desta designação. Frente a isso, trata-se de uma decisão discricionária e na possibilidade de modificação de competência.

2.5 Medidas de investidura extraordinária e temporária de juízes sem critérios prefixados para escolha dos magistrados e distribuição de processos

Além de mecanismos processuais, existem práticas judiciárias que relativizam as ideias clássicas do princípio do juiz natural porque a modificação da competência ocorre temporariamente e a partir de critérios discricionários.

Cabral cita, como exemplo, a convocação de juízes de instâncias inferiores para atuarem perante os tribunais; a designação de juízes em auxílio; os mutirões de magistrados para práticas de atos processuais em outros juízos; constituição de câmaras ou turmas para atuação nas férias forense²⁰.

20 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provi-

Sobre a convocação de juízes de instâncias superiores para atuarem perante os tribunais, cuida-se de uma medida de investidura extraordinária, posto que o magistrado não está ordinariamente investido para desempenhar a função no Tribunal e exercerá esta função de modo temporário. No caso das Câmaras, ou turmas constituídas para atuação durante às férias forenses, estes órgãos contam com desembargadores devidamente investidos, mas a definição destes desembargadores é por critérios discricionários.

No que tange às designações de juízes em auxílio, estas práticas se justificam em razão do excesso de trabalho existente em determinados juízos, o que impulsiona juízes não lotados regularmente serem transferidos para outro órgão jurisdicional para trabalharem por um dado período. Cabral analisou as modalidades de designações realizadas nos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná para concluir que as designações não encontram previsão em critérios abstratos, prévios e objetivos²¹.

Os mutirões de magistrados ocorrem quando há a reunião juízes para auxiliar na prática de atos processuais em juízo diverso para, por exemplo, realizar a prolação de sentenças de processos conclusos há muito tempo ou audiências de conciliação. Frequentemente, os juízes são convocados para estes mutirões ou aderem voluntariamente. Em ambas as hipóteses, também inexistem critérios abstratos, prévios e objetivos para decidir quais juízes serão convocados, nem nos processos inseridos no mutirão.

2.6 Modificação de competência jurisdicional por meio de atos administrativos

A criação e especialização de varas, bem como organização dos órgãos fracionados dos tribunais são feitas por portarias ou resoluções ex-

mento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P

21 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P

pedidas do próprio tribunal. Ainda que portarias e resoluções sejam feitas com amparo no regimento interno do respectivo tribunal, a escolha do local da vara, a matéria objeto da especialização e o número de varas ou turmas obedecem a critérios relacionados à eficiência processual. Portanto, é uma prática que enfraquece a reserva legal imposta pelo princípio do juiz natural na sua concepção tradicional.

3. APORTES TEÓRICOS, NORMATIVOS E JURISPRUDENCIAIS DO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA

Os mecanismos processuais e práticas judiciais previstas permitem que, em certas situações, haja certa flexibilidade na escolha do juízo da causa. À vista desta realidade, Campos aponta, por exemplo, que no campo dos processos coletivos, competências jurisdicionais é regido pelo princípio da competência adequada, tendo em vista, inclusive, que a eficiência processual é uma das balizas norteadoras estabelecidas no novo Código de Processo Civil²².

A autora define que o princípio da competência adequada deriva do devido processo legal, adequação e boa-fé, cuja razão de existir é “reconhecimento da insuficiência da determinação apriorística das regras atributivas de competência, sem as ponderar com as circunstâncias do caso concreto”²³. Além disso, acrescenta que se trata de um postulado que “permite a identificação do órgão competente em sintonia com as circunstâncias do caso concreto”.

Ademais, o princípio da competência adequada expressa que as regras de competência previamente estabelecidas em Lei em sentido formal podem indicar um juízo que não é útil, adequado ou funcional para a julgar o caso concreto²⁴.

22 CAMPOS, Maria Gabriela. O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sobre o paradigma da cooperação nacional. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 72.

23 CAMPOS, Maria Gabriela. O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sobre o paradigma da cooperação nacional. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 72.

24 É importante lembrar que, de acordo com a regra Kompetenz-Kompetenz o julgador possui competência para decidir sobre sua própria competência.

Assim, pressupõe-se que o exame da legalidade estrita para definição do juízo competente não é uma medida satisfatória às sociedades contemporâneas altamente complexas e com rápido fluxo de informações.

Ante a realidade do mundo, a atribuição apriorística de competência pode, eventualmente, significar um entrave para a prestação jurisdicional eficiente. Dito isto, o sistema de competências deve ser adaptável para se adequar às peculiaridades do caso concreto; funcional para conjugar esforços de diferentes órgãos jurisdicionais; e flexível para permitir o processo se moldar à natureza da causa. Ao invés de se questionar qual juízo competente, indaga-se qual juízo decidiria melhor?²⁵

Para responder à pergunta, o Código de Processo Civil de 2015 instalou um ambiente normativo propício a adequação do sistema de competências a situações que demandem um tratamento diferenciado. Além de estabelecer expressamente que a eficiência como um dos fundamentos da sistemática processual brasileira²⁶, previu instrumentos processuais que permitem o procedimento jurisdicional ser flexível e adaptável ao caso concreto.

São exemplos: as medidas executivas atípicas previstas no artigo art. 139, inciso V²⁷; a possibilidade de modificação do procedimento em ações que versem sobre direitos que admitem autocomposição, nos termos do artigo 190²⁸;

25 CABRAL, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, 2017. N.P

26 Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

27 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
IV - Determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

28 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

e o, no artigo 188²⁹, há o reconhecimento da validade dos atos processuais praticados em forma diversa daquela prescrita em lei, desde que aptos a atingir a sua finalidade.

Ainda, o Código de Processo Civil, de 2015, previu o dever de recíproca cooperação dos sujeitos processuais em todas as instâncias e graus da jurisdição; e ampliou a cooperação judiciária nacional ao determinar, em seu artigo 68, que “Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual” e trazer um rol de meios para implementar a cooperação judiciária: auxílio direto, reunião ou apensamento de processos, prestação de informações e ato concertados entre juízes cooperantes.

Ferreira ensina que o auxílio direto é “o ato executado pelos órgãos do Poder Judiciário sem maior formalidade legal ou juízo de delibação”; a reunião ou apensamento de processos consiste no processamento em conjunto de processos que tenham em comum questão de fato ou de direito; a prestação de informações se refere à troca de informações de necessárias para o deslinde das controvérsias; e os atos concertados dos juízes cooperantes são uma:

Técnica voltada à concretização do direito fundamental a um processo efetivo. Trata-se de acordo atípico entre dois ou mais juízes para regulamentar uma relação permanente entre os juízos cooperantes, autorizando a alteração da competência para a prática de determinados atos, em prol da eficiência na administração judiciário³⁰.

À luz dos aportes teóricos trazidos por Campos e a análise normativa do Código de Processo Civil de 2015, apreende-se que o sistema de competências no processo civil brasileiro está estruturado a partir de instrumentos que

29 Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

30 FERREIRA. Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. 2019, p. 25

propiciam a interação consensual entre os sujeitos dos processos e órgãos do Poder Judiciário, cujo foco é facilitar o diálogo judicial em prol da eficiência na prestação jurisdicional.

A princípio, na ação civil pública, a competência é definida pelo lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, ou, cuidando-se de danos de âmbito regional ou nacional, o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, I e II, do CDC). A natureza da competência é territorial e absoluta, além de concorrente para a hipótese do inc. II do art. 93 do CDC.

Nos termos do art. 2º, da Lei nº 7.347/85, o Juízo Federal tem competência absoluta sobre o local onde ocorrer o dano, para as hipóteses previstas no art. 109, da Constituição.³¹ 21. Ainda, por força do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, as regras sobre competência em razão de danos transindividuais nacionais ou regionais estão previstas no Código de Defesa do Consumidor, que determina a competência da causa no foro da capital do estado ou do Distrito Federal (artigo 93, CDC)

Contudo, é difícil, muitas vezes, definir qual seria o Juízo adequado para processar e julgar ações que discutam desastres ambientais com efeitos irradiados de difícil localização geográfica estrita.³²

O Superior Tribunal de Justiça examinou caso paradigmático em que examinou o princípio da competência adequada. Como recorte metodológico, esta investigação escolheu verificar o Conflito de Competência nº 144.922/MG³³ em

31 RUSCH, Erica. Competência na Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais: o Estudo do caso da Transposição do Rio São Francisco in Tutela Jurisdicional Coletiva. coord. DIDIER JR. Fredie; MOUTA, José Henrique. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

32 “A definição do juízo tem direta relação com a instrução probatória, com a proximidade do juiz dos fatos ocorridos, com a publicidade da ação e possibilidade de participação das partes” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo (Volume 4). 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 170).

33 PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE.

que se discute se a competência para processar e julgar as ações civis públicas ajuizadas em decorrência do rompimento da barragem do fundão em Mariana/MG era a do Juízo Estadual ou Juízo Federal, ambos do município de Governador Valadares/MG.

Neste processo o Ministério Público, em seu parecer, opinou pela competência do Juízo Federal de Belo Horizonte, um terceiro juízo estranho ao conflito de competência instaurado, com fundamento nos seguintes argumentos:

uma situação de multiconflituosidade, com o risco potencial de agravamento de dúvidas, incertezas, indefinições, contradições na prestação jurisdicional, tudo culminando em insegurança jurídica e retardamento na solução judicial quanto às consequências para a maior tragédia ambiental envolvendo exploração mineral de que se tem notícia até hoje. Daí a importância em se definir o único Juízo competente para as demandas, de forma a racionalizar a atividade jurisdicional e a evitar decisões díspares, conflitantes e incompatíveis entre si.

O Superior Tribunal de Justiça acatou os argumentos do Ministério Público e concluiu que:

A 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais possui melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só a reparação ambiental *stricto sensu*, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos da-

IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (CC 144.922/MG, Rel. Ministra DÍVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 09/08/2016)

nos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos

Com efeito, a preocupação que se revelou durante o julgamento do Conflito de Competência nº 144.92/MG foi identificar o juízo que teria as melhores condições para solucionar as ações civis públicas, ainda que se trate de diversos daqueles previamente estabelecidos em lei. Pois, diante da magnitude do desastre do rompimento da barragem, a prestação jurisdicional deveria ser oferecida de modo ótimo sob o prisma da eficiência.

Se ocorrer a concorrência de foros, a escolha será do autor (forum shopping). No entanto, pela interpretação da regra da *kompetenkompetenz* – instituto pelo qual todo juiz é competente para examinar sua própria competência – e pelo princípio da eficiência, o juízo para o qual foi distribuída uma ação civil pública que tenha por objetivo a condenação pela prática de um ilícito de âmbito nacional ou regional (v.g., Foro da Comarca da Capital de São Paulo) poderia atuar para excluir a opção do autor (forum non conveniens) e remeter o processo para outro foro concorrentemente competente, mas com melhores condições na atuação do procedimento (v.g., contato com a prova ou com os fatos da causa). Nesse caso, a eficiência é manifesta em termos de custos e celeridade processual. A qualidade da decisão também seria alçada pelo contraditório mais efetivo.

CONCLUSÃO

No presente estudo, constata-se que o princípio do juiz natural é uma garantia processual de natureza constitucional que, *a priori*, desemboca em um

sistema de competências marcado fortemente pela observância da estrita legalidade e rigidez.

Contudo, verificou-se que a Constituição Federal de 1988 e Código de Processo Civil de 2015 não eliminaram as oportunidades de escolha na definição da competência, podendo modificá-la de ofício pelo juiz ou à requerimento das partes através de diferentes incidentes, mecanismos e pactos de vontade.

À vista disto, a doutrina percebe que o sistema de competência do direito processual civil da atualidade e é regido pelo princípio da competência adequada, sistema estruturado sobre a adaptação, funcionalidade e flexibilidade dos procedimentos jurisdicionais para que os processos judiciais sejam mais maleáveis às situações postas e otimizar atividade jurisdicional. Logo, resta ao princípio do juiz natural receber uma nova roupagem à luz dos complexos fenômenos contemporâneos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no REsp 1604412/SC**. Segunda Seção. Relatoria: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Sessão 08/02/2017. Diário de Justiça Eletrônico, 13 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1303374/ES**. Segunda Seção. Relatoria: Luís Felipe Salomão. Sessão 30/11/2021. Diário de Justiça Eletrônico, 16 de dezembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 165.863/SP**. Segunda Seção Relatoria Paulo De Tarso Sanseverino. Sessão. Diário de Justiça Eletrônico, 17 de março de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1610728/RS**. Segunda Seção. Relatoria Ministra NANCY ANDRIGHI, Sessão em 09/10/2019, Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no RMS 53720**. Primeira Seção. Relatoria SÉRGIO KUKINA, Sessão em 10/04/2019, Diário de Justiça Eletrônico de 20 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1903920**. Primeira Seção. Relatoria Ministro OG Fernandes. Sessão em 21/10/2021, Diário de Justiça Eletrônico de 13 de dezembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IAC no CC 170051**. Primeira Seção. Relatoria Ministro Mauro Campbel Marques, Sessão em 21/10/2021, Diário de Justiça Eletrônico de 04 de novembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 144.922/MG**, Primeira Seção. Relatoria: Desembargadora convocada do TRF3 Região Diva Malerbi. Sessão de 22.06.2016, Diário de Justiça Eletrônico 09 de agosto de 2016.

AMIN JREIGE NETO, C.; DA SILVA FILHO, D. Resignificação do princípio do juiz natural: a busca por uma jurisdição efetiva por meio de ato concertante para organizar demandas decorrentes da covid-19. **Caderno Virtual**, [S. l.], v. 2, n. 47, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4699>. Acesso em: 2 mar. 2022.

CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: edição do autor, 2017.

CAMPOS, Maria Gabriela. **O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sobre o paradigma da cooperação nacional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CUNHA. Leonardo Carneiro. **Jurisdição e competência**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. N.P edição e-book.

FERREIRA. Gabriela Macedo. **O ato concertado entre juízes cooperantes**: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. *Civil Procedure Review*. v.10, n.3: set.-dez. 2019,

HARTMAN, Guilherme Kronenberg. **Competência no processo civil**: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada. Salvador: Editora Juspoivm, 2021, p. 21 - 33;

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

O PRAGMATISMO JURÍDICO E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LEGAL PRAGMATISM AND THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND TRANSPHOBIA BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Recebido: 21/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Claudio Kitner

Doutorando pela PUC/SP

Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade Damas

Professor de Graduação da Faculdade Damas e de Pós-graduação da ESA/PE

Diretor do Foro da JFPE

Juiz Federal

RESUMO: A hermenêutica jurídica, e sua relação com a filosofia do direito, traz uma grande contribuição na interpretação dos textos jurídicos, mas, não sendo capaz de apresentar cânones objetivos que conduzam os julgadores a um caminho uniforme para a tomada das decisões, enfrenta inúmeros problemas que refletem no julgamento de causa concretas. Um dos critérios interpretativos pode levar em consideração características do pragmatismo filosófico e jurídico, o que nos leva à indagação sobre elas estarem ou não sendo utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que implicitamente, nas suas fundamentações. Partindo da hipótese afirmativa, a testamos mediante análise do acórdão

proferido no Mandado de Injunção 4733/DF que, ao lado da ADO 26/DF, criminalizou a homofobia e a transfobia. Ao final, confirmamos o que no início era só uma intuição, embora ressaltando que a conclusão se apresenta exclusivamente em face do caso abordado, incentivando outras pesquisas semelhantes e apenas sugerindo uma possível tendência, sem a pretensão de uma análise quantitativa que indique o percentual de vezes em que isso aconteça na Suprema Corte.

Palavras-chave: Pragmatismo. Suprema Corte. Criminalização da homofobia.

Abstract: Legal hermeneutics, and its relationship with jurisprudence, makes a great contribution to the interpretation of legal texts. However, it is able neither to present objective ways nor to allow judges to get an uniform decision, in fact, dealing with several problems found during the judgment of specific cases. One of the ways of interpretation can take into account the characteristics of philosophical and legal pragmatism, which leads us to ask whether or not they are being used by the Brazilian Supreme Court, at least implicitly, in its opinions. Our hunch is affirmative, and we tested it by analyzing the decision made by the Court in the writ of injunction 4733/DF which, together with the ADO 26/DF, criminalized homophobia and transphobia. At the end, we confirmed what at first was just an intuition, although highlighting that the conclusion is presented only from the perspective of the studied case, in order to suggest other researches to address other cases. We did not intend to make a quantitative approach which would be required to indicate the amount of times that the same way was followed by the Supreme Court.

Keywords: Pragmatism. Supreme Court. Criminalization of homophobia.

INTRODUÇÃO

A globalização mais recente aparenta ter provocado reações não só na economia, na política, no modelo de convivência entre os povos, na própria formação dos direitos nacionais e, para os fins que mais interessam ao presente trabalho, até mesmo na aplicação do direito pelo Poder Judiciário. É sintomático desse cenário, a inspiração brasileira em teorias e correntes filosóficas estrangeiras, citadas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, máxime em julgados envolvendo direitos fundamentais. Talvez isso não seja uma decorrência única do fenômeno globalizante, mas pode ser facilitado por ele.

Esse crescente movimento de internalização de ideias importadas de outros sistemas justifica-se, em parte, em razão do ambiente propício de textos constitucionais abertos, repletos de conceitos indeterminados, expressões vagas e princípios de alta abstração, o que, inclusive, é natural no âmbito de um diploma de tamanha dimensão normativa. Para resolver os casos concretos, porém, o intérprete terá que se valer de inúmeros critérios apontados pela doutrina e, às vezes, pela própria legislação, o que não tem como ser totalmente diferente no circuito criminal, considerando que ele também se vale da linguagem, sempre imprecisa em maior ou menor proporção.

O positivismo jurídico tradicional pensou em possível uso, concomitante ou alternado, de vários métodos de interpretação dos textos normativos, como o literal, o lógico e o sistemático, que consideram a sintática das palavras; o teleológico, sociológico e o histórico, que levam em conta a semântica, sem falar nos tipos especificador, restritivo ou extensivo. Por sua vez, há também critérios apontados por pós-positivistas, os quais, a despeito de variações, *grosso modo*, pretendem uma interpretação que considere a integração da moral ao direito, por meio de princípios superiores às regras,

explícitos ou mesmo implícitos, os quais seriam capazes de conduzir a uma única resposta certa em cada caso concreto, mediante a busca da justiça para a situação particularizada¹.

Nesse cenário hermenêutico problemático, ou pelo menos muito fluido, dentre os vários direitos fundamentais está aquele que proíbe o racismo ou, mais genericamente, qualquer forma de preconceito e discriminação (art. 3º, IV, art. 5º, XLI e XLII, todos da CF). Diante dessas oportunas previsões constitucionais, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a decidir sobre a homofobia e transfobia serem ou não crimes de acordo com o ordenamento jurídico vigente, tendo a mais alta corte do país decidido, por maioria, em sentido afirmativo, no julgamento da ADO 26/DF e do MI 4733/DF.

Com esta pesquisa não pretendemos analisar se a interpretação efetuada pelo STF foi tecnicamente a mais correta, seja sob um ponto de vista constitucional, seja sob uma visão exclusivamente de direito penal. Também não almejamos avaliar se a posição adotada se harmoniza com o momento de uma filosofia constitucional ou criminal dominante no território nacional. Pelo contrário, nosso objetivo é apenas avaliar se, dentre os vários argumentos apresentados, é possível inferir ter sido considerada, ainda que implicitamente, alguma característica inerente ao pragmatismo filosófico-jurídico, por meio de um estudo transdisciplinar do importante precedente criminal da nossa Suprema Corte. Com isso, almejamos provocar reflexões sobre a aplicação futura desse tipo de raciocínio jurídico no direito penal brasileiro.

A nossa pergunta, então, é : o STF aplica elementos próprios do pragmatismo jurídico como critério de interpretação para a tomada das suas decisões? A nossa hipótese é de que isso ocorra, mas para testá-la nos restringiremos ao exame da criminalização da homofobia e transfobia, ainda

¹ Um dos principais autores que embasam o pós-positivismo jurídico brasileiro é Ronald Dworkin, cujos argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política (2010, p. 431).

assim de forma limitada ao MI 4733/DF, em face do necessário corte metodológico que viabilize a pesquisa sob o ponto de vista espacial.

A escolha da aludida ação constitucional ocorreu em razão do contexto social e histórico que permeia a questão jurídico-política da tutela penal contra a homofobia e transfobia. Isso nos conduziu a investigar as manifestações dos ministros no julgamento apontado. No entanto, diante do mencionado limite de espaço, que nos restringe a estudo de caso único, com a utilização de um método empírico meramente qualitativo, nossa conclusão deverá ser considerada exclusivamente em função da decisão analisada, sem uma pretensão quantitativa estatística que permita a generalização da resposta. Ela, no entanto, será muito relevante, sugerindo uma tendência que pode estar ocorrendo com certa frequência, incentivando outros pesquisadores à abordagem de diferentes julgados, passados ou futuros, bem como à ponderação sobre essa forma de interpretação do direito penal.

Começaremos a investigação pela análise do pragmatismo filosófico, chegando em seguida ao pragmatismo jurídico, a fim de, inicialmente, verificar alguns dos seus elementos fundamentais. Uma vez estabelecidas essas premissas, passaremos à sua verificação em face da decisão concreta objeto de exame para, finalmente, termos a nossa conclusão.

1. O PRAGMATISMO COMO DOUTRINA FILOSÓFICA

Obviamente não seria possível esgotar a abordagem do pragmatismo como uma corrente de pensamento filosófica, nem mesmo examiná-lo profundamente neste momento, o que fugiria às possibilidades de um artigo de pesquisa jurídica. Apesar disso, para responder adequadamente à nossa pergunta, não podemos deixar, em certa medida, de iniciar a investigação mediante a apresentação de alguns dos seus aspectos principais.

Originado como escola filosófica no fim do século XIX, o pragmatismo filosófico surgiu em Boston, Massachusetts, sob a égide de um clube metafísico, o qual, de forma até irônica, criticava a metafísica clássica, opondo-se frontalmente às filosofias de natureza especulativa. Tinha como proposta, dentre outras, rever o empirismo, contrapor-se ao ceticismo e trazer uma nova visão de verdade (SHOOK, 2002, p. 11).

Para alguns, como é o caso do professor holandês Cornelis Waal, o pragmatismo corresponderia à adoção sistemática e consciente de um método que os filósofos já vinham praticando desde a Antiguidade (2007, p. 18). Na visão de William James, ele seria uma nova forma de ver antigas ideias, como aquelas ligadas ao utilitarismo de John Stuart Mill e o ceticismo do iluminismo escocês. Aliás, Sócrates já teria sido adepto do método pragmático, enquanto Aristóteles também o teria empregado metodicamente. Já Locke, Berkeley e Hume teriam feito contribuições momentâneas à verdade por seu intermédio. Shadworth Hodgson, por sua vez, teria insistido em que as realidades seriam somente o que sabemos delas. Mas James esclareceu que esses precursores do pragmatismo o utilizaram de maneira fragmentária, apenas o inaugurando. Somente na sua época essa filosofia se generalizaria, pretendendo uma missão universal de destino conquistador (1985, p.19).

É importante registrar, outrossim, que o conceito de pragmatismo não é limitado, o que permite sua compreensão de diversas formas. Nesse sentido, bem anotou Rafael Oliveira não existe um único pragmatismo homogêneo, mas diversas formas de sua compreensão, tendo em vista as influências de diferentes formas antigas do pensamento, tais como do darwinismo, do ceticismo e do empirismo da Antiguidade clássica (2012, p. 18).

isso, porém, não significa que os seus pensadores tradicionais deixaram de ter uma série de posições comuns. De forma geral, eles propugnaram a experiência como ponto de partida, fazendo-a servir como teste de verdade. Houve uma desvalorização dos debates conceituais e, em

contrapartida, uma valorização da análise dos resultados obtidos nos casos concretos, com base na experimentação. Em síntese, a abstração, característica da tradição filosófica anterior, cedia espaço para uma guinada empirista, a exigir, para validade de uma proposição, a demonstração de suas prováveis consequências (CARVALHO, 2006, p. 76).

Para James, o pragmatismo era uma teoria da inquirição da verdade. Foi ele quem o apresentou, pela primeira vez, à comunidade intelectual norte-americana, na Conferência *Philosophical Concept and Pratical Results*, em 1898, mas fazendo menção a Charles Peirce como o autor da ideia. Sustentou que para atingir uma clareza perfeita em nossos pensamentos precisamos apenas considerar quais os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pensado pode envolver, assim como as sensações que daí devemos esperar e as reações que devemos preparar (1967, p. 40)

A filosofia pragmática de William James consagrou uma posição intermediária entre os racionalistas e os empiristas. Ele preconizava uma forma conciliatória, mas mediante o estabelecimento de uma conexão positiva com o mundo real. A perspectiva das coisas, então, foi modificada. Deixava-se de olhar de forma simplória para o objeto e prestigiava-se seus frutos, suas consequências (NASCIMENTO, 2011, p. 9).

Já Peirce entendia que a verdade tida pelo homem não apareceria como algo permanente, mas mutável conforme o caso ou perspectiva, por isso sendo sujeita à falibilidade. Essa doutrina da falibilidade apregoa que jamais podemos dizer que se atingiu a verdade última, porque ela está eternamente sujeita a testes de verificação concreta (1958, p. 212).

Na visão de Peirce, então, o pragmatismo seria muito mais um método do que propriamente uma teoria da verdade. Seria uma técnica auxiliar para facilitar a compreensão das questões metafísicas, por intermédio da investigação dos efeitos práticos, visando ao conhecimento do objeto de análise (VIANA, 2021, p. 87). Além disso, para ele a determinação do sentido de uma

concepção intelectual deveria considerar as consequências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da referida concepção. Na mesma trilha, a soma dessas consequências constituiria o sentido total da concepção (1983, p. 8)

John Dewey, por sua vez, trabalhou com conceitos sujeitos à construção do tempo, associando-os à experiência, que realmente se anunciava como a novidade do pragmatismo, preocupado com as consequências, e não com os antecedentes, incentivando e possibilitando a ação criativa (RODRIGUES, 2008, p. 201). Para ele, o pragmatismo era uma filosofia de ação. Defendia a ideia do fluxo contínuo, segundo a qual a experiência determinaria um acréscimo às novas ações, que geravam novas experiências. Por isso que muitos nomeiam o pragmatismo de Dewey de instrumentalista, no sentido de instrumental da ação. Ele rejeitava, pois, o fundacionalismo. O pensamento seria, assim, sempre mutável (NASCIMENTO, 2016, p. 199).

Realmente, Dewey entendia que era equivocada a crença que considerava as consequências como um fator desprezível na conduta, destacando que os objetivos das ações correspondem às consequências previstas que influenciam a deliberação. Para ele, é insensatez agarrar-se a determinado fim único do qual se gosta e permitir que a visão desse fim apague da percepção todas as demais consequências não desejadas ou indesejáveis (1922, p. 223 e 229).

Por sua vez, ele também afirmava, de fato, que todo objeto idealizado deveria ser sugerido por algo experimentado de verdade, somente se tornando um fim quando elaborado em termos de condições concretas disponíveis para sua realização (1922, p. 235), de onde se infere a relevância dada à experiência e à prática em oposição a uma teoria isolada.

Mas as situações sociais se alteram, sustentava Dewey, de maneira que seria uma bobagem não observar como velhos princípios na realidade trabalham sob novas condições. Então, não os modificar impede que sejam instrumentos mais eficazes no julgamento de novos casos. A perpetuação de ideias desenvolvidas sob condições passadas gera equívocos, o que conduz à alternativa inteligente de rever, adaptar, expandir e alterar as regras. O problema é de continuidade readaptação vital (1922, p. 240).

Ainda poderíamos citar, dentre outros grandes pensadores, Holmes Jr., nesta parte relativa ao pragmatismo filosófico. Entretanto, considerando que ele ocupou o cargo de *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo enorme relação específica com o direito, deixaremos para abordar as suas ideias no âmbito do pragmatismo jurídico, sem esquecer da sua linha comum no pensamento pragmático.

Estabelecida uma base filosófica geral da matéria, apenas naquilo necessário a dar sequência à investigação, agora entremos especificamente no pragmatismo jurídico, ainda mais importante para avaliar a forma de trabalho do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em face de um único caso concreto.

2. O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO DESDOBRAMENTO DO PENSAMENTO FILOSÓFICO

Apesar de ser um desdobramento do pragmatismo filosófico, a vertente jurídica dele se desgarrar, pois o primeiro possui natureza prioritariamente acadêmica e complexa, com pouca relevância direta na atividade judicial, embora sirva como vetor de compreensão da gênese do

segundo. Daí a necessidade de, agora, abordar a concepção de forma estritamente relacionada ao direito.

Para alguns, a vertente jurídica do pragmatismo não apenas se aproxima do chamado realismo jurídico norte-americano², mas até mesmo se equivale a ele (FREITAS, 2009, p. 12). Em contraste, contudo, também existe aqueles que interpretam o pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr, pai do pragmatismo especialmente quando aplicado ao direito, como tendo sido firmemente convencional. Nesse sentido, ele acreditaria que proposições suficientemente concretas para decidir casos seriam decisivas, mais do que aspectos políticos, filosóficos ou de psicologia, o mesmo não acontecendo apenas diante de proposições mais gerais. Por isso, ele seria mais um antepassado do realismo do que um realista propriamente dito (SCHAUER, 2009, p. 126).

Mas esse debate, embora esse debate seja muito importante, ele não é essencial para investigar nossa hipótese. Em face do objetivo de apenas procurar as principais características do pragmatismo jurídico, para aferir se uma ou mais estão sendo utilizadas nos julgamentos do STF, aqui de forma limitada ao MI 4733/DF, nossa análise se restringirá a dois consagrados nomes que indiscutivelmente integram essa corrente: o mencionado Oliver Wendell Holmes Jr e Richard Posner, o primeiro mais antigo e já falecido, o segundo mais recente. A despeito de obviamente eles não falarem por todos os outros que seguem a mesma linha de pensamento, serão suficientes para o fim a que nos propomos. Dito de outra forma, com as explicações já efetuadas a respeito do pragmatismo filosófico, bem como mediante uma indicação do pensamento

2 A escola do realismo jurídico tinha como premissa básica, em brevíssimo resumo, apenas para situar o leitor, a de que o direito seria o que o Poder Judiciário dizia que ele é, e não o que previa o formalismo jurídico (D'MACÊDO, 2013, p.2).

de Holmes Jr e Posner, teremos base bastante para decompor o pragmatismo jurídico nos seus elementos fundamentais.

3. O PRAGMATISMO JURÍDICO TRADICIONAL EM OLIVER WENDELL HOLMES JR.

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) foi professor da Universidade de Harvard, *justice* e *chief justice* (presidente) do Supremo Tribunal de Massachusetts, depois *justice* da Suprema Corte dos EUA. Era considerado um liberal, que não tolerava violações dos direitos civis, em especial da liberdade de expressão. Mas também acreditava que os tribunais não deviam impor ao povo suas teorias econômicas e sociais, aceitando a experiência social legislativa, muito embora a considerasse imprudente (MORRIS, 2015, p. 424).

Ele foi um dos grandes mentores do pragmatismo filosófico e o principal pioneiro da sua faceta jurídica. A influência desse pragmatismo clássico na sua formação específica é bem sintetizada em difundidas palavras suas:

A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação do curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser (HOLMES, 1963, p. 29).

Já no seu “O caminho do direito”, Holmes Jr. criticou a teoria, dizendo que ela coloca a carroça à frente dos cavalos, considerando o direito ou

a obrigação como algo que exista independentemente das consequências de sua ofensa. Acrescentou que um direito ou dever legal não passa de uma previsão sobre o que alguém sofrerá em decorrência da certa conduta comissiva ou omissiva (1897, p. 2).

Salientando a importância prática de uma distinção entre moral e direito, asseverou que o homem mau teria muito mais razões que o bom para desejar evitar um encontro com a força pública. Por isso, seria a prática do direito que tenderia a formar bons cidadãos. Para conhecer o direito, haveria necessidade de colocar os olhos no homem mau, por ser ele que se preocupa apenas com as consequências materiais que pode prever como decorrência da sua conduta, enquanto o homem bom encontraria seus motivos para agir não só dentro dele, mas também fora, no mais vago da consciência (1897, p. 2 e 3).

À pergunta a respeito do que constitui direito, Holmes Jr. respondeu tomando em consideração e concordando com o homem mau. Disse que ele deseja descobrir o que os órgãos jurisdicionais provavelmente decidirão, conduzindo o direito às profecias sobre essas decisões. Se opôs, então, ao pensamento de que direito seria um sistema de razão no qual haveria uma dedução de princípio de ética ou de axiomas admitidos (1897, p. 4).

Holmes Jr. também atacava a ideia de que a única força em funcionamento no desenvolvimento do direito fosse a lógica, o que era chamado por ele de falácia. Admitiu que a linguagem da decisão judicial era sobretudo a linguagem da lógica, ansiosa por certeza, mas essa certeza seria, em geral, uma ilusão, por ser possível dar à forma lógica qualquer conclusão (1897, p. 8). Nessa linha, ele não acreditava na possibilidade em geral do uso de deduções para soluções, tampouco para a obtenção de resultados definitivos, dizendo que a afirmação contrária não seria aceita na prática (1897, p. 9).

Na mesma obra, ele também expôs um dever de os juízes ponderarem considerações de benefício social, afirmando que a repugnância em relação à questão deixaria desarticulado o verdadeiro terreno dos julgamentos, o que frequentemente ocorreria de forma inconsciente (1897, p. 10).

Defendendo o evolucionismo, continuou dizendo que seu adepto hesitaria em afirmar validade universal para os próprios ideais sociais, ou para os princípios que pensa que deveriam ser incorporados à legislação. Ele ficará contente se puder provar que são os melhores em determinado momento e local. O estudo racional do direito ainda seria uma grande extensão da história, porque sem ela não poderíamos precisar o escopo das regras que devemos conhecer (1897, p. 11).

Poderíamos permanecer na abordagem desse trabalho, mas considerando a necessidade de igualmente tecer considerações sobre mais um, passemos a ele, ainda que menor e menos importante para a busca das características do pragmatismo jurídico. Trata-se do seu “Direito Natural”, igualmente publicado na *Harvard Law Review*, agora já no ano de 1918.

Embora nesta análise, de alcance mais limitado, o foco aparente tenha sido numa crítica principal ao jusnaturalismo, o autor não deixa de abordar alguns elementos do pragmatismo jurídico. Ele começa falando, logo no primeiro parágrafo, do esforço do filósofo em provar que a verdade é absoluta, bem como do jurista por buscar critérios de validade universal colhidos sob o título do direito natural (1918, p. 40), com os quais ele discorda..

Relacionando o conceito de verdade apenas a uma aceitação majoritária, Holmes Jr. entendia que o seu teste não passa de uma referência a uma suposta maioria presente ou futura em favor de determinada visão. Definiu a verdade como um sistema de limitações intelectuais, que obteria objetividade

no fato de encontrar-se outra pessoa sujeita ao mesmo raciocínio em maior ou menor extensão, mas nunca inteiramente (1918, p. 40).

Já tivemos certeza de muitas coisas que não eram tão certas, dizia ele. Enquanto a experiência de alguém torna certas preferências dogmáticas para si mesmo, o reconhecimento de como elas vieram a ser assim permite ver que outros também podem ser dogmáticos em relação a alguma outra coisa (1918, p. 40 e 41).

Para Holmes Jr., os homens, em grande medida, acreditam no que querem, ainda que eles não vejam nisso uma base para uma filosofia, que nos diga o que nós deveríamos pretender querer. E a postura deles em relação ao universo não seria motivo para ficar insatisfeito, a menos que estivéssemos seguros de que nossas verdades fossem as verdades cósmicas, como se nossas conclusões fossem a palavra final de um todo inimaginável (1918, p. 43).

Holmes Jr. deixou um grande legado. Na Suprema Corte, foi sucedido por Benjamim Cardozo, o seu ídolo judicial (MORRIS, 2015, p. 424), o que o levou a apresentar uma semelhante filosofia de pensamento jurídico. Nessa linha, Cardozo se preocupou com a formação de texto normativo para o futuro, com sua elaboração judicial relacionada a realidades da vida, com o direito sendo um sistema vivo, com a importância de testes de experiência, com a ausência de verdades preestabelecidas que tivessem validade universal inflexível, com um fluxo perpétuo de mudança do direito, dentre vários outros aspectos que apontam as características do pragmatismo jurídico (CARDOZO, 2004, p. 2, 10 a 12 e 16).

Enfim, apresentadas algumas perspectivas do pragmatismo jurídico original de Oliver Wendel Holmes Jr., agora sigamos à sua vertente mais recente, a qual será apresentada, como dito, no pensamento de Richard Posner.

4. O PRAGMATISMO JURÍDICO MAIS RECENTE EM RICHARD POSNER

Como dissemos anteriormente, após um período de baixa do pragmatismo, foi com Rorty que ele se reergueu. Ele propôs uma teoria causal do conhecimento, segundo a qual conhecer não seria representar o objeto, e sim lidar com informações do ambiente que pudessem gerar efeitos nos organismos. Como neopragmatista, defendeu como centro gravitacional de preocupação das práticas investigativas a utilidade do conhecimento (1997, p. 55). Sob essa perspectiva, ele parece ter se aproximado do pragmatismo original, que era contra o modelo de ciência voltado para a própria ciência. O estudo só se justificaria na hipótese de apresentar uma utilidade social, ainda que de longo prazo, embora a preocupação fosse com o conhecimento de utilidade imediata. A teoria dependeria de comprovação por meio de evidências práticas, como ligação ao empirismo, embora esta corrente seja objeto de constante crítica dos pragmáticos.

No âmbito estritamente jurídico, porém, daremos ênfase a Richard Posner. Ele nasceu em 1939 e foi juiz do Tribunal Federal do sétimo circuito nos Estados Unidos por mais de trinta e cinco anos, além de ter sido professor da Universidade de Stanford por um curto período, seguindo depois à Universidade de Chicago, local em que ainda atua durante meio expediente. Ao longo da sua vida, abordou diversas áreas do conhecimento, não apenas o direito, mas, no que interessa para esta pesquisa, vamos nos restringir a parte do seu pensamento sobre o pragmatismo jurídico.

O seu “neopragmatismo”, de maior fôlego a partir da década de 80, tem como principais elementos os seguintes: descrença em entidades metafísicas, a exemplo de “verdade”, “realidade” e “natureza”, exame das

consequências e conformidade com as necessidades humanas e sociais (1991, p. 37).

Para Posner, no modelo jurídico de pragmatismo, não se deve utilizar teorias morais ou debates abstratos para a construção de decisões judiciais. Ele defende um formato livre de abstrações e retóricas, embasadas em ciências orientadas por investigações empíricas, tais como a economia e a lógica (2010, p. 62). Ressalte-se, contudo, que esse distanciamento das teorias não é simplesmente em razão da abstração que elas carregam consigo, porquanto todas as ciências dependem de um certo nível de abstração, mas sim em decorrência da utilização da abstração como ponto de bloqueio para o empirismo, ou seja, como bloqueio à atividade do aplicador do Direito. Em suma, Posner é hostil, apenas, à utilização de ideias abstratas como guia para as decisões judiciais, não sendo contra a teoria, em si, até porque o próprio pragmatismo jurídico também é uma teoria (2003, p. 398).

Ele não esquece, contudo, que o pragmatismo jurídico se aproxima da sua matriz filosófica. Nas duas bases, o passado é apenas uma referência, que será relevante apenas conforme sua utilidade para resolver questões atuais ou futuras. Nesse ponto, Posner ressalta que o esquecimento não é de todo ruim, pois permite que se liberte do atraso (2012, p. 358 e 380).

Importante registrar, quando se vai ao fundo na análise de Posner, é que ele distingue bem o pragmatismo do consequencialismo próprio do utilitarismo. Ao contrário deste, que visa obter as melhores consequências vislumbradas a partir de uma determinada ação – maximização dos resultados –, no pragmatismo o que se busca é encontrar uma solução razoável a partir da ponderação das possíveis consequências advindas de uma opção (SILVESTRE, QUIRINO, 2017, p. 95).

Na sua linha de raciocínio, há, outrossim, uma aproximação da prática do direito a outras ciências, por meio de um movimento que se influencia pelo pragmatismo, tangenciando a dogmática e se prestigiando o empirismo, adotando-se, assim, um modelo que se aproxima muito do que seria o

verdadeiro científico (POSNER, 2012, p. 19). Destarte, o seu pragmatismo jurídico traz para o processo decisório ferramentas metodológicas de outras áreas do saber, que se encaixam perfeitamente na perspectiva do principal aplicador do direito que é o magistrado. No processo decisório, esse ator central se vale de ferramentas de outras áreas, pois o direito é pensado como uma prática social e política (ARRUDA, 2011, p. 16).

Nessa forma de pensar, o direito, para ser conhecido, deve ser aplicado, o que passa pela atividade do juiz. Ao estipular uma proposição jurídica para resolver um caso concreto o magistrado estaria criando o direito. O texto legislativo seria somente um direito em potência, uma das diversas fontes acessíveis ao julgador para a solução da causa concreta, apenas podendo ser considerado direito se, ponderados os resultados possíveis, for considerada válida e útil para solucionar um conflito social.

Esse tipo de magistrado pragmático se encontra desinvestido do tradicionalismo jurídico, não se preocupando com a coerência e a sistematização do direito. Por isso que a segurança e a certeza jurídicas não são o centro de preocupação do aplicador adepto dessa forma de pensar. Suas ações dentro das práticas jurídicas são guiadas pelo objetivo predeterminado de satisfazer as necessidades sociais e humanas. Por isso que, para muitos, esse pragmatismo jurídico também poderia ser chamado de pragmatismo do cotidiano, por ter como norte sua inserção nas relações sociais do dia a dia³.

O chamado pragmatismo do cotidiano, para Posner, se orienta como critério norteador de decisão, como *the criterion of what works*⁴ (POSNER, 1988, p. 251). Por isso que alguns criticam esse pragmatismo do cotidiano, pois seria uma política sem princípios, alheia à moral, o que, na visão dele, é

3 Embora esse não esteja entre os objetivos da pesquisa, é interessante frisar que o pragmatismo cotidiano não passa despercebido das críticas de muitos. Para Carvalho, por exemplo, ele se baseia em uma desconfiança radical em relação à influência que a filosofia política e a filosofia moral podem exercer no agir diário dos juristas. Amparado nessa premissa, defende a utilização do que seria um “senso comum” – darwinista, competitivo, pragmático – da atividade cotidiana dos juízes, incitando-os a agir com base em um raciocínio meramente instrumental, sem qualquer preocupação com considerações de ordem moral ou ética. Se, por um lado, essa ideia o aproxima de uma postura empírica e “realista”, de outro, leva-o às raízes do cinismo, uma vez que se constitui como uma teoria, por assim dizer, anti-teórica, negativista (...) maquiavélica, sem pretensões (ou com diminutas pretensões) normativas e, finalmente, compatível com quaisquer concepções políticas (2006, p. 65).

4 Tradução: aquilo que funciona.

justamente o contrário, pois constitui a melhor forma de desviar o foco das teorias do Direito e da política.

Em síntese, o juiz pragmático de Posner não está comprometido com a norma jurídica que preexiste à sua decisão. Ela só é utilizada se suas estipulações forem úteis para a solução do caso em julgamento, em consonância com as necessidades sociais. Nesse perfil, o formalismo jurídico somente deveria ser observado se convergente com o resultado eleito pelo magistrado como de acordo com as demandas da sociedade que se busca atender.

Com efeito, ao definir o que seria uma decisão judicial pragmática, o professor da Universidade de Chicago ensina que ela mira os melhores resultados para o futuro. Não chega a desprezar o sistema de precedentes judiciais, que ainda serviria como orientação na busca de referências para a construção da decisão. Contudo, diferentemente do juiz formalista, que tem os precedentes como o fundamento de validade de suas decisões, o julgador pragmático os tem apenas como uma estratégia de julgamento e razoabilidade. Assim, no fundo, o juiz pragmático sempre busca os melhores resultados, sem qualquer coerência com o passado (POSNER, 2000, p. 4).

Por fim, é importante ressaltar que o pragmatismo jurídico, inserido em um modelo de capitalismo, com um acentuado traço de “darwinismo social”, figura como uma peça essencial na dinâmica de aplicação do direito no formato imediatista, marcado pela busca por resultados céleres e, notadamente, eficientes (NUNES, 2014, p. 371).

5. DECOMPONDO O PRAGMATISMO JURÍDICO NOS SEUS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

Tendo em vista o pensamento dos autores que abordamos até agora, sobretudo o pragmatismo jurídico tradicional de Holmes Jr. e o mais recente de

Richard Posner, podemos extrair algumas características dessa forma de pensar o direito: 1) o antifundacionalismo, resultado da não aceitação de abstrações, verdades absolutas, perpetuidade e universalidade, prevalecendo a provisoriedade do conhecimento; 2) o contextualismo, representado pela importância de interpretações que levem em consideração os benefícios sociais da decisão, pondo em relevo a cultura e as relações dentro da sociedade, sempre sob uma perspectiva empírica, isto é, prática; 3) o consequencialismo, decorrente da necessidade de escolhas com previsão, com olhar focado na tentativa de imaginar o melhor para o futuro, em uma espécie de futurologia.

Parte da doutrina tem identificado exatamente esses três pilares principais: o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo (EISENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 109). O papel do pragmatismo é auxiliar na compreensão de ideias difíceis de serem apreendidas, fugindo de fundações, aferindo as consequências de cada proposição no contexto ao qual estão inseridas (WELLS, 2000, p. 350).

Depreende-se da análise pragmática do direito um viés contextual, porque pressupõe que as proposições sejam julgadas baseadas na conformação com as necessidades humanas e sociais. Para isso, devem ser consideradas nessa conformação as situações problemáticas em que os resultados desejáveis são obtidos (BARRETTO, 2006, p. 656). Para se aferir, em um julgamento pragmático, aspectos contextuais, é preciso considerar as crenças políticas, religiosas, científica e tantas outras da sociedade, enfatizando os fatos, a importância social, o papel da comunidade, enfim, sobrelevando a prática como conceito fundamental (POGREBINSCHI, 2006, p. 127).

Nesse aspecto, o pragmatismo se aproxima em muito do empirismo, pois não se elege uma solução com base em mero palpite, e sim com base em

juízo de evidenciação a partir de testes práticos de resultado, a fim de garantir um mínimo grau de segurança na opção decisória.

Em sequência, o consequencialismo pode ser compreendido como a necessidade de se condicionar a formulação de uma proposição ao prévio teste de seus resultados possíveis. É a insistência de olhar para o futuro, e não para o passado, isto é, por meio de uma antecipação das consequências futuras (POGREBINSCHI, 2006, p. 128). O órgão decisor, quando é consequencialista, não deve se limitar a olhar para o caso concreto. É preciso que tenha uma percepção de mais longo alcance, enxergando os resultados para além da situação examinada. É necessário que faça um juízo sobre os prováveis efeitos da aplicação da norma, adotando-se a solução que se afigure consentânea com essa ponderação de resultados.

Por último, o pragmatismo é antifundacionalista no sentido de repelir qualquer espécie de conceitos abstratos, dogmas ou entidades metafísicas como base de seu pensamento. Nesse aspecto, vislumbra-se a principal linha de contato da corrente filosófica do pragmatismo com a sua vertente jurídica, ao se pressupor, pelo antifundacionalismo, que não há verdades absolutas, estáticas e imutáveis, até porque as relações sociais estão em constante processo de mutação. Não é possível, pois, a garantia de respostas finais prontas e definitivas.

Noutro trilhar, pode-se extrair como ideia do antifundacionalismo a assertiva de que não é possível firmar-se uma resposta para casos similares a partir da investigação de uma hipótese examinada. É preciso, na análise pragmática, que se levem em consideração as circunstâncias próprias do caso julgado, não sendo possível, no futuro, chegar a uma mesma conclusão a partir de uma hipótese semelhante. Sob tal aspecto, pontua Pogrebinschi:

Neste sentido, o antifundacionalismo muitas vezes se converte em falibilismo, na medida em que a inesgotabilidade do processo investigatório faz com que cada tentativa de conclusão seja antes uma nova fonte de informação passível de colocar a investigação novamente em marcha, revisando e corrigindo a si mesma permanentemente (2005, p. 38).

Enfim, apresentados os elementos fundamentais do pragmatismo jurídico, finalmente passemos ao estudo da fundamentação do acórdão proferido pelo STF no julgamento do MI 4733/DF, um dos que terminou por criminalizar a homofobia e transfobia.

6. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF E O PRAGMATISMO JURÍDICO

Antes de começar o estudo de caso com base nas teorias do pragmatismo apresentadas anteriormente, insta salientar a evidente ausência de espaço suficiente para comentar todos os detalhes do correspondente julgamento. O inteiro teor do acórdão proferido no MI 4733/DF possui 282 páginas,⁵ com tamanho muito maior do que o limite espacial desta pesquisa. Diante da mesma limitação, não temos como abordar o julgamento da ADO 26/DF,⁶ proposta conjuntamente sobre o mesmo tema, uma vez que dela resultou acórdão de 566 laudas. Assim, nos concentraremos apenas nas partes que consideramos mais importantes para responder a nossa pergunta de

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4733-DF. Partes: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Congresso Nacional, Advogado-Geral da União. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. DJe de 25 de outubro de 2013. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em 04 de novembro de 2021.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26-DF. Partes: Partido Popular Socialista, Congresso Nacional, Presidente do Senado Federal. Rel. Ministro Celso de Mello. DJ de 13 de junho de 2019. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939911266/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-26-df-9996923-6420131000000?ref=serp>>. Acesso em 04 de novembro de 2021.

pesquisa, ou seja, para avaliar eventual influência do pragmatismo jurídico na fundamentação da decisão, conscientemente ou não.

Como mencionado anteriormente, a questão controvertida resumiu-se à alegada omissão do Poder Legislativo em tipificar como infração penal os atos atentatórios aos direitos fundamentais dos integrantes da comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero - LGBT.

A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT utilizou ação injuncional com vistas a suprir a alegada mora do legislador na regulamentação do dispositivo constitucional que trata, no art. 5º, inciso XLI, de “discriminações atentatórias a direitos fundamentais”,⁷ para equiparar a homofobia e a transfobia às espécies do gênero racismo.

No Brasil, o fenômeno da homofobia não é novo e a preocupação no combate às perseguições em razão da orientação sexual ganhou fôlego nos anos 80, após diversos avanços na década anterior com as pautas relacionadas à liberdade sexual. Nesse contexto, quando da Assembleia Constituinte de 1988, tentou-se incluir no texto constitucional a proibição de discriminação por orientação sexual, no art. 3º, inciso IV, mas a proposta não teve êxito no colegiado parlamentar (MASIERO, 2014). A utilização do pragmatismo, porém, não seria um obstáculo, sob esse aspecto, à adoção de uma posição judicial distintana atualidade, considerando que sua característica antifundacionalista vai de encontro à perpetuidade estática do conhecimento, das interpretações e das conclusões, aderindo a uma flexibilidade que, dentro do espaço deixado pelo texto legislativo, permite uma interpretação evolucionista.

Pois bem. Para o relator, o ministro Edson Fachin, o que estaria a ensejar a pronta intervenção do Poder Judiciário, além de vários outros argumentos, seria a existência de recorrentes notícias sobre agressões contra

7 “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

pessoas integrantes do grupo LGBT no país, reforçadas pelo Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que atesta que o Brasil é o país com maior índice de violência contra essa parcela da população⁸.

Para agravar o cenário, disse ele, a exigir uma ação firme estatal, o citado Relatório acentuou a invisibilidade dos pobres e negros, que, dentro do grupo LGBTI, são os mais agredidos, a reforçar o grau de exclusão a que estão sujeitos e a demonstrar a gravidade da inércia do poder legiferante. Para além da questão central discutida - falta de legislação protegendo pessoas contra a violência em razão da orientação sexual, haveria um agravamento do quadro excludente imposto aos negros e pobres.

O Ministro Edson Fachin invocou, ainda, um precedente do qual ele foi relator, no qual ficou definido que “o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero” e que a “identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de desconstituí-la.”⁹

Veja-se que, para o Ministro Fachin, em contexto de graves casos de violência contra o grupo LGBT, impunha-se o entendimento de que a regulamentação do art. 5º, XLI, da Constituição Federal teria sido insuficiente, porque deixou à margem da regulamentação a previsão de punição para práticas ofensivas contra pessoas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Para além de reconhecer que o referido dispositivo constitucional careceu de regulamentação integral, urgia uma atuação firme do STF naquele

8 (OAS/Ser.L/V/II.rev.1/ Doc. 36, 12 de novembro de 2015, par. 124, tradução livre)

9 ADI 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Edson Fachin, acórdão ainda pendente de publicação.

momento, em razão do contexto atual de violência reconhecida em diversos relatórios internacionais.

Nessa linha de pensamento, em situações de normalidade institucional, com índices de violência dentro do esperado em um país subdesenvolvido, talvez o órgão de cúpula do Poder Judiciário não tivesse adotado a mesma postura. Fica bem evidenciado, para nós, que a solução adotada passa pela aplicação, principal ou complementar, do pragmatismo jurídico, sob o viés do contextualismo. Embora não tenha sido objeto de abordagem explícita no voto ora examinado, o caminho nele trilhado se escora na consequência prática esperada pelo magistrado, qual seja, a redução da violência contra essa relevante camada social, o que decorreria do agravamento da punição aos transgressores. Ademais, na linha do julgador pragmático de Posner, mencionado acima, o uso do precedente pode ter acontecido com simples estratégia de julgamento e razoabilidade.

O então ministro Celso de Mello apenas disse acompanhar inteiramente o voto do relator, até porque o MI 4733/DF foi apreciado em conjunto com a ADO 26/DF, na qual ele foi o relator e emitiu longo voto. De toda forma, ao seguir integralmente o pronunciamento do ministro Fachin no julgamento em análise, não deixou de seguir o seu pragmatismo jurídico para a solução apresentada.

O ministro Luís Roberto Barroso, ainda nas suas notas introdutórias, trouxe dados do relatório “Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência”¹⁰, relatando as denúncias envolvendo práticas contra a população LGBTI+. Reportou-se, em seguida, aos diversos rumorosos casos de violências brutais contra tal camada social, noticiados na imprensa.

Ainda nesse início do voto, o ministro registrou duas colocações importantes. Primeiro, assinalou ser “à luz desse contexto que a questão constitucional deve ser solucionada”. Logo em seguida, afirmou que “não se

10 Disponível em: www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencialgbtfobicasno-brasil-dados-da-violencia. Acesso em 26/04/2022.

interpreta o direito em abstrato. Interpreta-se à luz da realidade. A realidade que vigora no momento presente”.

Mais adiante, assinalou que a comunidade LGBT representa um grupo de vulneráveis, historicamente vítima de preconceito, discriminação e violência, não somente praticada pelos particulares, mas até mesmo pelo Estado. Sob tal singularidade, entendeu que não se está tratando, no julgamento do *mandamus*, de uma preocupação com a liberdade sexual dessa parcela da população, mas com a preservação da integridade física e psíquica, ou até mesmo da vida dessas pessoas.

Ele chegou a frisar que em questões econômicas, administrativas, sociais, dentre outras, é de rigor que se deixe ao Poder Legislativo uma maior liberdade para escolha do conteúdo da normatização, além do momento de sua atuação, exigindo-se do STF uma maior autocontenção. No entanto, quando se refere aos direitos fundamentais, para cuja proteção o órgão de cúpula é vocacionado, a atuação proativa não somente é esperada, configurando-se como um imperativo constitucional.

Para além de tudo isso, afirmou que não houve nenhum registro consistente de redução das práticas criminosas dessa natureza nos Estados que adotaram medidas administrativas para punir transgressores aos direitos dessa minoria. Em síntese, um dos fundamentos adotados pelo magistrado para concluir pela premência da edição de uma lei própria para criminalizar as condutas dolosas praticadas em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero coincidiria com os resultados insatisfatórios obtidos com outra sorte de punição adotada de forma localizada no território brasileiro. Logo, além do contextualismo quase explícito, a nossa leitura é de uma preocupação igualmente consequencialista do ministro no rumo do seu voto.

A ministra Rosa Weber inaugurou seu voto, enaltecendo representantes da cultura mundial que, na história recente, a despeito de sua proeminência nas artes, foram perseguidos em razão de sua orientação sexual. Apesar disso e de mencionar traços distintivos e peculiares envolvendo as minorias envolvidas, no geral ela se limitou a apresentar argumentos jurídicos para conhecer o mandado de injunção, em razão do transcurso de lapso temporal considerável, à luz dos diversos precedentes recentes do STF. No mérito, considerou que havia elementos permitindo o alargamento do conceito do racismo, no caso concreto, a autorizar a aplicação da Lei 7.716/89. Porém, é mais difícil encontrar referências, mesmo nas entrelinhas, a elementos do pragmatismo jurídico no seu voto.

Em linha diversa, o ministro Luiz Fux retomou uma forte carga pragmática que permeia o julgamento do MI 4733, relatando os diversos casos de violência de caráter homofóbico reiteradamente noticiados na imprensa e mencionados no relatório elaborado pelo Ministério de Direitos Humanos, que traz um número considerável de registros de agressões contra pessoas em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. Ademais, alude a documentos transnacionais que reportam preocupação mundial com os níveis epidêmicos da violência homofóbica.

O ministro ressaltou que todo esse cenário de violência reiterada contra uma minoria determinada, sem que se vislumbre qualquer reflexo das políticas até agora adotadas nas mais diversas áreas, impõe ao poder público a obrigação de busca de soluções mais eficazes na luta contra esse preconceito arraigado na sociedade. Para ele, uma dessas alternativas é justamente o reconhecimento da proteção estatal insuficiente dos direitos fundamentais desse grupo minoritário, a exigir, diante do vácuo, a atuação judicial do órgão de cúpula.

Esses argumentos lançados pelo ministro nos parecem de natureza contextual, por refletirem um posicionamento que leva em conta as raízes dos conflitos verificados no seio social em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Demais disso, na linha do pragmatismo jurídico, seguiu avançando com ponderações sobre o resultado útil do processo.

Realmente, ele ressaltou que a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas implica mudança na cultura do povo, não apenas pela força imperativa que detém uma decisão do STF, mas, sobretudo, com a melhora da autoestima da camada social protegida, ao gerar uma sensação de pertencimento à sociedade. Na esteira de pensadores modernos, o reconhecimento jurídico da existência de conflitos na sociedade em razão da opressão de um grupo seria capaz de atrair um sentimento de solidariedade, o que teria o condão de reduzir ou pacificar os conflitos sociais, conforme ressaltaria Axel Honneth, citado pelo julgador.

No mesmo trilhar, frisou o ministro que a preocupação com ações afirmativas, em momento anterior, gerou, a abertura de mercado de trabalho, a abertura de vagas em universidade, a abertura da vida em sociedade para os afrodescendentes e, nesse ponto, é isso que se espera da criminalização do preconceito contra a comunidade LGBT. Quando se está diante de uma gama de possibilidade decisórias e adota-se um caminho a partir da avaliação da utilidade dos resultados esperados, vislumbra-se um caráter nitidamente consequencialista no julgado. E mais: ao se rejeitar a existência de uma cultura estática, aparentou também reforçar uma rejeição ao fundacionalismo.

A ministra Carmen Lúcia, por sua vez, após admitir o manejo do mandado de injunção na hipótese, na esteira dos fundamentos lançados pelo relator, relatou as dificuldades enfrentadas pelos transexuais, já reportadas no RE 670.422, com repercussão geral, quando se postulava a alteração de gênero no registro civil sem a necessidade de cirurgia de redesignação de sexo.

Com postura igualmente contextualista, ela salientou que o enquadramento como racismo, nos termos formulados pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos anteriores, é medida que se impõe para superar a trágica perseguição sofrida por tal agrupamento humano, com desrespeito à sua dignidade. A nossa análise é de que a “subsunção” da opressão da violação a direitos fundamentais dessa minoria ao conceito de racismo não se deveu, na essência, a razões de natureza gramatical do termo, mas por motivos primordialmente factuais, históricos e contextuais.

Na linha de outros julgadores, ela também expôs que o Brasil é o com o maior número de assassinatos de homossexuais e transexuais pela sua condição pessoal, citando, como exemplo da importância do julgamento, o linchamento público a que foi submetido a travesti Dandara dos Santos, atacada com “chutes, pauladas, transportada em um carrinho de mão a um terreno baldio em que foi executada a tiros. Um dentre quantas centenas de crimes brutais de ódio, que torturam ceifam a vida de filhos, de pais, de mães, de brasileiros e brasileiras abandonados pelo Estado em sua condição humana (...)”, nas palavras da julgadora.

Prosseguindo na linha contextualista, concluiu que esse quadro de barbárie acontece, principalmente, devido à carência de proteção à dignidade dessa camada social, ante a falta de censura normativa aos movimentos de ódio, conquanto a Constituição da República repudie qualquer forma de discriminação, remetendo à lei ordinária a missão de conter os processos históricos de perseguição contra os homossexuais e os transexuais. Ela invocou, então, Alexandre de Moreira Van Der Broocke, para deixar registrado que a convivência em sociedade é inerente à condição do ser humano, que é vocacionado para se relacionar com o seu semelhante, cabendo ao direito penal assegurar tal convivência de forma sadia, contendo os impulsos instintivos próprios do homem.

O ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência ao se contrapor ao conhecimento do mandado de injunção, sendo seguido pelo ministro Dias Toffoli de forma bem resumida. No mérito, mesmo sendo igualmente vencido, não deixou de colocar que, as vítimas dessas condutas discriminatórias correspondem a parcela da sociedade formada por indivíduos, cujos direitos fundamentais, estão ameaçados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, por serem minorias, finda por ser vítima de preconceito e violência, demandando uma especial proteção do Estado.

Ele também acentuou, invocando as ponderações de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Chiavelli Fazenda Falavigno e Jéssica da Mata, que os poderes constituídos possuem uma dívida histórica com os grupos oprimidos em razão da desigualdade de gênero, ao contribuírem, com sua inércia, para o aumento da violência doméstica e homofóbica e o crescimento vertiginoso do encarceramento feminino.

O ministro observou que o combate a tais práticas dirigidas a essa minoria depende, sobretudo, de mudanças culturais complexas que, em prosperando, aos poucos repercutirão no repertório jurídico e policial, afirmação que a um só tempo refuta o fundacionalismo e leva em consideração o contextualismo. Entretanto, e nesse particular prevaleceu o viés consequencialista do seu voto, disse ser necessário dar-se um primeiro passo que seria apenas o reconhecimento da mora legislativa, o que, porém, concomitantemente, apresentou o forte argumento técnico de se tratar de matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.

De seu turno, o ministro Gilmar Mendes apresentou fundamentação que parece pouco ter base nos elementos do pragmatismo jurídico. Ele afirmou que o art. 5º, XLI, da CF/88, previu uma proteção integral contra toda forma de discriminação, não amparada pela Lei 7.716/89, a chamada de Lei Antirracismo, afirmando que tal cláusula de proteção integral se extrai não só da

evolução legislativa¹¹, como também da jurisprudência do STF sobre a matéria, sobretudo quando do julgamento da HC 82.424/RS. Sob o seu prisma, portanto, dita norma constitucional apenas foi regulamentada em parte, havendo, pois, uma omissão inconstitucional parcial.

Sobre o reconhecimento da liberdade de orientação sexual, ele ressaltou que, nos julgamentos da ADI 4.277¹² e da ADPF 132¹³, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro conferiu interpretação ao art. 226, §3,º da Constituição, conforme a própria Constituição¹⁴, reconhecendo os efeitos da união estável não apenas aos casais heterossexuais, para estendê-lo também às uniões homoafetivas.

Ao que nos parece, apenas nessa parte há uma refutação ao fundacionalismo típico do pragmatismo, o que se deduz da menção à evolução legislativa e dos próprios precedentes, os quais, agora utilizados, não significariam exatamente a adoção de uma perspectiva estática e perpétua do

11 Posteriormente foi editada a Lei 8.081/90, que consagrou a reprovabilidade dos atos de indução à discriminação, a Lei 9.459/97, que acrescentou a discriminação resultante da etnia, religião ou procedência nacional.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277-DF. Partes: Procurador-Geral da República, Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família. Rel. Ministro Ayres Britto. DJ de 14 de outubro de 2011. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df>>. Acesso em 01 de maio de 2022.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277-DF. Partes: Procurador-Geral da República, Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Eduardo Bastos Furtado de Mendonça, Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais, Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais, Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, Rodolfo Compart de Moraes, Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Thiago Bottino do Amaral, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, Caprice Camargo Jacewicz, Instituto Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira, Sociedade Brasileira de Direito Público, Evorah Lusci Costa Cardoso, Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo, Fernando Quaresma de Azevedo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Felipe Inácio Zanchet Magalhães, Associação Eduardo Banks, Ralph Anzolin Lichote. DJ de 14 de outubro de 2011. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-tj-stf>>. Acesso em 01 de maio de 2022.

14 Art. 226. 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.

direito, mas apenas a referência ao atual entendimento como uma estratégia de julgamento “razoável”.

Fora isso, a análise pareceu mais relacionada a aspectos teóricos, sem considerar o contexto fático do momento ou uma escolha com previsão das consequências futuras da decisão. Citando o pensamento de Peter Häberle sobre a interpretação pluralista e, sobretudo, acerca do pensamento possível, ele reconheceu como viável a solução encontrada nos votos anteriores pela aplicação da Lei 7.716/89 às hipóteses de discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

Assinalou que a possibilidade de adoção da sentença aditiva, termo cunhado no Direito Italiano e que vem sendo amplamente aceito na doutrina alienígena, como solução provisória, enquanto não editado o instrumento normativo reclamado pelo texto constitucional, vem sendo admitida na jurisprudência do STF e aplicada nos mandados de injunção desde então a partir do julgamento dos Mis que tratavam do direito de greve. Alertou, ainda, que o legislador trilhou o caminho seguido pela Corte, ao editar a Lei 13.300/2016, tornando possível a adoção de sentença de perfil aditivo, com a estipulação de uma norma já existente no ordenamento jurídico brasileiro para regular as relações jurídicas cuja norma constitucional reclama a edição de um diploma legal específico para discipliná-las.

Finalmente, fazendo referência Mauro Capelletti, enfatizou o papel do Poder Judiciário, em um Welfare State, na defesa de direitos fundamentais de minorias, buscando evitar críticas ao ativismo judicial, em razão do ambiente de desconfiança entre poderes, hipertrofia de alguns deles e de comportamento errático do Parlamento no tratamento da matéria.

O então ministro Marco Aurélio Mello também contextualizou a violência que tem sido dispensada às minorias homossexuais e transexuais, em virtude da orientação sexual e identidade de gênero, pondo em relevo,

indiretamente, esse importante elemento do pragmatismo jurídico. Dito de outra maneira, utilizando-se dessa filosofia, como muitos outros que o precederam, passou a contextualizar o grave quadro de violência sofrido pelo grupo de vulneráveis envolvido no processo, reconhecendo a proteção ainda insuficiente que tem sido oferecida à comunidade LGBT.

Ele frisou, contudo, que o STF não tem falhado nas demandas que têm surgido acerca da concretização de seus direitos fundamentais, além de sempre se conformar com os limites impostos pelo texto constitucional. Então, ele percorreu caminho diverso da maioria, aproximando-se da conclusão do ministro Lewandowski, ao expor que não é possível criar um tipo penal por decisão judicial, diante do princípio da legalidade estrita que norteia a aplicação do Direito Penal.

Com a inadmissão do mandado de injunção, o Ministro Marco Aurélio Mello demonstrou que, embora não venha sendo, provavelmente, esse o caminho trilhado pelo STF, é possível reconhecer a necessidade de assumir uma posição mais enérgica em relação ao tratamento legislativo dispensado a uma matéria, diante do contexto vivenciado pela sociedade, mas sem concluir pela necessidade de uma atuação mais proativa da Corte Suprema, o que exorbitaria, para ele e para muitos, a sua esfera de competência constitucionalmente definida. Nessa parte do voto, portanto, verifica-se uma autocontenção imposta para refrear a atuação pragmática do órgão colegiado na sua faceta consequencialista, o que pode colocar sua posição no meio termo, ao menos no julgamento da causa examinada, aceitando e negando uns e outros elementos da corrente filosófica em estudo.

Assim, embora isso não tenha acontecido com a totalidade dos ministros, verifica-se no geral que houve a utilização, em maior ou menor dimensão, intencional ou não, consciente ou não, das características do pragmatismo jurídico como critério de interpretação do ordenamento jurídico

vigente, sobretudo constitucional, o que se afirma, ao menos, em razão do julgamento proferido no caso estudado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se entender a gênese do pragmatismo jurídico e examinar a sua influência nos julgados do Supremo Tribunal Federal, foi necessário voltar-se à concepção inicial do pragmatismo clássico-filosófico, por meio do qual, seja como teoria do significado ou teoria da verdade, a conceituação de um objeto depende das consequências práticas experimentadas na sua formulação e testagem.

Além desse contextualismo que considera o plano fático como base para a formulação de um conceito, também ganham destaque a falibilidade que pôs em xeque a perpetuidade estática de conceitos abstratos que conduzissem a uma verdade absoluta, ao que veio a ser chamado de antifundacionalismo. Com ele, os conceitos passaram a ser considerados mais fluidos, mais flexíveis, sujeitos a modificações com novas percepções dos resultados experimentados, o que também abriu espaço para uma perspectiva consequencialista, que influenciaria as escolhas com base em previsões de uma melhor imagem do futuro. Tudo isso foi objeto do pragmatismo jurídico original de Oliver Wendell Holmes Jr e do mais recente, abraçado por Richard Posner.

Nessa linha, ao estudar o inteiro teor do acórdão proferido no julgamento do MI 4733/DF pudemos confirmar nossa hipótese inicial, embora não em sua inteireza, no sentido de realmente ter havido uso das características do pragmatismo jurídico para a fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal. Como vimos, quase todos os ministros, até mesmo os que terminaram vencidos na conclusão, utilizaram-se de razões antifundacionalistas, contextualistas ou consequencialista na justificação de suas posições.

Essa conclusão, é importante repetir, é restrita ao caso estudado, sem a pretensão, e mesmo sem a possibilidade, de generalizá-la para a totalidade ou para uma grande quantidade de decisões oriundas da Corte Suprema. A utilidade da pesquisa está, em primeiro lugar, na análise de uma causa muito importante, que teve grande repercussão no cenário jurídico e social do país. Em segundo lugar, ela serve como uma sugestão de possível tendência geral que esteja sendo eventualmente adotada nas ações e recursos relevantes distribuídos no referido tribunal.

Por último, não custa ressaltar que a constatação decorrente deste estudo não conduz à afirmação, por si só, de ter havido necessariamente um equívoco da decisão. Nos casos de textos legislativos vagos, que admitam mais de uma leitura em certa situação, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, pensamos que inúmeros critérios podem ser utilizados na tarefa interpretativa, sem uma exclusão do uso dos elementos que são oriundos do pragmatismo jurídico.

Aliás, uma das substanciais modificações estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei n.º 4.657/42, pela Lei n.º 13.665/18, é questão inerente à hermenêutica. Ela incorporou justamente uma das facetas do pragmatismo jurídico de forma explícita ao ordenamento jurídico brasileiro, consignando, no seu art. 20, que todas as decisões proferidas não só no âmbito administrativo, como também judicial, devem sopesar as consequências práticas que poderiam delas surgir¹⁵. Em outras palavras, a imprecisão dos textos legislativos, inerente especialmente aos direitos fundamentais, além de vários outros critérios interpretativos agora também pode considerar um método consequencialista de interpretação, decorrente do pragmatismo jurídico, ainda que sob o ponto de vista ideológico isso seja questionável.

15 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Diante disso, talvez o maior problema esteja apenas na ausência de um rigor metodológico nos julgamentos do STF, não obstante uma maior precisão seja possivelmente difícil de conseguir diante do estágio atual da teoria do direito e da hermenêutica jurídica. De qualquer forma, nossa pesquisa traz reflexões sobre o uso de critérios inerentes ao pragmatismo para a interpretação de outros assuntos criminais, inclusive com uma preocupação que gira em torno da ampliação do direito penal protetor dos direitos fundamentais. O mesmo raciocínio aplicado à homofobia e transfobia vale para a misoginia, para a gordofobia, para outras formas de discriminação e para a tutela de direitos fundamentais em geral? É a provocação que fazemos à academia jurídica nacional, sobretudo aos penalistas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A Guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Constituição, democracia e integridade: A legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

DEWEY, John. **Human Nature and Conduct: an Introduction to Social Psychology**. New York: Henry Holt and Company, 1922.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. *In: Novos Estudos CEBRAP*, v. 62, p. 107-121, 2002.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **O direito comum**: as origens do direito anglo-americano. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1963.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. *In: Harvard Law Review*, 10, 457, p. 1-20, 1897. Disponível em <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 07/07/2022.

HOLMES JR., Oliver Wendell. Natural Law. *In: Harvard Law Review*, v. 32, n. 1, p. 40-44, 1918. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1327676?seq=1>. Acesso em: 09/07/2022.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Lidador, 1967.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros textos**. 2. ed. Trad. Jorge Caetano da Silva e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia**: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reynaldo Guarany. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. *In: Redescições*, v. 3, n. 1, 2011.

NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Articulação entre a epistemologia pragmatista de John Dewey e o seu projeto pedagógico de Vida e Educação. *In: Linguagens, Educação e Sociedade*, v. 1, n. 35, p. 190-210, 2016.

NUNES, Rafael Alves. O Pragmatismo Jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o Estado Democrático de Direito. *In: FREITAS, Lorena de Melo; CATÃO, Adrualdo de Lima; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. (Orgs.), Teorias da decisão e realismo jurídico*. Florianópolis: Conpedi, p. 366-384, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades Institucionais - As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Belo Horizonte: **RBDP**, 2012.

WELLS, Catherine Pierce. Why Pragmatism Works For Me. **Southern California Law Review**, v. 74, p. 347-360, 2000.

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected Papers of Charles Sanders Peirce**. Cambridge: Harvard University Press, 1958. 8v.

PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. Trad. Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. 3ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: Teoria Social e Política**. São Paulo: Relume Dumare, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Será o neopragmatismo pragmatista?** Interpelando Richard Rorty. Novos estudos CEBRAP, p. 125 a 138, 2006.

POSNER, Richard A. Pragmatic Adjudication. **The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture**. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, 1988.

POSNER, Richard A. **What has Pragmatism to Offer Law?** *In: BRINT, Michael; WEAVER, William (Coords.) Pragmatism In Law & Society*. Oxford: Westview Press, 1991.

POSNER, Richard A. **Introduction: Pragmatism, Economics and Liberalism. Overcoming Law**. Cambridge, Massachusets: Harvard University Press, 2000.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatismo and democracy**. Cambridge: Massachusetts: Harvard Press, 2003.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Cassiano Terra. O desenvolvimento do pragmatismo segundo Dewey. *In: Cognitio: Revista de Filosofia*, v. 5, n. 2, 2008.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning**. Harvard University Press: Massachusetts, 2009.

SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

SILVESTRE, Matheus Meott; QUIRINO, Carina de Castro. A Jurisdição em Tempos de Crise: O pragmatismo como metateoria prudente. *In: FILHO, Enoque Feitosa Sobreira; JERÓNIMO, Patrícia; ARAUJO, Alexandra Maria Rodrigues. (Orgs.), Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico*. Florianópolis: CONPEDI, p. 86-105, 2017.

VIANA, Giovanni Meneses. **Ensinar filosofia à maneira pragmatista: a contribuição filosófica de Charles S. Peirce**. Cadernos do Nefi, v. 3, n. 1, p. 84-109, 2021.

WAAL, Cornelis de. **Sobrepragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

**LIÇÕES ATEMPORAIS DA COVID-19 E MECANISMOS
PREVENTIVOS NA DESCONSTRUÇÃO DO ASSÉDIO
MORAL NO BRASIL**

***TIMELESS LESSONS FROM COVID-19 AND PREVENTIVE
MECHANISMS IN DECONSTRUCTING MORAL HARASSMENT
IN BRAZIL***

Recebido: 22/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Daniel e Silva Meira

Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife

Pesquisador do GPID/CNPq

Doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa

Advogado

Leonio José Alves da Silva

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife

Coordenador do GPID/CNPq. Professor Visitante na *Università di Pisa*

Pós-Doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina

Pós-Doutorado na *Università degli Studi di Messina*

Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra

Pós-Doutorado na *Université Montpellier I*

Pós-Doutorado na *Université Toulouse I*

Pós-Doutorado na *Università di Pisa*

Advogado

Paulo Simplicio Bandeira

Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife

Pesquisador do GPID/CNPq

Doutorando em Direito pela *Universidad de Buenos Aires*

Advogado

RESUMO: O assédio moral não é um símbolo exclusivo da sociedade hodierna, remontando ao tratamento degradante da escravidão, industrialização, intensificação da crimigração, produção de bens e serviços na “sociedade líquida” e invisibilidade que foi agravada pelo cenário da COVID-19, configurando abusos contra a integridade psicossocial do trabalhador. Inadiável é a adoção de políticas preventivas, com tutelas inibitórias e programas de conscientização no ambiente laboral. O estudo contemplará revisão de literatura, decisões judiciais e programas de tratamento e prevenção às relações assediadoras, onde a suposta necessidade de norma especializada constitui mora ao enfrentamento e quais as lições foram absorvidas durante o quadro pandêmico.

Palavras-chave: Assédio moral. Meio ambiente e saúde. COVID-19. Sociedade de hiperconsumo.

ABSTRACT: *Moral harassment is not an exclusive symbol of modern society, going back to the degrading treatment of slavery, industrialization, intensification of crimmigration, production of goods and services in a liquid society and invisibility aggravated by the COVID-19 scenario, configuring abuses against the psychosocial integrity of the worker. The adoption of preventive policies, with inhibitory measures and awareness programs in the workplace, is urgent. The study will include a literature review, court decisions and treatment and prevention programs for harassing relationships, where the supposed need for specialized standards constitutes a delay in coping and what lessons were absorbed during the pandemic.*

Keywords: *Moral harassment. Environment and health. COVID-19. Hyperconsumption society.*

INTRODUÇÃO

Em um intervalo de poucos meses a humanidade presenciou a disseminação em velocidade avassaladora de um vírus agressivo e letal, alterando relações socioeconômicas e ensejando uma readequação de paradigmas em diferentes setores, notadamente na prestação de serviços e produção de bens de consumo, a demonstrar a ausência de fronteiras de um problema multidisciplinar, típico da obra sociedade de risco, brilhantemente estudada pelo alemão Ulrich Beck em 1986, ano do acidente nuclear de Chernobyl e indispensável à compreensão da realidade atual, em um cenário de absorção e tolerância à cultura do risco e a influência da atividade industrial sobre o modo e a qualidade de vida, além das implicações nos campos trabalhista, familiar e do status da propriedade.

Invulgar é o poder de síntese contido no estudo da sociedade de massa, sua ilação com o consumo desenfreado e as consequências previsíveis e imprevisíveis de tal *modus vivendi* das últimas décadas; o sociólogo Tedesco parte de uma investigação histórica dos reflexos industriais e o modo de apreensão dos recursos naturais pela humanidade; passa pela cultura do erro (humanidade do erro) e o inusitado conceito de “irresponsabilidade organizada”, onde a figura estatal é o centro de suas atenções, com a tolerância social e governamental de condutas inadmissíveis com a própria manutenção das espécies e a sobrevivência da humanidade, além de debater a origem histórica do risco (desde a concepção das navegações até o advento da modernidade e suas técnicas), questão etimológica, características e efeitos mediatos e imediatos, em uma formação universal de encarar os problemas decorrentes do alarmante processo de industrialização e a via única de empobrecimento das condições de sobrevivência no planeta (pauperização civilizacional), percorrendo a transformação dos perfis familiares (inserção da força feminina nos postos de trabalho e a redução do crescimento vegetativo e alterações das pirâmides demográficas), dos sistemas de assunção de mão-de-obra, o (des)caminho dos modelos previdenciários e a aceitação de modos de produção cada vez mais agressivos, com a adoção de matrizes energéticas altamente degradantes e não renováveis.

Além de traçar um panorama inusitado de uma “sociedade de risco”, a obra qualifica a impossibilidade de retorno a patamares de menor agressão ao patrimônio natural e ao respeito ao ser humano, além de abordar sua distribuição

imperceptível e o agravamento de suas causas, além do inevitável fenômeno do “efeito bumerangue”, consistente no retorno certo dos efeitos aos causadores, em sua grande maioria, transfronteiriços e atemporais.

Outro fato da “sociedade de risco”, a merecer maior reflexão, encontra-se na vertiginosa ascensão dos fatores potenciais de acidentes: cada tecnologia empregada exige a valoração e aprofundamento dos riscos criados; contudo, a busca de resultados não permite considerar o perigo, passando o criador a ignorá-lo e embutindo seus custos numa escala produtiva moralmente inconsequente.

Dentre os inúmeros exemplos de eventos transfronteiriços, registra-se o recente episódio da pandemia da COVID 19 ou novo coronavírus (Sars-Cov2), onde milhões de vidas foram ceifadas, com consequências de impactos duradouros na reconstrução dos países atingidos.

Desde a decretação do estado pandêmico pela OMS e sua absorção no território brasileiro, em março de 2020, indisfarçável restou o gravíssimo quadro de fragilidade das relações laborais nos setores público ou privado, onde, primeiramente, profissionais de saúde foram colocados nas linhas de frente de combate ao vírus e demais serviços considerados essenciais (v.g. saúde, saneamento, eletrificação, abastecimento de alimentos, água potável, combustíveis, esgotamento, segurança pública, corpo de bombeiros, defesa civil etc), em nítidas provas de fogo e sobrevivência, agravando causas potenciais do assédio moral, a exemplo: a) na área da saúde: exigência de trabalho em condições de extremo risco, imposição de metas muitas vezes intangíveis, distanciamento da família por períodos demasiadamente longos, a despeito do compromisso deontológico com a profissão e hiperexposição ao risco de contágio; b) no setor da prestação de serviços de alimentação: fomento aos acidentes de trânsito com o incremento do número de entregas, desprezando intervalos entre jornadas; c) no setor dos transportes públicos ou privados: a gradativa e lenta adoção de técnicas de segurança do trabalho (uso mínimo de EPIs, impossibilidade do distanciamento social etc), além de outros ramos onde a exposição excessiva ao risco foi dado decisivo aos problemas com a saúde mental dos trabalhadores.

1. PANDEMIA, SAÚDE MENTAL E HIPERCONSUMO

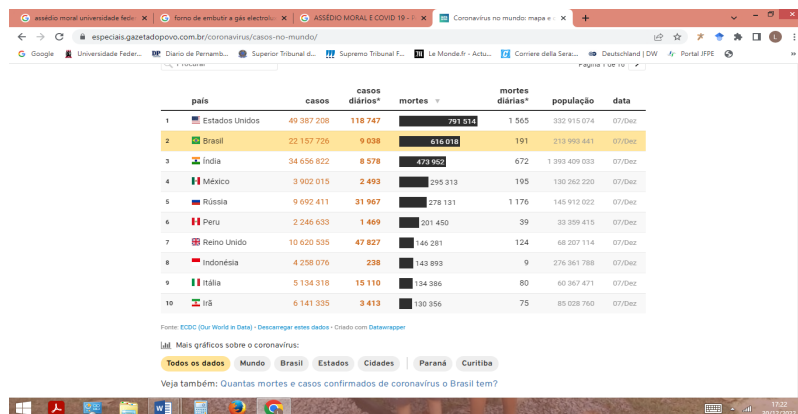
A deflagração do estado pandêmico e a sociedade de hiperconsumo e de risco possuem ilações muito anteriores ao cenário dos últimos anos; remontam aos fatores apontados por Beck apenas agravados pelo sentimento de supremacia do ser humano frente à natureza, em pretensa e imatura postura de controle e previsibilidade, degrado despidorado da natureza (provavelmente pela concepção descartável do acervo dos bens ambientais e a negação à intergeracionalidade que essencialmente os caracteriza), além da própria exploração do ser humano por ele mesmo.

Quando milhares de trabalhadores foram forçados, por vínculos contratuais, imposições legais ou mesmo de caráter moral, a permanecer nas trincheiras dos serviços legalmente considerados essenciais (e tal moldura se assemelha em todos os continentes), inúmeros questionamentos surgiram, dentre os quais o de maior monta: qual o limite do esforço ou sacrifício humano para o correto cumprimento de relações laborais e preservação de outras vidas em detrimento das suas próprias?

Inicialmente, tal indagação envolveu profissionais da saúde e, logo em seguida, outros ramos indispensáveis à preservação das atividades mínimas a evitar o colapso social (serviços de transporte, entregas de encomendas, educação, abastecimentos de diferentes ordens etc); inegável o evitar de novas mortes com a entrega imensurável de milhões de profissionais em todo o mundo, mas qual o papel do Estado para evitar maiores danos à saúde de tais trabalhadores?

Infelizmente, o Brasil figurou em quadro estatístico grave, sendo superado apenas pelos Estados Unidos, com milhares de mortes registradas em decorrência direta do contágio com a COVID-19 ou sequelas indiretas (questões cardíacas, respiratórias etc), computando-se mais de 600.000 óbitos, apesar da aplicação sistemática da vacinação e o gradativo e emergencial aumento do número de leitos de UTIs especializadas; contudo, verdadeiro cenário de guerra foi instalado, após o reconhecimento da letalidade da doença e dos cuidados preventivos emergenciais.

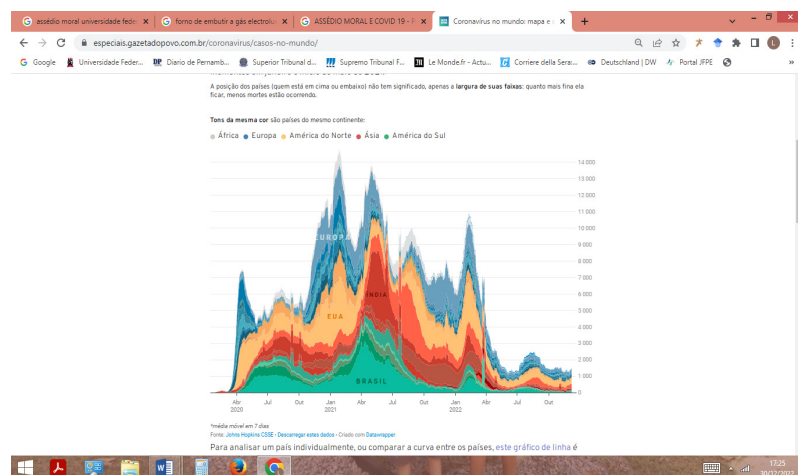
Gráfico 1. Números totais e diários por COVID 19, nos 10 países mais atingidos.



Fonte: ECDC. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/coronavirus/casos-no-mundo/>

Na interpretação dos gráficos ora apresentados, verifica-se recorde de mortes diárias e totais numa escala de 10 países, com ápice da gravidade em janeiro e maio de 2021, devendo o leitor atentar-se para a espessura das faixas (mais largas significam maior registro de óbitos).

Gráfico 2. Estudo comparativo sobre número de mortes globais por COVID 19.



Fonte: Johns Hopkins CSSE. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/coronavirus/casos-no-mundo/>

Talvez a pandemia da COVID 19 tenha atingido a estrutura da sociedade de hiperconsumo e, conseqüentemente, na coisificação da natureza e do ser humano, mas, indaga-se: por quanto tempo tal reflexão servirá de ponto de partida para um novo pensar sobre as práticas atuais na construção das relações laborais, de consumo e de sobrevivência no planeta?

A compreensão do assédio moral, enquanto mecanismo de agressão a direitos fundamentais do ser humano, demanda observação integrada de diferentes fatores a desencadear o desrespeito pela dignidade, a busca do lucro desenfreado e a concepção destrutiva de classes ou castas no ambiente laboral, carregada com a coloração escravagista ainda a ecoar no Brasil e em outros países, onde a mão-de-obra é qualificada como objeto descartável e inserido em relação natural e indispensavelmente desigual.

2. SAÚDE E SERVILISMO NAS RELAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

As relações contemporâneas entre o desrespeito ao trabalhador, ao meio ambiente e aos direitos fundamentais à saúde e dignidade, são dinâmicas e profundas, de uma mobilidade impressionante, de modo que nenhum dos continentes atualmente consegue escapar da presença de trabalhadores submetidos à condições sub-humanas, gerando desigualdade e agravando a distância entre os que desfrutam de dignidade e os que desconhecem tal garantia; tal situação intrinsecamente ligada ao debate sobre do comércio justo¹ e o dumping social, temas versados por diferentes Convenções da OIT e Diretivas da CE.

1 “A ética constitui um outro sector de ponta do consumo-mundo. É claro que o mercado dos produtos justos e ecológicos está ainda a dar os seus primeiros passos: 1% a 5% do consumo total, consoante os países. No entanto, desde 2001, o comércio justo regista uma importante progressão em termos de volume, diversidade de produtos e também popularidade. São cada vez mais os consumidores que declaram estar sensibilizados para os produtos provenientes do comércio justo: uma parte significativa de consumidores europeus afirma está disposta a pagar mais se o produto respeitar as normas ecológicas ou éticas; de acordo com o Instituto MORI, apenas um quarto dos consumidores se diz indiferente a estes critérios. 18% dos britânicos e 14% dos holandeses boicotaram já produtos por questões de cidadania.” LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Lisboa: Edições 70, 2007. p.113-114.

A defesa das relações laborais depende do *quantum* protetivo de cada Estado em matéria ambiental; primeiramente, em função do ser humano integrar o conceito do meio ambiente e, em segundo lugar, pelo fato da indústria e outras atividades de escala global apresentarem potencial degradante inerente. Os custos sociais ou externalidades² de cada produto ou serviço colocados na cadeia de consumo, muitas vezes restam invisíveis aos consumidores; o desafio longo e lento de dotar as relações de trabalho, notadamente no campo da indústria e prestação de serviços, de um nível maior de transparência e respeito, configura tarefa penosa nas últimas décadas, muito antes da pandemia, onde a coisificação do ser humano é imposta como algo natural e típica da sobrevivência.

Cenários de grande exploração humana, com ambientes hostis, jornadas de trabalho extenuantes, insalubridade, restrição da liberdade de locomoção, recebimento de salários in natura, adoção do *truck system* com a servidão por dívida (CLT Art. 462, §2º) e outras agressões aos direitos fundamentais na esfera laboral, são comuns no uso servil da propriedade contemporânea, onde o trabalhador constitui mera peça do processo produtivo e, em alguns casos, substituído pela aplicação da robótica. Vários são os setores onde a vulnerabilidade social é mais latente e a exposição aos riscos em geral, destacando-se as atividades dos serviços de saúde (hospitais, clínicas, desinfecção de materiais etc), mineração, agricultura, indústria siderúrgica, construção civil, transportes, turismo e alojamentos, indústria de cosméticos, indústria têxtil e muitos outros ramos onde garantias internacionais de proteção ao trabalho são relegadas diante da omissão estatal, da miséria humana em busca da sobrevivência

2 “Marshal constatou que o preço de mercado dos bens pode não reflectir fielmente os verdadeiros custos ou benefícios resultantes da sua produção ou do seu consumo. O preço de mercado só seria uma medida adequada para avaliar as perdas e os ganhos sociais resultantes do uso normal dos recursos, se se verificassem simultaneamente duas condições ideais: primeiro, se, em concorrência perfeita, o preço de mercado dos bens correspondesse exactamente a avaliação que os consumidores fazem dos benefícios derivados do seu consumo; e segundo, se o preço dos factores de produção fosse igual ao valor da produção que estes poderiam produzir na sua melhor utilização alternativa. Porém, na vida real, pode não se verificar alguma ou, mais provavelmente, nenhuma destas proposições.” O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente / Alexandra Aragão; coordenadores [da série] Antonio Herman Benjamin, Jose Rubens Morato Leite. – São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014. p.31.

(inclusive reutilizando materiais inservíveis e perigosos) e da convivência de consumidores.

O servilismo e a estratificação social acompanham a humanidade em diferentes períodos, compondo civilizações de diferentes matrizes, de tradição beligerante ou não; no Brasil, e em outras nações de matriz escravocrata, a exemplo dos Estados Unidos da América e boa parte do continente europeu, a rentabilidade do escravo era patente³ e apenas entrou em declínio com as restrições à exploração nativa (indigenista) e pelo tráfico (negreira), com o surgimento de normas abolicionistas.

3. RAÍZES DO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

As raízes do assédio moral, ainda frequente no ambiente do trabalho pátrio, provavelmente encontram-se nas bases da hierarquia extrema e concepção do trabalhador como mero instrumento de produção e no fomento à condição análoga à escravidão ou servilismo moderno⁴, distante de qualquer ótica de

3 “Um dos principais textos sobre a escravidão, que melhor discute sobre o surgimento desse sistema de trabalho, é *Causes of Slavery or Serfdom : a Hypothesis* escrito por Domar em 1970, o qual será muito útil para análise neste trabalho principalmente por representar uma explicação que se adapta de forma perfeita tanto à formação do sistema escravista americano quanto à do brasileiro. Domar inicia mostrando as causas que levaram à utilização da servidão como principal forma de trabalho adotada na Europa no século XVII. O exemplo mais relevante é a descrição de Kliuchevsky da experiência na Rússia, que durante a segunda metade do século XV estava em guerra com seus vizinhos do oeste e do sudoeste, o que portanto exigia forças que o governo não conseguia manter apenas com os impostos, então esse passou a distribuir terras aos servidores para que eles se mantivessem e pagassem suas armas, isso através do trabalho dos camponeses que seria usado nessas terras; em troca os camponeses receberiam um empréstimo e o direito de cultivar toda ou parte da terra por conta própria. Mas com o passar do tempo, pela pressão dos servidores dentre outros motivos, o governo começou a impor restrições à liberdade dos camponeses, que já estavam em débito com os donos de terra pelo empréstimo inicial. Dessa forma, na metade do século XVII os camponeses já eram servos.” MANFREDINI, Denise. Rentabilidade do trabalho escravo no Rio Grande do Sul no Século XIX. Disponível em: http://www.anpec.org.br/encontro/2014/submissao/files_I/i3-15087f23cccd27e6d-de47311516db814.pdf p.2-3.

4 “Ensuite, il s'étonne, et à juste titre, qu'il « *est incroyable [que] cette traite b'êtres hrmaines sans précé-bent passe pratiquement inaperçue* ». En fait, il est étonnant qu'à l'heure du village planétaire, l'ampleur du phénomène se fasse aussi discrète dans l'information. Il apparaît même que la plupart des engagements ou conventions au plan international en la matière sont relativement inefficaces tant les actions au plan national demeurent bien timorées. Certainement, il existe une gêne, une sorte de tabou à aborder concrètement ce problème aux enjeux économiques colossaux. De même, un certain nombre de membres influents risqueraient une mise en cause personnelle concernant plus spécifiquement l'esclavage domestique, sexuel ou médical. En effet, ces formes particulières d'asservissement de l'être humain concernent généralement la tranche la plus aisée de la population mondiale qui se trouve être par la même celle qui détient le pouvoir politique et juridique

relação social, onde ordens abusivas, metas insustentáveis e comportamentos agressivos, repetitivos e flagrantemente atentatórios à dignidade do ser humano são apurados, citando-se o exemplo da escravidão por dívidas, do trabalho infantil, das péssimas condições de higiene e ergonômicas, da ausência de locais próprios à amamentação da trabalhadora mãe (vide o Estatuto da primeira infância ou Lei n. 13.257/2016), além de inúmeras outras garantias mínimas de promoção à qualidade de vida, onde a perversa “cultura do assédio moral” não deveria ter guarida.⁵

Exemplo difuso do enfrentamento às variadas causas do surgimento ou manutenção ao trabalho servil e do próprio assédio moral, encontra-se na impetração, pela Defensoria Pública da União (DPU), do Mandado de Injunção n. 7.440/2023, no Supremo Tribunal Federal, postulando o reconhecimento da omissão legislativa quanto à regulamentação do Art. 243 da Constituição da República Federativa do Brasil (com a redação da EC n. 81/2014) no tocante ao perdimento da propriedade e acessórios onde constatada a prática do servilismo laboral, onde foi indeferido o pleito da tutela de urgência, em decisão de 17/03/2023, pelo Ministro Relator Luiz Fux, sob o argumento da incompatibilidade da via processual eleita e, até o presente momento, após manifestação da Procuradoria-Geral da República, encontram-se os autos conclusos ao Relator; espera-se, francamente, uma resposta positiva do STF para determinar a ime-

d’y mettre un terme. Cependant, il est à noter que ces formes d’asservissement ont actuellement une tendance à se démocratiser et il n’est désormais plus rare de constater qu’il existe des personnes victimes de l’esclavage domestique chez des classes moyennes, ou encore, les vols low cost et les packages « transplantations d’organes » proposés par certaines structures médicales dans des pays comme l’Inde, par exemple, permettent à des classes moins aisées de prendre part à ces pratiques.” TENA, Sophie. L’interdiction de l’esclavage moderne en droit international et européen: la modernisation nécessaire des cadres juridiques contemporains. Montpellier: Université de Montpellier 1. Faculté de Droit et de Sciences Politiques, 2010. p.12.

5 “A situação degradante de trabalho não sofreu grandes mudanças, senão pela falsa liberdade, eis que embora libertos, não houve por parte dos governos a implementação de políticas públicas de integração do ex-escravo ao meio social. (...) Hoje, no Brasil, o que predomina é a modalidade de escravidão denominada de escravidão por dívida, em que o trabalhador labora em condições análogas às de escravo. Essa forma de escravidão distingue-se das anteriores porque ela é de curta duração, totalmente ilegal, e não é proveniente de guerras. Mas as condições laborais dos trabalhadores de hoje são semelhantes às dos trabalhadores dos séculos passados. Os fatores contribuintes para tais situações hodiernas são: a má distribuição de renda, a educação precária (quando se tem) disponibilizada às classes desprovidas de condições de usufruir de ensino privado e a centralização de terras para uma pequena quantidade de pessoas. São esses os fatores que possibilitam a propagação dessa triste realidade.” DAMIÃO, Danielle Riegermann Ramos. Situações análogas ao trabalho escravo. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 35.

diata omissão legiferante e permitir o avanço na prevenção de novos episódios vergonhosos de manutenção de um cenário multissecular no Brasil de completo deboche pela dignidade da pessoa.

O desprezo à oferta da moradia, notadamente nos países asiáticos, africanos e na América do Sul e Central, o precário acesso à educação fundamental e dos serviços de saúde regulares à parturiente (pré-natal, perinatal e pós-natal), as condições aviltantes de saneamento básico e coleta de lixo, a escassez da água potável e dos alimentos *in natura*, o tolhimento da liberdade de opinião, as variadas formas de violência⁶ (vide recente alteração no Art.18 da Lei n. 8.069/1990, promovida pela Lei n. 13.010/2014) e muitos outros exemplos traduzem como a humanidade tem desrespeitado o princípio da dignidade humana, corroborando a falsa promessa⁷ de

6 “Les instruments internationaux condamnent fortement le travail des enfants. Cependant, on s’est aperçu que sa disparition total n’était pas la meilleure solution et que cela ne pouvait être qu’une illusion. C’est pourquoi l’O.I.T. a adopté une convention concernant l’interdiction des pires formes de travail des enfants et l’action immédiate en vue de leur élimination⁶⁰. L’objectif est de cet accord international de supprimer au fur et à mesure les travaux les plus dangereux. Dans de nombreux pays, le travail des enfants est une source de revenu comme une autre, voire même indispensable. Il s’intègre dans les stratégies de survie et d’éducation des parents. Il permet ainsi de remédier à l’extrême pauvreté mais aussi à l’absence de système éducatif dans certaines régions du monde. Les enfants du monde rural des pays pauvres doivent souvent marcher des kilomètres avant d’atteindre l’école la plus proche. Le travail des enfants n’est pas systématiquement synonyme d’esclavage. En ce qui concerne le travail domestique, les pratiques et valeurs culturelles justifient et favorisent ce type d’activité. D’une part, la tradition de « placement » est l’instrument privilégié de captation de main d’oeuvre domestique. D’autre part, les discriminations dont la fillette fait traditionnellement l’objet oriente singulièrement celle-ci vers le travail domestique. Enfin, le développement de l’exploitation des enfants est favorisé par une opinion publique peu compréhensible et peu réceptive à l’existence d’une situation dangereuse. En revanche, si le travail des enfants n’est pas forcément de l’esclavage, ce travail est appelé à se répandre et à développer les « pires » formes de travail, pour aboutir à un trafic interne et transfrontalier. Le placement d’un enfant obéit à des modalités variées. Dans le cadre d’un trafic, il repose nécessairement sur une transaction. Cette transaction implique simplement une remise de l’enfant par ses parents ou l’un d’entre eux ou son tuteur, à un tiers en vue de son exploitation ou d’une mise au travail. La transaction n’implique pas nécessairement un paiement au moment de la remise de l’enfant. L’existence d’un intérêt économique pour l’une des parties suffit à qualifier la situation. Une étude conduite par l’UNICEF sur la problématique du travail et du trafic des enfants domestiques en Afrique de l’Ouest et du Centre⁶¹ a permis de dégager trois critères qualifiant une situation de trafic ou de placement abusif d’enfant : la présence d’un intermédiaire, la réalisation d’une transaction et un objectif d’exploitation. On retrouvera ces trois critères dans la récente définition juridique internationale de la traite des personnes.” CABRAL, Georgina Vaz. Les formes contemporaines des esclavages dans six pays de l’Union Européenne. Paris: Institut des hautes études de la sécurité intérieur. 2013. p.38.

7 “Prenons un exemple concret récent où au cœur même de l’Europe, un véritable trafic transnational est né de complicités de plusieurs petits réseaux locaux, de la Pologne à l’Italie. En Italie, la province de

vida melhor, responsável por grande parcela dos casos de servilismo moderno doméstico.⁸

Na escala dos custos de produção normalmente não são divulgadas informações sobre o processo de fabricação e tampouco a participação da mão-de-obra envolvida no ciclo de vida do bem; a omissão de tais externalidades geralmente é proposital, com o objetivo de não afastar o consumidor e divulgar uma falsa ideia sobre o respeito à sustentabilidade, ao trabalhador, aos valores éticos em geral o que ocasiona o chamado *dumping social*⁹, espécie de

Foggia dans les Pouilles fut le théâtre d'un scandale sans précédent dans ce pays. En effet, c'est à la suite d'une opération conjointe entre la police italienne et la police polonaise baptisée « Terre Promise » sur la base d'un mandat d'arrêt européen, que fut mis à jour ce trafic de travailleurs migrants réduit en esclavage. Le 18 juillet 2006, les forces de l'ordre des deux pays arrêtèrent simultanément une quarantaine de personnes entre la Pologne et l'Italie et libèrent une centaine de polonais prisonniers dans des camps de travail dans le sud de l'Italie. Ces derniers, principalement affectés aux travaux agricoles étaient logés dans des baraquements collectifs surveillés par des gardes armés qui n'hésitaient pas à frapper voire à tuer les plus récalcitrants ou ceux qui tentaient de s'échapper à titre d'exemple pour les autres. Chaque ouvrier polonais était directement recruté dans sa province où lui était promis un travail de cueillette de fruits et de légumes dans une exploitation agricole en Italie pour un salaire variant de 9 à 11 euros de l'heure" TENA, Sophie. L'interdiction de l'esclavage moderne en droit international et européen: la modernisation nécessaire des cadres juridiques contemporains. Montpellier: Université de Montpellier 1. Faculté de Droit et de Sciences Politiques, 2010. p.83-84.

8 “Entre as principais dificuldades apontadas estão: uma cultura de naturalização e até de defesa da presença de crianças e adolescentes no mercado de trabalho; a necessidade de prevenir e eliminar com especial afinco as piores formas, que apresentam mais complexidades; as autorizações judiciais, concedidas em particular pela Justiça Estadual, para que crianças e adolescentes trabalhem regularmente, contrariando a Constituição Federal; e a falta de articulação das políticas públicas de prevenção e eliminação do trabalho infantil existentes no país. (...) Entre as atividades mais complicadas de se debelar estão o trabalho infantil doméstico, nos lixões, na agricultura familiar, no comércio informal urbano, na produção familiar dentro do próprio domicílio, na exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, no narcotráfico. Nesses casos, muitas vezes há uma ambiguidade entre o trabalho infantil e o local de vivência das crianças ou há relação com atividades ilícitas, o que torna o enfrentamento mais complexo. Também existem atividades que envolvem certo glamour e, por isso, obtêm bastante aceitação social, como o trabalho infantil artístico e nos clubes de futebol.” Repórter Brasil: Brasil livre do trabalho infantil. Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/BRASIL LIVRE DETRABALHO INFANTIL_WEB.pdf.p.6.

9 “Existe uma percepção pública generalizada nos países desenvolvidos segundo a qual a inobservância ou o déficit de direitos laborais em muitos países, especialmente nos países menos desenvolvidos, lhes confere vantagens competitivas ilegítimas no comércio internacional e na atração de investimento estrangeiro, por via dos menores custos de produção e exportação, provocando a perda de emprego nos países importadores de bens ou serviços produzidos nesses países, bem como a deslocação do investimento para os mesmos países. A situação é especialmente sensível nos casos de deliberada redução dos níveis de proteção

fomento à concorrência desleal que perpetua as desigualdades e coisifica os recursos naturais.

Infelizmente, dentre os vários setores onde ainda resiste a assimetria e o desrespeito à dignidade humana, pode-se registrar a hotelaria e serviços turísticos em geral; com certa frequência, problemas de variadas ordens são registrados¹⁰ em hotéis, navios, agências de serviços turísticos, a saber: a) jornadas de trabalho exaurientes de 14h ou mais; b) ambientes minúsculos para os trabalhadores descansarem; c) longos períodos de afastamento dos países de origem, contrariando normas de direito internacional; d) alimentação de qualidade duvidosa e outras práticas. Na hotelaria, o recrutamento de mão-de-obra estrangeira é comum e algumas barreiras para prevenir o assédio ou demais condições degradantes estão na diferença cultural, na baixa escolaridade dos trabalhadores vitimados, na extrema condição de pobreza dos trabalhadores ou cenários de guerra civil, recrutamento com propaganda enganosa etc; no serviço de cruzeiros marítimos, as principais agressões aos direitos laborais estão nas jornadas abusivas, nas condições de higiene e repouso, na duração dos percursos e aplicação de normas do país da bandeira, em detrimento do direito internacional.

laboral (ou abstenção deliberada de os aplicar), para ganhar vantagem competitiva, vulgarmente conhecidos como “dumping social” É o que sucede normalmente nas chamadas zonas de exportação especial, nas quais além de outras vantagens (fiscais, aduaneiras etc), os governos também isentam muitas vezes as empresas do cumprimento de direitos laborais, como a proibição de sindicatos, de greves etc.” MOREIRA, Vital. Trabalho digno para todos: A cláusula laboral no comércio externo na União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.37-38.

10 “A Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) resgatou um grupo de 11 pessoas em condições de trabalho análogas às de escravos no cruzeiro de luxo MSC Magnifica, pertencente à MSC Cruzeiros. O flagrante aconteceu em fiscalização conjunta envolvendo diferentes órgãos realizada no porto de Santos, no litoral de São Paulo, entre os últimos dias 15 e 16 de março, e o resgate foi feito nesta semana em Salvador (BA), cidade para onde o navio seguiu depois da primeira abordagem. Segundo a fiscalização, a empresa se recusou a pagar as verbas rescisórias e a reconhecer o resgate. Procurada, a empresa afirmou em nota que “repudia as alegações feitas pelo Ministério do Trabalho e Emprego” e que “não recebeu nenhuma prova ou qualquer auto de infração”. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/04/fiscais-flagram-trabalho-escravo-em-cruzeiro-de-luxo/>

Figura 01. Fiscalização do MPT/MTE, para resgate de 12 trabalhadores em regime equiparado ao servilismo, a bordo do navio MSC Magnifica, da empresa MSC.



Fonte: <http://reporterbrasil.org.br/2014/04/fiscais-flagram-trabalho-escravo-em-cruzeiro-de-luxo/>

4. CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO ASSEDIADORA E SUA PRESENÇA NOS AMBIENTES PÚBLICO E PRIVADO

Os principais traços de uma relação assediadora no ambiente de trabalho, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho ou por qualquer norma estatutária civil ou militar (Estatutos dos servidores municipais, estaduais ou federais ou Estatuto dos Militares), residem, a título de exemplo: a) na quebra do equilíbrio, segurança, saúde¹¹ e respeito necessários à condução das relações humanas, envolvendo condutas constrangedoras, humilhantes ou ultrajantes à indenidade física e psico-

11 Empresa deve indenizar mulher por obriga-la a trabalhar com COVID 19. Uma funcionária que alegou ter sido forçada a trabalhar a distância enquanto estava de licença-médica por estar com Covid-19 obteve na Justiça o direito a indenização de R\$ 5 mil por assédio moral. A juíza Gêssica Osórica Grecchi Amandio, da 5ª Vara do Trabalho de São Paulo, entendeu haver abuso de direito e desrespeito à dignidade humana da trabalhadora. A mulher alegou ter sido vítima de assédio moral pela contratante, uma empresa de terceirização de mão de obra. Segundo a autora, além da pressão psicológica exercida por sua supervisora, “foi obrigada a trabalhar em home office o período em que estava de atestado por ter contraído Covid”. Embora não tenha conseguido apresentar provas práticas do abuso ou do excesso de poder por sua supervisora, a magistrada reconheceu a validade de mensagens de *WhatsApp* juntadas aos autos que revelaram a existência da prestação de serviços e a cobrança de resultados exercida sobre a funcionária enquanto estava de licença médica. Fonte: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/juiza-condena-empresa-obrigar-mulher-trabalhar-com-covid-01062022>

lógica do trabalhador e sua dignidade, ofensas à sua autoestima física, desprezo ou deboche contra crenças religiosas, pensamentos políticos, modo de realização das tarefas, apesar de regulamente cumpridas, críticas demasiadas às preferências sobre vestimentas (ainda que respeitadas ao decoro do ambiente ou compatíveis com a segurança e higiene exigidas), imposição de tarefas incompatíveis com a rotina do trabalho assumida mediante contrato de trabalho, recrutamento privado, concurso público de provas e títulos ou seleção simplificada, atribuição de funções exorbitantes da força física do trabalhador (contrariando normas básicas da segurança e medicina do trabalho), escárnio público ou privado sobre o não cumprimento de metas laborais fixadas, solicitação de atividades não previstas na rotina laboral (prevista no edital do concurso público, seleção simplificada ou contrato de trabalho), impossibilitar o trabalhador ou trabalhadora de ter convívio familiar com os filhos ou apoiar a manutenção dos arranjos familiares na hipótese dos cuidados minimamente necessários com crianças recém-nascidas, na primeira infância de um modo geral ou mesmo adolescência e crianças com necessidades especiais (v.g. condicionamento da redução da jornada de trabalho à compensação, contrariando o Art. 98, §3º da Lei n. 8.112/1990), envio de mensagens com tarefas a executar fora do horário da jornada do trabalho, à noite ou no final de semana, impossibilitando o exercício ao direto à desconexão digital; b) repetitividade das condutas agressivas à dignidade e demais direitos básicos da pessoa e c) prolongamento no tempo de tal quadro fático, independentemente da existência de denúncia registrada pelo servidor público ou trabalhador celetista (notadamente pela inexistência de estabilidade nas relações laborais privadas, onde a utilização da rescisão indireta do contrato de trabalho quebraria, muitas vezes, a única fonte de renda de quem se encontra em situação de vulnerabilidade acentuada).¹²

12 Situações de humilhações e de constrangimento no trabalho, atualmente denominadas de assédio moral, apenas recentemente começaram a ser reconhecidas como empecilho à manutenção do estado de saúde física e mental de um sujeito (Maciel, Cavalcante, Matos, & Rodrigues, 2007). Na definição do assédio moral no trabalho, destacam-se a ocorrência de atos negativos por parte das chefias ou colegas e a posição de vulnerabilidade do trabalhador, que não pode defender-se, o que implica a existência de um desequilíbrio típico das relações de poder (Einarsen, 2005). Outros aspectos importantes de tal definição são a continuidade e o caráter repetitivo das ações negativas perpetradas contra o trabalhador, o qual passa a viver situações de tortura psicológica. Os atos normalmente considerados negativos vão desde a falta de cortesia até ofensas que desqualificam a atividade do trabalhador, que passa ao ato subjetivo de ressentir-se contra as chefias e os colegas. A exposição de forma repetitiva e prolongada a situações humilhantes e constrangedoras durante o exercício de suas funções nutre, para Le Guillant (2006) e Clot (2010), o ressentimento, definido como um sentimento vivido em silêncio, mobilizando a capacidade de agir,

Assim, não demanda maiores esforços compreender o avanço do assédio moral no serviço público brasileiro, alterando-se a imagem de ser uma patologia exclusiva do cenário celetista, diante da hipervulnerabilidade decorrente da drástica simetria das relações sociais ali existentes, onde a subordinação é frequentemente confundida, inúmeras vezes, com o abuso e a impunidade, potencialmente evitáveis com a adoção de uma política de transparência, educação e cooperação no ambiente laboral, mapeamento de riscos psicossociais no ambiente do trabalho e a existência de canais perenes de escuta na instituição, oficinas de atualização sobre o tema e suas principais origens e, acima de tudo, um ambiente de desconstrução da cultura do assédio, reconhecendo os limites das relações sociais e o grave problema de saúde pública derivado da tolerância com a violência laboral.

5. DA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL: O SURGIMENTO DE NORMATIVAS ESPECIALIZADAS E DECISÕES PARADIGMÁTICAS

Progressivamente o tema despertou a atenção de vários canais institucionais de prevenção e combate às condutas assediadoras e reconheceu o problema como forma de violência interpessoal (horizontal: entre sujeitos de direito sem subordinação ou vertical: entre sujeitos de direito vinculados com subordinação hierárquica) ou institucional (se contar com a conivência ou omissão das organizações), transbordando o assunto para a área da saúde pública do trabalhador e seus dependentes (uma vez que a relação de assédio pode atingir, indiretamente, pessoas dos núcleos familiares ou demais companheiros de trabalho de quem foi agredido por tal prática); reportagens foram exibidas, cartilhas e programas preventivos difundidos na rede mundial de computadores; contudo, o percurso preventivo isolado ainda não alcançou um grau de maturidade suficiente para impedir a ocorrência dos atos de assédio, dado que não se justifica com a alegada ausência de

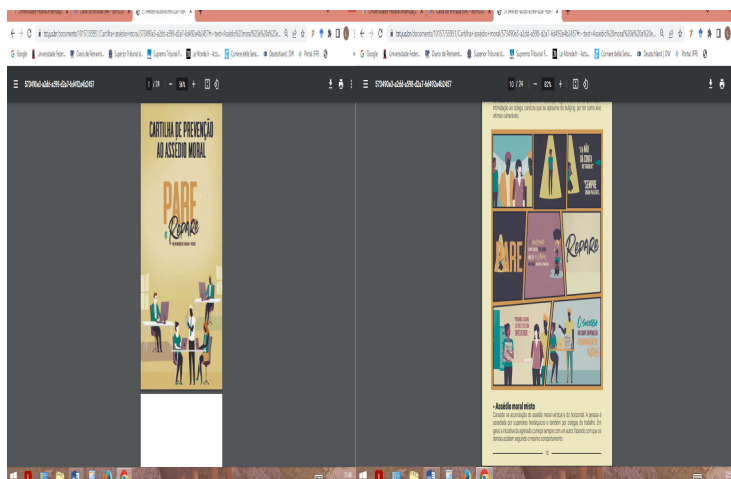
obstruindo as iniciativas e as ações espontâneas no grupo de trabalho. DAL CASTEL SCHLINDWEIN, Vandeléia de Lurdes. Histórias de vidas marcadas por humilhação, assédio moral e adoecimento no trabalho. *Revista Psicologia & Sociedade*, 25(2), 430-439. Disponível: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/T8P65R3y679gXhDbYhKxjds/abstract/?lang=pt>

legislação especializada sobre o tema, a exemplo da Lei Estadual n. 13.314/2007 produzida no Estado de Pernambuco.

Faz-se necessário, ainda, demandar judicialmente de modo individual ou difuso a tutela do trabalhador, inclusive contra o não reconhecimento da incapacidade laboral decorrente do assédio, por parte dos setores de medicina pública do trabalho (v.g. INSS e Núcleos de Assistência aos Servidores das IFES); sobre tal necessidade, um conjunto de decisões avulta em diferentes instâncias do Judiciário brasileiro, inclusive no setor público onde tal conduta já ingressou, infelizmente, nas Universidades Públicas, a exemplo do seguinte julgado apreciado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹³

13 DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto por JAIR CARLOS KOPPE no Evento 34, com fundamento no art. 102, III, da Constituição Federal, contra acórdão de Órgão Colegiado desta Corte. Eis o teor da ementa: ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. PROFESSOR DA FACULDADE DE ENGENHARIA DA UFRGS. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. 1. Convencionou-se chamar de assédio moral o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções usualmente quando há relação hierárquica em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho. 2. Para o reconhecimento do assédio moral deve ser comprovada a ocorrência de situações no trabalho que efetivamente caracterizem o dano moral, tais como hostilidade ou perseguição por parte da chefia, hipótese dos presentes autos. 3. Restou suficientemente comprovado o assédio sofrido pelo autor pois, ao que se percebe, o comportamento do chefe do Departamento tinha o intuito de constranger psíquica e profissionalmente o professor, guardando relação com as situações humilhantes alegadas na inicial. 4. Na quantificação do dano moral devem ser sopesadas as circunstâncias e peculiaridades do caso, as condições econômicas das partes, a menor ou maior compreensão do ilícito, a repercussão do fato e a eventual participação do ofendido para configuração do evento danoso. A indenização deve ser arbitrada em valor que se revele suficiente a desestimular a prática reiterada da prestação de serviço defeituosa e ainda evitar o enriquecimento sem causa da parte que sofre o dano. 5. Montante indenizatório a título de danos morais fixado em R\$ 30.000,00, devendo ser atualizado a contar da decisão que o arbitrou (Súmula 362 do STJ), com incidência de juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ e art. 398 do novo Código Civil). 6. Sobre o quantum indenizatório incidem juros de mora de 1% ao mês desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ e art. 398 do novo Código Civil), e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (30-06-2009), devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora. 7. Apelação provida. O STF determinou a devolução (RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.403.111): Trata-se de recurso extraordinário com agravo contra decisão de inadmissão do recurso extraordinário. O Supremo Tribunal Federal, examinando o Recurso Extraordinário nº 1027633 segundo a sistemática da repercussão geral (Tema nº 940), decidiu que: há repercussão geral - Trânsito em Julgado 14/12/2019. O Código de Processo Civil assim disciplina os procedimentos aplicáveis aos recursos extraordinários que suscitam matéria(s) analisada(s) pelo STF no rito da repercussão geral: (...) Ante o exposto, determino a devolução dos autos à Corte de origem para que adote, conforme a situação do(s) referido(s) tema(s) de repercussão geral, os procedimentos previstos nos incisos I a III do artigo 1.030 do Código de Processo Civil (alínea c do inciso V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Decido. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar recurso(s) submetido(s) à sistemática da repercussão geral, fixou a(s) seguinte(s) tese(s): Tema STF 940 - A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Em relação à(s) matéria(s), o acórdão recorrido parece divergir do entendimento da Corte Suprema. Desse modo, em atenção ao disposto nos arts. 1.030, II, e 1.040, II, do CPC/2015, determino a devolução dos autos ao Órgão julgador deste Regional, para eventual

Figuras 02 e 03. Cartilha sobre a prevenção ao assédio moral, elaborada pelo Tribunal Superior do Trabalho.



Fonte: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecer o fenômeno do assédio moral como uma questão de saúde pública e violência são fundamentais para estabelecer uma perene cultura de prevenção e combate, quando frustradas as técnicas dissuasivas; a saúde pública no ambiente do trabalho é norma de ordem pública e não admite flexibilização, sob pena de graves atentados à dignidade do ser humano e retrocesso socioambiental das relações laborais.

Tal postura envolve, também, um envolvimento dos setores público e privado em todos os níveis da Administração Pública, combatendo todos os focos potenciais de surgimento e alastramento das situações clássicas do assédio, a exemplo das situações consideradas análogas ao trabalho escravo (v.g. Mandado de Injunção n. 7.440/2023, impetrado pela Defensoria Pública da União no STF), além do compromisso de não minimizar ou relativizar a gravidade do quadro e,

juízo de retratação. Intimem-se. (TRF4, AC 5007097-37.2012.4.04.7100, VICE-PRESIDÊNCIA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 18/11/2022)

de igual modo, não utilizar a rarefação de tipos especializados para reconhecer a ofensa a direitos básicos da humanidade em caminhar sem retroceder, afastar-se de matrizes simbólicas da violência imposta pela escravidão, construção de arquétipos de inferioridade do trabalhador ou reconhecimento da subordinação hierárquica como mola propulsora de abusos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente / Alexandra Aragão; coordenadores [da série] Antonio Herman Benjamin, Jose Rubens Morato Leite. – São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014. p.31.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção n. 7.440 – MC/ DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de março de 2023. Consulta processual. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6589744>. Acesso em: 21/02/2024.

CABRAL, Georgina Vaz. *Les formes contemporaines des esclavages dans six pays de l'Union Européenne*. Paris: Institut des hautes études de la sécurité intérieure. 2013. p.38.

DAMIÃO, Danielle Riegermann Ramos. **Situações análogas ao trabalho escravo**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

DAL CASTEL SCHLINDWEIN, Vandeléia de Lurdes. Histórias de vidas marcadas por humilhação, assédio moral e adoecimento no trabalho. **Revista Psicologia & Sociedade**, 25(2), 430-439. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/T8P65R3y679gXhDbYhKxjds/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21/02/2024.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Lisboa: Edições 70, 2007.

MANFREDINI, Denise. **Rentabilidade do trabalho escravo no Rio Grande do Sul no Século XIX**. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro/2014/sub->

[missao/files_I/i3-15087f23cccd27e6dde47311516db814.pdf](#) p.2-3. Acesso em: 21/02/2024.

MOREIRA, Vital. **Trabalho digno para todos**: A cláusula laboral no comércio externo na União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

REPÓRTER BRASIL: **Brasil livre do trabalho infantil**. Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/BRASILLIVREDETRABALHOINFANTIL_WEB.pdf.p.6. Acesso em: 21/02/2024.

TENA, Sophie. **L'interdiction de l'esclavage moderne em droit international et européen**: la modernisation nécessaire des cadres juridiques contemporains. Montpellier: Université de Montpellier 1. Faculté de Droit et de Sciences Politiques, 2010. p.12.

**APLICAÇÃO DA LEI ANTIRRACISMO A CASOS DE
LGBTI+FOBIA E A NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA
LEGALIDADE NO DIREITO PENAL**

***APPLICATION OF ANTI-RACISM LAW TO CASES OF
LGBTI+PHOBIA AND NON-VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF
LEGALITY IN CRIMINAL LAW***

Recebido: 21/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Giovanna Freitas de Lima

Graduanda pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Diego Prezzi Santos

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP)

Mestre em Direito pelo programa de mestrado em Ciências Jurídicas do Centro

Universitário de Maringá (CESUMAR)

Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade

Estadual de Londrina (UEL)

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Professor no Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade

Estadual de Londrina (PPGD/UEL)

Professor no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e

Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina

Professor de pós-graduação lato sensu na Universidade

Estadual de Londrina (UEL)

Professor de pós-graduação no Instituto de Direito

Constitucional e Cidadania (IDCC)

Professor de pós-graduação na Pontifícia Universidade

Católica de Londrina (PUC)

Com experiência como Professor de pós-graduação no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Universidade Paranaense (UNIPAR), nas Faculdades Maringá, no Centro Universitário Filadelfia (UNIFIL), na Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE), entre outras
Professor de graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES), Faculdades Londrina e na Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Membro da Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)
Participante do Summer School Democracia e Desenvolvimento realizado na Università degli Studi di Siena/IT
Parecerista em revistas científicas
Advogado com experiência em direito penal e processo penal
Possui experiência em Direito com ênfase em Direito Penal, Processo Penal, Direito Constitucional
Pesquisa as temáticas do Direito Constitucional Penal, Direito Constitucional Processual Penal e Direito Constitucional
É professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Prática Penal em sede de graduação e pós-graduação

RESUMO: Por meio dos acórdãos da ADO 26 e do MI 4.733, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei Antirracismo poderia também ser aplicada aos casos de homofobia e transfobia. Nesse sentido, o objetivo do trabalho foi responder ao questionamento quanto a se teria ou não ocorrido violação ao princípio da legalidade quando do julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, considerando a aplicação da lei antirracismo aos casos de homofobia e transfobia. Para essa análise, foram utilizados os métodos dedutivo e indutivo, por meio de revisão bibliográfica, análise de legislação e verbetes de dicionário. Concluiu-se que não houve violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que, em uma interpretação conforme a Constituição, o conceito de raça pode abranger orientação sexual e identidade de gênero, e o conceito de racismo pode abranger homofobia e transfobia.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo – LGBTI+fobia – Homotransfobia – Ativismo judicial – Legalidade.

ABSTRACT: *Through the judgements of ADO 26 and MI 4,733, the Federal Supreme Court understood that the Anti-Racism Law could also be*

applied to cases of homophobia and transphobia. In that regard, the objective of the paper was to answer the question as to whether or not there had been a violation of the principle of legality during the judgment of ADO 26 and MI 4,733, considering application of the Anti-Racism Law to cases of homophobia and transphobia. For this analysis, it has been used the deductive and inductive methods, through bibliographic review, analysis of legislation and dictionary entries. It was concluded that there was no violation of the principle of legality, given that, through an interpretation consistent with the Constitution, the concept of race can encompass sexual orientation and gender identity, and racism can encompass homophobia and transphobia.

KEY-WORDS: Racism – LGBTI+phobia – Homotransphobia – Judicial activism – Legality.

INTRODUÇÃO

A fim de obter a criminalização da homofobia e da transfobia, especialmente pela prática de ofensas, homicídios, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, Distrito Federal (ADO 26), enquanto a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou o Mandado de Injunção 4.733, Distrito Federal (MI 4.733), fôramos quais julgados, de forma concomitante pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019.

Na ADO 26 e no MI 4.733, pleiteou-se a declaração de mora inconstitucional na criminalização da homofobia e da transfobia; a fixação de prazo razoável para a aprovação de legislação que as criminalizasse especificamente; a tipificação criminal da homofobia e da transfobia pela aplicação da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, também conhecida como Lei Antirracismo, enquanto não houvesse lei específica; a consideração dessas discriminações como motivo fútil ou torpe para fins penais; bem como o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado brasileiro em indenizar as vítimas de homofobia e transfobia.

Durante o julgamento conjunto, foram fixadas as seguintes teses nos acórdãos: até que as condutas homofóbicas e transfóbicas fossem criminalizadas especificamente, estas ajustariam-se às disposições da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989; a repressão penal à prática da homotransfobia não restringiria o exercício da liberdade religiosa; e o conceito de racismo se projetaria para além de aspectos biológicos ou fenotípicos, pois seria resultante, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pela justificação da desigualdade, que levava a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito dos grupos vulneráveis, tal como a comunidade LGBTI+.

Nesse sentido, ainda que as decisões mencionadas possuam diversos aspectos que poderiam ser analisados, a ênfase do presente trabalho recai no entendimento por parte do STF de que a homofobia e a transfobia não seriam condutas que poderiam ser equiparadas ao racismo, mas sim condutas que

efetivamente se enquadram nesse conceito, bem como nos tipos penais contidos na Lei Antirracismo, por meio de uma interpretação conforme a Constituição. Sendo assim, conforme os acórdãos, o princípio da legalidade não teria sido violado, pois não ocorreu analogia *in malam partem*.

Desse modo, pretende-se analisar, através do trabalho, se a decisão do STF afrontou o princípio da legalidade, por meio de analogia *in malam partem*, ou se o conceito de raça efetivamente engloba orientação sexual e identidade de gênero.

Para tanto, o presente trabalho pretende, no primeiro capítulo, destrinchar no que consiste o princípio da legalidade no direito penal, esclarecer o que é analogia e, mais especificamente, o que é analogia *in malam partem*.

No segundo capítulo, busca-se contextualizar como pode ocorrer a interpretação das normas penais, de acordo com diversos métodos interpretativos das normas penais.

Por fim, com o terceiro capítulo, objetiva-se analisar os conceitos de raça e racismo conforme os métodos interpretativos abordados anteriormente, contextualizar o Caso Ellwanger e analisar como foram conceituados raça e racismo em seu julgamento, explicar o que é a interpretação conforme a Constituição e analisar se a definição de raça estabelecida no Caso Ellwanger pode ser aplicada à ADO 26 e ao MI 4.733, considerando uma interpretação conforme a Constituição.

Por fim, serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo, através de revisão bibliográfica, bem como análise de legislação e verbetes de dicionários.

1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ANALOGIA NO DIREITO PENAL

Inicialmente, serão analisados o princípio da legalidade no direito penal, a analogia e a analogia *in malam partem*, noções basilares para o desenvolvimento do presente trabalho.

1.1 Princípio da legalidade no Direito Penal

De acordo com Robert Alexy, as normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios jurídicos, sendo essa distinção o fundamento da teoria dos direitos fundamentais, bem como essencial para a resolução de problemas da dogmática penal constitucional¹.

Nesse sentido, Alexy descreve que “as regras são normas de conduta realizadas ou não realizadas pelos seres humanos”², ao passo que “os princípios são normas jurídicas de otimização (*optimierungsgebote*) das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real”³.

José Afonso da Silva, por sua vez, aponta para a diversidade de significações que a palavra princípio pode exprimir, como a de mandamento nuclear, início ou esquema de uma entidade ou programa, ou mesmo uma espécie de norma⁴. Todavia, ainda que os princípios jurídicos possam ser entendidos em várias acepções, pode-se dizer que, além de apresentarem força normativa, se caracterizam por seu menor grau de prescrição e maior grau de abstração e generalidade, quando comparados às regras⁵.

Nesse sentido, os princípios enunciam as razões de determinado comportamento, são normas abertas e prescrições genéricas, não definitivas, que atuam na validade e no conhecimento, de forma que não indicam uma decisão específica, mas auxiliam em caso de conflito de normas, considerando seu maior alcance argumentativo⁶. Além disso, os princípios constitucionais têm a função de orientar os diversos conflitos que podem ocorrer durante a interpretação constitucional, devendo ser considerados no discurso que legitima o direito⁷.

1 ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. [Frankfurt]: Suhrkamp, 1994, p. 71-72 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 19.

2 ALEXY, 1994, p. 75 *apud* SANTOS, 2008, p. 19.

3 ALEXY, 1994, p. 75 *apud* SANTOS, 2008, p. 19.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

5 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 21. ed. Londrina: Thoth, 2023, p. 114.

6 *Ibid.*, p. 116.

7 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 136.

Por fim, os Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito representam garantias do cidadão diante do poder punitivo estatal, estando previstos na CRFB/88 desde o preâmbulo, com o objetivo de inspirar todo o ordenamento brasileiro e servir como fonte interpretativa e integrativa da própria Constituição e de outras normas infraconstitucionais⁸. Dessa forma, “os princípios não afrontam direitos e garantias fundamentais; com eles sintonizam-se na essência”⁹.

Conforme Nucci, os princípios podem ser divididos em constitucionais, entendidos como aqueles presentes no Texto Fundamental, e infraconstitucionais, que são aqueles contidos em Códigos e leis especiais¹⁰. Ainda, os princípios constitucionais podem ser explícitos ou implícitos, e, ainda, subdivididos em concernentes à atuação do Estado e concernentes à atuação do indivíduo¹¹.

Nucci anuncia uma gradação entre os princípios, de forma que os princípios constitucionais explícitos no topo do ordenamento, por serem vetores do Estado Democrático de Direito, sendo seguidos pelos princípios constitucionais implícitos, que devem harmonizar com os explícitos, por constituírem o mesmo Texto Constitucional¹². Os princípios constitucionais implícitos, por sua vez, prevalecem sobre os infraconstitucionais, que, ainda, prevalecem sobre meras regras, pois não podem ser afastados em detrimento de norma da legislação ordinária¹³.

Prado, no âmbito dos princípios penais, divide-os em princípios de natureza penal constitucional, também como conhecidos como penais propriamente ditos ou princípios penais constitucionais, e em princípios constitucionais gerais que tratam de matéria penal ou princípios constitucionais penais¹⁴.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 26. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

9 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 99. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

10 *Ibid.*, p. 100.

11 *Ibid.*, p. 100-143.

12 *Ibid.*, p. 100.

13 *Ibid.*, p. 100.

14 PRADO, *loc. cit.*, p. 85.

Nesse sentido, os princípios penais constitucionais são aqueles que, embora possuam características constitucionais e estejam previstos na Constituição, permeiam a relação entre o Estado e indivíduo no direito penal, estabelecendo limites ao poder punitivo, tais como os princípios da legalidade, da culpabilidade, da individualização da pena e da personalidade da pena, por exemplo¹⁵.

Por sua vez, os princípios constitucionais penais se caracterizam por se referirem à matéria especificamente constitucional, influenciando, contudo, a matéria disciplinada penalmente, bem como seu conteúdo, mas não a disciplina penal em si, sendo exemplos destes os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da necessidade¹⁶.

Com base nessas duas classificações, pode-se dizer que o princípio da legalidade, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88, no qual consta que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹⁷, é tanto um princípio constitucional explícito quanto um princípio penal constitucional. Sendo assim, considerando que esse princípio representa o alicerce mínimo sobre o qual pode ser elaborado o direito penal em um estado democrático de direito¹⁸, passa-se à uma análise de seu histórico.

Conforme Mirabete e Fabbrini, o princípio da legalidade, formulado por Feuerbach na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tem como origem remota a Magna Carta, do rei João Sem Terra, a qual estabelecia que nenhum homem poderia ser punido sem ser pela lei da terra, sendo essa garantia apenas processual, e não penal¹⁹.

Também foi previsto, em 1532, na Constituição Carolina germânica²⁰. No direito romano, por sua vez, este princípio prevaleceu em relação aos *crimina*

15 *Ibid.*, p. 85.

16 *Ibid.*, p. 85.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b, art. 5º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

18 BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 61-62.

19 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 39. v. 1.

20 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 31. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

publica, mas não na *cognitio extraordinária*²¹. A causa próxima do surgimento desse princípio ocorreu, contudo, no Iluminismo²².

Com a criação da Teoria do Contrato Social, de Rousseau, o princípio passou a ser muito mais relevante, considerando que a teoria previa que o cidadão apenas aceitaria sair do estado natural para celebrar o pacto social se possuísse garantias mínimas contra o arbítrio estatal, tais como a de não sofrer punições senão nas hipóteses previstas em regras objetivas, gerais e impessoais²³. O marquês de Beccaria, influenciado por Rousseau, consagrou esse princípio em sua obra ‘Dos delitos e das penas’²⁴.

A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade também passou a constar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Constituição francesa²⁵. Ainda, com a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, foi determinado que o juiz não poderia usurpar funções próprias do Poder Legislativo, de forma que o juiz passou a ser impedido de punir condutas não contempladas pelo legislador²⁶.

Sendo assim, com base na separação funcional dos Poderes, tornou-se função exclusiva do legislador selecionar os comportamentos humanos mais perigosos para a sociedade e os definir como crimes, com a sanção penal correspondente, enquanto que coube ao juiz a função de aplicar aos casos concretos aquilo que estivesse determinado nas regras penais objetivas²⁷.

Com base nesse ideário, o princípio da legalidade foi previsto em diversos diplomas que proclamavam a igualdade, tais como o *Bill of Rights*, da Filadélfia, a Declaração de Direitos da Virgínia, a Constituição dos Estados

21 MIRABETE; FABBRINI, *op. cit.*, p. 39.

22 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 39.

23 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 31.

24 *Ibid.*, p. 31.

25 *Ibid.*, p. 31.

26 *Ibid.*, p. 31.

27 *Ibid.*, p. 31.

Unidos da América, o Código Penal austríaco de 1787, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição francesa de 1791²⁸.

No âmbito internacional atual, ainda se destacam a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana dos Direitos do Homem²⁹.

Por fim, o Brasil passou a adotar o princípio da legalidade na Constituição do Império de 1824, tendo sido este previsto também na Constituição de 1891, na Constituição de 1934, na Constituição de 1937, na Constituição de 1946, na Carta Constitucional de 1967 e na atual Constituição, de 1988³⁰. Na legislação infraconstitucional, esse princípio foi expresso no Código Criminal do Império de 1831, no Código Penal de 1890 e no de 1940, em seu art. 1º³¹.

Mirabete e Fabbrini apontam que, pelo princípio da legalidade, uma pessoa só pode ser punida caso, antes do fato praticado, haja uma lei que proíba essa conduta, sendo irrelevante a mera imoralidade desta³².

Em sentido complementar, Capez sustenta que apenas há crime quando houver perfeita correspondência entre a conduta e a previsão legal, considerando que, com base na teoria de Binding, as normas penais incriminadoras não são proibitivas, mas descritivas, pois os tipos penais preveem condutas que propiciam ao agente um conhecimento prévio acerca de suas consequências, de modo a evitar restrição arbitrária da liberdade³³.

Nessa senda, para alguns autores, há certa confusão entre os conceitos de legalidade e reserva legal. Nucci, por exemplo, defende que a legalidade em sentido estrito ou penal se equivale à reserva legal, no sentido de que apenas

28 *Ibid.*, p. 31.

29 GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário. Reserva legal. In: PRADO, Luiz Regis (coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 64. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

30 GOMES; COIMBRA, *loc. cit.*, p. 64.

31 *Ibid.*, p. 64.

32 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 39.

33 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 32.

poderia ser considerado crime e aplicada a pena quando estes estivessem previstos em lei³⁴. No mesmo sentido, Franco defende que o princípio da legalidade, em matéria penal, é equivalente a reserva legal³⁵.

De acordo com Capez, este é o entendimento majoritário da doutrina, ainda que defenda que a reserva legal seria uma espécie do princípio da legalidade, que ainda abarcaria, enquanto gênero, a anterioridade³⁶.

Bitencourt, por sua vez, explica que, diante do princípio da legalidade, nenhuma conduta pode ser considerada criminosa e nenhuma pena pode ser aplicada sem a existência prévia de uma lei definindo o crime e lhe cominando a sanção correspondente, ao passo que o princípio da reserva legal determina que a regulação de certas matérias deve ocorrer por meio de lei formal, conforme as disposições constitucionais³⁷.

Ainda, Greco analisa que, quando se fala no princípio da legalidade, estaria sendo permitida a adoção de qualquer um dos tipos de legislação previstos no art. 59 da CRFB/88, como leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, enquanto, pelo princípio da reserva legal, a criação legislativa em matéria penal estaria limitada apenas às leis ordinárias e às leis complementares³⁸.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar também refletem que esses dois princípios se completam, tendo em vista que “constituem dois indícios da própria garantia de legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder, emergente do princípio republicano de governo”³⁹.

Greco divide o princípio da reserva legal em material e formal, sendo que a legalidade formal se refere aos trâmites procedimentais constitucionalmente

34 NUCCI, *loc. cit.*, p. 104.

35 FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

36 CAPEZ, *op. cit.*, p. 31.

37 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 26.

38 GRECO, Rogério. Direito penal estruturado. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, p. 16. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

39 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 203. v. 1.

previstos para que certa norma se torne parte do ordenamento jurídico, enquanto a legalidade material determina não apenas a observância formal desses trâmites, mas também o respeito ao conteúdo da Constituição, a fim de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos⁴⁰.

Como anteriormente mencionado, Capez divide o princípio da legalidade em reserva legal e anterioridade penal, sendo que, com fundamento na anterioridade, a lei a ser aplicada deveria ser a da época dos fatos, que tenha sido criada anteriormente à sua ocorrência, exceto quando houvesse lei futura mais benéfica⁴¹.

Com relação à reserva legal, por sua vez, apenas a lei formal, escrita, aprovada e emanada pelo Legislativo, via procedimento adequado, poderia criar tipos e penas, de forma que faltaria a outros diplomas legais a eficácia necessária, bem como a constitucionalidade⁴².

Ainda, a reserva legal englobaria a taxatividade, que determinaria que um fato só poderia ser considerado criminoso quando houvesse correspondência exata entre o fato e a norma, razão pela qual a descrição da conduta contida na norma deveria ser detalhada e específica, de forma a não admitir tipos genéricos e muito abrangentes, em regra, nem analogia *in malam partem*⁴³.

Prado, por sua vez, divide o princípio da legalidade em reserva da lei, determinação, taxatividade e irretroatividade⁴⁴. A reserva da lei, como já abordado, determina que apenas a lei formal pode criar crimes, penas, causas agravantes e medidas de segurança, de forma que seria inconstitucional a utilização de qualquer outro ato normativo para tanto, sob pena de violação à exigência de lei escrita⁴⁵.

Em seguida, a irretroatividade da lei penal preceitua que a lei penal não retroage, exceto para beneficiar o réu, tanto para delitos no âmbito nacional quanto

40 GRECO, *op. cit.*, p. 16.

41 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 32-34.

42 *Ibid.*, p. 32-33.

43 *Ibid.*, p. 33.

44 PRADO, *loc. cit.*, p. 88-89.

45 PRADO, *loc. cit.*, p. 88.

no internacional com vistas a restringir o arbítrio legislativo e judicial no que se refere à elaboração ou aplicação retroativa de lei mais prejudicial ao réu⁴⁶.

Os princípios da determinação e da taxatividade estão fortemente relacionados, sendo admitida uma distinção conceitual diante do destinatário, o legislador e o juiz, respectivamente⁴⁷. A determinação diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser clara e precisa ao formular o conteúdo do tipo penal e ao estabelecer sua sanção correspondente, a fim de criar segurança jurídica⁴⁸. Assim, pela determinação, é exigido que o legislador descreva o fato punível o mais exatamente possível⁴⁹.

O Poder Legislativo, dessa forma, fica proibido de utilizar excessiva e incorretamente elementos normativos, casuísmos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados e vagos ao criar os delitos, tendo em vista que o conteúdo da lei deve ter a aptidão de ser conhecido pelos seus destinatários, de forma a lhes permitir diferenciar condutas penalmente lícitas e ilícitas⁵⁰.

Por meio da taxatividade, objetiva-se estabelecer de forma estrita as margens penais às quais o julgador está vinculado, a fim de que o julgador interprete e aplique a norma penal incriminadora conforme os limites estritos nos quais essa foi formulada e, assim, satisfazer a exigência de garantia e evitar eventual abuso judicial⁵¹.

Portanto, a liberdade decisória do juiz fica restrita a certos parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados quando da aplicação da norma ao caso concreto⁵². A taxatividade tem função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa se mostra como uma autolimitação do poder punitivo por parte do Judiciário⁵³.

Conclui-se, com base no exposto, que o princípio da legalidade veda:

46 *Ibid.*, p. 88-89.

47 *Ibid.*, p. 89.

48 *Ibid.*, p. 89.

49 *Ibid.*, p. 89.

50 *Ibid.*, p. 89.

51 *Ibid.*, p. 89.

52 *Ibid.*, p. 89.

53 *Ibid.*, p. 89.

(a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais.⁵⁴

Com relação à problemática do trabalho, referente ao questionamento acerca da violação ou não do princípio da legalidade pela aplicação da Lei Antirracismo em casos de homofobia ou transfobia, pode-se observar que essa se relaciona ao princípio da legalidade de forma mais específica nos aspectos do subprincípio da taxatividade e da proibição de analogia *in malam partem*. Passa-se, assim, à análise dessa última.

1.2 Analogia e analogia *in malam partem*

De acordo com Hans Kelsen, “a analogia, como método de pensamento comparativo de grupos de casos, significa aplicação da lei penal a fatos não previstos, mas semelhantes aos fatos previstos”⁵⁵.

Em sentido semelhante, Capez dispõe que a analogia, também conhecida como integração analógica, suplemento analógico ou aplicação analógica, consiste na aplicação de uma disposição referente a um caso semelhante, quando essa hipótese não tenha sido regulada por lei própria⁵⁶. A analogia se fundamenta no brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*, que significa que, onde há a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito⁵⁷.

Mirabete e Fabbrini preceituam, ainda, que a analogia, também prevista no art. 4º da LINDB, antes chamada LICC, é uma forma de autointegração da lei, pois, na lacuna desta, é aplicada uma norma que discipline hipótese semelhante, quando o fato não tiver sido regulado expressamente⁵⁸.

54 SANTOS, *loc. cit.*, p. 20.

55 KELSEN, Hans. Allgemeine theorie der normen. Wien: Manz-Verlag, 1990, p. 217 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 21.

56 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

57 *Ibid.*, p. 30.

58 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 30.

Um exemplo pode ser encontrado no art. 128, II, do CP, que determina a ocorrência de uma excludente de ilicitude para o aborto praticado por médico quando a gravidez é resultante de estupro e há prévio consentimento da gestante; se, no entanto, a gestante tivesse sido violada mediante fraude e fosse aplicada a excludente da gravidez resultante de estupro, haveria analogia⁵⁹.

Quanto à natureza da analogia como fonte do direito, há certa divergência doutrinária. Nucci, por exemplo, classifica a analogia, quando utilizada em favor do réu, como uma fonte formal mediata ou indireta, ou seja, uma forma de manifestação do direito penal ou processual penal que alcança o destinatário da norma, de forma indireta⁶⁰.

Em sentido contrário, Mirabete e Fabbrini entendem que, considerando que fontes formais tem o papel de exteriorizar o direito, apenas a lei seria fonte direta no direito penal, enquanto seriam fontes indiretas os costumes e os princípios gerais do direito, mas não a analogia⁶¹. Capez também não entende que a analogia seja fonte mediata, mas sim forma de autointegração da lei penal⁶².

Bitencourt, por sua vez, declara que a analogia não é forma de interpretação, mas sim de aplicação da norma legal, pois, com ela, busca-se preencher uma lacuna legal, através da aplicação de um preceito ou até de princípios gerais do direito a uma hipótese não prevista no texto legal⁶³.

Sendo assim, não há lei com texto obscuro ou incerto cujo sentido se busque esclarecer, mas sim a falta de lei que discipline especificamente a questão; ou, em outras palavras, enquanto a função da interpretação é achar a vontade da lei, a da analogia é de suprir essa vontade⁶⁴.

Capez entende que há quatro tipos de analogia, a analogia legal ou *legis*, a analogia jurídica ou *juris*, a analogia *in bonam partem* e a analogia *in malam*

59 CAPEZ, *op. cit.*, p. 30.

60 NUCCI, *loc. cit.*, p. 159.

61 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 29.

62 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

63 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 97.

64 *Ibid.*, p. 97.

*partem*⁶⁵. Bitencourt compartilha desse entendimento, afirmando que a analogia *legis* ocorre quando é aplicada uma norma legal a certo fato que não tenha sido contemplado no texto da lei, enquanto a analogia *juris* ocorre quando são aplicados os princípios gerais do direito⁶⁶.

Em sentido semelhante, Capez disserta que a primeira ocorre quando o caso pode ser regido por norma que trate de hipótese semelhante, enquanto a segunda ocorre quando um princípio extraído do ordenamento jurídico com um todo pode ser aplicado à hipótese não regulada⁶⁷. Para Capez, ainda, a analogia *in bonam partem* seria caracterizada por favorecer a situação do agente e a analogia *in malam partem* por prejudicar essa situação⁶⁸.

No mesmo sentido, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar entendem que a analogia *in malam partem* integra a lei, de forma a ampliar sua punibilidade, enquanto a analogia *in bonam partem* a restringe aquém do previsto no texto legal, sendo a primeira proibida e a segunda admissível, desde que não seja arbitrária, inclusive em causas de justificação⁶⁹.

Santos declara, também, que a analogia *in bonam partem* é permitida sem restrições, sendo aplicável nas justificações, nas exculpações e em quaisquer hipóteses de extinção ou de redução da punibilidade⁷⁰.

Já Nucci considera uma maior restrição ao uso da analogia, mesmo da analogia *in bonam partem*⁷¹. A analogia, assim, deveria ser reservada a casos excepcionais, tendo em vista que o princípio da legalidade é a regra, e não a exceção, bem como que o magistrado, se disseminasse a utilização da analogia a fim de absolver o réu, colocaria em perigo a segurança idealizada pelo direito penal⁷².

65 CAPEZ, *op. cit.*, p. 30.

66 BITENCOURT, *op. cit.*, p. 98.

67 CAPEZ, *op. cit.*, p. 30.

68 *Ibid.*, p. 30.

69 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *loc. cit.*, p. 210.

70 SANTOS, *loc. cit.*, p. 66-67.

71 NUCCI, *loc. cit.*, p. 181.

72 *Ibid.*, p. 181.

Mirabete e Fabbrini, no mesmo sentido, entendem que só podem ser supridas as lacunas legais involuntárias, pois não haveria lugar para a analogia quando uma regra legal tivesse caráter definitivo⁷³.

Todavia, válido ressaltar que, ainda que a doutrina majoritária, como exposto, seja contrária ao emprego indiscriminado da analogia no direito penal, o entendimento não é pacífico. Nessa senda, Carnelutti acredita que a analogia não deveria ser proibida, pois essa proibição não decorreria de uma real consequência ao princípio da certeza jurídica, mas sim de uma desconfiança em relação ao julgador⁷⁴.

Importante esclarecer, ainda, a diferença entre os institutos da analogia, da interpretação extensiva e da interpretação analógica. Na interpretação extensiva, há uma norma que regula a hipótese, mas essa norma não menciona de forma expressa essa eficácia, fazendo com que o intérprete amplie seu significado além do exposto⁷⁵.

Um exemplo é o do art. 181, I, do CP, que prevê escusa absolutória para o agente que pratica o crime de furto contra cônjuge, na constância da sociedade conjugal; por uma interpretação extensiva, o furto praticado contra companheiro também abarcaria essa escusa⁷⁶.

Assim, distingue-se a analogia da interpretação extensiva em relação aos seus objetos distintos, pois a primeira objetiva a aplicação de lei lacunosa, enquanto a segunda visa interpretar o sentido da norma, ao ampliar seu alcance⁷⁷.

Na interpretação analógica, por sua vez, após uma sequência de casos semelhantes previstos na norma, há uma prescrição genérica, que deve ser interpretada conforme os casos anteriormente elencados; ou seja, há uma norma que regula a hipótese, de forma expressa e genérica, o que demanda o recurso à interpretação⁷⁸.

73 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 30.

74 CARNELUTTI, Francesco. El problema de la pena. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999, p. 74.

75 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

76 *Ibid.*, p. 30.

77 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 98.

78 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

Pode ser utilizado como exemplo o crime praticado mediante paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe; nesse sentido, pode-se interpretar analogicamente a expressão ‘ou outro motivo torpe’ como qualquer motivo torpe que equivalha aos casos citados⁷⁹.

Assim, o que diferencia a interpretação analógica da analogia é que, na primeira, há uma norma que regula a hipótese, enquanto na segunda não; e o que diferencia a interpretação analógica da interpretação extensiva é que essa regulação de outras hipóteses semelhantes é feita de forma expressa, ainda que genérica, na interpretação analógica⁸⁰.

Considerando o princípio da máxima taxatividade, atuante no âmbito interpretativo através de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*, a segurança jurídica necessária ao direito penal consiste na não atuação em conflitos que não estejam taxativamente descritos na criminalização primária⁸¹.

Dessa forma, considerando que o princípio da legalidade não pode ser violado, o magistrado, ao aplicar a lei, deve buscar seu melhor sentido, sem a criar, podendo utilizar a interpretação extensiva da lei penal em alguns casos, bem como a interpretação analógica⁸². A analogia, contudo, é vedada, exceto em benefício da defesa⁸³.

Por conseguinte, nesta seção, foram abordados os conceitos de analogia e suas diversas espécies, incluindo a analogia *in malam partem*, bem como as diferenças entre a analogia e a interpretação extensiva e analógica.

Considerando que se mostra necessário entender como as normas penais são interpretadas para que, posteriormente, possa ser analisada a suposta violação ao princípio da legalidade pela ocorrência de analogia *in malam partem* no caso concreto, passa-se a um estudo acerca da interpretação das normas penais.

79 *Ibid.*, p. 30.

80 *Ibid.*, p. 30.

81 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *loc. cit.*, p. 208.

82 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 99.

83 *Ibid.*, p. 99.

2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PENAIS

De acordo com Santos, a interpretação da norma penal se refere ao processo intelectual que determina o sentido da lei penal⁸⁴. Ainda, por existir sob a forma de linguagem escrita, a interpretação da norma recai sobre a linguagem que a constitui, abordada sob os pontos de vista semântico, sintático e pragmático, que dizem respeito, respectivamente, ao significado isolado das palavras da lei, ao significado conjunto das palavras e à adequação prática das palavras utilizadas⁸⁵.

Conforme enuncia Bitencourt, o processo de interpretação precisa expressar de forma clara e objetiva o real sentido e o alcance mais preciso da norma legal, analisando todas as suas relações dentro de um contexto jurídico e político-social⁸⁶. Assim, interpretar seria “descobrir o real sentido e o verdadeiro alcance da norma jurídica”⁸⁷.

Em sentido semelhante, Prado ensina que a interpretação visa atribuir certo significado ao texto normativo, se apresentando tanto como um ato cognoscitivo quanto de criação, não podendo essa interpretação estar desvinculada do contexto jurídico, histórico-cultural e social no qual se insere⁸⁸. Assim, enquanto a integração visa completar o que falta, a interpretação busca captar o real sentido de alguma coisa, esclarecendo o que está nebuloso, mas presente⁸⁹.

A fim de atingir seus objetivos, a interpretação utiliza-se de alguns métodos que, inclusive, podem se complementar não sendo exigido nenhum método específico de interpretação no direito penal que seja diverso do utilizado na interpretação jurídica geral, desde que a interpretação se insira dentro dos limites do princípio da legalidade⁹⁰.

84 SANTOS, *loc. cit.*, p. 60.

85 *Ibid.*, p. 60-61.

86 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 92.

87 *Ibid.*, p. 93.

88 PRADO, *loc. cit.*, p. 120.

89 NUCCI, *loc. cit.*, p. 165.

90 BITENCOURT, *op. cit.*, p. 93.

Em relação aos tipos de interpretação, os referenciais doutrinários analisados os classificaram em três grupos: quanto às fontes, aos órgãos ou ao sujeito; quanto aos meios, ao método ou à técnica; e quanto aos resultados. Bitencourt trabalha com a ideia de classificação da interpretação quanto às fontes em interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinária⁹¹.

A interpretação autêntica é a que é fornecida pelo próprio Poder que elabora o diploma legal, ou seja, pelo Poder Legislativo, que edita nova lei com o fim de esclarecer o conteúdo e o significado de outra já existente⁹².

Essa interpretação é, a princípio, obrigatória, especialmente quando proveniente de outra lei, como ocorreu, por exemplo, com a definição de casa no crime de violação de domicílio ou de funcionário público para fins penais⁹³. Podem, ainda, ser considerados na interpretação autêntica os trabalhos das comissões e demais estudos legislativos⁹⁴.

A interpretação jurisprudencial é aquela que é produzida pelos tribunais através da reiteração de suas decisões, ou seja, é a orientação estabelecida pelos tribunais em relação a determinada norma, sem, no entanto, conter força vinculante⁹⁵. É por meio da interpretação jurisprudencial que a lei se liga ao fato, tornando-se vinculante em relação a este, por força da coisa julgada⁹⁶.

Ainda que os julgamentos dos tribunais não tenham força vinculante para outros julgamentos, sua uniformidade de forma reiterada costuma ser repetida nesses, podendo, inclusive, se tornar matéria sumulada⁹⁷. Pode-se observar, de pronto, que a interpretação das normas nos casos da ADO 26 e do MI 4.733, por ter sido realizada pelo STF, pode ser caracterizada como jurisprudencial.

Por fim, a interpretação doutrinária é aquela que é produzida pelos doutrinadores, que realizam a interpretação da lei com base em seus conhecimentos

91 *Ibid.*, p. 93.

92 *Ibid.*, p. 93.

93 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 93.

94 *Ibid.*, p. 93.

95 *Ibid.*, p. 94.

96 *Ibid.*, p. 94.

97 *Ibid.*, p. 94.

técnicos; ou seja, a interpretação doutrinária é a que é feita por escritores e comentadores do direito⁹⁸. Não apresenta força vinculante, mas indica um caminho a seguir, podendo ser utilizada como fundamento em decisões jurisprudenciais, com autoridade dependente do mérito científico do intérprete⁹⁹.

Todos os outros referenciais teóricos fizeram essa classificação de forma semelhante, com alteração apenas na nomenclatura escolhida. Nesse sentido, Capez classificou a interpretação quanto ao sujeito em autêntica, judicial e doutrinária¹⁰⁰. Greco classificou a interpretação quanto aos órgãos em autêntica, jurisprudencial e doutrinária¹⁰¹.

Nucci, por sua vez, classificou a interpretação quanto ao órgão em autêntica, judicial e doutrinária¹⁰². Mirabete e Fabbrini classificaram a interpretação quanto ao sujeito em autêntica, jurisprudencial e doutrinária¹⁰³. Prado classificou a interpretação em relação ao autor ou agente em autêntica, judicial e doutrinária¹⁰⁴. Por fim, Santos classificou a interpretação quanto aos sujeitos de interpretação em autêntica, judicial e científica¹⁰⁵.

Ademais, Bitencourt classifica a interpretação quanto aos meios em interpretação gramatical, histórica, lógica e sistemática¹⁰⁶. Nesse sentido, a interpretação gramatical ou literal é a que se fixa no significado das palavras do texto legal, ignorando, muitas vezes, que o sentido técnico de certos termos não corresponde ao literal que a gramática usualmente lhe atribui¹⁰⁷. Costuma-se atribuir o menor grau hierárquico nesse tipo de interpretação, em comparação com as outras¹⁰⁸.

98 *Ibid.*, p. 94.

99 *Ibid.*, p. 94.

100 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 29.

101 GRECO, *loc. cit.*, p. 9.

102 NUCCI, *loc. cit.*, p. 175-176.

103 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 34-35.

104 PRADO, *loc. cit.*, p. 123.

105 SANTOS, *loc. cit.*, p. 62-63.

106 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 94.

107 *Ibid.*, p. 95.

108 *Ibid.*, p. 95.

A interpretação histórica, por sua vez, objetiva compreender as razões e os fundamentos de certo instituto ou norma jurídica, sendo relevante para entender o motivo da adoção de determinada política criminal ou orientação legislativa¹⁰⁹.

Diversos aspectos podem figurar como elementos históricos, tais como exposição de motivos, trabalhos preparatórios à elaboração de uma lei, trabalhos das comissões legislativas, atas de sessões parlamentares, atas das sessões das comissões especiais, debates realizados sobre o tema, entre outros¹¹⁰.

A interpretação sistemática ou lógico-sistemática objetiva encontrar o sentido da lei em seu aspecto mais geral, circunscrito no sistema legislativo ou, em outras palavras, situar a norma no sistema que a engloba, a fim de justificar sua razão de ser e superar contradições¹¹¹.

Com maior ênfase no aspecto lógico, a interpretação visa superar possíveis contradições entre os preceitos penais, enquanto, ao ser dada maior ênfase no aspecto sistemático, busca-se aprofundar a investigação até as origens do sistema, contextualizando a norma como parte de um todo¹¹².

Os demais referenciais teóricos realizaram essa classificação de forma semelhante, com apenas algumas alterações nas subdivisões ou na nomenclatura utilizada. Nesse sentido, Capez classificou a interpretação quanto aos meios empregados em gramatical, literal ou sintática, e lógica ou teleológica¹¹³.

Nucci realizou essa classificação em interpretação histórica, sistemática, lógica, teleológica e histórico-evolutiva¹¹⁴. Com exceção das três primeiras, já abordadas, a interpretação teleológica analisa os fins, os objetivos e as metas quando da criação da norma, de forma a garantir que o texto legal apresente um resultado favorável, e não prejudicial, a quem visa proteger¹¹⁵.

109 *Ibid.*, p. 95.

110 *Ibid.*, p. 95.

111 *Ibid.*, p. 96.

112 *Ibid.*, p. 96.

113 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

114 NUCCI, *loc. cit.*, p. 170-174.

115 NUCCI, *loc. cit.*, p. 172.

A interpretação histórico-evolutiva, por sua vez, mescla o aspecto histórico com o ponto de vista evolutivo, que, em face de um termo de significado extremamente subjetivo e atrelado a uma determinada época, permite avaliar um termo de maneira variável conforme o passar dos anos¹¹⁶.

Ainda, Greco classificou a interpretação quanto aos meios empregados em literal ou gramatical, histórica, sistêmica e teleológica¹¹⁷. Mirabete e Fabbrini classificaram a interpretação quanto ao meio empregado em gramatical, lógica e teleológica¹¹⁸. Santos classificou as técnicas específicas de interpretação em literal, histórica, sistemática e teleológica¹¹⁹. Por fim, Prado classifica os métodos de interpretação em dois, o filológico, literal ou semântico; e o lógico-sistemático, teleológico, lógico ou racional¹²⁰.

A última classificação adotada por Bitencourt diz respeito aos resultados, e se divide em interpretação declarativa, restritiva e extensiva¹²¹. A interpretação declarativa, nessa senda, expressa apenas o sentido linguístico e literal do texto interpretado, ou seja, representa a concordância entre o resultado da interpretação gramatical e o da lógico-sistemática, de forma a nem ampliar nem restringir o texto, mas sim corresponder a seu exato significado¹²².

A interpretação restritiva visa reduzir ou limitar o alcance do texto interpretado, com o fim de encontrar seu verdadeiro sentido, pois se trata de uma exigência jurídica¹²³. A interpretação é restritiva quando se busca minimizar, com base em elementos lógicos, sistemáticos, teleológicos ou históricos, o sentido ou o alcance das palavras que objetivem exprimir o direito contido na norma jurídica, tendo em vista que essa disse além do que pretendia¹²⁴.

116 *Ibid.*, p. 173-174.

117 GRECO, *loc. cit.*, p. 10.

118 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 35-36.

119 SANTOS, *loc. cit.*, p. 61-62.

120 PRADO, *loc. cit.*, p. 121-123.

121 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 96.

122 *Ibid.*, p. 96.

123 *Ibid.*, p. 96.

124 *Ibid.*, p. 97.

A interpretação extensiva, por fim, ocorre quando as palavras do texto legal dizem menos do que pretendiam, ou seja, o sentido da norma excede sua expressão literal, de modo que o intérprete amplia o sentido ou o alcance da lei analisada¹²⁵.

Os outros doutrinadores estudados realizaram essa classificação de forma semelhante, com apenas algumas alterações nas subdivisões ou na nomenclatura utilizada. Nesse sentido, Capez classificou a interpretação quanto ao resultado em declarativa, restritiva e extensiva¹²⁶. Greco classificou a interpretação quanto aos resultados em declaratória, restritiva e extensiva¹²⁷.

Nucci, por sua vez, realizou essa classificação em literal, restritiva e extensiva, sendo que o sentido dessa primeira é semelhante ao sentido literal adotado pelos outros autores na classificação da interpretação quanto aos meios¹²⁸. Mirabete e Fabbrini classificaram a interpretação quanto aos resultados obtidos em declarativa, restritiva e extensiva¹²⁹.

Prado também classificou os tipos de interpretação em declarativa, restritiva e extensiva¹³⁰. Por fim, Santos classificou os resultados da interpretação como declarativos, restritivos e extensivos¹³¹.

Há, ainda, outros tipos de interpretação, tal como a analógica, que já foi explicada na seção anterior. A interpretação também pode ser classificada em objetiva e subjetiva, sendo que, na primeira, busca-se a vontade da lei, enquanto na segunda é buscada a vontade do legislador¹³².

125 *Ibid.*, p. 97.

126 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

127 GRECO, *loc. cit.*, p. 10.

128 NUCCI, *loc. cit.*, p. 165-168.

129 MIRABETE; FABBRINI, *loc. cit.*, p. 36.

130 PRADO, *loc. cit.*, p. 123-125.

131 SANTOS, *loc. cit.*, p. 63.

132 GRECO, *op. cit.*, p. 11.

Ademais, conforme Greco,

[...] a interpretação conforme a Constituição é o método de interpretação por meio do qual o intérprete, de acordo com uma concepção penal garantista, procura aferir a validade das normas mediante seu confronto com a Constituição.¹³³

Nucci, por sua vez, também classifica a interpretação quanto à forma em costume, princípios gerais do direito, equidade, tratados e convenções e brocardos jurídicos¹³⁴.

Mirabete e Fabbrini adotam também a interpretação progressiva, que abarca concepções atuais ditadas por transformações no meio social, científico, jurídico ou moral e que influenciam a lei penal¹³⁵. Em igual sentido, Capez enuncia que a interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva considera as mudanças políticas e sociais, bem como a necessidade do momento¹³⁶.

Greco entende que, em conflitos quanto à interpretação, pode ser adotada pelo julgador uma interpretação prejudicial ou benéfica ao réu, sendo essa última a que a doutrina majoritária defende que deva ser adotada¹³⁷.

Assim, o princípio de interpretação restritiva preceitua que, dentro do alcance semântico das palavras da lei, pode haver um sentido mais amplo ou mais restrito para a criminalização, de forma que, em caso de dúvida interpretativa, deva ser adotada a forma mais limitada da criminalização, pela mesma razão que fundamenta o princípio processual *in dubio pro reo*¹³⁸. Santos também entende que, em caso de conflito de interpretação, deve ser adotada a opção mais restritiva¹³⁹.

133 *Ibid.*, p. 11.

134 NUCCI, *op. cit.*, p. 177-180.

135 MIRABETE; FABBRINI, *op. cit.*, p. 36.

136 CAPEZ, *loc. cit.*, p. 30.

137 GRECO, *loc. cit.*, p. 11.

138 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *loc. cit.*, p. 210.

139 SANTOS, *loc. cit.*, p. 65.

Em sentido contrário, Bitencourt alega que não há que se falar que a interpretação para determinados sujeitos ou em certos casos deva ser mais benévola ou mais rigorosa, pois o sentido da interpretação é descobrir o verdadeiro ou o melhor significado da norma jurídica, que seja o mesmo para todos os casos e sujeitos que pela norma possam ser abarcados, respeitando o princípio da legalidade¹⁴⁰.

Isso porque a aplicação de princípios como o *in dubio pro reo* dizem respeito ao exame e à valoração da prova, e não à interpretação da norma jurídica¹⁴¹. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar rebatem essa argumentação sob a alegação de que tanto o princípio *in dubio pro reo* quanto a interpretação restritiva derivam da excepcionalidade da criminalização primária¹⁴².

Todavia, ainda que de fato a criminalização primária seja excepcional, caso a interpretação da norma não viole o princípio da legalidade e seja a mais adequada, considerando os diversos métodos que podem ser utilizados, parece ser possível que seja adotada interpretação prejudicial ao réu em alguns casos, como ocorre com a interpretação analógica, por exemplo. Por conseguinte, parece mais acertado o posicionamento de Bitencourt.

3. INTERPRETAÇÕES DOS CONCEITOS DE RAÇA E RACISMO

Estudadas as noções conceituais fundamentais para a análise acerca da violação ou não do princípio da legalidade pelo enquadramento da homofobia e da transfobia na Lei Antirracismo, necessária se faz, pois, a interpretação do conceito de raça e racismo previstos nessa lei.

Assim, pretende-se interpretar esses conceitos com base nos diversos métodos interpretativos já estudados, contextualizar a noção de racismo estabelecida no Caso Ellwanger e concluir se o racismo abrange ou não a homofobia e a transfobia.

140 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 93.

141 *Ibid.*, p. 93.

142 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *op. cit.*, p. 211.

3.1 Raça e racismo através de diversos métodos interpretativos

A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 estabelece, em seu art. 1º, a punição de “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”¹⁴³. Nesse sentido, para determinar a aplicação da Lei Antirracismo, faz-se necessária a análise do que seria raça e racismo, razão pela qual essa análise se baseará nos métodos interpretativos gramatical, histórico, teleológico, histórico-evolutivo e lógico-sistemático.

Inicialmente, será adotado o método interpretativo gramatical, que, de acordo com Bitencourt, se refere à análise dos termos conforme a gramática os entende¹⁴⁴. Para tanto, foram consultados alguns dicionários da Língua Portuguesa.

O Dicionário Houaiss descreve raça como:

1 Divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.) [...] 2 conjunto de indivíduos pertencentes a cada um desses grupos 3 o conjunto dos seres humanos; a humanidade [...] 4 [...] cada um dos grupos em que se subdividem algumas espécies animais domesticadas, e cujos caracteres diferenciais se conservam através das gerações [...] 5 [...] conjunto de populações de uma espécie que ocupa uma região particular, e que difere em uma ou mais características das populações de outras regiões [...] 6 coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico [...] 7 grupo étnico em relação com a nação, a região [...] 8 ascendência de um povo [...] 9 o conjunto de antepassados de uma família ou de um indivíduo; linhagem [...] 10 grupo de pessoas da mesma profissão [...] 11 classe de indivíduos com determinados predicados [...] 12 qualidade de indivíduo de origem ilustre;

143 BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989, art. 1º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/7716.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

144 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 95.

distinção [...] 13 [...] espírito de luta; determinação, empenho, coragem [...] 14 quantidade ínfima; sinal [...].¹⁴⁵

Por sua vez, o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa conceitua raça como:

1. Divisão tradicional de indivíduos cujos caracteres físicos biológicos são constantes e hereditários [...] 2. Subdivisão de uma espécie animal [...] 3. Conjunto de ascendentes e descendentes de uma família, um povo; geração [...] 4. Conjunto de pessoas da mesma profissão, das mesmas tendências [...] 5. Conjunto de indivíduos ou coisas da mesma qualidade [...] 6. [...] Coragem, determinação ou espírito de luta [...] 7. Mínima quantidade de qualquer coisa [...] 8. [...] Réstia de sol.¹⁴⁶

Por fim, o Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa atribui a raça os sentidos de:

1 Divisão dos vários grupos humanos, diferenciados uns dos outros por caracteres físicos hereditários, tais como a cor da pele, o formato do crânio, as feições, o tipo de cabelo etc., embora haja variações de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo. [...] 2 Conjunto de indivíduos que pertencem a cada um dos grupos humanos, descendentes de uma família, de uma tribo ou de um povo, originário de um tronco comum. 3 O conjunto de todos os seres humanos; a espécie humana, a humanidade [...] 4 Conjunto de pessoas que apresentam as mesmas raízes étnicas, linguísticas ou sociais [...] 5 A ascendência ou origem de um povo. 6 Série de gerações que compõem o conjunto de ancestrais de uma família ou de uma pessoa; linhagem [...] 7 Cada um dos grupos de algumas espécies animais, cujos caracteres físicos que os diferenciam se mantêm ao longo de diversas gerações [...] 8 Classe de pessoas que revelam possuir

145 RAÇA. In: DICIONÁRIO Houaiss. [S. l.]: Instituto Antônio Houaiss, [2023a], verb. 1-14. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1. Acesso em: 17 mar. 2024.

146 RAÇA. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S. l.]: Priberam Informática, 2023b, verb. 1-8. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

certas qualidades que se sobressaem. 9 Qualidade de indivíduo que se supõe ser própria de origem ilustre, como a coragem, a distinção, a elegância etc. 10 Grupo de indivíduos da mesma profissão ou que exercem uma atividade comum [...] 11 Grupo de pessoas que são normalmente identificadas por seus defeitos ou falhas de caráter. 12 [...] Grande determinação ou muito empenho [...].¹⁴⁷

Partindo de uma análise gramatical, observa-se que o termo *raça* pode ser utilizado com as mais diversas significações, estando mais presente o sentido de grupo ou conjunto de seres em determinada classificação ou divisão, cujos critérios podem variar entre biologia, etnia, cultura, ascendência, idioma e personalidade, por exemplo.

Alerta o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, inclusive, que a classificação racial de seres humanos pode ser rejeitada com base nos avanços do estudo da genética¹⁴⁸. O Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, por sua vez, também observa que é bem discutível a noção de *raça*¹⁴⁹.

Ainda, o Dicionário Houaiss enuncia que, por biologicamente os grupos não terem características genéticas suficientes para desassociar as pessoas, *raça* se trata de uma construção social que havia sido rejeitada em razão da proximidade cultural e ancestralidade serem mais relevantes¹⁵⁰.

Diante disso, vê-se que, além de um conceito dotado de muitas facetas, a própria definição gramatical reconhece a dificuldade semântica do termo *raça* com base em critérios estritamente genéticos. De toda forma, contextualizado o conceito de *raça* em uma interpretação gramatical, passa-se a uma interpretação histórica.

147 RAÇA. In: MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S. l.]: Melhoramentos, 2023c, verb. 1-12. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

148 RAÇA. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [S. l.]: Priberam Informática, 2023b, verb. 1. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

149 RAÇA. In: MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S. l.]: Melhoramentos, 2023c, verb. 1. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

150 RAÇA. In: DICIONÁRIO Houaiss. [S. l.]: Instituto Antônio Houaiss, [2023a], verb. 1. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1. Acesso em: 17 mar. 2024.

Bitencourt enuncia que a interpretação histórica visa, por meio de diversos documentos elaborados durante o procedimento legislativo, entender os fundamentos de uma norma¹⁵¹. Nesse sentido, será analisado o dossiê online do Projeto de Lei nº 668, 8 de agosto de 1988, que viria a se tornar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

O Projeto de Lei nº 668 de 1988, 8 de agosto de 1988, tinha como função regulamentar o art. 5º, XLII, da CRFB/88, que preceituava que o racismo seria um crime inafiançável e imprescritível, bem como o próprio *caput* do artigo, que determinava a igualdade de todos, sem distinção, assim como a garantia dos direitos fundamentais a todos¹⁵².

Ademais, visava também regulamentar os incisos XXII, XLI e XLII da CRFB/88, que dispunha acerca da punição, por meio da lei, da discriminação contra direitos e liberdades fundamentais, e do racismo¹⁵³. Isso porque as normas que definiam direitos fundamentais tinham aplicabilidade imediata e não excluía outros direitos derivados dos princípios, do regime constitucional ou dos tratados internacionais de que o Brasil fosse signatário, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do inciso LXXVII da CRFB/88¹⁵⁴.

Pode-se observar, de pronto, o claro teor antidiscriminatório desse projeto de lei, que visava dar cumprimento aos comandos constitucionais.

Anteriormente a esse projeto de lei, a Lei nº 1390, de 3 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, punia como contravenção penal a prática de atos motivados por preconceito de raça ou cor¹⁵⁵. Essa lei foi ampliada pela Lei nº

151 BITENCOURT, *loc. cit.*, p. 95.

152 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 668, de 8 de agosto de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988a, p. 56. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988. Acesso em: 17 mar. 2024.

153 *Ibid.*, p. 57.

154 *Ibid.*, p. 57.

155 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 668, de 8 de agosto de 1988. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988a, p. 56. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988. Acesso em: 17 mar. 2024.

7.437, de 20 de dezembro de 1985, para punir como contravenção penal a prática de atos motivados por preconceito de raça, cor, sexo ou estado civil¹⁵⁶.

Dessa forma, o legislador ampliou a abrangência do ato legislativo com o fim de garantir os direitos dos discriminados e punir aqueles que praticassem atos discriminatórios e preconceituosos, de modo a abranger as diversas situações sociais nas quais esse comportamento pudesse se verificar¹⁵⁷.

Com a CRFB/88, o Deputado Carlos Alberto Caó buscou regulamentar do modo mais rápido possível a nova legislação, de forma que restringiu sua aplicação, de início, ao preconceito de raça ou cor¹⁵⁸.

Sendo assim, diferentemente da lei anterior, o Projeto de Lei nº 1390, de 3 de julho de 1951, não incluiu o preconceito de sexo e de estado civil em sua redação¹⁵⁹, ainda que o Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara nº 52, de 1988, tenha colocado em pauta a criminalização de discriminação de raça, de cor, econômica, política e religiosa¹⁶⁰.

O projeto de lei, nesse sentido, visou não excluir a proteção de outros grupos vulneráveis, mas sim aumentar a proteção da comunidade negra, através de uma punição mais severa, diante da sua posição de maior vulnerabilidade social no cenário brasileiro da época¹⁶¹.

Portanto, pode-se concluir, com base em uma interpretação histórica, que a Lei Antirracismo visou, inicialmente, proteger a população negra, de forma mais destacada. Todavia, como pode ser depreendido pelo contexto histórico da Lei Afonso Arinos e da então nova Constituição, o intuito de criminalizar diversos tipos de atos preconceituosos já existia, mas não pôde ser alcançado de forma imediata pela necessidade de aprovar a Lei Antirracismo o mais rapidamente possível.

156 *Ibid.*, p. 57-58.

157 *Ibid.*, p. 57-58.

158 *Ibid.*, p. 73-74.

159 *Ibid.*, p. 58.

160 *Ibid.*, p. 63.

161 *Ibid.*, p. 58-59.

Sob o ponto de vista da interpretação teleológica, entendida como aquela que visa investigar os fins de uma norma, de forma a garantir o melhor resultado da norma em relação a quem deveria proteger, a interpretação histórica fornece dados importantes para afirmar que a Lei Antirracismo visava proteger do preconceito racial principalmente, a comunidade negra, sem, contudo, afastar sua aplicação futura para demais casos¹⁶².

Há interligação, ainda, desses dois métodos de interpretação com o histórico-evolutivo, que permite a avaliação de um termo amplo de forma variável com o passar dos anos¹⁶³. Isso porque as necessidades sociais se alteram com o tempo, sendo exemplo disso, inclusive, a adição à Lei Antirracismo de atos discriminatórios em razão de “etnia, religião ou procedência nacional”¹⁶⁴. Esse método também poderá ser observado quando da análise do Caso Ellwanger, considerando a interpretação de raça e de racismo adotada neste.

Por fim, a interpretação lógico-sistemática visa atribuir à norma um sentido geral, circunscrito no sistema que a engloba. Sendo assim, ainda que seja dado maior enfoque a esse método quando da análise da interpretação de raça e racismo conforme a Constituição, que é o vetor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, por ora será analisada a concepção de racismo circunscrito no âmbito do Direito Penal, que Diniz descreve como:

a) Teoria defensora da superioridade de uma raça humana sobre as demais; b) crime inafiançável e imprescritível consistente em fazer discriminação racial, sujeito a pena de reclusão; c) segregacionismo; tipo de preconceito conducente à segregação de determinadas minorias étnicas; d) ação ou qualidade de pessoa racista; e) discriminação e perseguição contra raças consideradas inferiores.¹⁶⁵

162 NUCCI, *loc. cit.*, p. 172.

163 *Ibid.*, p. 173-174.

164 BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989, art. 1º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

165 DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico universitário. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2022, p. 438. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598636/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

Assim, mais uma vez se faz presente no conceito de racismo a noção de segregação, adicionando-se, ainda, as noções de superioridade de alguns sobre outros e de discriminação contra os tidos como inferiores.

Dessa forma, foram analisadas concepções de raça e racismo conforme os métodos interpretativos gramatical, histórico, teleológico, histórico-evolutivo e lógico-sistemático. Passa-se a uma análise desses conceitos no Caso Ellwanger.

3.2 Raça e racismo no Caso Ellwanger (HC 82.424)

O HC 82.424 foi impetrado contra uma decisão judicial que havia condenado Siegfried Ellwanger pela prática do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, referente à prática, induzimento ou incitação de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, pela edição e venda de livros de sua autoria, que continham ideias antissemitas¹⁶⁶.

Na ocasião da impetração do *habeas corpus*, a defesa de Ellwanger alegou que os judeus constituiriam um povo, mas não uma raça, razão pela qual o fato não poderia ser considerado como crime de racismo, o qual seria inafiançável e imprescritível, de acordo com o inciso XLII do art. 5º da CRFB/88¹⁶⁷.

Por maioria dos votos, esse *habeas corpus* foi indeferido¹⁶⁸. A ementa desse julgado se fixou em dezesseis pontos, sendo que o primeiro foi de que a escrita, divulgação e comercialização de livros contendo apologia a ideias preconceituosas em relação a comunidade judaica seria considerado crime de racismo, conforme o art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, sendo, portanto, inafiançável e imprescritível, segundo o art. 5º, XLII, da CRFB/88¹⁶⁹.

166 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 4-5. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

167 *Ibid.*, p. 5.

168 *Ibid.*, p. 4-5.

169 *Ibid.*, p. 1.

O segundo ponto determinou que, pela aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes, caso os judeus não fossem considerados uma raça, não haveria discriminação contra eles que pudesse acarretar a imprescritibilidade, de forma que ocorreria uma inconsistência na premissa¹⁷⁰.

O terceiro ponto foi de que, através do mapeamento genético entre os seres humanos, não haveria distinção biológica entre eles, seja pela pele, formato dos olhos, altura, pelos ou qualquer outra característica física, de forma que, em essência, todos seriam iguais e pertenceriam à raça humana¹⁷¹.

Por meio do quarto ponto, concluiu-se, ainda, que a divisão em raças dos seres humanos era resultado de um processo político-social, cujo pressuposto teria originado o racismo, que, por seu turno, teria gerado a discriminação e o preconceito segregacionista¹⁷².

O quinto ponto foi que o fundamento do pensamento nacional-socialista era de que os judeus e os arianos compunham raças distintas, de modo que os judeus “seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio”¹⁷³.

Esse pensamento seria incompatível com os padrões morais e éticos contidos na Constituição brasileira e do mundo contemporâneo como um todo, sob os quais se ergueria a noção de Estado democrático¹⁷⁴.

Sendo assim, esses estigmas evidenciariam crime de racismo e atentariam contra os princípios regentes da sociedade humana, fundada no respeito, na dignidade humana e na convivência social pacífica, de modo que condutas imorais

170 *Ibid.*, p. 1.

171 *Ibid.*, p. 1.

172 *Ibid.*, p. 1.

173 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CON-CEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

174 *Ibid.*, p. 1.

como essa e intoleráveis conforme os ditames constitucionais e infraconstitucionais deveriam sofrer reprimenda estatal¹⁷⁵.

O sexto ponto foi de que a República Federativa do Brasil havia aderido a diversos tratados e acordos internacionais que repudiavam, de forma enérgica, qualquer tipo de discriminação racial entre seres humanos, seja por raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, fundadas na pretensão de superioridade de uns sobre os outros, como no caso de xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamosemitismo’ ou antissemitismo, por exemplo¹⁷⁶.

O sétimo ponto foi de que a CRFB/88 havia imposto a cláusula de imprescritibilidade aos autores de delitos dessa natureza, diante da repugnância e gravidade da ofensa, a fim de que fosse ressaltado o repúdio da sociedade brasileira à sua prática¹⁷⁷.

O oitavo ponto foi de que, para determinar a abrangência do conceito de racismo e construir sua definição jurídico-constitucional, deveriam ser considerados aspectos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos¹⁷⁸.

Assim, deveria ser realizada uma interpretação teleológica e sistêmica da CRFB/88, com a conjugação de circunstâncias históricas, políticas e sociais que determinaram a criação e aplicação da norma, de forma que pudesse ser obtido o seu real sentido e amplitude¹⁷⁹.

O nono ponto foi que, assim como no Brasil, as legislações de países que adotavam o Estado Democrático de Direito adotavam punições para delitos que estimulassem ou propagassem a segregação¹⁸⁰.

Nesse sentido, havia manifestações por parte da Suprema Corte Norte-Americana, da Corte de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos, bem como

175 *Ibid.*, p. 1-2.

176 *Ibid.*, p. 2.

177 *Ibid.*, p. 2.

178 *Ibid.*, p. 2.

179 *Ibid.*, p. 2.

180 *Ibid.*, p. 2.

da Câmara dos Lordes da Inglaterra que consagravam o entendimento de que deviam ser aplicadas sanções aos transgressores das regras de boa convivência social entre grupos humanos através da prática de racismo¹⁸¹.

O décimo ponto foi o de que tanto a edição quanto a publicação de obras escritas que veiculassem ideias antissemitas, com o intuito de resgatar e credibilizar a concepção racista existente no regime nazista, que inferiorizava e desqualificava o povo judeu, bem como de negar e subverter fatos históricos incontroversos, como o Holocausto, equivaleria ao ato de incitar a discriminação, possuindo elevado conteúdo racista, que seria reforçado pelas consequências que esses ideais acarretaram na história¹⁸².

O décimo primeiro ponto foi de que a conduta explícita do autor demonstrava um dolo evidente, fundado na falsa premissa de que os judeus não apenas não seriam uma raça, mas que, além disso, seriam de um grupo racial geneticamente inferior e perigoso¹⁸³.

O décimo segundo ponto foi de que a discriminação, no caso concreto, se caracterizava por ser deliberada e direcionada de forma específica aos judeus, o que configuraria o ato ilícito de prática de racismo, com suas consequências prejudiciais¹⁸⁴.

O décimo terceiro ponto foi de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não seria absoluta, pois, considerando os limites jurídicos e morais, o direito à livre expressão não abrangeria manifestação de cunho imoral que implicasse em ilicitude penal¹⁸⁵.

181 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CON-CEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 2. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

182 *Ibid.*, p. 2.

183 *Ibid.*, p. 2.

184 *Ibid.*, p. 2.

185 *Ibid.*, p. 2-3.

O décimo quarto ponto foi o de que as liberdades públicas não seriam absolutas, razão pela qual deveriam ser exercidas de forma harmônica, considerando os limites estabelecidos pela CRFB/88 no art. 5º, § 2º, segunda parte¹⁸⁶.

Nesse sentido, o direito fundamental da liberdade de expressão não consagraria em sua abrangência a incitação ao racismo, considerando que condutas ilícitas não poderiam ser relevadas pelo exercício de um direito individual, como ocorria com delitos contra a honra¹⁸⁷. Deveriam prevalecer, pois, os princípios da dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica¹⁸⁸.

O décimo quinto ponto foi o de que a imprescritibilidade, entendida como um tempo jurídico que passaria sem ter um fim, teria uma relação estreita com a memória coletiva¹⁸⁹.

Assim, nunca deveria ser apagada da memória dos povos que se pretendessem justos os atos repugnantes do passado, que haviam incentivado o ódio entre semelhantes em razão de causas raciais de inenarrável torpeza, tendo em vista que, em um Estado Democrático de Direito, deveriam ser respeitados de forma absoluta os princípios que garantem os direitos humanos¹⁹⁰.

Por fim, o décimo sexto ponto foi de que a imprescritibilidade nos crimes de racismo existiria para alertar as futuras gerações e impedir que fossem reinstaurados conceitos antigos e ultrapassados, que a consciência coletiva no âmbito jurídico e histórico não mais admitiria¹⁹¹.

Ademais, o Ministro Nelson Jobim, em sua confirmação de voto, alegou que, no debate da Assembleia Constituinte de 1988, estavam presentes

186 *Ibid.*, p. 3.

187 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 3. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

188 *Ibid.*, p. 3.

189 *Ibid.*, p. 3.

190 *Ibid.*, p. 3.

191 *Ibid.*, p. 3.

diversas minorias que poderiam ser objeto de racismo, tais como, inclusive, os homossexuais¹⁹². Não teria havido, então, o propósito de restringir o debate ao negro, mas sim de deixar a norma aberta para o enquadramento de possíveis novos racismos que ocorressem após 1988¹⁹³.

Ainda, na antecipação ao voto do Ministro Cezar Peluso, foi argumentado que, se fosse adotado um sentido restrito ao termo racismo, este seria, se não inútil, muito pobre, pois reduziria sua abrangência a um conjunto reduzido de pessoas, o que não se coadunaria com o texto constitucional, que havia se mostrado muito generoso na proteção da dignidade de diversos grupos humanos¹⁹⁴.

Por fim, o Ministro Maurício Corrêa, que se tornou relator da ação, alegou que o racismo refletia uma conduta reprovável decorrente da convicção de que os grupos humanos seriam hierarquizados, de tal modo que essa concepção bastaria para legitimar atos de segregação, inferiorização e eliminação de pessoas¹⁹⁵.

Assim, a relação do racismo com o conceito de raça teria a perspectiva desta última como uma manifestação social, considerando que as descobertas sobre genoma humano haviam revelado que qualquer subdivisão racial entre seres humanos não se sustentava antropológicamente, mas sim que tinham origem em teorias racistas que foram se desenvolvendo com o passar do tempo¹⁹⁶.

Portanto, pode-se observar que, partindo de um método interpretativo histórico-evolutivo, já em 2003, quando do julgamento do HC 82.424, havia sido reconhecido que a noção de raça não decorreria de um processo biológico, mas sim cultural, bem como que o conceito de racismo poderia também abranger

192 *Ibid.*, p. 452.

193 *Ibid.*, p. 452.

194 *Ibid.*, p. 236.

195 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003, p. 68. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

196 *Ibid.*, p. 68.

condutas discriminatórias em relação ao povo e comunidade judaica, bem como a outros grupos segregados.

Passa-se, assim, a uma análise de raça e racismo em uma interpretação conforme a Constituição.

3.3 Raça e racismo em uma interpretação conforme à Constituição

Disserta Bonavides que uma norma admite várias interpretações, sendo que algumas levam ao reconhecimento de uma inconstitucionalidade, enquanto outras concluem pela compatibilidade de uma norma com a Constituição¹⁹⁷. Assim, ao adotar o método da interpretação conforme a Constituição, o intérprete tem que se inclinar para essa última solução, a fim de que a norma interpretada seja considerada constitucional¹⁹⁸.

Dessa forma, a interpretação conforme a Constituição seria um método no qual o intérprete avaliaria a validade de uma norma, por meio de sua conferência com a Constituição¹⁹⁹. Ademais, Canotilho ensina que, quando houver duas ou mais interpretações possíveis da norma que estejam em conformidade com o texto constitucional, deve ser adotada a interpretação melhor orientada com a Constituição²⁰⁰.

A fim de definir o que seria a interpretação melhor orientada com a Constituição, com base em um critério objetivo, pode-se utilizar o princípio da máxima efetividade, que é um subprincípio do princípio da força normativa da Constituição, e que tem por finalidade orientar os aplicadores da Constituição a interpretar as normas constitucionais de modo a otimizar sua eficácia, sem alterar seu conteúdo²⁰¹.

197 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 474.

198 *Ibid.*, p. 474.

199 GRECO, *loc. cit.*, p. 11.

200 CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 2002, p. 1203.

201 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

Ainda, o princípio da máxima efetividade orientaria os aplicadores da Constituição a, em todas as situações hermenêuticas, mas especialmente nas que envolvessem direitos fundamentais, aprofundar os seus preceitos, conhecidamente abertos e propensos a interpretações expansivas²⁰².

No texto constitucional, nesse ínterim, foram enumeradas uma série de direitos individuais e coletivos, referentes ao Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I do Título II²⁰³. Ainda, no Capítulo II do mesmo título, foram relacionados os direitos fundamentais sociais²⁰⁴.

Isso, somado ao fato de que o art. 5º, §2º, da CRFB/88, estatui que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros que tenham se originado dele ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário²⁰⁵, permite concluir que a CRFB/88 teria criado um sistema materialmente aberto de direitos fundamentais.

Assim, considerando o exposto sobre os conceitos de raça e racismo, que devem ser interpretados conforme a Constituição, e de forma a garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, pode-se concluir que o mandado de criminalização contido no art. 5º, XLI, da CRFB/88 poderia também ser aplicado aos casos de homofobia e transfobia.

Isso porque raça seria um grupo de pessoas que compartilharia ideias ou comportamentos comuns, sem constituir, necessariamente, um grupo de pessoas com características fisicamente parecidas, de sorte que homossexuais discriminados poderiam ser considerados como grupo racial para a aplicação da Lei Antirracista²⁰⁶.

202 *Ibid.*, p. 118.

203 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b, tit. II, cap. I. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

204 *Ibid.*, tit. II, cap. II

205 *Ibid.*, tit. II, cap. I, art. 5º, § 2º.

206 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

Ademais, Nucci declara que tal interpretação não acarretaria analogia *in malam partem*, pois o que se busca na analogia seria a equiparação por semelhança, o que não estaria ocorrendo²⁰⁷. Na verdade, estaria sendo negada a existência de um conceito válido de raça para definir um agrupamento humano, tendo em vista que o preconceito por raça seria apenas a manifestação de um pensamento que visaria segregar seres humanos, com base em um critério eleito de forma arbitrária, para privilegiar alguns grupos em detrimento de outros²⁰⁸.

Por conseguinte, o ataque a judeus não poderia ser considerado racismo meramente por razões de fatos históricos trágicos, como o Holocausto, mas sim “porque todos são seres humanos e ‘raça’ é conceito enigmático e ambíguo, merecedor, pois, de uma interpretação segundo os preceitos de igualdade, apregoada pela Constituição Federal, em função do Estado Democrático de Direito”²⁰⁹.

De forma convergente, disserta Vecchiatti que:

[...] o racismo consiste em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão’. Nesse conceito geral e abstrato de racismo, a homofobia e a transfobia se enquadram, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, servindo o critério de ‘raça’ como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo.²¹⁰

207 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

208 *Ibid.*, p. 305.

209 *Ibid.*, p. 305.

210 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular*. Bauru: Spessotto, 2019, p. 457.

Portanto, pode-se concluir que os conceitos de homofobia e transfobia estão, de fato, incluídos no conceito de racismo, de forma que não houve analogia *in malam partem* e nem violação ao princípio da legalidade na Lei Antirracismo, mas sim uma interpretação conforme a Constituição.

CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, descobriu-se que o princípio da legalidade determina que uma pessoa só pode ser punida caso haja, antes do fato praticado, uma lei que proíba essa conduta, bem como uma perfeita correspondência entre a conduta e a previsão legal.

O princípio da legalidade vedaria, nesse sentido, a criminalização ou agravamento da pena de forma retroativa, a utilização do costume para punir ou agravar crimes e penas, o uso da analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, além da indeterminação dos tipos legais e das sanções penais.

Foi exposto que a analogia consiste na aplicação de uma disposição referente a um caso semelhante, na ausência de regulação dessa hipótese por lei própria. Dentre os tipos de analogia, destaca-se a analogia *in malam partem*, que integra a lei, de forma a ampliar a sua punibilidade, sendo expressamente vedada no direito penal.

Foi analisado que a interpretação das normais penais objetiva atribuir certo significado ao texto normativo, se apresentando tanto como um ato cognoscitivo quanto de criação, e está vinculada ao contexto jurídico, histórico-cultural e social no qual se insere.

Foram abordadas as diversas maneiras de classificar as interpretações, considerando as fontes, os meios e os resultados. Destacam-se, dentre os meios de interpretação, os métodos gramatical, histórico, teleológico, histórico-evolutivo e lógico-sistemático.

Esses métodos se caracterizam por dar ênfase, respectivamente, aos termos conforme a gramática os entende, aos fundamentos históricos da criação da norma, aos fins da norma, a variação do significado da norma com o passar do tempo e à inserção da norma em um sistema. Nessa senda, os conceitos de raça e racismo foram interpretados conforme cada um desses métodos.

Em adição, foi estudado o Caso Ellwanger, no qual foi estabelecido que a relação do racismo com o conceito de raça teria a perspectiva desta última como uma manifestação social, considerando que as descobertas sobre genoma humano haviam revelado que qualquer subdivisão racial entre seres humanos não se sustentava antropológicamente, mas sim que tinham origem em teorias racistas que foram se desenvolvendo com o passar do tempo.

Analizou-se que, na existência de diversas interpretações possíveis, deveria ser adotada a interpretação conforme a Constituição, que seria um método no qual o intérprete avaliaria a validade de uma norma, por meio de sua conferência com a Constituição e, em caso de várias possíveis interpretações que não fossem inconstitucionais, escolheria a que fosse melhor orientada com o texto constitucional, considerando, para tanto, a que fornecesse maior eficácia aos direitos fundamentais.

Nessa concepção, raça pode ser entendida como um grupo de pessoas com ideias ou comportamentos comuns, e o racismo pode ser compreendido como um processo de segregação e hierarquização, que tem por objetivo estigmatizar, excluir e erradicar uma raça considerada inferior em determinado contexto.

Sendo assim, foi possível observar que o conceito de raça efetivamente abarca orientação sexual e identidade de gênero, enquanto o conceito de racismo engloba homofobia e transfobia, de forma que não há analogia *in malam partem* nesse caso.

Portanto, foi possível concluir que, nos julgamentos da ADO 26 e do MI 4.733, não houve violação ao princípio da legalidade pela aplicação da Lei Antirracismo aos casos de homofobia e transfobia.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 668, de 8 de agosto de 1988**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie-PL%20668/1988. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 82.424 Rio Grande do Sul**. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 17 mar. 2024.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626096/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **El problema de la pena**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598636/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário. Reserva legal. *In*: PRADO, Luiz Regis (coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mário (org.). **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991586/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

GRECO, Rogério. **Direito penal estruturado**. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120 do CP. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**: arts. 1º a 120 do Código Penal). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 21. ed. Londrina: Thoth, 2023.

RAÇA. In: **DICIONÁRIO Houaiss**. [S. l.]: Instituto Antônio Houaiss, [2023a]. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1. Acesso em: 17 mar. 2024.

RAÇA. In: **DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa**. [S. l.]: Priberam Informática, 2023b. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

RAÇA. In: **MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. [S. l.]: Melhoramentos, 2023c. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/raça>. Acesso em: 17 mar. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular**. Bauru: Spessotto, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

**A PERSONALIDADE JURÍDICA ELETRÔNICA DE UM
ARTEFATO ROBÓTICO COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
(IA): ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA AO
RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
ELETRÔNICA PELO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

***THE ELECTRONIC LEGAL PERSONALITY OF A ROBOTIC ARTIFACT
WITH ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI): ARGUMENTS FOR AND
AGAINST THE RECOGNITION OF ELECTRONIC LEGAL
PERSONALITY BY BRAZILIAN CIVIL LAW***

Recebido: 27/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Domingos Gustavo Xavier de Albuquerque

Doutorando em Direito (na Área de Concentração: Direito,

Processo e Cidadania e Linha de Pesquisa: Processo,

Hermenêutica e Efetividade dos Direitos), pela Universidade

Católica de Pernambuco (UNICAP) (2024 a 2028)

Mestrando em Direito Civil pela Universidade Federal de

Pernambuco (UFPE) (2023 a 2025)

Mestre em Direito (na Área de Concentração: Direito, Processo e

Cidadania e Linha de Pesquisa: Processo,

Hermenêutica e Efetividade dos Direitos), pela UNICAP (2021 a 2023)

Graduado em Direito pela UFPE (2006 a 2011)

Marcelo Felipe Xavier de Albuquerque

Mestrando em Direito (na Área de Concentração:

Direito, Processo e Cidadania e Linha de Pesquisa:

Cidadania Digital), pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) (2024 a 2026)
Especialista em: (1) Direito Imobiliário, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) (2001 a 2007);
(2) Direito Ambiental, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) (2012 a 2014);
(3) Direito Constitucional, pela UCAM (2019 a 2021)
Graduado em Direito pela Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino (SOPECE)

RESUMO: A tecnologia, em particular, a inteligência artificial (IA), vem desvendando um novo mundo para a humanidade. Entretanto, em que pesem os notáveis benefícios trazidos pela utilização da IA, há discussões acerca do reconhecimento da sua personalidade jurídica eletrônica. Neste trabalho, investigam-se os riscos presentes nesse tipo de iniciativa, expondo-se os argumentos a favor e contra esse reconhecimento. O estudo é realizado por meio da abordagem qualitativa, valendo-se da técnica bibliográfica para levantamento de dados. O estudo revela que não se pode atualmente reconhecer a personalidade jurídica eletrônica em prol da IA por entender que esta ainda não alcançou um estágio de autonomia capaz de desempenhar funções consideradas únicas e exclusivas da cognição humana e de forma totalmente independente do ser humano, de modo que ela não deve ser considerada como sujeito de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial – Robótica – Personalidade jurídica eletrônica – Direito civil.

ABSTRACT: *Technology, in particular, artificial intelligence (AI), has been unlocking a new world for humanity. However, despite the notable benefits brought by the use of AI, there are discussions about the recognition of its electronic legal personality. In this work, the risks present in this type of initiative are investigated, exposing the arguments for and against this recognition. The study is carried out using a qualitative approach and a bibliographic technique to collect data. The study reveals that electronic legal personality cannot currently be recognized in favor of AI because it is understood that it has not yet reached a stage of autonomy capable of*

performing functions considered unique and exclusive to human cognition and in a way that is completely independent of the human being, so that it should not be considered as a subject of rights.

KEYWORDS: *Artificial intelligence – Robotics – Electronic legal personality – Civil right.*

INTRODUÇÃO

As tecnologias complementares e disruptivas passaram a fazer parte da vida em sociedade, de modo que é difícil imaginar, atualmente, o distanciamento entre homem e tecnologia, não sendo igualmente fácil, por exemplo, pensar numa sociedade sem os semáforos, os caixas-eletrônicos com comandos de voz, os *smartphones* com interação por voz e acionamento por biometria, a integração entre aparelhos de TV com *smartphones*, entre tantos outros equipamentos.

Outra amostra dessa mudança decorre de certos termos e expressões, como *tokens*, *pendrive*, *deep web*, *spam*, *artificial intelligence*, ou Inteligência Artificial (IA), entre outros/as, que anteriormente eram utilizados/as exclusivamente em ambiente técnico, mas que hoje são usados/as diariamente pelo cidadão comum.

Segundo o que é declarado pelo fundador e CEO do World Economic Forum, ou Fórum Econômico Mundial (FEM), na Suíça, e autor do livro *A Quarta Revolução Industrial*, o engenheiro e economista alemão Klaus Martin Schwab, vive-se atualmente uma 4ª (quarta) Revolução Industrial, que teve início na virada do século e está alicerçada na revolução digital, sendo caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, pelo emprego de sensores menores e mais poderosos, pela presença da IA em inúmeros equipamentos eletrônicos, pela existência da *Big Data* e de tantas outras ferramentas tecnológicas que permitem, cada dia mais, que as máquinas interfiram nos processos produtivos.³

A velocidade da mudança tecnológica é tão célere, que o intervalo entre uma revolução e outra está cada vez mais breve, de modo que o “mercado” já começa a falar sobre 5ª Revolução Industrial, que se refere à

3 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. 1. ed. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

forma como os seres humanos vão se adaptar, utilizar e extrapolar suas ações com o uso das tecnologias que estão sendo desenvolvidas na 4ª Revolução”.⁴

Dentre as áreas científicas afetadas pela IA, destaca-se a área da medicina, a qual ganhou ainda mais relevância na época da COVID-19, pois, devido à necessidade do distanciamento físico, a China, por exemplo, criou um *software* com algoritmos de IA, o qual era “capaz de diagnosticar a Covid-19, em 15 segundos, a partir da análise da tomografia de tórax dos pacientes”.⁵ Neste caso, a pessoa enviava a tomografia de seu tórax para o hospital via e-mail ou outro meio eletrônico e, por meio dessa IA, era possível saber se ela tinha (ou não) possibilidade de estar com a COVID-19.

Outro exemplo de IA empregada na área da medicina é o *Deep Patient*, que é uma inteligência artificial desenvolvida pelo Hospital Mount Sinai, em Nova York, “capaz de descobrir padrões ocultos nos dados do hospital e, assim, fornecer alertas precoces para pacientes com risco de uma grande variedade de doenças – sem orientação humana”.⁶

É importante ressaltar que a tecnologia abre um novo mundo para a humanidade, em especial, no que concerne à análise diagnóstica de doença e à cirurgia, de modo que daqui a algumas décadas a IA será incorporada de vez pela área de cuidados à saúde, sendo a responsável pelo tratamento da saúde do ser humano por meio de um elevado nível de eficiência e precisão.

Entretanto, em que pesem os notáveis benefícios trazidos pela utilização da IA, o reconhecimento(ou não) a personalidade jurídica para artefato robótico com IA permanece sendo uma polêmica na área jurídica, pelo fato de que eventual reconhecimento da personalidade jurídica em favor de uma IA, alçando-a, assim, à categoria de sujeito de direitos na qualidade de

4 A 5ª REVOLUÇÃO Industrial já começou? BLOG TD SYNnex, 2022. Disponível em: <https://digital.br.synnex.com/a-5-revolucao-industrial-ja-comecou>. Acesso em: 11 fev. 2024.

5 NALIN, P; NOGAROLI, R. Diagnóstico para Covid-19 com inteligência artificial: novos desafios sobre princípios contratuais e responsabilidade civil médica em tempos de pandemia. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n. 43, p. 256-272, jan.-abr. 2021, p. 265. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2024.

6 POR que líderes de negócios precisam entender algoritmos? Ilumeo, 2019. Disponível em: <https://ilumeo.com.br/2019/12/09/2019-12-9-por-que-lideres-de-negocios-precisam-entender-algoritmos/>. Acesso em: 11 fev. 2024.

centro autônomo de imputação subjetiva e de responsável pelos atos que praticar, conferir-lhe-ia, por decorrência legal, direitos inerentes ao ser humano, como o direito à vida (área constitucional), à honra e à imagem (área civil), à remuneração pelo seu labor (área trabalhista), à legítima defesa (área penal), entre outros.

Igualmente lhe seriam imputados as obrigações e os deveres legais, previstos no ordenamento jurídico do país, a exemplo dos pagamentos de tributos (área tributária) e de indenização por danos causados na esfera civil em desfavor de terceiro (área civil). Assim, o reconhecimento da personalidade jurídica para artefato robótico com IA lhe traria tanto direitos quanto deveres perante a sociedade civil e o país no qual está inserido.

Nesse contexto, e no intuito de imergir nessa discussão, neste artigo, investiga-se a problemática envolvendo o reconhecimento da personalidade jurídica eletrônica do artefato robótico com IA no direito civil brasileiro, destacando-se, para tanto, os inúmeros riscos e problemas presentes nesse tipo de iniciativa, e expondo-se os argumentos a favor e contra esse reconhecimento.

O estudo é desenvolvido, valendo-se da abordagem qualitativa, com finalidade exploratória, cujo objetivo é o aprofundamento na compreensão acerca da personalidade jurídica da IA, e nele se valerá, essencialmente, da técnica de pesquisa bibliográfica. A investigação também envolve natureza dogmática no sentido de apresentar ou adiantar problemas vinculados às questões relacionadas ao tema, oferecendo, se possível, a partir de um estudo do sistema jurídico e dos valores consagrados por tal sistema.

Além desta seção introdutória, o trabalho encontra-se dividido em 4 (quatro) seções principais, de modo que, na segunda seção, é realizado um estudo a respeito do conceito da Inteligência Artificial. Na terceira seção, é abordada a personalidade jurídica eletrônica da IA e seu ordenamento jurídico brasileiro atual a reconhece. Na quarta seção, são tratados os argumentos favoráveis ao reconhecimento da personalidade jurídica eletrônica da IA e, na quinta seção, os desfavoráveis, ambos com o foco na posição da doutrina

civilista brasileira. Por fim, apresentam-se as considerações finais relacionadas a este estudo, assim como as referências que serviram de base para as reflexões.

1. O QUE É UMA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)?

É evidente que a IA é um tema central no debate em todo o mundo, sendo objeto de estudo de inúmeros especialistas das mais diversas áreas, haja vista que “psicólogos e neurocientistas investigam as possíveis consequências [da IA] na cognição e no comportamento; advogados, as mudanças no sistema judicial; e sociólogos, as transformações sociais”.⁷

Na política internacional, por exemplo, verifica-se uma corrida das nações em torno de projetos e incentivos com o foco de desenvolver e expandir a IA nas suas fronteiras, buscando, assim, estabelecer um protagonismo na área tecnológica. Assim, não há dúvidas de que a IA é algo de interesse da humanidade e dos países que visam utilizá-la para seu desenvolvimento e proteção, o que leva a indagar o que é uma inteligência artificial (IA) e como ela surgiu.

Os primeiros esboços acerca de IA surgiram na Terceira Revolução Industrial, a qual orientou inovações tecnológicas no ramo das comunicações, a exemplo do telégrafo e do rádio, e no campo da pesquisa, a exemplo da criação da lâmpada por Thomas Edison, contudo, no que toca à criação de um artefato robótico com IA, este somente ocorreu em meados da Segunda Guerra Mundial quando houve, de fato, empenho, investimento e interesse por parte do campo científico.⁸

7 VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Andriei Guerrero. Inteligência Artificial: conceitos fundamentais. In: VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Andriei. Inteligência Artificial (Ia). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/inteligencia-artificial-ia/1394839564>. Acesso em: 15 fev. 2024.

8 BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT'ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

Neste âmbito de inovações na área de IA, Alan Turing (1950) revolucionou a concepção da IA, “ao introduzir na sua obra ‘*Computing Machinery and Intelligence*’ a dúvida quanto à capacidade de uma máquina ‘pensar’ e não apenas imitar.⁹ Valendo-se do método intitulado de “*Imitation Game*” (Jogo da Imitação), sabe-se que o referido cientista:

[...] criou um teste com a possibilidade de determinar a capacidade interpretativa e de discernimento de uma máquina, averiguando se esta conseguiria conversar de maneira complexa com humanos, sem que estes conseguissem a identificar como agente artificial.¹⁰

Posteriormente, esse teste que ficou conhecido como “*Turing Test*” (Teste Turing), o qual foi “um marco que definiu as limitações da inteligência de uma máquina e as traduziu como agentes que atuam para a concretização de objetivos específicos”.¹¹ Somente no ano de 1956:

[...] na Conferência de Dartmouth, o termo ‘Inteligência Artificial’ (IA) foi apresentado” ao mundo, sendo o cientista John McCarthy “a primeira pessoa a utilizar o termo ‘inteligência artificial’ para definir a capacidade de uma máquina simular a habilidade de pensar.¹²

9 BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT’ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

10 BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT’ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022, p. 24428. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

11 BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT’ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022, p. 24428. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

12 BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT’ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022, p. 24428. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

Entretanto, foi com Marvin Minsky e outros cientistas que foi criado o “*Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*”, que ficou conhecido na história como marco inaugural da IA como projeto de pesquisa.¹³ Nos anos subsequentes à Conferência de Dartmouth, o campo de estudo da IA passou por um exponencial crescimento com financiamentos abundantes, o que fez com o conceito e a definição do que seria IA tivessem inúmeras interpretações.

Para Nils John Nilsson, a IA é “a atividade dedicada a tornar as máquinas inteligentes, e a inteligência é a qualidade que permite a uma entidade funcionar adequadamente e com previsão no seu ambiente”.¹⁴ Por sua vez, Max Tegmark entende que a IA é um programa (*software*) de computador bastante avançado e evoluído capaz de proceder atividades que usualmente “exigem inteligência humana, como: planejamento, reconhecimento de sons e objetos, compreensão de linguagens, raciocínio, solução de problemas, tomada de decisão e aprendizado”¹⁵, declarando, ainda, que o funcionamento da IA depende dos chamados algoritmos “que seriam uma série de diretrizes ou um encadeamento de normas que, ao serem empregadas em um conjunto de informações, possibilitam a resolução de categorias parecidas de desafios”.¹⁶

13 BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT’ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

14 NILSSON, Nils J. *The quest for artificial intelligence: a history of Ideas and achievements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 13, tradução nossa. Disponível em: <https://ai.stanford.edu/~nilsson/QAI/qai.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

15 TEGMARK, 2019, p. 123 apud NALIN, P; NOGAROLI, R. Diagnóstico para Covid-19 com inteligência artificial: novos desafios sobre princípios contratuais e responsabilidade civil médica em tempos de pandemia. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 43, p. 256-272, jan.-abr. 2021, p. 265. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2024.

16 TEGMARK, 2019, p. 123 apud NALIN, P; NOGAROLI, R. Diagnóstico para Covid-19 com inteligência artificial: novos desafios sobre princípios contratuais e responsabilidade civil médica em tempos de pandemia. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 43, p. 256-272, jan./abr. 2021, p. 265. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2024.

Fabiano Hartmann Peixoto define a IA como “um ramo da ciência da computação que busca, com interação multidisciplinar com outras áreas do conhecimento, a reprodução de ações cognitivas tipicamente humanas”¹⁷, declarando que ela “está associada à reprodução artificial da capacidade de organizar informações para uma solução aceitável de um problema”.¹⁸

John Searle, por sua vez, trouxe inovação ao estudo acerca da IA no seu livro “*Minds, brains, and programs*”, sendo um dos pioneiros em distinguir a IA entre “*Weak Ai*” (IA fraca) e “*Strong Ai*” (IA forte), sendo, respectivamente, “a inteligência artificial que apenas reproduz dados previamente introduzidos, e a inteligência artificial que possui uma maior complexidade algorítmica capaz de solucionar demandas mais complexas”.¹⁹ Nas palavras de John Searle:

De acordo com a AI no sentido fraco, o principal valor do computador para o estudo da mente reside no fato de que este nos fornece uma ferramenta extremamente poderosa. Por exemplo, ele nos permite formular e testar hipóteses de maneira mais rigorosa e precisa do que antes. Mas de acordo com a AI no sentido forte, o computador não é meramente um instrumento para o estudo da mente. Muito mais do que isso o computador adequadamente programado é uma mente, no sentido de que, se lhe são dados os programas corretos pode-se dizer que eles entendem e que eles têm outros estados

17 PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e inteligência artificial: referências básicas com comentários à Resolução CNJ 332/2020. Brasília, DF: Ed. do Autor, DR: IA, 2020, 55 p., p. 17. (Coleção inteligência artificial e jurisdição; v. 2). Disponível em: <https://livros.unb.br/index.php/portal/catalog/book/200>. Acesso em: 15 jan. 2024.

18 PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e inteligência artificial: referências básicas com comentários à Resolução CNJ 332/2020. Brasília, DF: Ed. do Autor, DR: IA, 2020, 55 p., p. 17. (Coleção inteligência artificial e jurisdição; v. 2). Disponível em: <https://livros.unb.br/index.php/portal/catalog/book/200>. Acesso em: 15 jan. 2024.

19 SEARLE, 1984 apud BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT’ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022, p. 24430. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

cognitivos. Conforme a AI no sentido forte, uma vez que o computador programado tem estados cognitivos, os programas não são meros instrumentos que nos capacitam testar explicações psicológicas: os programas constituem as próprias explicações. Não tenho objeções a AI no sentido fraco, pelo menos no que diz respeito ao escopo deste artigo. Minha discussão será dirigida às afirmações que defini como caracterizando a AI no sentido forte, especificamente a ideia de que computadores adequadamente programados têm estados cognitivos e que os programas, a partir disso, explicam a capacidade cognitiva humana. Quando eu me referir a AI estarei considerando a AI no sentido forte, definida através das duas afirmações acima.²⁰

Para Sonia Moreira defende existirem 3 (três) tipos de IA, a saber: Fraca IA, Média IA e Forte IA. Nas palavras da autora:

É usual classificar-se a IA de acordo com três tipos de inteligência: Fraca, Média e Forte. A **primeira** – ANI: Artificial Narrow Intelligence – é aquela que se especializa em uma única área, possuindo um determinado objectivo (p. ex. máquinas treinadas para jogar xadrez); a **segunda** – AGI: Artificial General Intelligence – imita a mente humana, sendo capaz de compreender conceitos complexos e de resolver problemas aprendendo com a sua própria experiência; a **terceira** – ASI: Artificial Super Intelligence – já possuiria competências sociais, igualando ou até superando o cérebro humano. No actual contexto tecnológico, ainda não existe a IA Forte.²¹

20 SEARLE, John R. Mentes, Cérebros e Programas. Tradução de Cléa Regina de Oliveira Ribeiro. In: TEIXEIRA, J.F. Cérebros, Máquinas e Consciência: Uma introdução à Filosofia da Mente, São Carlos: Editora da UFSCar, 1996, p. 61-93, p. 1. Disponível em: <https://opessoa.flch.usp.br/sites/opessoa.flch.usp.br/files/Searle-Port-2.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2024.

21 MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 538. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

Jacob Turner²², por seu turno, divide a IA em 2 (duas) categorias de algoritmos, sendo a primeira denominada *machine learning* (aprendizado de máquina) e a outra, *deep learning* (aprendizado profundo).

O *machine learning* é uma subcategoria da IA e se refere ao processo pelo qual “os computadores desenvolvem o reconhecimento de padrões ou a capacidade de aprender continuamente ou fazer previsões com base em dados, e, então, fazer ajustes sem serem especificamente programados para isso”.²³ Por outro lado, o *deep learning* é “uma técnica avançada do aprendizado de máquina que utiliza redes neurais, sendo essas inspiradas na estrutura e funções do próprio cérebro do ser humano e na interligação dos neurônios”.²⁴ A esse respeito, Eduardo Barboza Muniz assim explica:

Quando falamos em machine learning ou deep learning estamos nos referindo a capacidades, mais ou menos abrangentes de aprendizado por máquinas. É a possibilidade de que seus respectivos scripts possam ser programados para incorporar novos elementos, em um constante processo de se tornarem mais complexos. A IA é gênero que engloba o machine learning e sua subespécie, deep learning, além de outras formas de aprendizado artificial.²⁵

No mesmo sentido é a posição de Sonia Moreira:

22 TURNER, 2019 apud NALIN, Paulo; NOGAROLI, R. Cirurgias assistidas por robôs e análise diagnóstica com inteligência artificial: novos desafios sobre os princípios contratuais e o equacionamento da responsabilidade civil médica. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. (coord.). Direito civil e tecnologia. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

23 WHAT is Machine Learning? Hewlett Packard Enterprise, [S.l.], c2022. Disponível em: <https://www.hpe.com/br/pt/what-is/machine-learning.html?jumpid=ps>. Acesso em: 11 out. 2022.

24 NALIN, Paulo; NOGAROLI, R. Cirurgias assistidas por robôs e análise diagnóstica com inteligência artificial: novos desafios sobre os princípios contratuais e o equacionamento da responsabilidade civil médica. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. (coord.). Direito civil e tecnologia. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

25 MUNIZ, 2021 apud CAVALCANTI, Flávia; CANEN, Doris. Inteligência Artificial e Direito Tributário. Capítulo 17. In: LEITE, Luiza; HOLANDA, Rodrigo; FEIGELSON, Bruno. Tax 4.0: Tributação na Realidade Exponencial. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/capitulo-17-inteligencia-artificial-e-direito-tributario-parte-iii-tributacao-de-robos-e-inteligencia-artificial-tax-40-tributacao-na-realidade-exponencial/1394845343#a-274791336>. Acesso em: 22 mar. 2024.

Através dos mecanismos de *machine learning*, o agente autônomo recolhe informação do meio ambiente, de outros agentes (através de interação com outros agentes autônomos, como aparelhos domésticos *smart*, câmaras de videovigilância, etc.) e da própria internet e de bases de dados a que tenha acesso, aumentando os dados originais de que dispunha. Ou seja, a máquina aprende sozinha, autonomamente, ‘sem programação explícita para tanto, adaptando a aprendizagem para novas situações’. Se o agente for dotado de *deep learning*, esta capacidade de autoaprendizagem aproxima-se da do ser humano, pois replica a nossa rede neuronal.²⁶

Em resumo, a IA é o campo da ciência da computação que tem como finalidade desenvolver sistemas de *hardware* e/ou *software* capazes de desempenhar funções que têm sido tradicionalmente consideradas únicas e exclusivas da cognição humana, a exemplo da fala, do raciocínio especializado e da resolução de problemas, da aprendizagem, entre outras.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E A PERSONALIDADE JURÍDICA ELETRÔNICA (*E-PERSONALITY*)

Nos primeiros anos da graduação em Direito, os alunos já se deparam com o termo “personalidade jurídica”, sendo normalmente relacionado à figura da pessoa física, como se fosse algo que só existisse ou pudesse ser relacionado ao ser humano.²⁷

26 MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 543. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

27 Sonia Moreira declara que “historicamente, os direitos de personalidade surgem como ‘direitos inatos e originários da pessoa, alicerçados na natureza humana’, com o seu fundamento último na dignidade da pessoa humana, encontrando-se a sua constitucionalização na figura de vários direitos fundamentais” Cf. MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 542. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

Anos depois, o aluno aprende que a pessoa em sentido jurídico é aquela que “possui aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, ela adquire seus próprios direitos decorrentes da lei como um todo”.²⁸

Sendo um fato decorrente da lei, diz-se que a personalidade jurídica pode ser reconhecida não apenas ao ser “humano”, como também aos entes “não humanos”, a exemplo dos animais, pessoas jurídicas, meio ambiente, entre outros, inclusive em favor da IA.

Assim, “a ‘personalidade’ atualmente não é mais uma característica exclusiva do ser humano ou da entidade jurídica, sendo um setor que ao acompanhar o desenvolvimento social e suas inovações, também se modificou para adequar as demandas sociais”²⁹, podendo, por conseguinte, ser reconhecida a personalidade jurídica aos entes “não humanos”, ainda que não seja para igualá-la com os direitos dos seres humanos.

Ocorre que a sociedade humana possui uma visão antropocêntrica, haja vista que põe o ser humano numa posição de centralidade em relação a todo o universo, seja como um eixo em torno do qual estão situadas todas as coisas e todo o movimento da realidade, seja como um eixo de referência para a compreensão do universo.

Tem-se, portanto, que ao mesmo tempo que sociedade humana permite que estudos jurídicos voltados ao reconhecimento (ou não) da personalidade jurídica eletrônica da IA possam ser realizados, essa mesma sociedade aprisiona esses estudos “em uma velha gramática inspirada ainda em um modelo antropocêntrico, como as ideias de direito subjetivo e titularidade”³⁰ e nos “velhos modelos, que reforçam a já clássica modulação subjetiva do

28 ARAGÃO, Diego Zanetti. *A Personalidade Jurídica*. Jusbrasil, Salvador, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-personalidade-uridica/668360098#:~:text=O%20conceito%20geral%20da%20personalidade,de%20obriga%C3%A7%C3%B5es%2C%20com%20seus%20s%C3%B3cios>. Acesso em: 12 fev. 2024.

29 BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT’ANNA, Marialia Mendonça Morais. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022, p. 24434. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 12 jan. 2024.

30 NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na inteligência artificial. *Pensar*, Fortaleza, CE, v. 25, n. 3, p. 1-14, set. 2020, p. 10. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10178>. Acesso em: 12 fev. 2024.

discurso jurídico”³¹, de modo que a lei costuma ser elaborada com base nessas perspectivas que, por vezes, são ultrapassadas e retrogradadas.

Durante muitos anos, na história da sociedade humana, durante muitos anos só se reconhecia a personalidade jurídica para aquilo ou aqueles que possuíam alma e espírito³², sendo este o principal argumento utilizado para escravizar os índios e negros³³, ou seja, já que eles eram considerados como seres que não possuíam alma nem espírito, estavam desprotegidos da lei, o que, consequentemente, justificava, ou permitia, a escravidão.

Apesar dessa visão escravocrata ter sido substituída pela visão jurídica (pessoa em sentido jurídico), ainda há países em que a personalidade jurídica só é reconhecida para algumas pessoas, o que reforça a ideia apresentada por Sonia Moreira de que “nem todas as pessoas possuíam os (mesmos) direitos, justificando tratamentos desumanos e genocídio”.³⁴

A respeito, a referida autora ainda declara a seguinte reflexão:

Recordemos o nacional-socialismo alemão e a segunda guerra mundial, pois se esquecermos a história, corremos o risco de a repetirmos. Mas não precisamos de ir tão longe: ainda hoje, há ordens jurídicas que não reconhecem a todas

31 NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na inteligência artificial. Pensar, Fortaleza, CE, v. 25, n. 3, p. 1-14, set. 2020, p. 10. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10178>. Acesso em: 12 fev. 2024.

32 HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Os direitos da personalidade da pessoa jurídica de direito público. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24082012-120042/publico/Versao_Integral_Tese_de_Doutorado_Henrique_Geaquinto_Herkenhoff.pdf. Acesso em: 12 fev. 2024.

33 Segundo o que Herkenhoff (2010, p. 12) apresenta, “discutiu-se interminavelmente se os negros e índios tinham alma e se, tendo-a, ou não, poderiam ser expulsos, assassinados, escravizados e tratados com crueldade, ou se mereciam tratamento semelhante ao que se devia ao homem branco.” Cf. HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Os direitos da personalidade da pessoa jurídica de direito público. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24082012-120042/publico/Versao_Integral_Tese_de_Doutorado_Henrique_Geaquinto_Herkenhoff.pdf. Acesso em: 12 fev. 2024.

34 MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 540. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

as pessoas em sentido ético o mesmo estatuto jurídico. Pensemos no fundamentalismo islâmico e no tratamento diferenciado que concede às mulheres, por exemplo. Repare-se que não nos referimos ao tratamento misógino ou desigualitário que ainda hoje se reconhece existir de facto nos países ocidentais e com o qual lutamos todos os dias, mas, da assunção de um estatuto jurídico diferente para diferentes grupos de pessoas ou etnias.³⁵

Conforme vem sendo demonstrado, o tema “personalidade jurídica” sempre gerou, gera e, provavelmente, gerará muita polémica no campo do direito civil, de modo que a problemática vinculada ao reconhecimento da personalidade jurídica do artefato robótico com IA, objeto do presente trabalho, é apenas uma gota neste oceano de debate jurídico.

Após essas digressões, passa-se a expor as linhas de raciocínio e os argumentos a favor e contra o reconhecimento da personalidade jurídica eletrônica da IA.

3. DOS ARGUMENTOS A FAVOR DO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ELETRÔNICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

É compreensível que a ideia de um artefato robótico com IA deter personalidade civil é um tanto ameaçadora, uma vez que direitos antes conferidos apenas aos seres humanos, como o direito à vida (área constitucional), à honra e à imagem (área civil), à remuneração por seu labor (área trabalhista), à legítima defesa (área penal), entre outros, passariam a também ser reconhecidos em favor da máquina, o que implica dizer que, muito

35 MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 540-541. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

embora a máquina possa vir a incorrer juridicamente em algum tipo de sanção, nem de longe ela será afetada pelas consequências de seus atos como tende a ocorrer com os seres humanos.

Além do mais, o não reconhecimento da personalidade jurídica eletrônica da IA representaria um retrocesso social e jurídico, posto que a IA está, sim, presente no dia a dia da humanidade, de modo que eventual dano proveniente dos artefatos robóticos com IA seria justificativa suficiente para que fosse reconhecida a personalidade jurídica eletrônica da IA sob pena de a vítima não ter quem acionar na justiça.

Vale lembrar os ensinamentos de Gunther Teubner³⁶, o qual alertou que o direito privado terá que escolher entre reconhecer a existência de uma personalidade jurídica em relação ao artefato robótico com IA e, por conseguinte, responsabilizá-lo pelos atos danosos por ele cometido a outrem ou, então, admitir um número crescente de acidentes sem que seja atribuída a responsabilidade ao próprio causador do dano.

Nessa esteira, Gunther Teubner³⁷ defende que quando as máquinas autônomas tomam decisões independentes, deve-lhes ser reconhecida a figura da personalidade jurídica eletrônica.

Sílvia Díaz Alabart³⁸, por sua vez, defende que os artefatos robóticos com IA teria uma personalidade jurídica *tertium genus*, ou seja, não se trataria de coisas, tampouco pessoas em sentido estrito, mas, sim, uma nova classificação.

Assim, para esses dois autores, o reconhecimento da personalidade jurídica eletrônica para a IA é necessário para viabilizar e permitir, por

36 TEUBNER, Gunther. *Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law*. Tradução de Jacob Watson. [S.l.]: Ancilla Iuris, 2018.

37 TEUBNER, Gunther. *Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law*. Tradução de Jacob Watson. [S.l.]: Ancilla Iuris, 2018.

38 ABART, Sílvia Díaz. *Robots y responsabilidad civil*. Madrid: Reus, 2018.

exemplo, a aplicação do instituto da responsabilidade civil pelos danos provocados pelos artefatos robóticos com IA em desfavor da sociedade, podendo, assim, a IA responder por seus atos.

De mais a mais, Sonia Moreira lembra que o direito civil brasileiro já admite que entes “não humanos” possam ter personalidade jurídica como, por exemplo, as pessoas colectivas³⁹ (ex.: associações, empresas, fundações etc.).

Nas palavras da autora:

Se a personalidade jurídica é algo que é inerente ao ser humano, como é possível que se possa ponderar a sua atribuição a entes não humanos? Na verdade, o Direito já o faz. Referimo-nos, naturalmente, às pessoas colectivas. As pessoas colectivas são substratos (pessoais ou patrimoniais) criados por seres humanos, dotados de uma orgânica própria, que lhes permite atingir o fim para o qual foram criados, um fim demasiado grande para ser prosseguido por pessoas singulares individualmente. As vantagens da atribuição de personalidade jurídica a estes substratos são inegáveis, desde logo, no que toca à separação patrimonial entre os patrimónios dos seus membros e o património da própria pessoa colectiva.⁴⁰

Nessa perspectiva, o reconhecimento da personalidade jurídica da IA seria algo natural, posto que “se a lei reconhece a possibilidade de atribuição de

39 Segundo o que Joaquim Ramalho apresenta, o “termo ‘pessoa coletiva’ foi fixado na bibliografia jurídica portuguesa por Guilherme Moreira, que, no início do século XX, publicou a obra intitulada *Da Personalidade Collectiva*, na qual o autor designava as pessoas coletivas como entes jurídicos não humanos (Menezes Cordeiro, 2010a). Na obra referida, o autor defendeu, de um modo pioneiro, o uso da denominação pessoa coletiva por contraste a expressões como pessoas jurídicas, pessoas morais, pessoas sociais, pessoas fictícias ou até mesmo pessoas abstratas, que eram bastante usuais na época e que serviam para designar os entes jurídicos não humanos” Cf. RAMALHO, Joaquim. *A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática*. Rev. direito GV, v. 15, n. 3, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201926>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/FxBkjb5DN4tvycCbgGzJ9ZR/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

40 MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 542. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

personalidade jurídica a estes substratos [isto é, ‘pessoas colectivas’], porque não fazê-lo aos agentes autónomos [como a IA]?”⁴¹

Destaca-se que, apesar de o direito civil brasileiro não reconhecer a personalidade jurídica em favor dos entes da natureza⁴² (ex.: animais, plantas, rios, planícies etc.), há países estrangeiros que reconhecem a personalidade jurídica aos entes da natureza, a exemplo da Nova Zelândia, que no ano de 2017 atribuiu personalidade jurídica a um rio, e da Índia, que igualmente no ano de 2017 reconheceu a personalidade jurídica dos rios Ganges e Yamuna.⁴³

Por fim, é importante também acentuar que a Arábia Saudita concedeu a cidadania para a humanoide autômata chamada “Sophia”, que é uma inteligência artificial, criada pela empresa Hanson Robotics com sede em Hong Kong, na China.⁴⁴

Após essas considerações, pode-se afirmar que a corrente doutrinária que defende o reconhecimento da personalidade jurídica eletrônica da IA tem o mérito de combater o antropocentrismo, valendo-se de um instrumento como a

41 MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 543. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

42 Sobre o assunto, Sonia Moreira declara: “Note-se que a nossa ordem jurídica também não criou um estatuto jurídico semelhante ao do ser humano relativamente aos animais. Apesar de reconhecer que se trata de seres vivos que possuem sensibilidade e, por este facto, os ter considerado objecto de protecção, a nossa lei não os considerou sujeitos de direitos (ou de obrigações, naturalmente). Na verdade, apesar de ter criado um subtítulo dentro do Título que trata dos elementos da relação jurídica – ou seja, o subtítulo I-A (sendo “Das pessoas” o subtítulo I e “Das coisas” o subtítulo II – em nenhum artigo deste subtítulo relativo aos animais se diz que estes são titulares de direitos. Pelo contrário, o art. 201º-D manda aplicar-lhes, como regime subsidiário, o regime das coisas (desde que não seja incompatível com a sua natureza); além disso, o art. 1302º, nº 2, afirma peremptoriamente que são objecto do direito de propriedade, embora os distinga das restantes coisas corpóreas (às quais se refere o art. 1302º, nº 1). Ou seja, apesar de os ter excluído das coisas em termos formais (pois não incluiu a sua regulamentação na matéria das coisas), a verdade é que continua a considerá-los como objectos de direitos e não sujeitos de direitos”. Cf. MOREIRA, Sonia. IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica? In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550, p. 548. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

43 NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na inteligência artificial. Pensar, Fortaleza, CE, v. 25, n. 3, p. 1-14, set. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10178>. Acesso em: 12 fev. 2024.

44 PORTUGAL, Heloisa Helena de Almeida. E-persons: Robôs inteligentes dotados de personalidade? Magis – Portal Jurídico, [S.l.], 28 maio 2022. Coluna, Nós e Ela (A Inteligência Artificial). Disponível em: <https://magis.agej.com.br/e-persons-robos-inteligentes-dotados-de-personalidade/>. Acesso em: 12 fev. 2024.

personalidade jurídica, sendo essa iniciativa, portanto, algo inovador, ao promover uma nova cosmovisão no campo do estudo do direito da personalidade jurídica.

4. DOS ARGUMENTOS CONTRA O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ELETRÔNICA DA IA

Em uma perspectiva diametralmente oposta à contida na seção anterior, Tepedino defende uma visão mais restritiva, no sentido de que exclusivamente, deve ser reconhecida a personalidade jurídica para a pessoa física, valendo-se do argumento de que, “se a personalidade é o valor que decorre da dignidade da pessoa humana, e esta traz tutela diferenciada da pessoa física, só a pessoa física possui personalidade jurídica”.⁴⁵ Nessa linha de raciocínio, o autor conclui que não seria cabível, por exemplo, a fixação de indenização a título de dano moral em favor do “não humano” (ex.: animais, pessoas jurídicas, meio ambiente etc.).⁴⁶

Sérgio Negri⁴⁷ entende que não se deve misturar (confundir) o campo do direito civil da personalidade jurídica com o campo da responsabilidade civil, de modo que é perfeitamente possível que haja um dano causado por artefato robótico com IA sem que o direito tenha que obrigatoriamente reconhecer a personalidade jurídica desse artefato robótico para que a vítima possa ser indenizada.

45 FERREIRA, Rafael Medeiros Antunes. Breve Estudo da Personalidade Jurídica. Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, CE, v. 1, n. 78, 2015, p. 2. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/breve-estudo-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 15 jan. 2024.

46 TEPEDINO, 2008 apud FERREIRA, Rafael Medeiros Antunes. Breve Estudo da Personalidade Jurídica. Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, CE, v. 1, n. 78, 2015. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/breve-estudo-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 15 jan. 2024.

47 NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na inteligência artificial. Pensar, Fortaleza, CE, v. 25, n. 3, p. 1-14, set. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10178>. Acesso em: 12 fev. 2024.

Acompanhando essa lógica, Ugo Pagallo⁴⁸ declara que “assim como não devemos confundir maçãs com laranjas, é importante separar as maçãs da responsabilidade e as laranjas da personalidade”, de modo que inexistente impedimento jurídico e lógico de se reconhecer o dano na esfera da responsabilidade civil por parte da IA sem ter que necessariamente admitir a existência de uma personalidade jurídica para ela (a IA).

No mesmo caminho, é a posição de Sthéfano Divino⁴⁹, que considera que não seria possível o reconhecimento da personalidade jurídica da IA pelo simples fato de que não “se pode apontar quais direitos e deveres uma IA pode ou não ter em virtude de o ser humano não possuir a experiência tecnológica que tal ser possui”. O autor prossegue nestes termos:

Isso quer dizer que o processo de autodeterminação e de produção normativa destinado à reivindicação de direitos de IA somente poderá ser promovido por esses entes. Caso contrário, sua concessão de forma discricionária e individualizada será atrelada pelo simples giro de capital perante a sociedade. Dessa forma, não se trata de simples simpatia ou de mero reconhecimento da categoria jurídica. Deve haver práticas contra governamentalização, contra a arte de ser dominado, para que os direitos sejam expressos de forma contundente ao cenário em exercício. Isso apresenta uma dificuldade que necessitaria da existência de uma AGI [*Artificial General Intelligence*] para sua ocorrência. Contudo, diante das contingências idealizadas, sua possibilidade é marcante.⁵⁰

48 PAGALLO, 2018 apud NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na inteligência artificial. Pensar, Fortaleza, CE, v. 25, n. 3, p. 1-14, set. 2020, p. 3. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10178>. Acesso em: 12 fev. 2024.

49 DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Inteligência Artificial como sujeito de direito: construção e teorização crítica sobre pessoalidade e subjetivação. Revista de Bioética y Derecho, v. 52, p. 237-252, 2021, p. 249. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31503>. Acesso em: 12 fev. 2024.

50 DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Inteligência Artificial como sujeito de direito: construção e teorização crítica sobre pessoalidade e subjetivação. Revista de Bioética y Derecho, v. 52, p. 237-252, 2021, p. 249. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31503>. Acesso em: 12 fev. 2024.

Destaca-se que essa visão de Sthéfano Divino pode aparentar, a princípio, desvalida e vulnerável e, portanto, mereceria ser desconsiderada, contudo, se ela for analisada e compreendida com mais atenção, ter-se-á como a melhor resposta para esse debate jurídico em questão, posto que a solução será, portanto, aguardar que o próprio artefato robótico com IA diga para a sociedade humana se é (ou não) sujeito de direito, se tem (ou não) personalidade civil e quais seriam os seus direitos e deveres.

Como dito anteriormente, a IA vem-se desenvolvendo numa velocidade impressionante, de modo que, em poucas décadas, alcançará um estágio de autonomia absoluta, isto é, sem mais a necessidade da presença e participação humana, sendo capaz de desempenhar funções outrora consideradas únicas e exclusivas da cognição humana, a exemplo do raciocínio especializado e da resolução de problemas, da aprendizagem, entre outras, e, portanto, caberá à própria IA dizer para o mundo como ela quer ser tratada.

Apenas a título de argumentação, houve uma época em que a mulher não possuíam direitos perante a sociedade, sendo, muitas vezes, comparada a objetos (coisas), apesar de falar, de raciocinar, de resolver problemas, de aprender e de todas as demais funções humanas; ressalta-se o patriarcalismo da época a reduzia a “fruto da propriedade privada e do conseqüente papel de mero instrumento da reprodução que a mulher desenvolve dentro da família”.⁵¹

Da mesma forma, eram os negros na época da escravidão, os quais eram enquadrados por leis de inúmeros países, inclusive o Brasil, como mercadoria pertencente a um proprietário, sendo diariamente comercializado. Hoje em dia, a mulher e os negros são reconhecidos como sujeitos de direito, eles têm personalidade civil e têm os seus direitos protegidos, sendo eles,

51 COSTA, Ana Alice Alcantra. *As donas do poder: mulheres e política na Bahia*. Salvador: NEIM/UFBA, 1998, p. 20.

portanto, os competentes (responsáveis) para dizer como querem ser tratados pela sociedade.

Por fim, é importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro atual não reconhece a personalidade jurídica eletrônica (*e-person*) do artefato robótico com IA, no entendimento de que as tecnologias atuais ainda não atingiram um nível de autonomia suficiente para funções consideradas únicas e exclusivas da cognição humana, de forma totalmente independente do ser humano e, portanto, o artefato robótico com IA não pode responder civilmente em juízo por eventuais danos que tenha causado a alguém.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, a IA tem ampliado as fronteiras das inovações em tecnologias de inúmeras áreas sociais, trazendo, por decorrência, inúmeros benefícios; contudo, a tecnologia traz consigo novos e expressivos riscos, com impactos ético-jurídicos.

Nesse caminho, neste estudo, teve-se como foco investigar a problemática envolvendo o reconhecimento da personalidade jurídica eletrônica do artefato robótico com IA no direito civil brasileiro, dando ênfase aos argumentos contra e favor desse reconhecimento e, após a análise dos principais argumentos de cada lado, concluiu-se que, no ano de 2024, não se justifica a atribuição de personalidade jurídica eletrônica da IA, no entendimento de que as tecnologias atuais ainda não atingiram um nível de autonomia suficiente para funções consideradas únicas e exclusivas da cognição humana, de forma totalmente independente do ser humano e, portanto, o artefato robótico com IA não pode responder civilmente em juízo por eventuais danos que tenha causado a alguém.

É importante ressaltar que, mesmo aquele que entenda que a personalidade jurídica da IA deve ser atualmente reconhecida, tal reconhecimento deverá ser parcial ou limitado, da mesma forma que ocorre com as “pessoas colectivas”, posto que a IA age de acordo com sua programação criada por uma pessoa física e, por conseguinte, pode-se afirmar que a IA não possui estímulo próprio, tornando inviável atribuir à IA todos os mesmos direitos conferidos ao ser humano, a exemplo do direito à vida e do direito à honra subjetiva. Com relação ao primeiro direito, não faria sentido este ser conferido à IA, haja vista que esta tem “vida eterna”, no sentido de ser algo perene, de sua existência não ser como a dos seres humanos, com um início, meio e fim – não há que se falar, portanto, em morte, em se tratando de IA, e ainda que ela fosse desligada, isso permaneceria até que alguém a ligasse novamente –, e com relação ao segundo, seria igualmente inviável, pelo fato de a honra subjetiva ser um sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana, características estas inexistentes na IA.

Entretanto, é extremamente provável que o entendimento exposto acima possa vir a ser sobrepujado, principalmente quando surgir, de fato, uma IA Forte, a exemplo da IA contida no filme o Homem Bicentenário (no original, *Bicentennial Man*), no qual o protagonista que é um artefato robótico com IA possui auto percepção de si mesmo, autonomia, sensibilidade, sentimento e tantas outras características humanas, de modo que a humanidade, ao final do filme, foi compelida a reconhecer os mesmos direitos conferidos aos seres humanos para a IA. Essa situação representada e contada no filme pode muito bem acontecer daqui a algumas décadas ou mesmo centenas de anos.

REFERÊNCIAS

A 5ª REVOLUÇÃO Industrial já começou? BLOG TD SYNnex, 2022. Disponível em: <https://digital.br.synnex.com/a-5-revolucao-industrial-ja-comecou>. Acesso em: 11 fev. 2024.

ABART, Sílvia Díaz. **Robots y responsabilidad civil**. Madrid: Reus, 2018.

ARAGÃO, Diego Zanetti. **A Personalidade Jurídica**. Jusbrasil, Salvador, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-personalidade-juridica/668360098#:~:text=O%20conceito%20geral%20da%20personalidade,de%20obriga%C3%A7%C3%B5es%2C%20com%20seus%20s%C3%B3cios>. Acesso em: 12 fev. 2024.

BARROSO, Gabriela de Menezes; SANT'ANNA, Marília Mendonça Moraes. Inteligência artificial (IA) e a ausência de personalidade jurídica. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 8, n. 4, p. 24426-24442, apr. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/46155>. Acesso em: 14 jan. 2024.

CAVALCANTI, Flávia; CANEN, Doris. Inteligência Artificial e Direito Tributário. Capítulo 17. In: LEITE, Luiza; HOLANDA, Rodrigo; FEIGELSON, Bruno. **Tax 4.0: Tributação na Realidade Exponencial**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/capitulo-17-inteligencia-artificial-e-direito-tributario-parte-iii-tributacao-de-robos-e-inteligencia-artificial-tax-40-tributacao-na-realidade-exponencial/1394845343#a-274791336>. Acesso em: 22 mar. 2024.

COSTA, Ana Alice Alcantra. **As donas do poder: mulheres e política na Bahia**. Salvador: NEIM/UFBA, 1998.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Inteligência Artificial como sujeito de direito: construção e teorização crítica sobre personalidade e subjetivação. **Revista de Bioética y Derecho**, v. 52, p. 237-252, 2021. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31503>. Acesso em: 12 fev. 2024.

FERREIRA, Rafael Medeiros Antunes. Breve Estudo da Personalidade Jurídica. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, CE, v. 1, n. 78, 2015. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/breve-estudo-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 15 jan. 2024.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. **Os direitos da personalidade da pessoa jurídica de direito público**. 2010. 232 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24082012-120042/publico/Versao_Integral_Tese_de_Doutorado_Henrique_Geaquinto_Herkenhoff.pdf. Acesso em: 12 fev. 2024.

MOREIRA, Sonia. **IA e Robótica: a caminho da personalidade jurídica?** In: OLIVEIRA, A. S. P.; JERÓNIMO, P. (eds.). *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*. [S.l.]: UMinho Editora, 2022. v. 2, p. 537-550. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.26>. Disponível: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/82209>. Acesso em: 15 jan. 2024.

NALIN, Paulo; NOGAROLI, R. Cirurgias assistidas por robôs e análise diagnóstica com inteligência artificial: novos desafios sobre os princípios contratuais e o equacionamento da responsabilidade civil médica. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. (coord.). **Direito civil e tecnologia**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NALIN, P; NOGAROLI, R. Diagnóstico para Covid-19 com inteligência artificial: novos desafios sobre princípios contratuais e responsabilidade civil médica em tempos de pandemia. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 43, p. 256-272, jan./abr. 2021, p. 265. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-15.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2024.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na inteligência artificial. **Revista Pensar**, Fortaleza, CE, v. 25, n. 3, p. 1-14, set. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10178>. Acesso em: 12 fev. 2024.

NILSSON, Nils J. **The quest for artificial intelligence**: a history of Ideas and achievements. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 707 p. Disponível em: <https://ai.stanford.edu/~nilsson/QAI/qai.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial**: referencias básicos com comentários à Resolução CNJ 332/2020. Brasília, DF: Ed. do Autor, DR: IA, 2020. 55 p. (Coleção inteligência artificial e jurisdição; v. 2). Disponível em: <https://livros.unb.br/index.php/portal/catalog/book/200>. Acesso em: 15 jan. 2024.

POR que líderes de negócios precisam entender algoritmos? Ilumeo, 2019. Disponível em: <https://ilumeo.com.br/2019/12/09/2019-12-9-por-que-lideres-de-negocios-precisam-entender-algoritmos/>. Acesso em: 11 fev. 2024.

PORTUGAL, Heloisa Helena de Almeida. **E-persons: Robôs inteligentes dotados de personalidade?** Magis – Portal Jurídico, [S.l.], 28 maio 2022. Coluna, Nós e Ela (A Inteligência Artificial). Disponível em: <https://magis.agej.com.br/e-persons-robos-inteligentes-dotados-de-personalidade/>. Acesso em: 12 fev. 2024.

RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Rev. direito GV**, v. 15, n. 3, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201926>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/FxBkjb5DN4tvyCbgGzJ9ZR/>. Acesso em: 15 jan. 2024.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 1. ed. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SEARLE, John R. Mentes, Cérebros e Programas. Tradução de Cléa Regina de Oliveira Ribeiro. In: TEIXEIRA, J.F. **Cérebros, Máquinas e Consciência**: Uma introdução à Filosofia da Mente, São Carlos: Editora da UFSCar, 1996, p. 61-93. Disponível em: <https://opessoa.fflch.usp.br/sites/opessoa.fflch.usp.br/files/Searle-Port-2.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2024.

TEUBNER, Gunther. **Digital personhood? The status of autonomous software agents in private law**. Tradução de Jacob Watson. [S.l.]: Ancilla Iuris, 2018.

VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Andriei. Inteligência Artificial: conceitos fundamentais. *In*: VAINZOF, Rony; GUTIERREZ, Andriei. Inteligência Artificial (IA). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/inteligencia-artificial-ia/1394839564>. Acesso em: 15 fev. 2024.

WHAT is Machine Learning? Hewlett Packard Enterprise, [S.l.], c2022. Disponível em: <https://www.hpe.com/br/pt/what-is/machine-learning.html?jumpid=ps>. Acesso em: 11 out. 2022.

**REGIME DE CONCESSÃO VERSUS REGIME DE PARTILHA
DA PRODUÇÃO DO PRÉ-SAL: UMA COMPARAÇÃO SOB A
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

***CONCESSION CONTRACT VERSUS PRODUCTION SHARING
CONTRACT OF PRE-SALT: A COMPARISON UNDER ECONOMIC
ANALYSIS OF LAW***

Recebido: 11/10/2023

Aceito: 06/06/2024

Emerson Ademir Borges de Oliveira
Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos
pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Doutor e Mestre em Direito Constitucional
pela Universidade de São Paulo
Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e
Doutorado da Universidade de Marília
Advogado
Parecerista

Lucas André de Castro de Carvalho
Mestrando em Direito pela Universidade de Marília
Advogado

RESUMO: O presente trabalho busca realizar uma comparação entre os dois tipos legais de regimes de exploração e produção de petróleo e gás natural vigentes no Brasil, com escopo na região do Polígono do Pré-Sal, cuja localização fica situada no litoral sudeste e sul do país, com uma dimensão de aproximadamente 149 mil quilômetros quadrados. O petróleo encontrado nessa região, hidrocarboneto de cor escura e textura viscosa, é classificado como de ótima qualidade e sua

descoberta é tida por muitos como um dos maiores acontecimentos no século XXI no âmbito do mercado energético mundial. Os regimes que detêm vigor jurídico no Brasil são o de Concessão e Partilha da Produção. Contudo, atualmente, apenas o segundo é utilizado para normatizar as dinâmicas exploratórias e de produção no Polígono, o que não impede inúmeros debates de ordem política, econômica e jurídica sobre qual seria mais adequado e eficaz para atender as demandas envolvendo o mercado petrolífero. Diante destas calorosas discussões, este breve ensaio buscará tecer um ponto de vista técnico sobre a situação, utilizando como instrumento comparativo a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). A metodologia aplicada foi a dedutiva a partir de pesquisa bibliográfica como notícias, sites de órgãos oficiais, artigos científicos nacionais e estrangeiros, relatórios governamentais, leis e doutrinas. Primeiramente esse trabalho cuidará de introduzir cautelosamente o assunto, estabelecendo alguns conceitos periféricos importantes para a boa fluência dos seguintes tópicos. Em seguida será realizada uma análise histórica do petróleo no Brasil, com enfoque sobre os direitos de propriedade, instituto importante para o instrumento comparativo ora mencionado. Posteriormente, cada regime será apresentado de maneira objetiva, demonstrando os elementos mais relevantes para o recorte metodológico sobre o debate de qual seria o melhor para regulamentar a exploração e produção de petróleo no pré-sal. Os pontos positivos e negativos de ambos serão tecidos. Salienta-se, por fim, que as conclusões extraídas da pesquisa não visam – e sequer buscam – esgotar e solucionar a problemática postulada, senão contribuir de maneira objetiva para que ela se desenvolva da melhor forma possível para a sociedade brasileira como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Pré-sal. Regime de Concessão. Regime de Partilha. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT: The presente work aims to carry out a comparison between the two legal types of oil and natural gas exploration and production contracts currently in force in Brazil, focusing on the Pre-Salt Polygon region, which is located off the southeast and South coasts of the country, covering an area of approximately 149 thousand square kilometers. The oil found in this region, a dark-colored and viscous hydrocarbon, is classified as of excellent quality, and its discovery is considered by many as one of the greatest events in the 21st century

within the world energy market. The methodology Applied was deductive, based on bibliographic research such as News, official websites, national and foreign scientific articles, government reports, laws, and doctrines. Firstly, this world will carefully introduce the subject, establishing some important peripheral concepts for the smooth flow of the following topics. Then, a historical analysis of oil in Brazil will be conducted, with a focus on property rights, a key aspect for the comparative analytical tool mentioned earlier. Subsequently, each regime will be objectively presented, demonstrating the most relevant elements for the methodological approach to the debate on which would be the best for regulating oil exploration and production in the Pre-salt region. The positive and negative points of both will be discussed. Finally, it is emphasized that the conclusions drawn from the research do not aim – and indeed do not seek – to exhaustively solve the problem posed but rather to contribute objectively to its best possible development for Brazilian society as a whole.

KEYWORDS: Pre-Salt. Concession Contract. Production Sharing Contract. Law and Economics.

INTRODUÇÃO

É de importância primordial desvincular, em sede propedêutica, este trabalho de qualquer espécie de posicionamento político, haja vista existir inúmeros elementos políticos, que se estendem desde a década de 1990 até os dias de hoje, que permeiam as discussões sobre a melhor maneira legal de explorar e produzir petróleo e gás natural no Brasil.

A nona Emenda Constitucional de 1995, somada à Lei do Petróleo de 1997, elegeu o regime de concessão como o mais adequado para regular as atividades envolvendo insumos minerais no país, sobretudo o petróleo. À época, o Brasil passava por um intenso processo de desestatização e descentralização do poder estatal, dilatando a Administração Pública Indireta e a criação de Agências Reguladoras.

Em verdade, a Constituição de 1988 seguiu premissas dirigentes, no sentido de enxugar o Estado e fazê-lo se adaptar à corrente política socioeconômica liberal que era exigida pelo contexto do momento, justamente o contrário do que convicções de muitos renomados doutrinadores brasileiros¹.

A corrente política foi paulatinamente mudando, e anos após a virada do século, o Brasil começou a ter um Estado mais protagonista no mercado econômico. Quando o pré-sal foi efetivamente descoberto, em meados de 2007, a mudança legislativa do Regime de Concessões para o Regime de Partilha da Produção virou bandeira para as eleições que se aproximavam, o que, decerto, comprometeu análises mais técnicas e aprofundadas.

Após a Lei do Pré-Sal, de dezembro de 2010, a Petrobras, Sociedade de Economia Mista (SEM) brasileira, era obrigada a ser operadora em quaisquer atividades de exploração e produção (E&P) que pudessem ocorrer nos blocos de pré-sal. Após a mudança da Presidência, em 2016, a Lei nº 13.365 foi aprovada, trocando “obrigação” pela faculdade da petroleira nacional em participar.

1 GRAU, Eros Roberto. A ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Capítulo 5. p. 173-193.

Com tantas alterações significativas motivadas essencialmente por razões políticas, a temática tornou-se extremamente sensível, pois provocando reações tanto de alas mais à esquerda quanto à direita do espectro ideológico.

Em que pese todo esse arcabouço de posições antagônicas apresentado, este ensaio buscará fazer a análise mais ilibada possível, com fins de se respeitar a produção científica. É natural que a introdução do presente não pudesse destoar da linha de raciocínio exposta, visto que por mais que haja se pretende evitar qualquer viés político, o posicionamento postulado na conclusão é objetivo e pode desagradar eventuais leitores enviesados.

1. O PRÉ-SAL

1.1 O que é pré-sal?

Evidente que o ponto de partida deste ensaio será a definição de “pré-sal visto que toda a base normativa e a subsequente análise jurídico-econômica dependerão sobre um objeto bem delimitado.

O pré-sal é o nome designado aos reservatórios que contém hidrocarbonetos complexos, seja em forma gasosa ou líquida, presentes em rochas porosas abaixo de uma grossa camada compacta de sal rochoso². Especificamente no Brasil, o termo se refere a uma região litorânea nacional, que se estende do Estado de Santa Catarina até o Espírito Santo, e ocupa uma área de aproximadamente 149 mil quilômetros quadrados³.

Os reservatórios estão a pelo menos sete mil metros abaixo do nível do mar, soterrados por camadas de sedimentos rochosos e água salgada. As rochas porosas que contém petróleo e gás natural (P&G) são conhecidas como folhelhos e calcários, formados no período cretáceo.

2 RICCOMINI, Claudio; SANT'ANNA, Lucy Gomes; TASSINARI, Colombo Celso Gaeta. Pré-sal: geologia e exploração. REVISTA USP, São Paulo, n. 95, p. 33-42, set./out./nov. 2012.

3 Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA). O Pré-sal. Disponível em: <https://www.presalpetroleo.gov.br/contratos-de-partilha-e-producao/o-pre-sal/#:~:text=Localizado%20em%20uma%20área%20de,gás%20natural%20dos%20últimos%20anos>. Acesso em: 29 jul. 2023.

O Polígono do Pré-Sal, assim como é conhecida a referida região, contém um petróleo de altíssima qualidade para fins comerciais, uma vez que é considerado como sendo um “óleo leve” de acordo com a escala API⁴.

A escala API (*American Petroleum Institute Gravity*) é uma unidade de medida utilizada para verificar a qualidade da amostra de petróleo sob análise⁵. Trata-se de medida inversamente proporcional, ou seja, quanto maior o seu grau, menor é a densidade da amostra com relação à água, portanto mais fácil de manipulá-la e refiná-la do ponto de vista mecânico e econômico.

Sendo o petróleo o insumo energético de maior protagonismo na matriz mundial (aproximadamente 29,5%), seguido pelo carvão mineral (26,8%) e gás natural (23,7%)⁶, o pré-sal passou a deter uma importância sem precedentes para gerir as demandas sociais do mundo todo. Atualmente, o Brasil se tornou um dos principais expoentes no mercado energético mundial, contando com grandes jazidas de dois dos três maiores insumos da matriz.

Crê-se que as noções até agora expostas sejam suficientes para o seguimento deste trabalho, embora definitivamente não esgotem a temática no que diz respeito às características intrínsecas do pré-sal. Como fora mencionado, o objetivo nuclear é analisar elementos legais e econômicos dos principais sistemas adotados em solo pátrio e contribuir com um ponto de vista sobre baseados nos instrumentos oferecidos pela Análise Econômica do Direito (AED). Isto implica dizer que quaisquer extensões maiores no campo da definição prejudicariam a finalidade central.

4 Petrobras. Resultados Comprovam Viabilidade Técnicas e Econômicas do Pré-Sal. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/resultados-comprovam-viabilidade-tecnicas-e-economicas-do-pre-sal.htm>. Acesso em: 28 jul. de 2023.

5 Petrobras. Glossário. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/servicos-ao-investidor/glossario/>. Acesso em: 28 jul. de 2023.

6 EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Matriz Energética e Elétrica. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/abcedenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 28 jul. de 2023.

1.2 A evolução das concepções jurídicas acerca dos direitos de propriedade sobre P&G no Brasil

Assim como a subseção acima, esta será demasiadamente simplificada. A história do pré-sal não servirá apenas para ilustrar eventos marcantes ao longo do tempo a nível de curiosidade, mas permitirão introduzir concomitantemente noções legais acerca da normatização da exploração, captura e comercialização do P&G nacional.

Durante o período colonial até o início da República em 1891, vigorou o chamado Sistema Regaliano ou Dominal ⁷, no Brasil, que servia para determinar as relações jurídicas de propriedade envolvendo os minerais presentes no subsolo por todo território sob posse portuguesa/brasileira.

O Sistema Regaliano, no início regulado pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas, tem origens feudais, em que o senhor era dono de toda a propriedade e frutos dela adjacentes, e o vassalo, por sua vez, poderia usufruir da terra e de proteção conquanto trabalhasse nas plantações do proprietário.

Em outras palavras, contextualizando, os minerais encontrados no subsolo eram de propriedade da Coroa Portuguesa a priori, por mais que a superfície (ou solo) pertencesse a outra pessoa, um particular.

Inclusive, há de se comentar sobre a diferenciação entre “solo” e “subsolo”. A dicotomia terminológica é extremamente importante, pois esses elementos foram implicitamente, objeto de debates na Assembleia Republicana, de 1891. O primeiro remete à superfície, ao chão, base sobre a qual se edificam construções das mais variadas. Aquele que detém a propriedade de um pedaço de terra tem o direito de gozá-la como bem entender, salvo exceções legais. O segundo termo faz menção ao subterrâneo àquilo que se encontra metros abaixo da superfície, onde os minerais de importância econômica costumam ser encontrados.

Consequentemente, dentro da lógica do predito sistema de exploração mineral, a Coroa – e posteriormente o Imperador – poderia ceder direito de pro-

⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Saiba como evoluiu a legislação brasileira sobre petróleo. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/122348-saiba-como-evoluiu-a-legislacao-brasileira-sobre-petroleo/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

priedade de todos os minerais do subsolo na circunscrição territorial que dizia respeito ao Estado conforme bem entendesse. Afinal, era uma prerrogativa sua exclusivamente.

A título de exemplo do exposto, em 1864, mediante Decreto nº 3.352 – A, o Imperador D. Pedro II concedeu a Thomaz Denuy Sargent o direito facultativo de extrair turfa, petróleo e outros minerais das Comarcas do Camamú e Ilhéus, na província da Bahia. Oito anos depois, também por decreto, o Império concedeu a Luiz Mateus Maylakki direitos de extração de carvão e petróleo na Província de São Paulo, especificamente nas Comarcas de Sorocaba, Itapetininga e Itu. Em São Paulo, de igual maneira, o Império concedeu direito de exploração de recursos minerais do morro de Bofete, Tatuí, a Tito Lívio Martins⁸.

Em 1891 o Brasil experienciou a primeira Constituição republicana de sua história. À época, a Magna Carta seguiu as influências da ideologia liberal estadunidense, motivo pelo qual o proprietário do solo passou a ser dono do respectivo subsolo, e, por consequência lógica, teria direito de se aproveitar da potencialidade econômica referente aos minérios que nele ficavam contidos. O artigo 72, § 17, dispunha que:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.⁹

8 PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A. Marcos Históricos. Disponível em: <https://www.presalpetroleo.gov.br/eng/marcos-historicos/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

9 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

A legislação brasileira invertera a lógica, dando início ao brevíssimo Sistema Fundiário ou de Acesso. Apenas limitações supervenientes embasadas em lei poderiam condicionar o usufruto dos minerais presentes em subsolo de eventual proprietário, afora questões de utilidade e/ou necessidade pública que ensejariam em desapropriação conquanto houvesse indenização prévia.

As mitigações à plenitude do direito de propriedade sobre o subsolo e seus minérios não demoraram para ocorrer. O Código Civil de 1916, a Lei de Calógeras e a primeira Lei de Minas, fazendo jus ao texto constitucional passaram a delimitar melhor essa plenitude de usufruto, abrindo cada vez mais margens interpretativas para expansão de condicionamentos na medida em que o interesse público exigisse.

Dado o evento, da Primeira Grande Guerra, o petróleo, dentre todos os minerais, começou a ganhar notoriedade por conta de suas propriedades. O óleo passou a ser visto como um bem estratégico para a segurança e crescimento econômico dos Estados, uma vez que o hidrocarboneto era responsável por mover muitos dos veículos utilizados nos conflitos, bem como para a produção de plásticos e derivados.

Com a mudança de perspectiva supracitada, não demorou muito para que o Sistema Regaliano voltasse gradativamente. Do fim da República Velha, emergiu a Constituição de 1934, resgatando a titularidade dos direitos de propriedade sobre os insumos de subsolo em benefício do Estado brasileiro. Essa dinâmica conversara bem com as diretrizes provenientes da Constituição Mexicana de 1917, utilizada de base para a antiga Magna Carta.

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei¹⁰

10 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

A lógica por trás da distribuição de direitos de propriedade sobre os minerais fora invertida novamente, pelo menos parcialmente. O particular que fosse dono de um pedaço de terra poderia aproveitar os rendimentos dos minérios contidos na circunscrição de sua propriedade conquanto o governo concedesse autorização para tanto.

Para corroborar e dar mais sustentação à disposição supra veio o Decreto nº 24.642/1934, o 1º Código de Minas do Brasil, que trouxe a definição de jazida e mina, com onze classificações no artigo 2º, sendo uma delas “petróleo e gases naturais”¹¹.

Três anos depois viria a Constituição alcunhada de “A Polaca”, fruto d’um golpe de Estado efetivado por Getúlio Dornelles Vargas. A nova Carta consolidou a volta do Sistema Regaliano e terminou de inverter a distribuição dos direitos de propriedade sobre os insumos subterrâneos. O monopólio foi restituído, proibindo a participação dos potenciais proprietários nos lucros e conservando apenas o direito de preferência sobre parte deles.

O contexto geopolítico pós Primeira Guerra começou a ser protagonizado pelo petróleo e seus derivados, como fora dito, e o carvão mineral foi perdendo sua influência dentro da matriz energética mundial. Não demorou muito para que o Brasil, sob o seu regime monopolista, passasse a procurar por jazidas do óleo com potencial econômico. Ainda, sob o recém institucionalizado regime estatal de manipulação dos minerais, em 1939, foi descoberta a primeira acumulação de petróleo comercial no Brasil, em um bairro, cujo nome é Lobato, de Salvador/BA.

Outro decreto de extrema importância para o cenário de tratativa do petróleo foi o Decreto Lei nº 395/1938, que impôs regulamentação sobre a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, bem como a indústria de refinação de petróleo importado no Brasil.

Por meio da Lei nº 2004/1953, cria-se a Petrobras, solidificando instrumentalmente o monopólio do Brasil sobre atividades de pesquisa e lavra, refina-

11 BRASIL. Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934. Aprova o regulamento do Código de Águas. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24642.htm. Acesso em: 29 jul. de 2023.

ção, transporte marítimo e dutoviário de petróleo *in natura* e derivados. O mesmo diploma atribuiu funções ao CNP (Conselho Nacional do Petróleo), órgão autônomo diretamente subordinado ao Presidente da República (à época, Getúlio Vargas), especificando suas funções de gestão, orientação e fiscalização das atividades exercidas pela Petrobras.

A Constituição seguinte, a de 1967/1969, absorveu as diretrizes passadas com relação aos direitos de propriedade sobre o petróleo e o gás natural no Brasil. A agenda nacionalista que imperava na época, somada ao contexto político e econômico do Ocidente, permitiu ao governo brasileiro dar continuidade à fixação de um programa E&P exclusivamente para a Petrobras e suas consorciadas. Ademais, a questão da participação nos lucros provenientes da lavra de petróleo em prol dos particulares retornou.

1.3 A exploração offshore e a descoberta do Pré-Sal

As questões de desenvolvimento histórico, político e legal faziam menção à E&P de potenciais jazidas de petróleo *onshore*, ou seja, em terra. Pode-se intuir isso pelo fato de que as distribuições dos direitos de propriedade giravam em torno da dicotomia entre propriedade sobre o solo e propriedade sobre o subsolo, como foi há pouco mencionado.

Durante a década de 1970 o mundo já estava completamente dependente do petróleo e de seus derivados para produzir, por exemplo, combustíveis, polímeros à base de etileno, propileno e butadieno, cosméticos, asfalto, lubrificantes etc. Menciona-se a quantidade exemplificativa de produtos feitos a partir do óleo pois, na predita década, o mundo foi marcado pela “Crise do Petróleo”.

A OPAEP – Organização dos Países Árabes Exportadores de Petróleo, responsável pela maior parte da produção e exportação de petróleo no mundo, declarou embargo econômico aos países do Ocidente que apoiaram Israel durante a Guerra de Yom Kippur. Somando-se a necessidade da economia mundial com os embargos do óleo árabe os preços dos barris escalonaram rapidamente.

Diante do contexto geopolítico e econômico, a Petrobras investiu fortemente em tecnologias que viabilizassem explorações *offshore* (no mar), umavez que já havia indícios de existência de reservas mais promissoras na costa do que em terra firme. Enaltece-se que a quantidade e a qualidade do petróleo brasileiro, em terra firme, nunca foram muito atrativas para fins comerciais, motivos pelos quais a exploração *offshore* se mostrou economicamente mais interessante.

Em 1977, na Bacia de Campos no litoral do Estado do Rio de Janeiro, a Petrobras descobriu uma quantidade pequena de petróleo no pós-sal, todavia foi o suficiente para direcionar pesquisas e investimentos intensos no mapeamento geológico do litoral brasileiro como um todo¹².

Em 1988 emerge no sistema jurídico mediante poder constituinte originário a Constituição da República Federativa do Brasil, que até hoje vigora apesar de mais de uma centena de emendas e adaptações interpretativas. Vale dizer que ambos os regimes (Concessão e Partilha da Produção) são frutos das contínuas e incansáveis adaptações constitucionais.

Décadas mais tarde, na virada do século para ser mais preciso, com a ajuda da tecnologia Sísmica 4D¹³, encontrou-se fortes evidências da existência de grandes jazidas de P&G na camada de pré-sal do sudeste do país.

Em 2006, no Campo de Tupi na Bacia de Santos, a Petrobras enfim conseguiu provar de maneira empírica a tese de que todo o investimento em tecnologia e estudos teriam valido a pena: havia petróleo em quantidades comercializáveis no pré-sal¹⁴.

Em 2009, no mesmo prospecto, a Petrobras conseguiu de fato extrair o hidrocarboneto líquido, fazendo com que a produção *offshore* superasse a produ-

12 PETROBRAS. Nossas primeiras descobertas em campos marítimos foram realizadas na década de 70. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/nossas-primeiras-descobertas-em-campos-maritimos-foram-realizadas-na-decada-de-70.htm>. Acesso em: 29 jul. de 2023.

13 Risso, Valmir Francisco; Schiozer, Denis José. Utilização de sísmica 4D e de mapas de saturação no ajuste de histórico de reservatórios petrolíferos. Revista Brasileira de Geociências, v. 38, n. 1, p. 172-187, março de 2008.

14 LE PRIoux, B. A DESCOBERTA DAS JAZIDAS DO PRÊ-SAL: UM DESAFIO PARA O FUTURO DA ENERGIA NO BRASIL. Revista Intellector - ISSN 1807-1260 - [CENEGRI], [S. L.], v. 8, n. 15, p. 01-33, 2018. Disponível em: <http://revistaintellector.cenegri.org.br/index.php/intellector/article/view/234>. Acesso em: 30 jul. 2023.

ção pós-sal em 2018, com um volume recuperável de 5 a 8 bilhões de barris de petróleo de qualidade ímpar.

Ilustrando o fato acima, até 1984 o pós-sal contava com 3.940 poços produtores, recuperando aproximadamente 500.000 barris por dia. O pré-sal, em 2022, com 152 poços produtores, recupera 2,2 milhões de barris por dia¹⁵.

2. OS REGIMES LEGAIS DE E&P DOS BLOCOS DE PRÉ-SAL

2.1 O Regime de Concessão

Durante a década de 1990, como fora postulado na introdução, o Brasil passou por um intenso processo de desestatização, ou seja, viabilizou a desoneração do Estado de incumbências custosas, e tratou de paulatinamente fragmentar a atividade da Administração Pública em órgãos descentralizados como autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. A preocupação, neste contexto, era fazer com que a iniciativa privada reocupasse as lacunas referentes ao fornecimento de produtos e serviços, mesmo em setores estratégicos.

Nesta toada adveio a Emenda Constitucional nº 9 de 1995, e, posteriormente, a chamada Lei do Petróleo, ou Lei nº 9.748 de 1997. Os dois diplomas estabeleceram diretrizes fundamentais para a regulação de parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada, para fins de E&P do P&G nacional.

Faz-se importante dizer que o sistema de tratativa de direitos de propriedade sobre os recursos do subsolo continuou conferindo titularidade de proprietário ao Estado sobre quaisquer bens minerais, e, justamente por isso, cabia à União o direito de conceder o direito de E&P às empresas privadas e/ou estatais estrangeiras. Em outras palavras, no que dizia respeito ao petróleo e gás natural, tanto operações *onshore* quanto as modestas jazidas *offshore* recém-descobertas estariam sob o Regime de Concessão.

15 PETROBRAS. Pré-sal. Disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/explo-racao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>. Acesso em: 29 jul. de 2023.

Seguindo a lógica da desestatização, de acordo com a Lei nº 9.748/97, a União é representada pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), autarquia em regime especial de competência federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia. É a ANP quem assina em nome do Estado brasileiro os contratos de concessão, cujo objeto é a atividade E&P de jazidas de óleo e gás natural, com empresa ou consórcio.

A fase de exploração, dita a norma, compreende as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, determinando-se a viabilidade econômica concomitantemente. A fase de produção, por sua vez, inclui desde a extração do óleo até as atividades de desenvolvimento (refino) do insumo, importando em sua efetiva conversão em capital.

Em primeira instância, realiza-se licitação de um bloco, ou parte dele, para os interessados. Estes, para obterem sucesso no processo licitatório, devem atender a aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP em edital específico.

Após o procedimento supra, a concessionária vencedora passará a explorar a região licitada, realizando pesquisas geológicas e outras para averiguar a possibilidade de existência de petróleo no local. Caso ele encontre jazidas de seu interesse, ele submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção. Caso contrário, se for extinto o prazo de exploração preestabelecido, o contrato será, também, extinto.

A ANP, para a primeira situação do parágrafo acima, tem até 180 dias para aprovar o plano e caso permaneça silente quanto ao pedido, este será considerado tacitamente aprovado. Portanto, superados os óbices da fase exploratória, a concessionária começará a fase de produção, começando pela extração do óleo.

Neste regime, o concessionário, seja ele uma única empresa privada ou um consórcio, deve assumir integralmente os riscos intrínsecos à exploração e produção na área. Isto importa dizer que aquele que contratar com o Estado, além de pagar participações governamentais (doravante esmiuçadas) para realizar as atividades E&P, deve arcar com as tributações próprias mesmo correndo o risco de sequer lograr êxito em extrair o petróleo. Entretanto, todos os encargos compensam ao passo em que ele se beneficiará de 100% do óleo adquirido.

As participações governamentais são classificadas em bônus de assinatura, royalties, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção de área, de acordo com o artigo 45 da Lei das Concessões. O primeiro deles é uma quantia paga ao governo pelo contratado, ou seja, uma espécie de taxa inicial para que a concessionária arque antes de assinar o contrato junto a ANP. É justamente o bônus de assinatura que é o objeto central da licitação: quem oferecer o maior bônus, tende a ganhar a licitação, conquanto se atinja o valor mínimo expresso no edital – apesar de outros requisitos possam ser importantes, dependendo do tipo de concessão.

Os royalties são pagamentos periódicos realizados ao Estado pelos concessionários que realizam atividade de E&P nas áreas concedidas. Para ser mais preciso, eles são pagos mensalmente, em reais, do início da produção comercial. Via de regra os royalties começam na ordem de 10%, mas a depender de riscos geológicos, expectativa de produção e outros fatores que interfiram no grau de confiabilidade e aproveitamento do campo, pode haver alteração até o mínimo de 5%. Não obstante a porcentagem pode variar conforme critérios estabelecidos pelo chefe do Executivo.

A participação especial é um valor adicional que as empresas concessionárias devem pagar ao Estado quando a produção de determinado campo é considerada extraordinária, excedendo muito a expectativa estipuladas pelas pesquisas na fase de exploração.

Por fim, a última participação é autoexplicativa, afinal o pagamento pela ocupação ou retenção da área é a taxa referente a utilização do território nacional para realizar suas atividades.

O regime de concessões se mostrou extremamente satisfatório pois não oferecia ônus ao Estado brasileiro em um primeiro momento. Parcela da produção ia para o governo sob a forma de royalties, sem falar nas taxações referentes à própria atividade das concessionárias em território nacional. Os riscos inerentes à atividade econômica ficavam integralmente para as petroleiras que ganhavam as licitações.

2.2 O Regime de Partilha da Produção

Ocorre que, após a já mencionada descoberta do pré-sal, a taxa de risco caiu consideravelmente. Com a descoberta do Campo de Tupi, na Bacia de Santos, a Petrobras conseguiu provar o que os inúmeros estudos geológicos apontavam: havia petróleo de altíssima qualidade e em grandes quantidades no Polígono. Ademais, a Petrobras se tornou pioneira das tecnologias de exploração e extração segura de petróleo e gás natural em águas profundas e ultraprofundas.

Dado o fato acima, o governo resolveu apoiar uma mudança legal de regime de E&P, sob a justificativa de que os ganhos advindos da manipulação, refino e venda do petróleo seriam superiores aos antigos bônus de assinatura e royalties. Surge então a Lei nº 12.351/2010, chamada de Lei do Pré-Sal, responsável por regulamentar de uma forma completamente diferente toda a dinâmica de E&P do óleo no país.

Áreas situadas no Polígono do pré-sal, assim como outras consideradas estratégicas do ponto de vista econômico, ficam sob tutela do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), órgão colegiado cuja função é de assessoramento e é vinculado ao Ministério de Minas e Energia. O CNPE tem a prerrogativa de decidir se irá realizar ou não licitações, chamadas de rodadas de partilha. Caso prefira não licitar, irá contratar diretamente a Petrobras, sob justificativa de proteger os interesses nacionais e cumprir com objetivos programáticos da política energética vigente.

Caso o CNPE opte pelas rodadas de partilha, as empresas ou consórcios interessados irão apresentar suas ofertas de acordo com o edital de licitação. Contudo, o objeto central não será mais o bônus de partilha e sim o “percentual em óleo”. A maior diferença entre ambos os regimes reside justamente na questão de percentual em óleo, que nada mais é que parte da produção de petróleo será transferida para o governo. Aquele que oferecer maior percentual de excedente para a União ganhará a licitação.

O processo licitatório deve ocorrer conquanto a Petrobras exerça, antes, o seu direito de preferência (alteração dada pela Lei nº 13.365/16) em atuar como operadora de E&P. Para ser mais específico, a Petrobras irá exercer este direito

escolhendo as áreas do bloco em que deseja realizar suas operações, em até 30 dias a partir da comunicação pelo CNPE, e a sua participação no consórcio com outra(s) operadora(s) não poderá ser inferior a 30%.

Importante esmiuçar duas possibilidades dentro da via em que a Petrobras efetivamente usufrua do direito de preferência. A primeira é aquela em que o vencedor da licitação ofereceu o mínimo percentual de excedente em óleo para a União. Neste caso, a Petrobras deve integrar o consórcio. A segunda possibilidade é aquela em que o arrematante ofereceu mais que o mínimo previsto no edital, situação em que a Petrobras terá 30 minutos para decidir se quer integrar o consórcio com o vencedor.

Caso a Petrobras opte pelo não usufruto do direito de preferência, a empresa que arrematou o bloco indicará a operadora.

Surge aqui, nesse regime, a figura de um órgão extremamente importante: a Pré-Sal Petróleo S.A (PPSA). A PPSA é uma empresa pública vinculada à Administração Pública indireta. Ela representa a União nos consórcios, exercendo função de coordenação junto às empresas, fiscalização das operações administrativas e exploratórias junto à ANP, e, principalmente, cuidando da gestão comercial do percentual de óleo obtido durante os processos de produção.

Por fim, além da partilha do excedente em óleo para o Estado, as receitas governamentais são compostas por bônus de assinatura e royalties na ordem de 15% do valor da produção.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DOS REGIMES

Todo o embasamento instrumental utilizado partirá dos profundos apontamentos e ensinamentos extraídos da obra da obra “Direito & Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações”¹⁶, pois trata-se de um dos principais expoentes literários na introdução da escola acadêmica do *Law and Economics* no Brasil.

16 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Organizadores). Direito & Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações. 6ª tiragem. São Paulo: Editora Elsevier, 2005. Capítulos 1, 2, 3, 4, 5 e 8.

Salienta-se, antes de tudo, que a AES pode ser enxergada como uma ferramenta pragmática, que diagnostica (diagnose) e prevê (prognose) que este ou aquele comportamento foi, ou tende a ser praticado ou evitado em função de diretrizes jurídico-econômicas. Tem-se, então, uma estrutura analítica que observa a realidade a partir dos impactos simultâneos gerados entre o Direito e a Economia.

Feitas as proposições basilares acima, começa-se fazendo nota, em primeira instância, quanto à mudança abrupta de um regime para o outro em 2010. Este fato trouxe consigo arguições plausíveis tanto para aqueles que apoiavam a reforma, quanto para aqueles que contra ela resistiam.

Os apoiadores alegavam, principalmente, que a descoberta do pré-sal, somada às extrações do óleo em grandes quantidades, confirmava a veracidade dos estudos realizados durante décadas pela petroleira brasileira e, portanto, faria sentido que o protagonismo da atividade lucrativa com ela ficasse.

Dado o exposto, um dos pilares que sustentava e justificava o Regime de Concessões se foi: o risco advindo da exploração.

Antes da reforma, as petroleiras que optavam por participar das licitações concorriam para se aventurar em águas marítimas brasileiras, incumbindo-se de todas as responsabilidades advenientes do risco do exercício exploratório. Em outras palavras, as extratoras pagavam mesmo se a região adquirida não contivesse uma gota sequer do óleo. Cabia ao Estado brasileiro tão somente a percepção dos benefícios financeiros, sustentadas pelo trabalho das licitantes.

Logicamente que, sob o prisma estritamente financeiro, não existe regime melhor do que o de Concessões, pois ele representa um ativo econômico estratégico de demasiada importância sob um custo mínimo, que é o da fiscalização.

Tomando-se a ampliação do recorte puramente financeiro, é verdade, também, que não se pode ignorar o fato das crescentes pesquisas geológicas, muito assertivas, realizadas pela Petrobras. Os dados geológicos podem ser lidos como recursos informacionais, ou seja, conforme eles aumentavam em quantidade e qualidade, os custos de informação, pelos quais as operadoras deveriam gastar para obter, diminuía. O produto de tal dinâmica é que, mesmo no Regime de Concessões, as extratoras gastariam relativamente cada vez menos, e perceberiam uma diminuição significativa dos riscos da atividade.

Todavia, dificilmente a situação envolvendo o aumento da precisão e quantidade dos dados, por si, faria com que fosse imprescindível uma mudança de regimes, pelo menos até as primeiras provas empíricas do pré-sal surgirem.

Pode dizer inequivocadamente que, pós o pré-sal, as operadoras de fora passaram a ser vistas pelo Estado brasileiro vigente como “caronistas” ou “*free riders*”, ou seja, aqueles que se apoderam de algum benefício econômico de qualquer natureza sem que, contudo, contribua proporcionalmente, direta ou indiretamente, para obtê-lo.

O contexto do sistema econômico fazia com que fosse, para o governo brasileiro, interessante sustentar o posicionamento que colocava as petroleiras estrangeiras como *free riders*. Entre os períodos de 2009 a 2011, o preço do barril de petróleo estava inflacionando¹⁷ (US\$ 61,74 a US\$ 111,63), fazendo com que a manipulação direta do Estado sobre o minério passasse a ser cada vez mais atrativa.

A ascensão de preço fez com que o governo fomentasse políticas e propagandas enaltecendo a soberania nacional sobre o óleo. Alegou-se que seria um desperdício oferecer reservas com custos de informação praticamente zerados para que companhias estrangeiras capitalizassem o minério em favor de si, em caso de serem operadoras privadas, ou de outros governos, em caso de estatais.

Há de se acrescentar que mesmo no Regime de Concessões, quando as pesquisas não estavam ainda tão avançadas, as petroleiras estrangeiras preferiam arcar com custos de transação altos de E&P, porque o prêmio da obtenção do óleo cru era 100% do que fosse retirado, fazendo com que a capitalização do minério refinado fosse maior.

Naturalmente que, dentro do cenário comercial internacional, o poder de barganha é retido nas mãos daqueles que detém o recurso mais valioso, mais escasso, do ponto de vista da economia. As companhias que aproveitassem todo o óleo cru retirado das águas nacionais o venderiam para alguma refinaria sob um preço que custeasse o trabalho e gerasse lucro – isso se não fosse o caso de as próprias companhias realizarem o refino do mineral.

17 INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCOMBUSTÍVEIS (IBP). Observatório do Setor. Evolução dos preços internacionais do petróleo e projeções para 2025. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/observatorio-do-setor/snapshots/evolucao-dos-precos-internacionais-do-petroleo-e-projecoes-para-2025/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

Em que pese a dinâmica acima sobre a barganha no contexto do mercado internacional, faz-se importante explicitar que a queda nos custos de transação não precisaria, necessariamente, implicar em uma mudança completa no Regime de Concessões, afinal a própria queda de riscos poderia ser utilizada como instrumento de barganha para alavancar as participações governamentais, principalmente mediante majoração da alíquota dos royalties.

Não obstante, a reforma foi criticada também por conta da majoração dos custos de governança, que aumentariam na proporção em que os aparatos estatais ficassem mais ativos, complexos e se estendessem para atender as demandas da mudança dos regimes. Exemplificando a dinâmica, têm-se a confecção de normas, de instituições auxiliares, criação e manutenção firmas, sem falar no aumento da insegurança jurídica.

Para mais, a troca abrupta fez com que as atividades de E&P parassem, obrigando todas as operadoras interessadas a cessarem seus respectivos trabalhos, até a mudança estar findada. Levou-se em conta, para fins de tempo de estagnação, não apenas a confecção e aprovação da lei, mas a criação de normas adjacentes, criação e composição de órgãos estatais e paraestatais etc.

Os contrários a reforma se viram, imediatamente após o início do cotejo do Regime de Partilha da Produção como modelo viável, guarnecidos de certa razão em seus óbices, pois haveria o consequente corte de receitas para a União, para o mercado brasileiro que circundava a atividade petroleira e, obviamente, por fim, à população.

Mesmo com a resistência, o Regime de Partilha da Produção foi aprovado por meio da referida Lei do Pré-Sal, criando-se, então, a empresa pública PPSA, que participaria ativamente nos Comitês Operacionais encabeçados pelas estrangeiras.

Sobre a PPSA, em um primeiro instante, faz-se imperioso fazer uma dupla análise sob o ponto de vista da transparência. O controle dos aparatos públicos tende a ser mais eficaz na medida em que o grau de transparência ostentado por eles for maior, vez que a fiscalização tende a ser mais precisa, e as metas com as quais eles se comprometem são executadas e atingidas sem muitos desvios.

Por um lado, a PPSA se tornou mais uma engrenagem dentro da máquina pública, fazendo com que o nível de complexidade e burocracia do meio petrolífero aumentasse nacional, e, conseqüentemente, limitou a transparência.

Não obstante, a inclusão de um novo órgão não seria imprescindível, dado que em modelos de partilha da produção diferentes existe uma condensação de funções em um único aparato. A título de exemplo, cita-se o modelo angolano, em que a Sonangol exerce atividade de operadora e participa dos Comitês Operacionais, ou seja, exerce os papéis da Petrobras e PPSA concomitantemente.

O aumento da burocracia encarece o processo produtivo, diminuindo o aproveitamento integral da atividade comercial. Isto faz com que, indiretamente, haja uma redução potencial na atratividade pela E&P no pré-sal, no caso do Brasil, pelas operadoras.

Por outro lado, ainda falando sobre a transparência nas transações, a PPSA se configura como peça-chave nos Comitês Operacionais, determinando diretrizes a serem seguidas, tendo acesso a documentos referentes à exploração e produção etc. São por esses motivos, também, que o mapeamento geológico aumenta a sua precisão, pois a PPSA constantemente internaliza dossiês exploratórios.

Afastando-se do recorte sobre a transparência, não se pode ignorar, também, os riscos próprios daquele que se envolve com o sistema mercadológico. A PPSA, enquanto pessoa jurídica responsável pela comercialização do petróleo e derivados, tem de lidar constantemente com flutuações de preço, jogos de interesse dentro do quadro mercadológico internacional, instabilidade da rede de capital etc. Esses fatores fazem com que seja afastada a estabilidade proveniente da simples cobrança das operadoras que realizam E&P em território nacional.

Entretanto, conforme a reforma foi sendo implementada, reaquecendo a economia do mercado petrolífero nacional em função da volta das atividades, a PPSA mostrou-se, do ponto de vista estritamente financeiro, extremamente rentável, pois os ganhos obtidos a partir da E&P sob o modelo brasileiro de Regime de Participação da Produção foram sem precedentes. Exemplificando, até meados de 2020, o custo de governança e manutenção anual da PPSA equivalia a um terço

de um único poço do pré-sal, implicando em dizer que, até o momento, o sistema se retroalimenta¹⁸.

CONCLUSÕES

Ao que tudo indica, é verdade que o Regime de Concessões poderia ter sido manejado e atualizado, para compensar a diminuição dos custos informacionais e do risco atribuído à atividade E&P nas camadas do pré-sal. Cediço que este regime estava cumprindo com o seu papel, e garantia, para o Estado, receitas importantes, as quais acompanhavam um risco virtual praticamente zerado – não se levando em conta os riscos ambientais de uma falha na execução, obviamente.

Todavia, após a mudança para o Regime de Partilha da Produção, a situação foi se estabilizando, e os poços voltaram a gerar lucro maior do que antes. É fato que esse aumento de produção não pode ser atribuído única e exclusivamente ao regime, mas sim também a descoberta e acesso do P&G contidos no pré-sal.

Ao contrário do que muitos defendem, a volta ao Regime de Concessões para regulamentar de forma diversa a E&P no Polígono fará com que todos os problemas técnicos elencados durante o processo de reforma, que inclusive arazoaram aqueles que eram contra a mudança, voltem em maior ou menor grau. Custos de governança, sobretudo aqueles envolvidos tanto na reorganização legal, quanto do aparato material para fazer a legislação valer, retornariam. O desmembramento da PPSA, se fosse o caso, poderia até cortar os custos de manutenção dela, entretanto, as contrapartes seriam, por exemplo, o desemprego e a perda da influência genuinamente brasileira no mercado.

Em que pese as explicações acerca do parágrafo acima, a contrarreforma em prol das concessões como modelo adequado traria de volta o que talvez seja uma das variáveis mais perigosas para a AED: a insegurança jurídica.

A insegurança jurídica aumenta na medida em que as decisões mudam. Por ser um fenômeno ontologicamente subjetivo, não se pode mensurá-lo diretamente senão apenas medir os seus efeitos indiretos, mas é natural que a insegu-

18 FGV Energia. Contratos de Produção no Setor de Petróleo e Gás. YouTube, 08 de julho de 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=R_69cwPLkEM. Acesso em 1 ago. 2023.

rança em uma organização cresça na proporção em que toda uma instituição muda drasticamente a depender da troca de governo.

Ademais, insegurança jurídica, que se fez presente na reforma em 2010, certamente será menor do que a que pode vir com uma contrarreforma, estipulada por defensores do antigo regime. O corte momentâneo de receitas na janela de troca de um para o outro provavelmente virá a ser o menor dos problemas.

Explana-se, ainda sobre a variável da insegurança jurídica, porém de forma essencialmente indicativa, que uma contrarreforma poderia gerar efeitos ramificados em duas vias, principalmente. O primeiro e mais intuitivo é o afastamento das operadoras, causando uma diminuição da participação delas nos processos licitatórios e obrigando a ANP a reduzir a participação governamental. O segundo efeito, poder-se-ia dizer, é o da Teoria da Captura. As operadoras se organizariam em prol de aumentar os gastos com lobismo e outros artifícios de influência política e financeira, tanto externamente quanto internamente, ao passo em que o prêmio ou necessidade pelo petróleo brasileiro as compensasse o suficiente.

Obviamente que as ramificações acima são indicativas, pois residem na suposição de uma contrarreforma, e necessitariam de estudos mais aprofundados.

É certo e natural, que haja resistência, por parte das operadoras estrangeiras, no que tange ao regime atual. Afinal, mesmo que a partilha da produção seja, do ponto de vista financeiro, o mais benéfico possível para as eventuais vencedoras de licitação, as petroleiras terão de dividir espaço com um representante do Estado hospedeiro em seus Comitês Operacionais, bem como prestar informações com maior frequência e lidar com a fiscalização da agência reguladora (ANP, no caso). Sempre será preferível atuar em um regime com menos responsabilidades.

Apesar do Regime vigente no Polígono ser preterido em relação ao outro pelas operadoras estrangeiras, as licitações e perfurações continuam, o que significa que ainda é rentável para as companhias licitantes competirem para ter a chance de conseguir o petróleo de altíssima qualidade contido no litoral brasileiro. Enaltece-se que o Regime de Partilha da Produção é interessante para nações que detenham jazidas de altíssima qualidade, pois confere ao Estado maior poder de barganha com relação ao mercado, após a extração.

Trazendo o elemento dos direitos de propriedade mais uma vez, para finalizar, o Sistema Regaliano resguarda maior compatibilidade com o Regime de Partilha da Produção, haja vista o governo, o dono original, reter parte do bem consigo. É coerente e esperado, dentro do sistema capitalista e democrático em que nos encontramos, que o detentor dos direitos de propriedade dos bens – no caso, dos minérios – retenha-os, aproveite-os e capitalize-os ao máximo em seu favor, logicamente.

Contudo isso não implica em dizer que o Regime de Concessão não possa ser aplicado em qualquer outra jazida descoberta, conquanto que esteja fora do Polígono do Pré-Sal, porque restou claro que ela, além de estável e estratégica, pode ser maleada por meio do percentual em royalties, adequando-a ao contexto.

Por fim, o petróleo, sendo um bem não renovável, tenderá a ter o seu preço inflacionado cada vez mais, e aquele que detiver o produto em si, por mais que seja *in natura*, poderá se posicionar de maneira privilegiada ante às possíveis crises energéticas.

A construção analítica proporcionada pelo instrumento *Law and Economics*, apesar de breve, conferiu a este simples ensaio, ao menos, imparcialidade no que tange ao regime exploratório e produtivo adotado para o pré-sal. Ao final, o que realmente importa, é compreender e indicar qual regime oferece maiores benefícios, e retorno financeiro, para o Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRANNSTEN, Erick. **Production Sharing Contracts and Concessions in the Brazilian Subsalt Region: A Comparative Analysis**. University of Oslo, Faculty of Law. Janeiro 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Saiba como evoluiu a legislação brasileira sobre petróleo**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/122348-saiba-como-evoluiu-a-legislacao-brasileira-sobre-petroleo/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Matriz Energética e Elétrica**. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 28 jul. 2023.

FGV Energia. **Contratos de Produção no Setor de Petróleo e Gás**. YouTube, 08 de julho de 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=R_69c-wPLkEM. Acesso em: 1 ago. 2023.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: Peca-do ou Virtude; Uma Incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 28, p. 201-222, 2012.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Law And Economics: Possibilidade Interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Di-reito. **JURIS - Revista da Faculdade de Direito**, v. 11, p. 201-222, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCMBUSTÍVEIS (IBP). **Observatório do Setor. Evolução dos preços internacionais do petróleo e projeções para 2025**. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/observatorio-do-setor/snapshots/evolucao-dos-precos-internacionais-do-petroleo-e-projecoes-para-2025/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

JADHAV, P. B.; KSHIRSAGAR, L. K. Evaluating Performance of Production Sharing Contract and Concessionary System: An Overview and Assessment Based on Examples from Selected Countries. **Journal of Offshore Structure and Technology**, v. 2, n. 1, ISSN 2349-8956, [online]. Disponível em: <www.stmjournals.com>.

LE PRIOUX, B. A descoberta das jazidas do pré-sal: um desafio para o futuro da energia no Brasil. **Revista Intellector**, v. 8, n. 15, p. 1-33, 2018.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Concessão ou Partilha, qual é o melhor regime para o pré-sal?** Consultor Legislativo da Área XII - Recursos Minerais, Hídricos e Energéticos.

PETROBRAS. **Glossário**. Disponível em: <https://www.investidorpetrobras.com.br/servicos-ao-investidor/glossario/>. Acesso em: 28 jul. 2023.

PETROBRAS. **Pré-sal**. Disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

PETROBRAS. **Resultados Comprovam Viabilidade Técnicas e Econômicas do Pré-Sal**. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/resultados-comprovam-viabilidade-tecnicas-e-economicas-do-pre-sal.htm>. Acesso em: 28 jul. 2023.

PETROBRAS. **Nossas primeiras descobertas em campos marítimos foram realizadas na década de 70.** Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/nossas-primeiras-descobertas-em-campos-maritimos-foram-realizadas-na-decada-de-70.htm>. Acesso em: 29 jul. 2023.

PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A. (PPSA). **O Pré-sal.** Disponível em: <https://www.presalpetroleo.gov.br/contratos-de-partilha-e-producao/o-pre-sal/#:~:text=Localizado%20em%20uma%20área%20de,gás%20natural%20dos%20últimos%20anos>. Acesso em: 29 jul. 2023.

PRÉ-SAL PETRÓLEO S.A. **Marcos Históricos.** Disponível em: <https://www.presalpetroleo.gov.br/eng/marcos-historicos/>. Acesso em: 29 jul. 2023.

RICCOMINI, Claudio; SANT'ANNA, Lucy Gomes; TASSINARI, Colombo Celso Gaeta. Pré-sal: geologia e exploração. **Revista USP**, São Paulo, n. 95, p. 33-42, set./out./nov. 2012.

RISSO, Valmir Francisco; SCHIOZER, Denis José. Utilização de sísmica 4D e de mapas de saturação no ajuste de histórico de reservatórios petrolíferos. **Revista Brasileira de Geociências**, v. 38, n. 1, p. 172-187, março de 2008.

SAIDU, Sani. A Comparative Analysis of Production Sharing Contracts of Selected Developing Countries: Nigeria, Indonesia, Malaysia and Equatorial Guinea. **Journal of Finance and Accounting**, v. 2, n. 2, p. 34-40, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 233–298. Parte III.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 10, p. 1-16, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Organizadores). **Direito & Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações**. 6ª tiragem. São Paulo: Elsevier, 2005. Capítulos 1, 2, 3, 4, 5 e 8.

**INCONSTITUCIONALIDADES E ABSTRATIVIZAÇÃO DO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO
PRESENTES NA LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO: ESTUDO
DOS PRECEPTIVOS DA LEI REGULAMENTADORA DO
MANDADO DE INJUNÇÃO QUE TROUXERAM NOVAS
POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE
DA OMISSÃO RECONHECIDAMENTE INCONSTITUCIONAL**

***UNCONSTITUTIONALITIES AND ABSTRACTIVIZATION OF DIFFUSE
CONSTITUTIONALITY CONTROL PRESENT IN THE INJUNCTION
WRIT LAW: STUDY OF LAW'S PRECEPTS REGULATING THE
INJUNCTION WRIT THAT BROUGHT NEW POSSIBILITIES FOR
JUDICIAL ACTION IN CONTROLLING THE ADMITTEDLY
UNCONSTITUTIONAL OMISSION***

Recebido: 05/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Fabício Ponte de Araújo

Mestrando em Direito Constitucional
pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR
Juiz Federal

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Pós-Doutor em Direito
pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main
Professor Titular da Universidade de Fortaleza – UNIFOR
Procurador do Município de Fortaleza

RESUMO: O presente trabalho visa a analisar o artigo 9º, §1º e §2º, especialmente, quando conjugado com o artigo 8, II, ambos da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, a qual regulamentou o Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, a partir da atuação propositiva pelo Judiciário, por meio da qual se formulam regras vinculante, gerais e abstratas, de maneira semelhante ao Poder Legislativo. A partir disso, busca-se perquirir a constitucionalidade do efeito *erga omnes* ou *ultra partes* previsto legalmente e dos poderes conferidos ao relator para expandir os efeitos da coisa julgada aos casos análogos. Utiliza-se metodologia bibliográfica, qualitativa e exploratória, buscar-se-á demonstrar a necessidade de autocontenção judicial na abstrativização dos efeitos do Mandado de Injunção.

Palavras-chave: Omissão inconstitucional - Mandado de Injunção - Poder Judiciário - Efeito *erga omnes* - Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze article 9, §1 and §2, especially when combined with article 8, II, both of Law No. 13,300, of June 23, 2016, which regulated the Writ of Injunction, provided for in article 5, LXXI, of the Federal Constitution, based on the propositional action of the Judiciary, through which binding, general and abstract rules are formulated, in a similar way to the Legislative Power. From this, we seek to investigate the constitutionality of the legally foreseen erga omnes or ultra parte effect and the powers granted to the rapporteur to expand the effects of res judicata to similar cases. A bibliographic, qualitative and exploratory methodology is used, seeking to demonstrate the need for judicial self-restraint in abstracting the effects of the Writ of Injunction.*

KEYWORDS: *Unconstitutional omission - Judicial Power - Erga omnes effect - Constitutionality control.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a perquirir o instituto do Mandado de Injunção (MI), especificamente, contextualizado no âmbito da interferência do Poder Judiciário no âmbito de atribuições dos demais Poderes.

Em primeiro plano, nota-se que se evidencia como um instituto que se notabiliza por possibilitar a substituição da vontade do legislador pela do juiz, uma vez que apresenta, como escopo, à luz do artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, o suprimimento judicial de uma lacuna que esteja inviabilizando o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Almejando regulamentar o Mandado Injunção, surgiu a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, por meio da qual se detalhou, de forma pormenorizada, o procedimento da ação em análise, tanto no âmbito individual como coletivo.

Basicamente, no artigo 8º da mencionada lei, estabeleceram-se os seguintes efeitos possíveis da decisão judicial de procedência do Mandado de Injunção: determinação de prazo para suprimimento da mora legislativa, fixação das condições em que o interessado poderá promover ação própria para exercer os direitos caso o suprimimento da mora ocorra no prazo estipulado e, por fim, o estabelecimento das condições em que se usufruirá o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados.

Portanto, depreende-se a possibilidade de suprimimento judicial da lacuna legislativa, promovendo concretamente o exercício do direito, que pode ser pleiteado, inclusive, coletivamente. Assim, confere-se margem para enunciação de uma decisão, substitutiva de ato legislativo, detendo efeitos que irradiam sobre um número abrangente de pessoas, à luz do que ocorre na tutela de direitos coletivos, conforme artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Sucedee que, além da possibilidade da tutela de interesses coletivos, a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, inovou ao ofertar maior poder ao órgão julgador do Mandado de Injunção, com a redação do artigo 9º, §1º e §2º. No *caput*, há a previsão inicial de que a decisão gozará de eficácia subjetiva às partes envolvidas na demanda. Por sua vez, no mencionado §1º, aduz-se que poderá ser atribuída eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando se demonstrar inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. O §2º em tela finaliza ao dispor que, transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

Logo, percebe-se que referidas previsões legais dispuseram imenso poder ao órgão julgador, uma vez que, sem distinguir a natureza coletiva ou individual do Mandado de Injunção, permitem ao Judiciário suprir a lacuna legislativa para o caso concreto e também para toda a sociedade, que não teve oportunidade de influência feito. Dessa forma, constatam-se alargamento da abrangência dos efeitos da coisa julgada e possibilidade de decisão que legifere determinada matéria omissa.

Tal decisão, com natureza *erga omnes* e com conteúdo puramente normativo, portanto, apresenta os mesmos graus de generalidade e de abstração de uma lei.

A previsão de extensão dos efeitos para os casos análogos pelo relator do processo revela-se igualmente inovadora ao possibilitar que uma decisão com conteúdo normativo, ocupando a posição de uma norma infralegal, com eficácia *erga omnes*, vincule os demais órgãos do Judiciário em outros processos em que se discutam situações semelhantes.

Desse modo, cabe investigar a ampla disponibilização de poder ao órgão julgador nos casos envolvendo Mandado de Injunção e a respectiva compatibilidade com a independência e a harmonia entre os entes Poderes da

República Federativa do Brasil, objetivo que deve ser fomentado, à luz do que preceitua o artigo 2º da Constituição Federal.

Analisar-se-á também a questão, à luz da circunstância de que o sistema de precedentes brasileiro tem adotado, com maior enfoque, o paradigma normativo, por meio do qual se propõem juízes de Corte Superiores como “legisladores de toga”¹, que emitem na ordem uma norma imperativa a ser seguida de maneira cogente e sem desvios pelos demais juízes.

Primeiramente, antes de se analisar cada um de tais aspectos, de modo pormenorizado, revela-se imperioso trazer à baila tópicos sobre a intervenção judicial nos demais Poderes de modo amplo e sobre o instituto do Mandado de Injunção, a fim de que se possa tracejar a situação posta atualmente.

1. AÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS RELAÇÕES SOCIAIS E POLÍTICAS

O tema em tela relaciona-se intrinsecamente com o estudo da participação do Judiciário como protagonista das decisões políticas, matéria bastante debatida na história constitucional brasileira.

Vale notar, inclusive, que, no Brasil, no século XIX, no âmbito do Segundo Reinado, por exemplo, já se notava referida preocupação. O Poder Judiciário encontrava-se bastante atrelado ao poder imperial, apesar de formalmente se evidenciar como distinto. A magistratura revelava uma forma privilegiada de ingressar na carreira política, havendo um dever de manter-se concordante com as posições advindas das diretrizes imperiais. Logo, esse modo de divisão se manifestava na competência do Poder Judiciário, encontrando-se vedado o julgamento de qualquer questão envolvendo o poder político².

1 LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo. 3 ed. Salvador: Judpodivm, 2020, p. 258-265.

2 KOERNER, Andrei. O Judiciário e cidadania na constituição da República brasileira. São Paulo: Editora Hucitec, 1998, p. 34.

Modernamente, com a ascensão de uma magistratura profissional, dotada de autonomia institucional, tal premissa já não se demonstra verdadeira. De modo claro, a posição do Judiciário alterou-se política e socialmente.

A perspectiva de um mero órgão solucionador de conflitos individuais não se revela mais alinhada com as expectativas institucionais, convertendo-se em núcleo de poder gestor e propagador de diretrizes e de princípios perante a sociedade.

O papel criativo dos juízes, figurando-se como responsáveis pelo desenvolvimento do direito, robusteceu-se enormemente especialmente nas décadas posteriores à segunda guerra mundial tanto nos países adotantes da *civil law* como da *common law*³.

Partindo do pressuposto das lições de Antoine Garapon, Luiz Antônio Werneck Vianna traz a conclusão de que a judicialização da política e do social representa um indicador de que o Poder Judiciário teria se tornado um último refúgio de um ideal democrático desencantado⁴. Desse modo, a valorização da Justiça evidenciar-se-ia resposta à desqualificação da política e à desagregação dos ideais democráticos decorrentes da desagregação do estado de bem-estar social. Logo, deixando de demonstrar-se socialmente apenas como uma instituição negativa, punitiva e instituída, ocuparia papéis positivos, construtivos e instituintes, assumindo o lugar da política na falta desta.

Consequentemente, a judicialização de determinados temas desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação de representação popular. O espaço simbólico da democracia emigraria silenciosamente para a Justiça. O descrédito que afeta as instituições políticas

3 CAPPELLETTI, Mauro; DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Juízes irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 21.

4 VIANNA, Luiz Werneck; Maria Alice Rezende de Carvalho; Manuel Palácios Cunha Melo; Marcelo Baumann Burgos. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 25.

clássicas provocaria diretamente o aumento de poder e de prestígio do Judiciário⁵.

Tal expansão incontida do Judiciário revelaria um mal-estar, uma vez que poria em risco os fundamentos de liberdade e a democracia representativa ao transferir a criação de leis para uma elite praticante de uma justiça de salvação⁶.

O debate sobre eventuais limites das decisões judiciais em sede de Mandado de Injunção surge inserido nesse contexto, uma vez que tal instrumento constitui ferramenta supletiva da ausência de uma lei. Desse modo, pode ensejar o proferimento de uma decisão que ocupe, de modo pleno, ainda que temporariamente, a decisão política que deveria ter sido escolhida pelo órgão democraticamente representativo da sociedade.

Logo, o estudo do Mandado de Injunção relaciona-se diretamente com a tendência acima apontada de hipertrofia do Poder Judiciário, especialmente, em matéria atinente à política.

Por consequência, está inserida no bojo da discussão a respeito do esvaziamento especialmente do Poder Legislativo. Logo, a depender da postura a ser adotada, em relação ao instituto, podem-se agravar o desequilíbrio e a desarmonia entre os Poderes da República.

2. MANDADO DE INJUNÇÃO

O Mandado de Injunção insere-se no contexto da busca por instrumentos para sanar as omissões reconhecidamente inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

5 GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 47-49.

6 VIANNA, Luiz Werneck; Maria Alice Rezende de Carvalho; Manuel Palácios Cunha Melo; Marcelo Baumann Burgos. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 26-27.

O Mandado de Injunção teve seu primeiro momento quando do julgamento o MI 107-3-DF⁷. Em 23 de novembro de 1989, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em sede de mandado de injunção (DJU 21-09-1990, p. 9.782). O objeto do Mandado de Injunção nº 107-3-DF era a ausência de norma de execução do art. 42, § 9º, da Constituição Federal, que visava determinar o limite de idade, o tempo de serviço e outras disposições relativas à reforma dos militares. De acordo com a antiga norma, um oficial do exército seria reformado após nove anos no grau R/2⁸.

A injunção foi negada, mas, na decisão, o Supremo Tribunal Federal fixou seu entendimento sobre a natureza do Mandado de Injunção no sentido de que esta garantia objetiva informar ao órgão constitucionalmente omissor da verdadeira omissão legislativa constitucional, para que seja sanada com a elaboração do ato normativo faltante⁹.

Após marchas e contramarchas na orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, chegou-se àquela do Mandado de Injunção nº 708, em 25 de outubro de 2007. Nesta decisão, o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento de 1989, para estabelecer que se aplicará a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, até que seja editada a lei específica a que se

7 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Staat und Justiz in Brasilien*. Frankfurt a. M.: Peter Lang Verlag, 1999, p. 100.

8 A redação original do art. 49, § 2º previa que: “§ 2º Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 4º e 5º; e aos militares do Distrito Federal e dos Territórios, o disposto no art. 40, § 6º”. A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, deu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 42 da Constituição Federal: “§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. § 2º Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º”. Por fim, a Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003 entregou a responsabilidade legislativa sobre pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios à fixação em lei específica do respectivo ente estatal.

9 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência. MIQO. n. 07-7, Ementário n. 1523-01, p. 1-20, Diário da Justiça 11-11-1988, p. 29.304, Brasília 1988, p. 47.

reporta o art. 37, VII, da Constituição da República¹⁰. O caso tratava do direito de greve de servidores públicos do Município de João Pessoa. Dessa forma, o Supremo concedeu injunção para determinar a aplicação da lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos no exercício de seu direito de greve, até a superveniência de lei específica do art. 37, VII, da Constituição Federal¹¹.

Portanto, observa-se que a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, se origina deste debate jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal. A omissão inconstitucional constitui tanto o inadimplemento absoluto de um dever de legislar, caracterizada como a omissão total, como a execução falha, defeituosa ou incompleta do referido dever, configurada pela omissão parcial¹². A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, no artigo 2º, expressamente, previu ambas as hipóteses de omissões.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal ratificou aspectos de julgamentos anteriores. Desde o julgado do MI nº 107-3-DF, na Questão de Ordem, o Tribunal asseverou que a norma do art. 5, LXXI, da Constituição Federal, a qual prevê o mandado de injunção como garantia fundamental e individual, seria autoaplicável, não sendo necessária lei específica para sua utilização. Por se tratar de ação mandamental, o Supremo Tribunal Federal ainda entendeu que deveria ser aplicada a legislação do Mandado de Segurança ao novo instituto do Mandado de Injunção.

Dessa maneira, não surpreendeu o entendimento do Tribunal sobre a possibilidade de impetração coletiva de Mandado de Injunção, uma vez que a Constituição Federal prevê a possibilidade mandado de segurança coletivo, de

10 A Lei nº 7.783/1989 dispôs sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. O art. 37, VII da Constituição Federal prevê que: “VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

11 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/download/Peca.asp?id=15342702494&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1379.

acordo com o art. 5º, LXX. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal, em 1º de dezembro de 1990 decidiu conhecer do Mandado de Injunção nº 228, impetrado pela Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Sergipe¹³.

O reconhecimento da omissão inconstitucional ocorre basicamente pela utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e do Mandado de Injunção, remédio constitucional destinado à defesa de direito individual constitucionalmente definido e não efetivado. No Mandado de Injunção, busca-se de superar uma lacuna legislativa; na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão requer-se a solução de uma omissão executiva.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, analisada pelo Supremo Tribunal Federal, por revelar-se medida de controle de constitucionalidade abstrato, irradiando, portanto, efeitos *erga omnes* e vinculantes perante a Administração e demais órgãos do Poder Judiciário, à luz do artigo 102, §2º, da Constituição, apresenta rol exaustivo de legitimados para propositura, conforme artigo 103, uma vez que claramente se trata de medida que necessita de prudência institucional, por envolver julgamento constitucional acerca de escolhas políticas, a princípio, democraticamente realizadas.

O Mandado Injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição, visa a albergar situações individuais em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Portanto, objetiva conferir aplicabilidade à norma constitucional nas hipóteses de normas fundamentais que não sejam autoaplicáveis. Relaciona-se com o controle de constitucionalidade difuso das omissões inconstitucionais.

13 MEDEIROS, Humberto J. Realização Constitucional do Mandado de Injunção. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Mestrado em Direito e Estado da Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da Universidade de Brasília. Brasília: 1993, p. 280.

Quanto à origem do instituto em análise, aponta-se inspiração no recurso constitucional de defesa dos direitos fundamentais, proposto pelo cidadão perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, previsto no artigo 93, 4 a, da Lei Fundamental de Bonn¹⁴.

Trata-se de um remédio constitucional que pode ser impetrado por qualquer pessoa, não havendo, dessa maneira, rol exaustivo de legitimados. O artigo 3º da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, confere a possibilidade de pessoa jurídica ou natural ajuizar referida demanda. Por sua vez, quanto ao Mandado de Injunção coletivo, há um alargado rol de legitimados previstos no artigo 12 da mencionada lei. Portanto, configura-se salutar notar que, ao contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandado de Injunção se evidencia como instrumento amplamente acessível, no tange à legitimidade ativa.

A maior abertura do instituto do Mandado de Injunção ocorre justamente pelo fato de, na teleologia do texto constitucional, o instituto destinar-se ao controle difuso, incidental e *interpares* da omissão legislativa. Nessa circunstância, o Judiciário agiria, de maneira localizada, para suplantar a omissão no caso concreto. Ocorre que, conforme se verificará adiante, o artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, aproxima o Mandado de Injunção do controle abstrato de constitucionalidade, o que, acrescido do efeito concretista geral e do efeito vinculante do precedente, pode gerar forte instabilidade institucional entre os Poderes.

Quanto à competência para julgamento do Mandado de Injunção, a Constituição Federal estabelece respectivamente a competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal no artigo 102, I, “q”, e II, “a”. Por sua vez, o artigo 105, I, h, traz a competência originária do Superior Tribunal de

14 CUNHA JR., Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 129.

Justiça, e o artigo 121, §4º, fixa a competência para julgamento do Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral.

3. PRECEDENTES ADOTADOS NO BRASIL

Precedente constitui julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro que for posteriormente proferido. Desse modo, quando um órgão jurisdicional se basear em uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, aquela anteriormente prolatada será um precedente¹⁵. Logo, a decisão, para fins de caracterização como precedente, deve transcender o caso concreto, de maneira a ser utilizada como razão de decidir de outro julgamento.

Enquanto, no sistema da *common law*, as decisões judiciais só se tornam precedentes quando passam concretamente a fundamentar as razões de outros julgamentos, no Brasil, agregou-se mais uma técnica de formação de precedentes, por meio da qual a lei já prevê, de forma expressa e específica, quais são os julgamentos que se evidenciarão como precedentes¹⁶, conforme enuncia, por exemplo, o artigo 927 do Código de Processo Civil.

Logo, há a formação de precedentes de eficácia vinculante, julgados que já nascem com essa natureza, e de eficácia persuasiva, julgamentos que adquirem a natureza de precedentes quando utilizados para fundamentar outras decisões.

Quanto à atuação na atividade jurisdicional, o precedente pode ensejar um conteúdo mais aberto, com a razão de decidir promovendo diretrizes que devem ser observadas pelo magistrado em um juízo de analogia com as

15 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1389.

16 Ibid., p. 1404.

situações fáticas enfrentadas no paradigma¹⁷. O juiz extrai os valores jurídicos que embasaram o precedente para fins de aplicação no caso enfrentado. Trata-se do paradigma contextualista.

Por outro lado, há o paradigma normativo, por meio do qual se verifica o precedente como regra imperativa, proveniente dos Tribunais Superiores. Propõe-se o juiz como legislador em pequena escala, que estabelece, na ordem, uma norma cogente a ser seguida pelo julgador seguinte sem desvios¹⁸. Essa visão, herdada de uma compreensão positivista e formalista do precedente, assemelha este a uma norma regra, sem espaço para avaliação do conteúdo, coerência e integridade¹⁹.

Observa-se que a sistemática de aplicação de precedentes, no ordenamento brasileiro, se direciona ao paradigma normativo acima apontado. Exemplo nítido constitui a formulação de teses de julgamentos ou de súmulas. Constata-se latente feição normativa, com caráter de regra. Assim, formula-se uma proposição judicial, advinda de um órgão jurisdicional superior, que cria um comando para ser vinculativamente seguido pelos demais juízes.

A forma como se explicita a tese, no paradigma normativo, assemelha-se à formulação legislativa de regras, apresentando caráter geral e abstrato. Somando-se com o efeito vinculante perante os órgãos jurisdicionais inferiores, pode-se extrair uma nítida norma regra com caráter ampliativo e cogente proveniente do Poder Judiciário.

Por consequência, há debate doutrinário a respeito da possível inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927 do Código de

17 LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo. 3 ed. Salvador: Judpodivm, 2020. p. 266.

18 *Ibid.*, p. 258.

19 LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de um paradigma teórico. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, v. 18, n. 7, 2017, p. 149-172.

Processo Civil²⁰. Por denotarem hipóteses de proferimento de decisões vinculantes sem previsão constitucional, o legislador ordinário teria incorrido, em última análise, em usurpação de competência legislativa do Congresso Nacional, uma vez que se estaria possibilitando a criação de normas gerais e abstratas pelo Poder Judiciário, com aplicação cogente, especialmente, com a adesão ao paradigma normativo empregado no ordenamento brasileiro.

Tal discussão merece novas considerações, ante a redação trazida pelo artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, uma vez que, nessa análise, se acresce o aspecto de se formular uma decisão, com grau de abstração e de generalidade, sobre tema em que se reconheceu a omissão legislativa, ou seja, em matéria na qual, em tese, há maior vácuo de poder e de margem de escolha política a ser preenchido.

4. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 9º, §1º E §2º, DA LEI Nº 13.300, DE 23 DE JUNHO DE 2016

Inicialmente, quanto ao *caput*, não há discussão sobre a constitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, uma vez que prevê que a decisão, em sede de Mandado de Injunção, impetrado individual ou coletivamente, terá eficácia subjetiva às partes do processo.

Estabelece também que os efeitos se produzirão até o advento da norma regulamentadora, o que se revela bastante salutar, já que a decisão, no caso concreto, está substituindo a atividade legislativa faltante, a fim de tutelar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Logo, com o advento da supressão da lacuna pela autoridade, originária e constitucionalmente, legitimada,

20 NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil comentado. 16 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1836.

naturalmente, a relação fática social deverá guiar-se pela norma expedida de forma posterior.

No que tange ao artigo 9º, §1º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, aduz-se que poderá ser atribuída eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando tal grau de aplicabilidade se demonstrar inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Verifica-se que o legislador condicionou a atribuição da eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à determinada condição, representada pela demonstração de inerência ou de indispensabilidade do efeito ampliativo da decisão para o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa defendida no ajuizamento da demanda.

Observa-se que, se o direito pleiteado, concretamente, em sede de Mandado de Injunção, pode ser provido e satisfeito adequadamente apenas com efeitos *inter partes*, de fato, a via eleita é a legítima, uma vez que possibilita o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa sem afetar terceiro que não integrou a demanda. Assim, há concessão do direito na situação concreta até eventual posterior atividade regulamentadora, conforme analisado no *caput* do mencionado artigo.

Sucedendo que, se, para ocorrer o suprimento do objeto pedido pelo impetrante, necessitar de decisão que atinja terceiros não integrantes nem substituídos no processo, em especial, toda a sociedade, claramente, a via escorreita para o suprimento da omissão se evidencia pela discussão política na seara adequada, ou seja, por meio do debate parlamentar.

Logo, a utilização do Mandado de Injunção, nessa hipótese de inerência ou de indispensabilidade do efeito ampliativo do objeto da impetração, representa, na verdade, uma tentativa de fugir do debate parlamentar, criando

uma via paralela para o atingimento de determinados objetivos e transferindo para o Judiciário a decisão política.

Ademais, a mencionada demonstração de inerência ou de indispensabilidade se revela extremamente vaga e aberta, consoante se extrai do sentido de desses termos. Evidenciam-se cláusulas abertas. Na verdade, qualquer demanda, em sede de Mandado de Injunção, dependendo da interpretação do pedido, pode ter seus efeitos ampliativos reconhecidos. Confere-se ao intérprete enorme abertura para ampliar os efeitos de uma demanda *interpartes* para *erga omnes*.

Na realidade, trata-se de uma chancela infraconstitucional da abstrativização do controle difuso em sede de reconhecimento de omissão inconstitucional. Dessa conclusão decorrem uma série de consequências.

Além de haver extrema atribuição de poder ao órgão jurisdicional, desvirtua-se o sistema de controle de constitucionalidade. Ora, o Mandado de Injunção acabou tornando-se uma ferramenta muito mais poderosa que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, inclusive, para realizar o controle concentrado, o que, por si só, se revela um contrassenso pelas seguintes razões.

O constituinte, ao tratar da matéria de controle abstrato de constitucionalidade, evidenciou-se extremamente cauteloso, especificando que apenas um rol exaustivo de legitimados poderia ajuizar a respectiva ação direta, consoante artigo 103 da Constituição Federal.

Do mesmo modo cuidadoso, expressou, no artigo 103, §2º, que, em caso de omissão inconstitucional por parte do Legislativo, reconhecida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, apenas seria dada ciência ao Poder competente. Igualmente, em caso de omissão legislativa, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade, no artigo 12-H, prevê apenas ciência da omissão reconhecida ao Poder Legislativo. Portanto,

textualmente, não se disponibilizaram outros poderes para o Judiciário suplantar a omissão na seara do controle concentrado de constitucionalidade.

Por outro lado, por meio do artigo 9º, §1º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, o Mandado de Injunção, ajuizado por qualquer pessoa, pode atingir socialmente o mesmo número de pessoas de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mas apresentar efeitos legalmente reconhecidos mais profundos, uma vez que, diferentemente desta, em que o constituinte textualmente restringiu efeitos, determinando apenas a ciência do Legislativo, o artigo 8º, I, da mencionada lei possibilitou que o julgador expressamente estabeleça as condições materiais do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa reclamados.

Portanto, conjugando-se ambos preceptivos legais citados no parágrafo acima, o órgão julgador do Mandado de Injunção não se encontrará limitado a informar a omissão inconstitucional ao Legislativo. Poderá ir além. Será possibilitada a escolha política que deverá reger a sociedade até a posterior eventual existência de norma regulamentadora.

Revela-se interessante pontuar, inclusive, que o artigo 9º, §1º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, não limitou que tal efeito decorreria apenas das ações coletivas ajuizadas. Desse modo, em tese, qualquer Mandado de Injunção, mesmo que individual, desde que apresente o atributo da inerência ou da indispensabilidade do efeito ampliativo, poderá gozar da mesma abrangência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Desse modo, a feição trazida pela mencionada lei ao Mandado de Injunção conferiu poderes ao órgão julgador que não são constitucionalmente previstos sequer para o julgamento no controle de constitucionalidade abstrato por omissão.

Na verdade, representa o esvaziamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, uma vez que o interessado na declaração da

omissão com efeito *erga omnes* sequer precisa encontrar-se entre os legitimados para ajuizar medida tão gravosa, podendo utilizar o Mandado de Injunção e gozar, inclusive, de efeitos mais proveitosos.

Ademais, o efeito *erga omnes* ou *ultra partes*, previsto no artigo 9º, §1º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, principalmente, quando associado ao artigo 8º, I, da mencionada lei, o qual possibilitou que o julgador expressamente estabeleça as condições materiais do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa reclamados, acarreta um necessário efeito vinculante nos precedentes julgados.

Consoante se analisou acima, a competência para julgamento do Mandado de Injunção pertence a órgãos de cúpula do Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, responsável originário pela análise das impetrações relacionadas às omissões do Congresso Nacional, do Senado, da Câmara, das Mesas de uma das referidas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União ou de um dos Tribunais Superiores, conforme artigo 102, I, “q”, da Constituição Federal.

Logo, diante dessa ascendência do órgão jurisdicional prolator da decisão, conjugada com os efeitos *erga omnes* ou *inter partes* em tela, naturalmente, há uma exigência silenciosa de vinculação proveniente da decisão proferida em sede de Mandado de Injunção nessas circunstâncias.

Intensifica-se referido efeito vinculante do precedente quando se considera o paradigma normativo, utilizado e propagado na ordem jurídica nacional. Assim, incorre-se na seguinte situação. O órgão jurisdicional preenche a lacuna legislativa, adotando a política pública aparentemente adequada ao caso, por meio da decisão, a qual gozará de efeito *erga omnes*, inicialmente, não previsto, e vinculante, à semelhança de uma norma regra.

Tal contexto, possibilitado legalmente artigo 9º, §1º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, aparentemente, não se encontra compatibilizado com a

Constituição Federal, especialmente, por representar a subtração da competência do Poder Legislativo, que, em âmbito federal, é exercido unicamente pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara e pelo Senado, à luz do artigo 44 da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade revela-se latente também ao se vislumbrar o artigo 9º, §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, segundo o qual, transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

Nessa hipótese prevista, malgrado a redação do texto legal não se demonstrar tão clara, pode-se vislumbrar a possibilidade de o relator estender os efeitos da decisão aos casos análogos tanto, internamente, nos demais processos julgados pelo respectivo órgão jurisdicional, quanto, externamente, nos feitos analisados por outros juízes em posição hierárquica inferior.

Trata-se claramente do efeito vinculante, uma vez que, ao estender os efeitos, cria-se um dever de observância pelos demais órgãos judicantes, semelhantemente ao que ocorre no artigo 927 do Código de Processo Civil.

Ao se atribuir efeito vinculante a casos análogos, o artigo 9º, §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, subtrai a oportunidade de as partes dos processos dos referidos casos de influenciarem de verdade na decisão a ser proferida. Na realidade, esses terceiros, que litigam em demandas semelhantes, sofrerão os efeitos do trânsito em julgado de uma demanda individual ou coletiva da qual não participaram.

Ademais, trata-se de excessiva disponibilização de poder ao relator do Mandado de Injunção julgado, uma vez que este, com apenas uma decisão após o trânsito em julgado, poderá determinar a aplicação do precedente aos casos análogos, conforme prevê o referido dispositivo legal.

Dessa maneira, observa-se que, de fato, o artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, não se demonstra compatível com a

Constituição, uma vez que chancela subtração de competência do Poder Legislativo. Naturaliza e normatiza uma decisão supletiva de omissão reconhecidamente inconstitucional, dotando-a de caráter abstrato, geral e vinculante. Logo, põe a decisão no mesmo patamar de uma norma regra, atribuindo-lhe características semelhantes.

O fato de, a partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 670²¹, além de reconhecer a omissão inconstitucional, o STF ter mitigado a posição de autocontenção e começado a adotar postura de natureza concretista geral não convalida as inconstitucionalidades do artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

Semelhante transferência de poder decisório político viabilizar-se-ia somente com uma emenda constitucional, como ocorreu com o advento das súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A da Constituição Federal e trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Percebe-se também nítido déficit democrático na decisão vinculante, com efeitos *erga omnes*, prevista no artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

A fim de se testar democraticamente determinado instituto, deve-se questionar o grau de respeito aos três seguintes pilares da democracia²²: representatividade popular, tutela de direitos individuais e resguardo da igualdade.

Mesmo que se argumente que determinado instituto esteja protegendo direitos individuais e a igualdade, caso haja esvaziamento do pilar da representatividade popular, não ocorrerá respeito real à democracia.

O artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, representa referido esvaziamento, uma vez que subtrai do debate parlamentar, seara indispensável da democracia representativa, o poder de decidir sobre

21 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Distrito Federal, 31 de outubro de 2008.

22 LESSA, Renato. A teoria da democracia: balanço e perspectivas. In: PERISSINOTO, Renato Monseff (org.); FUKS, Mário (org.). Democracia: teoria e prática. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 33-51.

determinada matéria para toda a sociedade. Distorce a finalidade de importante instituto, como o Mandado de Injunção, que, precipuamente, se destina ao controle difuso da omissão inconstitucional e ao exercício concreto e episódico do direito de determinado cidadão ou de grupo de pessoas determinadas.

Do ponto de vista da dogmática constitucional, há ainda o que merece ser criticado. Há considerável lapso temporal que o tema das omissões constitucionais ocupa a reflexão intelectual jurídica no País. Um dos primeiros momentos foi a obra de Flávia Piovesan, em 1995, a enfrentar o tema. Em edição atualizada²³, a Autora estabelece as distinções entre as duas ações que se dirigem contra as omissões constitucionais executivas e legislativas, para deixar evidente seus conteúdos respectivos. Ressalta Piovesan:

No sentido de pontuar as diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conclui-se que, embora ambos instrumentos constituam mecanismos de controle da constitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é instrumento de tutela de direito subjetivo, que não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é instrumento de tutela de direito objetivo. No mandado de injunção objetiva-se tornar viável o exercício de um direito; na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, objetiva-se tornar efetiva uma norma constitucional. Assim, os efeitos da decisão quando do julgamento do mandado de injunção são *interpartes*, restritos ao caso concreto, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão os efeitos são *erga omnes*. Por fim, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca-se a efetividade de qualquer norma constitucional, seja de que matéria for, tendo em vista que, nos termos do art. 103, § 2.º, do texto, a ação direta se volta a tornar efetiva a norma constitucional, sem qualquer restrição. Já no mandado de injunção busca-se tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas atinentes à nacionalidade,

23 PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativa. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 195.

cidadania ou soberania. Vale dizer, o objeto do mandado de injunção tem um alcance mais reduzido, se comparado com o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Todavia, inobstante mais reduzido o objeto do mandado de injunção, expressa ele maior potencialidade de eficácia que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como se observa, há muito tempo, a doutrina faz distinções racionais, que se extraem diretamente do texto original da Constituição, que outra coisa não é senão o poder constituinte. A legislação infraconstitucional realiza uma confusão entre as duas ações constitucionais, que o poder constituinte, portanto, não fez.

CONCLUSÃO

Logo, ante todos os aspectos analisados acima, constata-se que há desvirtuamento do Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, promovido especialmente pelo artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

Além de evidente ofensa ao equilíbrio entre os Poderes, estabelecido no artigo 2º da Constituição, e usurpação da competência legislativa das Casas do Congresso Nacional, os preceitos legais em tela tornam o Mandado de Injunção uma ferramenta de controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo-lhe poder adicional, quando associado ao artigo 8º, I, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que sequer se encontra previsto constitucionalmente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ademais, evidencia efeito vinculante para uma decisão judicial abstrata, com efeito *erga omnes*, sem que haja a correspondente previsão constitucional em tal direção.

O sentido trazido pelas normas em análise agrava a marginalização dos órgãos de representação popular, uma vez que transfere o poder decisório ao Judiciário, possibilitando-se julgamento com amplo espaço decisório, por envolver questões não legislada. Assim, acentua-se o debate atual de interferência desproporcional do Judiciário nas relações políticas.

Dessa maneira, entende-se que, ante o objetivo de harmonia e de independência entre os Poderes da República, considerando a axiologia e a lógica inerente ao sistema de controle da constitucionalidade do ordenamento previsto na Constituição Federal, o artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, não se mostra consentâneo com esta.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Serviço de Jurisprudência**. MIQO. n. 07-7, Ementário n. 1523-01, pp. 1-20, Diário da Justiça 11-11-1988, p. 29.304, Brasília 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87282/false>. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708**. Brasília, DF: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342702494&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CUNHA JR., Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

KOERNER, Andrei. **O Judiciário e cidadania na constituição da República brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

LESSA, Renato. A teoria da democracia: balanço e perspectivas. *In*: PERISSINOTO, Renato Monseff (org.); FUKS, Mário (org.). **Democracia: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Staat und Justiz in Brasilien*. Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien: Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Kaiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik. Frankfurt a. M.: Peter Lang Verlag, 1999.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 3 ed. Salvador: Judpodivm, 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de um paradigma teórico. São Paulo: **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, 2017.

MEDEIROS. Humberto Jaques. **Realização Constitucional do Mandado de Injunção**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Mestrado em Direito e Estado da Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da Universidade de Brasília. Brasília: 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil comentado**. 16 ed. São Paulo: RT, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; Maria Alice Rezende de Carvalho; Manuel Palácios Cunha Melo; Marcelo Baumann Burgos. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

**O PORTAL *BUSINESS INTELLIGENCE* NA JUSTIÇA
FEDERAL DA 5ª REGIÃO: UM ESTUDO SOBRE
INOVAÇÃO E EFICIÊNCIA NA GESTÃO ADMINISTRATIVA**

***THE BUSINESS INTELLIGENCE PORTAL AT THE FEDERAL
COURT JUSTICE OF THE 5TH REGION: A STUDY ON INNOVATION
AND EFFICIENCY IN ADMINISTRATIVE MANAGEMENT***

Recebido: 13/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Gustavo de Melo Silva
Doutor pela UFAL
Professor Universitário
Diretor da Secretaria
Administrativa da Justiça
Federal em Alagoas

RESUMO: O presente artigo analisa um estudo teórico e empírico acerca da inovação e eficiência na Gestão Administrativa na Justiça Federal, realçando a 5ª Região, com a criação de painéis *Business Intelligence* como ferramentas auxiliares na administração, promovendo a tomada de decisões. A transição de processos administrativos do papel para o meio digital, através do Sistema Eletrônico de Informação - SEI, proporcionou celeridade e transparência, sobrepujando desafios antigos da gestão de documentos físicos. Contudo, a ausência de uma ferramenta integrada de gestão processual no SEI destacou a necessidade de soluções que ofereçam análises qualitativas e mecanismos organizacionais eficientes. Os painéis de BI desenvolvidos pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, como “Centros de Custos TRF5”, “Controle de Contrato”, “Execução Orçamentária 5ª Região”, “Governança das Aquisições – SGA” e “Justiça em Números – Recursos

Financeiros”, demonstram o pacto com a inovação, permitindo uma gestão de recursos de forma racional e transparente. Apesar dos avanços, desafios pertinentes à automação e à integração de tecnologias avançadas persistem, carecendo de atenção contínua para aprimorar a gestão administrativa, como a integração da inteligência artificial nos painéis disponíveis.

PALAVRAS-CHAVES: *Business Intelligence* –Tomada de Decisão – Gestão Administrativa – Inovação e Eficiência.

ABSTRACT: This article analyzes a theoretical and empirical study about innovation and efficiency in Administrative Management in the Federal Justice, highlighting the 5th Regional Federal Court, with the creation of *Business Intelligence* dashboards as auxiliary tools in administration, promoting decision-making. The transition of administrative processes from paper to digital, through the Electronic Information System, provided celerity and transparency, overcoming old challenges of physical document management. However, the lack of an integrated procedural management tool in Electronic Information System highlighted the need for solutions that offer qualitative analysis and efficient organizational mechanisms. The BI dashboards developed by the 5th Regional Federal Court, such as “Cost Centers TRF5”, “Contract Control”, “Budget Execution 5th Region”, “Governance of Acquisitions - SGA” and “Justice in Numbers - Financial Resources”, demonstrate the commitment to innovation, allowing resource management in a rational and transparent manner. Despite the advances, challenges related to automation and integration of advanced technologies persist, requiring continuous attention to improve administrative management, such as the integration of artificial intelligence into available dashboards.

KEYWORDS: *Business Intelligence* - Decision Making - Administrative Management - Innovation and Efficiency.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o setor público tem encarado grandes desafios relacionados à eficácia operacional, transparência e aptidão de resposta às ações da sociedade. Em especial, o sistema judiciário, uma coluna essencial para a sustentação da ordem e da justiça, tem sido o foco de duras críticas e demandas por reformulações que visam aperfeiçoar sua eficácia e acessibilidade. Neste passo, a Justiça Federal Brasileira tem procurado congregiar novidades tecnológicas como estratégia para superar esses desafios, sendo o Portal *Business Intelligence* uma das iniciativas mais significativas nessa direção.

O *Business Intelligence* (BI) surgiu na década de 1980, apresentado pelo Gartner Group, e deflagrou uma nova era na análise de dados e na tomada de decisão empresarial. Segundo Primak (2008), desde a década de 1990 até os dias atuais, assistimos a um progresso sem precedentes em diversos setores, com ênfase no setor de tecnologia da informação (TI) e o ambiente empresarial. Essa mutação foi estimulada, em grande parte, pela crescente disponibilidade de dados e pelo aumento das tecnologias de processamento e análise.

Antes da implementação de instrumentos de *Business Intelligence* (BI) no judiciário, o gerenciamento de dados estatísticos enfrentava desafios expressivos, impactando absolutamente a eficiência e a transparência do sistema. A coleta, análise e interpretação de dados eram realizadas de maneira manual ou por meio de sistemas isolados e sem integração, derivando em processos morosos e propensos a erros e inconsistências. Essa abordagem fragmentada embarçava a aquisição de uma visão panorâmica e atualizada do desempenho do judiciário, restringindo a capacidade de tomada de decisão baseada em dados concretos e seguros.

A ausência de padronização nos formatos de dados e nos procedimentos de coleta cooperava para a incongruência e a baixa qualidade das informações disponíveis. Além disso, a dificuldade em acessar e partilhar dados entre diferentes instâncias e setores criava nichos de informação, impedindo uma análise interligada que poderia levar a diagnósticos mais profundos sobre as operações administrativas e suas necessidades.

Essas dificuldades no gerenciamento seguro de dados estatísticos no judiciário não apenas procrastinavam a resposta às demandas, mas também comprometiam a capacidade de planejar e implementar avanços operacionais e estratégicas. A transparência, essencial para a confiança pública no sistema administrativo, era igualmente afetada, uma vez que a dificuldade em gerar relatórios seguros e compreensíveis limitava a difusão com a sociedade e com os órgãos de controle sobre o desempenho e os avanços do judiciário na seara administrativa. A admissão de ferramentas de BI prometia sobrepujar essas barreiras, oferecendo uma plataforma para a análise de dados robusta, integrada e eficiente, capaz de transformar o gerenciamento de informações no judiciário.

Business Intelligence é uma expressão moderna que se refere a um conjunto integrado de soluções de tecnologia da informação (plataformas, aplicações e processos) que tem como objetivo apoiar a tomada de decisão em todos os níveis de uma organização. A informação é o recurso essencial para obter vantagem competitiva no mercado (RUSCHEL; ROVER, 2009). O BI tem despontado como uma ferramenta valiosa em diversos setores, inclusive do setor público. No entanto, sua aplicação no setor público, e mais especificamente no sistema judiciário, apresenta um conjunto único de oportunidades e desafios.

O Portal BI na Justiça Federal é uma tentativa de endereçar essas questões, agenciando uma cultura de obtenção de dados que pode transformar a maneira como a justiça é governada, tornando-a mais hábil, transparente e acessível aos órgãos de controle.

O presente artigo tem como objetivo explorar o impacto da implementação do Portal na Justiça Federal, sopesando como essa inovação colabora para a eficiência operacional e o progresso da qualidade do serviço administrativo. Para tanto, será adotada um enfoque multidisciplinar, que combina teorias de gestão da informação, tecnologia da informação e gestão administrativa, visando oferecer uma análise abrangente sobre o tema apresentado.

A relevância deste estudo se dá por fornecer um diagnóstico prático para gestores públicos embasado na literatura acadêmica sobre o tema. Ao identificar as boas práticas adotadas, os desafios enfrentados e as lições aprendidas com a im-

plementação do Portal BI. Espera-se proporcionar diretrizes para futuras iniciativas de inovação tecnológica no setor público. Assim, além de realizar consultas e gerar relatórios com base em informações sobre eventos passados, o *Business Intelligence* (BI) também desempenha um papel crucial na previsão e no suporte ao processo completo de tomada de decisões, permitindo a automação da documentação (RUSCHEL; ROVER, 2009).

Além disso, o debate acadêmico sobre o Portal BI na Justiça Federal abre caminho para uma ponderação maior sobre a função da tecnologia na modernização do setor público. Ao observar os impactos dessa inovação, o presente estudo busca contribuir para o debate sobre como as ferramentas de BI podem ser empregadas para agenciar não apenas a eficiência operacional, mas também valores mais amplos como a transparência, e ao acesso a informação dos atos administrativos realizados pela administração.

1. A UTILIZAÇÃO PORTAL *BUSINESS INTELLIGENCE* COMO FERRAMENTA DE INOVAÇÃO DO JUDICIÁRIO FEDERAL

O Portal BI agrega dados de diferentes fontes do Judiciário Federal e, com isso, proporciona uma plataforma unificada e padronizada que facilita a análise, o compartilhamento e a visualização de informações. Essa capacidade de materializar e interpretar grandes volumes de dados em tempo real permite uma tomada de decisão mais célere e abalizada. Magistrados (Diretor do Foro), servidores e gestores agora podem acessar relatórios detalhados e análises preditivas, que colaboram para uma gestão mais eficaz dos recursos e uma melhor alocação da carga de trabalho e direcionamento da força de trabalho de forma racional e estratégica. Nesta linha de intelecto, pertinente citar Geilson de Macedo Bibiano:

Nesse cenário, realiza-se um estudo e aplicação da metodologia do *Business Intelligence* (BI) como um processo de gestão informacional voltado para a tomada de decisão, definindo-se o termo *Business Intelligence* e explicando BI como uma metodologia de gestão e não apenas como uma ferramenta ou tecnologia, de forma que BI tem sido usado como forma de solucionar problemas de negócios organi-

zacionais relacionados aos dados. Diretamente, o BI não é responsável pelas ações de tomada de decisão e, sim, pela entrega das informações certas para que melhores ações sejam tomadas. Nessa linha de raciocínio, a gestão de informação dentro de uma empresa ou órgão público pode-se valer do processo de BI, abordando tratamento de dados, a eliminação de redundâncias, o manuseio, o uso e compartilhamento de informações, além do uso de indicadores de desempenho organizacionais, gráficos e tabelas dinâmicas. (2022, p.14)

Além disso, o Portal BI cumpre um papel fundamental na identificação de padrões e tendências, auxiliando na previsão de demandas futuras e na antecipação de possíveis gargalos operacionais que eventualmente constata-se com o fornecimento de dados obtidos pelos setores. Essa visão é fundamental para o planejamento estratégico e para a implementação de políticas administrativas mais eficientes e alinhadas às necessidades da administração pública.

A transparência é outro ponto expressivamente beneficiado pela implementação do Portal BI. Ao disponibilizar informações administrativas de forma clara e acessível, o Judiciário Federal fortalece sua relação com a sociedade e com os órgãos de controle, promovendo maior confiança no sistema.

Destarte, a implementação do Portal BI também apresenta desafios, especialmente no que toca à capacitação dos usuários e à integração de sistemas legados. A superação desses obstáculos demanda um empenho contínuo com a formação e com a atualização tecnológica, além de uma gestão de mudanças efetiva, que envolva todos os atores administrativos, com uma mudança de postura na utilização de todos os recursos disponíveis pelos portais envolvidos.

2. IMPLEMENTAÇÃO DO PORTAL BI NA JUSTIÇA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

A implementação do Portal *Business Intelligence* na Justiça Federal da 5ª Região representa um marco significativo na evolução do sistema judiciário, marcando a transição do processo físico para o processo administrativo eletrônico

e, mais recentemente, para uma era de análise avançada de dados e gestão de informações. Este desenvolvimento não apenas reflete a adaptação às necessidades contemporâneas de gerenciamento de dados, mas também destaca os desafios e as inovações introduzidas para sobrepujar as barreiras históricas.

Historicamente, o sistema judiciário brasileiro dependia exclusivamente de processos físicos, um método que, embora tradicional, era marcado por ineficiências significativas. A gestão manual dos processos resultava em atrasos, perdas de documentos e dificuldades na recuperação de informações, afetando diretamente a agilidade e a eficácia da administração. A transição para o processo eletrônico foi uma resposta a esses desafios, introduzindo avanços na acessibilidade, na transparência e velocidade de tramitação dos processos. Contudo, a transformação digital trouxe o imperativo de gerenciar um grande volume de dados, demandando soluções mais aprimoradas para análise e tomada de decisão.

Durante os últimos anos, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região começou a enfrentar esses novos desafios ao criar ferramentas e plataformas de BI. Essas iniciativas representaram um avanço significativo, permitindo uma análise mais profunda e a geração de diagnósticos preciosos a partir dos dados obtidos na seara administrativa. No entanto, a implementação dessas soluções não foi isenta de dificuldades. Um dos principais empecilhos foi a carência de servidores especializados na área de Tecnologia da Informação (TI), um recurso importante para o desenvolvimento e a manutenção de sistemas de BI eficazes. Essa limitação destacou a necessidade de investir em capacitação e em recursos humanos, além da infraestrutura tecnológica.

Em resposta a esses desafios, a Justiça Federal de Alagoas tomou uma iniciativa pioneira ao criar um comitê de BI, composto por servidores da atividade-fim e de TI. Esse comitê foi responsável pela criação de vários painéis de BI, trazendo inovações significativas e fornecendo dados importantes para os diretores de secretaria e supervisores de setor. Essa abordagem colaborativa não apenas facilitou a superação das limitações de recursos humanos, mas também garantiu que as soluções desenvolvidas estivessem alinhadas com as necessidades reais dos usuários finais, maximizando assim o impacto positivo na gestão judiciária.

Uma das inovações mais notáveis introduzidas pela Justiça Federal em Alagoas foi o desenvolvimento do painel “AVIA”, uma ferramenta interligada ao sistema processual administrativo conhecido como SEI (Sistema Eletrônico de Informações). O AVIA representa um avanço significativo na forma como os processos administrativos são gerenciados, oferecendo uma visão clara e precisa do andamento dos processos, além de fornecer dados estatísticos e outras informações relevantes para a tomada de decisão. Essa ferramenta exemplifica como o BI pode ser aplicado não apenas para melhorar a eficiência dos processos administrativos, mas também para otimizar a gestão administrativa dentro do sistema judiciário.

A criação do AVIA e de outras ferramentas de BI pela Justiça Federal da 5ª Região ilustram um compromisso com a inovação e a melhoria da eficiência administrativa. Essas iniciativas avultam a importância de uma abordagem coesa que combine tecnologia, gestão de dados e colaboração de todos os atores administrativos envolvidos. Além disso, refletem uma mudança cultural dentro do sistema judiciário, onde a análise de dados e a informação estratégica se tornam subsídios essenciais na prestação de serviços administrativos.

O sucesso dessas inovações na Justiça Federal da 5ª Região serve como um exemplo para outras regiões e instituições, evidenciando o potencial do BI para transformar a gestão de processos e a tomada de decisões. No entanto, também enfatiza o imperativo de investimentos contínuos em tecnologia, capacitação de pessoal e desenvolvimento de políticas administrativas que sustentem a inovação e a adaptação às mudanças tecnológicas.

A implementação do Portal BI na Justiça Federal da 5ª Região é um testemunho do desenvolvimento do sistema judiciário em resposta às demandas por maior eficiência, transparência e agilidade. Ultrapassando desafios históricos e consagrando as oportunidades trazidas pela tecnologia, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região e a Justiça Federal de Alagoas demonstram como a inovação, através do BI, pode levar a melhorias expressivas na gestão de informações e na prestação de serviços.

2.1 As Funcionalidades do Portal BI como ferramenta inovadora na eficiência da gestão administrativa da Justiça Federal da 5ª Região

O Portal *Business Intelligence* (BI) surgiu como uma ferramenta inovadora, revolucionando a eficiência jurisdicional e administrativa no âmbito do sistema judiciário. Suas funcionalidades avançadas proporcionam uma base concreta para a tomada de decisão, otimização de processos e melhoria contínua da gestão de casos e recursos administrativos.

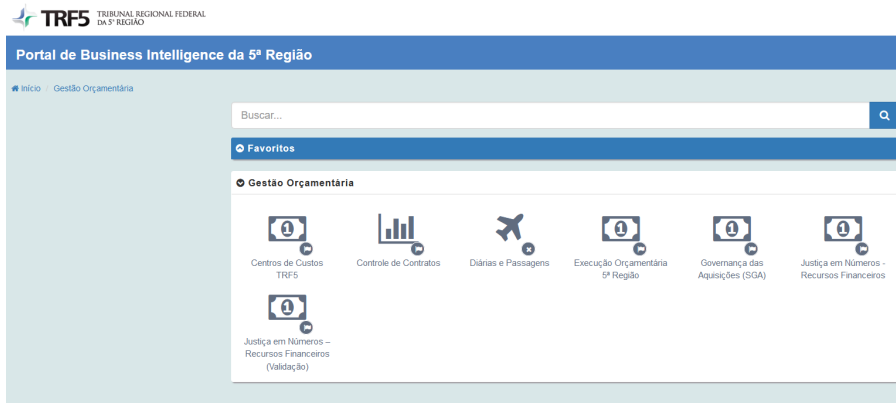
Uma das principais funcionalidades do Portal BI é a capacidade de agregar e analisar grandes volumes de dados de diversas fontes judiciais e administrativas. Isso admite a criação de relatórios detalhados e interativos, que oferecem informações críticas de maneira compreensível e acessível. Juízes, gestores e servidores podem, assim, visualizar tendências, identificar gargalos operacionais e monitorar a eficácia de políticas e procedimentos em tempo real, tudo sendo disponibilizado da forma que o gestor entender.

Além disso, o Portal BI facilita a análise preventiva, uma funcionalidade que transfaz dados históricos em percepções sobre eventos futuros. Isso é especialmente útil no prognóstico de fluxos e rotinas de trabalho, auxiliando na destinação correta de recursos e no preparo para demandas futuras. Essa capacidade afiança uma gestão mais proativa, cooperando para a redução de atrasos e para o progresso da prestação de serviços na seara administrativa.

Outra funcionalidade importante é a personalização de painéis de controle, que admite a cada usuário configurar visualizações de dados que atendam às suas necessidades específicas e de cada Seção Judiciária ou até setor. Isso não apenas aumenta a eficiência individual, mas também agencia uma cultura de gestão abalizada em constatações, onde decisões são adotadas com alicerce em dados palpáveis e contemporâneos.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região avançou expressivamente na implementação de soluções de *Business Intelligence*, desenvolvendo painéis essenciais como Centros de Custos TRF5, Controle de Contrato, Diárias e Passagens, Execução Orçamentária 5ª Região, Governança das Aquisições – SGA, e Justiça em Números – Recursos Financeiros. Essas ferramentas administrativas

exercem um papel importante na otimização da gestão, apresentando aos gestores administrativos dados valiosos para a tomada de decisão, o controle orçamentário e a eficiência operacional, reforçando a transparência e a governança institucional. Vejamos os painéis disponíveis no site do TRF da 5ª Região:



O painel BI “**Centros de Custos TRF5**” representa uma inovação significativa na gestão financeira do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e das Seções Judiciárias vinculadas, abrangendo Alagoas, Sergipe, Paraíba, Rio Grande do Norte, Pernambuco e Ceará. Esta ferramenta foi desenvolvida com o objetivo de proporcionar uma visão detalhada sobre a situação orçamentária de cada centro de custo atribuído ao gestor local, incluindo o limite de gastos, valores pré-empenhados, valores empenhados, valores pagos e o limite disponível. Além disso, o painel proporciona dados sobre contratos, investimentos, custeio e obras, consolidando informações importantes para a tomada de decisão administrativa e financeira, além de proporcionar dados em tempo real da utilização dos recursos de cada setor.

Através de uma interface intuitiva e de fácil navegação, o painel permite aos gestores administrativos acessar dados atualizados em tempo real, facilitando o monitoramento eficiente dos recursos financeiros. Essa transparência e precisão nos dados são fundamentais para o planejamento estratégico, possibilitando uma gestão orçamentária mais eficaz e a otimização da alocação de recursos.

O “Centros de Custos TRF5” é mais do que uma ferramenta de visualização de dados, é um instrumento estratégico que proporciona aos gestores a capacidade de prever cenários financeiros, identificar potenciais economias e tomar decisões baseadas em evidências para o controle de gastos. Ao integrar informações de diversas fontes em um único painel, a ferramenta elimina a necessidade de consultas a múltiplos sistemas, simplificando o processo de gestão financeira. Convém mencionar o referido painel a título de ilustração:

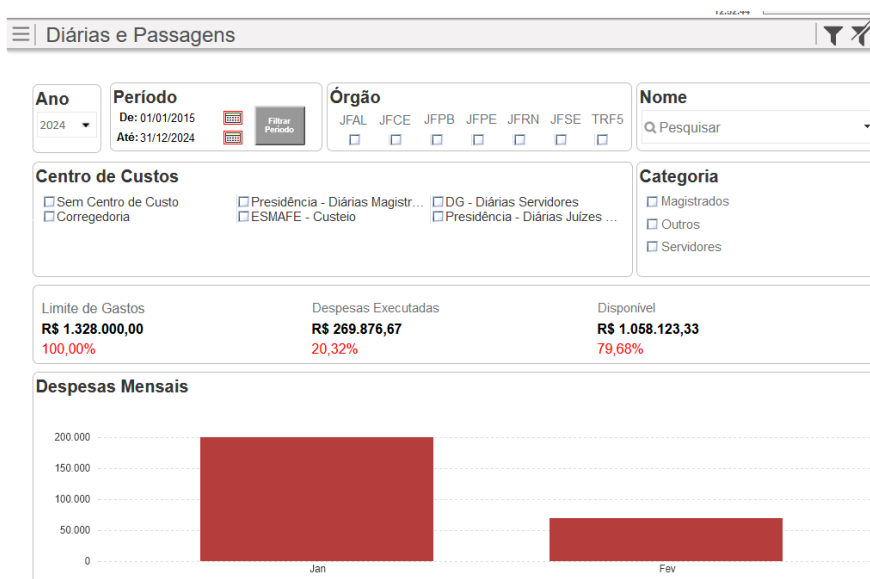


O Painel BI “**Controle de Contrato**” constitui um progresso evidente na gestão de contratos dentro da administração pública, atuando como uma coluna fundamental para o gerenciamento eficiente dos pactos contratuais firmados e seus respectivos centros de custos. Esta ferramenta inovadora, totalmente integrada ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), apresenta uma visão completa e atualizada dos contratos firmados pela administração do TRF e de cada Seção Judiciária, incluindo detalhes como a limitação orçamentária anual inicial e o saldo orçamentário disponível para utilização.

Por meio de uma interface de fácil acesso, o Painel BI “Controle de Contrato” permite aos gestores administrativos monitorar de forma precisa e em tempo real todos os contratos estabelecidos pela administração. Esta capacidade de acompanhamento detalhado facilita o controle orçamentário, assegurando que os gastos permaneçam dentro dos limites estipulados e que os recursos sejam alocados de maneira eficiente.

Além de promover a transparência para os órgãos de controle e a responsabilidade fiscal aos gestores, o painel simplifica o processo de gestão de contra-

Possui uma interface amigável e de fácil interpretação, o Painel BI “Diárias e Passagens” capacita os gestores a monitorar e controlar os custos associados a viagens, assegurando que o orçamento destinado a essas atividades seja utilizado de maneira otimizada e alinhada com os princípios de economicidade e eficiência da administração. A ferramenta não apenas simplifica o processo de acompanhamento e análise dos gastos, mas também promove maior transparência, elementos fundamentais para a gestão pública responsável. Segue o painel fornecido:



O Painel BI “Execução Orçamentária 5ª Região” é uma ferramenta de gestão orçamentária avançada, projetada para oferecer uma visão abrangente e em tempo real do orçamento anual autorizado para cada Seção Judiciária dentro da 5ª Região. Este sistema inovador detalha os empenhos inscritos em resto a pagar, empenhos anulados ou bloqueados, orçamento já pré-empenhado, valores efetivamente empenhados, além do limite de pagamentos, conhecido como teto de gastos. Ele também apresenta as despesas pagas no exercício, fornecendo uma análise completa do fluxo orçamentário e financeiro.

Além disso, o painel traz um plano orçamentário acuradamente elaborado, que abarca as respectivas destinações de recursos para áreas essenciais como obras, custeio, modernização das instalações, capacitação de recursos humanos,

exames periódicos, publicidade institucional, ações de informática, gestão de contratos, custeio para o julgamento de causas, entre outras despesas previstas no plano orçamentário anual. Esta funcionalidade garante que os gestores tenham acesso a informações detalhadas sobre todos os valores que serão utilizados, permitindo um planejamento financeiro mais eficaz e uma alocação de recursos mais estratégico. Segue abaixo o painel ora mencionado:

Execução Orçamentária 5ª Região	
Ano	UG Executora
2024	☐ JFAL ☐ JFCE
	☐ JFPB ☐ JFPE
	☐ JFRN ☐ JFSE
	☐ TRF-ORC ☐ TRFS
Orçamento Autorizado	
(+) Orçamento Total Autorizado para 2024 (Custeio e Investimentos)	R\$ 517.066.534,89
(-) Empenhos inscritos em Restos a Pagar	R\$ 84.155.597,70
(+) Empenhos RP Anulados / Bloqueados	R\$ 351.023,82
(=) Orçamento Autorizado após Restos a Pagar	R\$ 453.261.961,01
Resumo Orçamentário	
(+) Orçamento Autorizado após Restos a Pagar	R\$ 453.261.961,01
(-) Reservado / Pré-Empenhado	R\$ 28.503.622,19
(-) Empenhado (obrigação de pagamento)	R\$ 90.258.470,14
(=) Saldo Orçamentário sem alocação	R\$ 334.499.868,68
Resumo Financeiro (Limite de Pagamentos)	
(+) Limite de pagamentos (Teto de Gastos)	R\$ 438.403.981,89
(-) Restos a pagar pagos	R\$ 9.835.774,68
(=) Limite de Pagto Atualizado (Após RPI)	R\$ 428.568.207,21
(-) Despesas pagas do exercício	R\$ 2.836.387,16
(+) Limite autorizado pelo C.JF/TRF5	R\$ 0,00
(=) Limite de Pagamentos Disponível	R\$ 425.731.820,05

O painel “**Governança das Aquisições – SGA**” constitui uma ferramenta estratégica para o Tribunal Regional Federal da 5ª Região e suas Seções Judiciárias, visando aprimorar a transparência e a eficiência no processo de contratações e aquisições da administração. Este sistema foi criado com o desígnio de materializar e monitorar todas as atividades de aquisição e contratação previstas no Plano Anual de Contratações (PAC), apresentando em tempo real os valores e o status de cada processo.

O painel permite aos gestores uma visão completa e atualizada das contratações e aquisições em andamento, bem como daquelas planejadas para o futuro. Isso inclui detalhes sobre os valores constante no PAC, promovendo o acompanhamento orçamentário e a alocação de recursos de forma estratégica e planejada. Além disso, a funcionalidade de consolidação em tempo real das contratações constantes no PAC apresenta uma visão abarcante do avanço das aquisições, admitindo ajustes e decisões baseadas em dados concretos.

A implementação do painel “Governança das Aquisições – SGA” conjectura a adoção de práticas de governança corporativa de alto nível, notadamente no que toca à gestão de contratos e aquisições. Ao fornecer cristalinidade e controle sobre o processo de aquisição, este recurso desempenha um papel substancial na prevenção de desperdícios e na caução de que os investimentos sejam concretizados de maneira alinhada com as necessidades institucionais. Vejamos:



O Painel “Justiça em Números – Recursos Financeiros” é um recurso destinado a aprimorar a gestão administrativa e financeira no âmbito do Judiciário Federal, oferecendo uma visão ampla sobre a destinação de recursos financeiros. Especialmente projetado para monitorar e analisar a receita e as despesas, incluindo gastos e investimentos em uma variedade de auxílios e compensações, este painel se tornou indispensável para a administração eficiente dos recursos públicos.

Abarcando auxílios como funeral, natalino, creche, moradia, alimentação, transporte, além de indenizações, ressarcimentos, gratificações por exercício de cargo em comissão ou funções, diárias, proventos, aposentadorias, férias, e outras despesas pagas pelo judiciário federal para manter sua equipe de servidores, o painel fornece uma análise detalhada dos fluxos financeiros. Esta ferramenta permite aos gestores acompanhar os gastos com pessoal, além de avaliar a eficácia das políticas de remuneração e benefícios implementadas, afirmando que os investimentos em pessoal permaneçam em consonância com os objetivos institucionais e as restrições orçamentárias.

Um dos aspectos mais relevantes do Painel “Justiça em Números – Recursos Financeiros” é sua capacidade de apresentar quadros comparativos entre as seções judiciárias. Essa funcionalidade permite uma análise comparativa detalhada, identificando tendências, discrepâncias e oportunidades de otimização de recursos entre diferentes jurisdições. Ademais, com filtros avançados por ano e mês, os gestores podem acessar informações precisas e atualizadas em tempo real, permitindo um controle orçamentário mais rigoroso e uma tomada de decisão baseada em dados. Vejamos parte do painel fornecido:

TRF5

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DO 5º REGÃO

Usuário: 007_00T_C0176_0

09/03/2024 12:56:05

Últimas Atualizações

Justiça em Números - Recursos Financeiros (Validação)

Voltar

Análise Classificação "X"

Localização:

AL

CE

PB

PE

RN

SE

T5

Ano:

2023

2017

2020

2015

2018

2021

2016

2019

2022

Mês:

Jan

Fev

Mar

Abr

Mai

Jun

Jul

Ago

Set

Out

Nov

Dez

Grupo:

1º Grau

2º Grau

Grupo:

DBen

DCC

DFC

DP

DMag

DPE

DServ

Q

Pesquisar

Recursos Financeiros

Grupo - Sigla	Categoria Econômica	Descrição da Categoria Econômica	Código da Rubrica	Código e Descrição da Rubrica	Grau	Receitas	Despesas	Outros	Receitas - Despesas
DBen	AUXÍLIO FUNERAL	AUXÍLIO FUNERAL	127009	127009 - AUXÍLIO-FUNERAL INATIVO	1º Grau	R\$ 45.896,76	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 45.896,76
			727009	727009 - REPAUXÍLIO-FUNERAL INATIVO	1º Grau	R\$ 0,00	R\$ 22.948,38	R\$ 0,00	-R\$ 22.948,38
			127003	127003 - AUXÍLIO - NATALIDADE/ATIVO	1º Grau	R\$ 37.696,92	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 37.696,92
			127003	127003 - AUXÍLIO - NATALIDADE/ATIVO	2º Grau	R\$ 4.911,40	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 4.911,40
			127303	127303 - CORREÇÃO MONETÁRIA AUXÍLIO NATALIDADE	1º Grau	R\$ 22,25	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 22,25
			127403	127403 - JUROS AUXÍLIO NATALIDADE	1º Grau	R\$ 27,26	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 27,26
	AUXÍLIO NATALIDADE ATIVO CIVIL	AUXÍLIO NATALIDADE ATIVO CIVIL	227003	227003 - DIF-AUXÍLIO - NATALIDADE/ATIVO	1º Grau	R\$ 13.718,97	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 13.718,97
			129004	129004 - DIF-AUXÍLIO - NATALIDADE/ATIVO	1º Grau	R\$ 8.898.007,97	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 8.898.007,97
			129004	129004 - DIF-AUXÍLIO - NATALIDADE/ATIVO	2º Grau	R\$ 691.230,98	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 691.230,98
			229004	229004 - DIF-AUXÍLIO PRE-ESCOLAR	1º Grau	R\$ 175.634,77	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 175.634,77
			229004	229004 - DIF-AUXÍLIO PRE-ESCOLAR	2º Grau	R\$ 7.266,16	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 7.266,16
			729004	729004 - REP-AUXÍLIO PRE-ESCOLAR	1º Grau	R\$ 0,00	R\$ 1.155,68	R\$ 0,00	-R\$ 1.155,68
OUTROS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS DO SERVIDOR E DO MILITAR - AUXÍLIO SAÚDE	OUTROS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS DO SERVIDOR E DO MILITAR - AUXÍLIO SAÚDE	129009	129009 - AUXÍLIO-SAÚDE IMAGISTRADO INATIVO	1º Grau	R\$ 20.858,04	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 20.858,04	
		129010	129010 - AUXÍLIO-SAÚDE /SERVIDOR INATIVO	1º Grau	R\$ 802.148,52	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 802.148,52	
		129011	129011 - AUXÍLIO-SAÚDE IMAGISTRADO / PENSÃO	2º Grau	R\$ 3.476,34	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 3.476,34	
		129012	129012 - AUXÍLIO-SAÚDE /SERVIDOR / PENSÃO	1º Grau	R\$ 49.881,55	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 49.881,55	

Embora os painéis de *Business Intelligence* (BI) implementados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região e suas Seções Judiciárias representem um progresso expressivo na administração e gestão de recursos públicos, é importante reconhecer que os dados fornecidos ainda requerem ajustes e aprimoramentos. A natureza parcialmente automatizada de alguns desses painéis significa que eles dependem, em certa medida, da inserção manual de informações e dados para sua consolidação. Essa dependência pode, eventualmente, resultar em dados divergente, refletindo a complexidade e os desafios essenciais à transição para sistemas totalmente digitais e automatizados, sem intervenção de dados obtidos de forma manual.

Apesar dessas limitações citadas, os painéis BI têm contribuído concretamente para a modernização e a eficiência administrativa, apresentando aos gestores uma visão mais abrangente dos recursos financeiros, contratos, e outros aspectos críticos da gestão. O compromisso com a melhoria contínua dessas ferramentas é evidente por parte da alta administração, e esforços estão sendo feitos para majorar a automação e a precisão dos dados. À medida que esses avanços são concretizados, espera-se que a vinculação de processos manuais atenuar, levando a uma maior credibilidade e eficácia dos painéis BI na administração pública.

2.2 A Utilização do Sistema AVIA como Plataforma Inovadora nos Processos Administrativos: Os Macros Desafios e Perspectivas Futuras do Portal BI e a Utilização da Inteligência Artificial

A evolução dos processos administrativos na Justiça Federal brasileira reflete uma jornada de transformação significativa, marcada pela transição do formato físico para o eletrônico. Esta mudança, impulsionada pela implementação do Sistema Eletrônico de Informações (SEI), representa um marco na modernização do judiciário, trazendo avanços notáveis em termos de eficiência, celeridade e transparência na tramitação processual.

Historicamente, a gestão dos processos administrativos na Justiça Federal era efetivada de maneira física, um método que, embora tradicional e habitual para a época, continha uma série de problemas e limitações. O manejo de documentos em papel não só exigia um espaço físico considerável para armazenamento, mas também implicava em riscos de deterioração, perda e acesso restrito às informações. Além disso, a tramitação física dos processos contribuía para a lentidão na resolução das demandas, uma vez que a movimentação de documentos entre diferentes setores e instâncias judiciais demandava tempo e recursos consideráveis. Essa dinâmica, resultava em atrasos significativos na tomada de decisões e na prestação de serviços aos cidadãos, comprometendo a eficácia e a imagem do sistema judiciário. Para Ingrid Vanessa Dantas Rodrigues:

Com a implantação do novo sistema, a tramitação de processos é realizada por meio do Sistema Eletrônico de Informações (SEI). Todos os processos/documentos criados a partir da implantação SEI, tanto na área meio como na área fim, serão exclusivamente eletrônicos e a utilização de papel será reduzida drasticamente; todos os processos finalísticos que estiverem na situação “em trâmite”, deverão ser digitalizados e disponibilizados no SEI pela unidade organizacional que estiver em posse dos documentos. (2019, p. 60)

O Sistema Eletrônico de Informações – SEI é um software que possui uma tecnologia de gerenciar documentos eletrônicos carregado de funcionalidade e instrumentos integrados, sendo desenvolvido inicialmente pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 2009 para atender as demandas administrativas daquele tribunal federal, tendo como uma das principais características a gratuidade para a administração. Assim, vale citar o autor Eliézer Almeida:

O Sistema Eletrônico de Informações (SEI), neste sentido, é um software incorporado com a tecnologia do Gerenciamento Eletrônico de Documentos, o qual possui um conjunto de módulos e funcionalidades que visam a promoção da eficiência administrativa.

(...)

O SEI foi desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no ano de 2009¹² para atender as demandas do órgão. Uma das grandes vantagens do SEI é sua disponibilização gratuita, sem ônus, para outras instituições, galgando assim a posição de um projeto estratégico para a Administração Pública. A economia de dinheiro público com a utilização de softwares gratuitos é inegável. (2019, p.35)

A introdução do SEI marcou a abertura, de uma nova etapa na administração dos processos administrativos, na Justiça Federal. Desenvolvido para gerenciar documentos e processos eletrônicos, o SEI permitiu a abolição paulatina do papel para a tramitação processual. Com essa transformação, a Justiça Federal constatou um aumento expressivo na celeridade e na eficiência da gestão processual. A digitalização dos processos permitiu a realização de trâmites de maneira instantânea e em tempo real, independentemente da localização entre as partes envolvidas, suprimindo as barreiras físicas que anteriormente delongavam a comunicação e a tomada de decisões.

Além da celeridade, a implementação do SEI trouxe uma transparência sem precedentes aos processos administrativos. Com o sistema, tornou-se possível garantir o acesso às informações em tempo real, permitindo que magistrados, servidores e cidadãos acompanhassem a tramitação dos processos de maneira simples e segura. Essa possibilidade contribuiu para fortalecer a confiança no sistema judiciário, promovendo uma maior participação cidadã. Para Mary Anne Muraski Nowak:

Há um ganho de produtividade, pela facilitação e agilidade na execução dos processos. Também foram observadas a integridade e confiabilidade das informações, demonstrando mais estabilidade e segurança de acesso à informação, otimização do fluxo de informação permitindo mais agilidade e organização, melhor controle do tempo demandado nos processos, apresentando informações de melhor qualidade, essenciais para uma boa tomada de decisão. (2018, p.76)

Outro benefício expressivo da migração dos processos físicos para o SEI foi a otimização do uso de recursos. A redução no emprego de papel não apenas contribuiu para a sustentabilidade ambiental (leia-se: meta estabelecida pelo CJP e CNJ), mas também representou uma vultosa economia em termos de custos com impressão, armazenamento e transporte de documentos. Ademais, o sistema eletrônico promoveu a gestão de prazos e a organização interna de cada órgão, permitindo uma redistribuição de recursos humanos.

A transição dos processos administrativos para o formato eletrônico na Justiça Federal, por meio do SEI, é uma experiência bem-sucedida de como a tecnologia pode ser agregada para sobrepujar obstáculos históricos e aperfeiçoar a prestação de serviços públicos. Essa mudança não apenas simplificou metodologias e reduziu custos, mas também redefiniu as perspectivas em relação à celeridade, à transparência e à eficiência na administração pública, conforme reza o art.37 da Constituição Federal Brasileira.

Apesar dos progressos alcançados com sua implementação, o SEI enfrenta limitações, especialmente no que diz respeito à gestão processual. Uma das principais restrições é a ausência de uma ferramenta capaz de gerenciar os processos em tramitação e oferecer aos gestores recursos qualitativos e mecanismos organizacionais eficazes, incluindo o suporte de inteligência artificial (IA).

Essa limitação, no SEI, cria obstáculos significativas na gestão processual, uma vez que os gestores não dispõem de funcionalidades avançadas para exame qualitativo dos processos em tramitação, priorização de tarefas ou otimização de fluxos de trabalho baseados em critérios de urgência ou importância. A ausência de mecanismos organizacionais eficazes e de recursos analíticos profundos antepara uma gestão mais estratégica e proativa dos processos.

A ausência de recursos de inteligência artificial no SEI também representa um empecilho para a inovação e a melhoria contínua dos processos administrativos. A IA poderia proporcionar soluções como a automação de tarefas repetitivas, a análise preditiva para precipitar gargalos processuais e a personalização da experiência do usuário, facilitando a tomada de decisão e alocando recursos de maneira mais eficiente e estratégica.

Embora o SEI tenha sido um passo importante na modernização dos processos administrativos, é fundamental que futuras atualizações ou sistemas complementares avaliem a integração de recursos de gestão processual avançadas. A adoção de tecnologias como a inteligência artificial, pode transformar expressivamente a gestão processual, tornando-a mais dinâmica, eficiente e alinhada às demandas contemporâneas de um sistema judiciário ágil e responsivo.

Em 2021, a Justiça Federal de Alagoas e a Universidade Federal de Alagoas firmaram um convênio pioneiro na área administrativa, marcando um incremento significativo na integração entre o setor judiciário (administrativo) e a academia. Este convênio tem como objetivo a criação de um produto inovador na área de Tecnologia da Informação (TI) por graduandos e pós-graduandos, chamado AVIA. O projeto AVIA surge como uma solução estratégica para sobrepujar a carência de um sistema de gestão integrado ao Sistema Eletrônico de Informações (SEI), designadamente voltado para o gerenciamento processual na 5ª Região.

O AVIA é projetado para fornecer informações relevantes sobre a tramitação processual, incluindo o tempo de tramitação, o percurso detalhado que o processo administrativo percorre até sua conclusão, os diagnósticos fornecidos e as indicações para uma tramitação correta a partir de um mapeamento geral realizado pelo sistema que permite ao gestor informações de tramitação equivocada ou desnecessária que atrasa o processo administrativo.

Por meio do AVIA, gestores terão acesso a um domínio processual aprimorado, permitindo uma visão cristalina dos estágios pelos quais cada processo passa, identificando gargalos e ineficiências no fluxo de trabalho da equipe. Com indicativos baseados em dados concretos extraídos do próprio sistema processual, oferece possíveis soluções para otimizar a tramitação, garantindo uma gestão mais célere e responsiva às demandas administrativas.

A parceria institucional entre a Justiça Federal de Alagoas e a Universidade Federal de Alagoas, por meio do desenvolvimento do AVIA, destaca o potencial da parceria entre o setor público e instituições acadêmicas na promoção de inovações tecnológicas. O projeto AVIA é um exemplo de como a tecnologia pode ser utilizada para aperfeiçoar a administração pública, oferecendo utensílios que promovem a identificação e resolução de problemas processuais, promovendo assim uma justiça mais célere, transparente e eficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisa a jornada de transformação digital e inovação tecnológica na Justiça Federal, com foco na 5ª Região e na parceria estratégica entre a Justiça Federal de Alagoas e a Universidade Federal de Alagoas. Por meio da implementação de sistemas como o SEI e o desenvolvimento de ferramentas inovadoras como o AVIA, observa-se um avanço expressivo na gestão administrativa, marcando uma nova fase de eficiência, transparência e racionalidade administrativa do judiciário federal.

A transição dos processos administrativos do formato físico para o eletrônico, por meio do SEI, trouxe celeridade e transparência na tramitação processual, suplantando desafios históricos relacionados à gestão de documentos físicos. No entanto, a ausência de uma ferramenta de gestão processual integrada ao SEI evidenciou a necessidade de soluções adíforas que pudessem proporcionar exames qualitativos e mecanismos organizacionais eficazes, incluindo a utilização de inteligência artificial.

Nessa conjuntura, o convênio entre a Justiça Federal de Alagoas e a Universidade Federal de Alagoas para a criação e desenvolvimento do AVIA representa um marco relevante. Este projeto não apenas supre as lacunas existentes no SEI, mas também introduz uma ferramenta capaz de fornecer informações detalhadas sobre a tramitação processual, identificar gargalos e sugerir soluções, promovendo uma gestão mais eficiente e transparente dos processos judiciais e administrativos.

Os painéis de *Business Intelligence* (BI) desenvolvidos pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, como o “Centros de Custos TRF5”, “Controle de Contrato”, “Diárias e Passagens”, “Execução Orçamentária 5ª Região” e “Governança das Aquisições – SGA”, além do “Justiça em Números – Recursos Financeiros”, aclaram o compromisso com a inovação e a melhoria contínua. Essas ferramentas proporcionam aos gestores um domínio mais acurado sobre os recursos, promovendo a tomada de decisões baseadas em dados estatísticos.

Contudo, é fundamental reconhecer que, apesar dos avanços significativos, ainda existem desafios a serem suplantados, notadamente no que toca à automação completa dos sistemas e à integração de tecnologias, como a inteligência artificial, para aprimorar ainda mais a gestão administrativa.

O progresso dos processos administrativos na Justiça Federal, especialmente na 5ª Região, demonstra um esforço contínuo em direção à modernização e à excelência operacional. A parceria entre o setor judiciário e a academia, exteriorizada pelo projeto AVIA, avulta o potencial da inovação tecnológica para transformar a administração pública, promovendo uma justiça mais célere, hábil e alinhada às expectativas da gestão estratégica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eliézer. **A Implantação do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) na UTPR: Uma Visão a Partir do Princípio da Eficiência na Administração Pública**. Dissertação de Mestrado. Ponta Grossa. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. 2019.

BIBIANO, Geilson de Macedo. **Desenvolvimento de uma Solução para Suporte À Tomada de Decisão em um Órgão Público com Aplicação Concomitante da Gestão da Informação e de Uma Ferramenta de Business Intelligence**. Dissertação de Mestrado. UFRN. 2022.

MONFERRARI, Frederico Guedes; RIBEIRO, Pedro Cláudio. **O Uso do Business Intelligence (BI) em análise de Editais de Licitação Para Obras Públicas**. Aparecida de Goiânia. Faculdade Alfredo Nasser. 2020.

NOWAK, Mary Anne Muraski. **A utilização do sistema eletrônico de informações – SEI no serviço público: inovação tecnológica para melhoria na eficiência administrativa e no conhecimento institucional**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2018.

RODRIGUES, Ingrid Vanessa Dantas. **Ferramentas de Gestão e Alienação: Perspectivas no serviço Público**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Grande Rio “Professor José de Souza Herdy”. Rio de Janeiro. 2019

RUSCHEL, Aírton José; ROVER, Aires José. **Business Intelligence: Governo Eletrônico na Administração Pública**. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. 2009. Disponível em https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/business_inteligente.pdf. Acesso em 09/02/2024.

**COGNIÇÃO SUMÁRIA E REDUÇÃO DO “MÓDULO” DA
PROVA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE A ESTRUTURA
COGNITIVA DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
E A DA TUTELA DEFINITIVA EM SITUAÇÕES DE
INESCLARECIBILIDADE**

***SUMMARY COGNITION AND THE REDUCTION OF THE ‘MODULE’
OF PROOF: A COMPARISON BETWEEN THE COGNITIVE
STRUCTURE OF PROVISIONAL URGENT RELIEF AND DEFINITIVE
RELIEF IN SITUATIONS OF INESCLARABILITY***

Recebido: 05/04/2024

Aceito: 06/06/2024

Isabelle Marne Cavalcanti de Oliveira Lima
Doutoranda pela UFPE
Mestre em Direito Público pela UFAL
Membro da Associação Norte e Nordeste de
Professores de Processo – ANNEP
Juíza Federal

RESUMO: O presente artigo analisa o conceito de módulo da prova, no contexto da chamada teoria da redução do módulo da prova, bem como de módulo de cognição. Distingue cognição-resultado da atividade de conhecimento e cognição-atividade mesmo. Segue argumentando que as razões que legitimam a tutela de urgência provisória num contexto de escassa atividade cognitiva não servem para legitimar uma tutela definitiva fundada em escasso resultado de cognição, em casos difíceis de provar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil – Redução do módulo da prova – Módulo de cognição – Tutela provisória de urgência.

ABSTRACT: *This article analyzes the concept of the proof module, within the context of the so-called theory of reduction of the proof module, as well as the cognition module. It distinguishes between cognition-result from the activity of knowledge and cognition-activity itself. It then argues that the reasons legitimizing provisional urgent relief in a context of limited cognitive activity do not serve to legitimize definitive relief based on limited cognition results in difficult-to-prove cases.*

KEYWORDS: *Civil procedural law – Reduction of the proof module – Cognition module – Provisional urgent relief.*

INTRODUÇÃO

Embora o ideal fosse que toda decisão judicial resultasse de um conhecimento total, que conduzisse a uma certeza (ou ao que há de mais próximo: uma grande probabilidade), os jurisdicionados necessitam de decisões mesmo nos casos em que o conhecimento está aquém do desejado (que não foi, ou não foi ainda, alcançado). É assim o caso da tutela provisória de urgência, quando concedida em sede de cognição sumária, e o caso das decisões definitivas de mérito em situações de inesclarecibilidade. Esta última hipótese (inesclarecibilidade) tem suscitado diversas soluções, como a adoção de presunções legais¹, inversão do ônus da prova², distribuição dinâmica do ônus da prova³, presunções *hominis* (também ditas simples ou judiciais)⁴,

1 HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, p. 250; SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil. Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum / coord. por José María Asencio Mellado, Alba Rosell Corbelle; José Vicente Gimeno Sendra (hom.), ISBN 978-84-945088-7-5, p. 1481-1496, 2020.

2 HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 94, 96-97; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, pp. 231-236; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 270ss; RAMOS, Rodrigo. Prova: as hipóteses de cabimento da inversão do ônus no CDC e sua correlação com as teorias da carga dinâmica e da redução do módulo da prova. Revista Brasileira de Direito Comercial, v.2, n.8, p. 85-108, dez-2015.

3 CARPES (2010), pp. 70ss; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 112-117; KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 942-951, 2006; KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 176ss.; MACÊDO e PEIXOTO (2016); RAMOS, Rodrigo. Prova: as hipóteses de cabimento da inversão do ônus no CDC e sua correlação com as teorias da carga dinâmica e da redução do módulo da prova. Revista Brasileira de Direito Comercial, v.2, n.8, p. 85-108, dez-2015.

4 GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas. Tese de doutorado, UFRGS, 2006, pp. 101ss; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 95-96; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, p. 210ss.

prova *prima facie*⁵, o recurso à suspeita⁶ e, enfim, a redução do chamado módulo da prova⁷.

A legitimidade das decisões provisórias fundadas em cognição sumária está hoje bem aceita, até porque expressamente admitida legalmente. Já a redução

5 GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas. Tese de doutorado, UFRGS, 2006, pp. 108-113; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, p. 80; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015, pp. 230-231.

6 PARIZOTTO, Pedro Teixeira Mendes; MONTES, Maria Isabel Gori. O dilema da prova bilateralmente diabólica: análise e soluções, in João Bosco Lee e Fabiane Verçosa (eds), Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Kluwer Law International, Volume XVIII Issue 69, p. 37 – 54, 2021, pp. 37-54.

7 AUÍLO, Rafael Stefanini. A valoração judicial da prova no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021; CARPES, Arthur Thompsen. Standards probatórios e a redução do módulo da prova: técnicas para a adequada reconstrução dos fatos da causa. In MITIDIERO, Daniel. Processo sob curadoria de Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1-standards-probatorios-e-a-reducao-do-modulo-de-prova-tecnicas-para-a-adequada-reconstrucao-dos-fatos-da-causa-processo-civil-sob-curadoria-de-daniel-mitidiero/1341592232>, acesso em 28.11.2023; FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; FREDES, Esteban Pereira (eds.). Filosofía del derecho privado. Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 411-412; FERRER-BELTRÁN, Jordi. A valoração racional da prova. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 29, 262-264; GASTAL, Alexandre Fernandes. A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão das questões fáticas. Tese de doutorado, UFRGS, 2006; HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova - Teoria da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 108-112; HUNTER AMPUERO, Ivan. Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, ano 22, n.º 1, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 463ss.; PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 143ss.; PITT, Gioconda Fianco. Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, pp. 110ss.; PONZONI, Christian. Standards de prova no processo civil brasileiro. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUC-RS, 2020, pp. 154-157; RAMALHO, Régis Souza. A teoria da redução do módulo nas relações de consumo: a convicção judicial a partir de um juízo de verossimilhança e os direitos básicos do consumidor. Trabalho de conclusão de especialização. UFRGS, 2016, pp. 31ss.; RAMOS, Rodrigo. Prova: as hipóteses de cabimento da inversão do ônus no CDC e sua correlação com as teorias da carga dinâmica e da redução do módulo da prova. Revista Brasileira de Direito Comercial, v.2, n.8, p. 85-108, dez-2015; SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil. Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum / coord. por José María Asencio Mellado, Alba Rosell Corbelle; José Vicente Gimeno Sendra (hom.), ISBN 978-84-945088-7-5, p. 1481-1496, 2020; SILVA, Paula Costa e, REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova. Revista de Processo, ano 38, vol. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 149-171, agosto/2013; WALTER, Gerhard. Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979.

do módulo da prova é um instituto importado da Alemanha⁸, sem previsão legal no Brasil, o que enseja questionamentos atuais e pertinentes sobre seu conteúdo, estrutura e legitimidade. Inclusive porque, não obstante, vem sendo referido pela doutrina⁹ e até mesmo já aplicado pelo Judiciário¹⁰, de modo incipiente e desunifome, diga-se. O cenário exige um olhar atento e científico sobre as hipóteses de decisão final em situação de inescclarecibilidade, para que se construa uma doutrina brasileira da redução do módulo da prova¹¹, compatível com o ordenamento jurídico nacional. O fato de se ter uma decisão definitiva de mérito sem o atingimento do standard probatório típico é fonte de uma das críticas.

Ao tratar do tema, CARPES (2016) defende um afastamento do desenho original da técnica tal como idealizada por WALTER, sugerindo que se compreenda redução do **módulo** da prova como algo diferente de redução do **standard** da prova.¹² Para o autor gaúcho, tendo em vista que o standard ordinário para decisão final das lides cíveis é o da probabilidade preponderante, não seria possível adotar no Brasil um standard ainda mais leve, mesmo que se invocando a técnica de redução – premissa com a qual estou de pleno acordo. Entretanto, ele prossegue refletindo que o mais adequado seria manter o **quantitativo** de probabilidade exi-

8 Mais especificamente na versão que Gerhard Walter apresentou no *Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung*, acessada no Brasil principalmente mediante a tradução para o castelhano, da lavra do argentino Tomás Banzhaf.

9 Ver nota de rodapé 8.

10 Apenas para citar alguns: AC 1.0183.14.011547-2/001, TJMG, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Henrique Caldeira Brant, 21/11/2018, publicação 30/11/2018; ACJ - 2009.01.1.124092-2, TJDF, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Juíza: Edí Maria Coutinho Bizzi, 23/11/2010, publicação 06/12/2010, p. 452; AC 70076880525, TJRS, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 16/05/2018; AC 70081992075 RS, TJRS, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, 24/10/2019, publicação 30/10/2019; AC 26647820014013500, TRF1, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, 09.08.2021, publicação 11.08.2021.

11 O que se entende por “redução do módulo da prova”, como adequar esta ideia ao ordenamento jurídico brasileiro atual, e até mesmo se é viável uma versão da “redução do módulo da prova” hoje no Brasil merece reflexões mais profundas e extensas, que não cabem no presente artigo, sendo atual objeto de minha tese de doutorado ainda em construção, junto à Universidade Federal de Pernambuco.

12 “Trata-se não propriamente de redução do *standard* probatório, mas de redução do módulo de cognição no sentido vertical. O juízo segue sendo realizado com base na preponderância de probabilidade. O que ocorre é a sua articulação com o módulo de cognição sumária. A adoção do módulo da sumariedade cognitiva pressupõe juízo prévio a respeito da excessiva dificuldade ou mesmo da impossibilidade probatória do nexo de causalidade, o que envolverá a utilização de máxima de experiência e não dispensará o prévio contraditório.” CARPES, Arthur Thompson. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, versão eletrônica.

gível para uma alegação fática ser tida como provada, alterar o seu complemento – convicção *de quê*. Dito de outro modo, em vez de a inesclarecibilidade autorizar a redução do standard probatório para algo ainda menos exigente que a **convicção de verdade** ou **probabilidade preponderante**, seria o caso de se trabalhar com **convicção de verossimilhança**; e o que estaria sendo reduzido, ainda segundo aquele autor¹³, não era o módulo ou standard **de prova**, e sim o módulo **de cognição**, verticalmente falando.

Nesta linha de pensamento (à qual não me filio, pelas razões abaixo expostas), o módulo (de cognição vertical) ordinário corresponderia à cognição exauriente, porque trabalharia num registro de **probabilidade de certeza**, e o módulo (de cognição vertical) reduzido corresponderia a uma cognição sumária, porque trabalharia num registro de **verossimilhança**.

Penso que esta aproximação entre módulo da prova e modelo de cognição é problemática, porque não respeita a estrutura cognitiva de cada um dos casos. Quando se analisam as técnicas da redução do “módulo” da prova e a de cognição sumária, tendo como premissa os três momentos lógicos da decisão judicial sobre prova nos termos ensinados por FERRER-BELTRÁN¹⁴, vê-se que são institutos que não se confundem, e as peculiaridades que caracterizam um são distintas das que caracterizam o outro.

1. A REDUÇÃO DO STANDARD DE PROVA

A concepção racionalista da prova, nos termos pensados por TARUFFO, aprofundados por FERRER-BELTRÁN e em constante desenvolvimento e divul-

13 CARPES assim o faz desenvolvendo uma afirmação de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018), a qual, porém não esmiúça o que seria um “módulo” de convicção de verossimilhança em substituição a uma convicção de verdade e qual a implicação disto para o standard. Ao menos CARPES desenvolveu um pouco mais, imaginando que pudesse cuidar de uma mudança da profundidade da cognição. Ao escrever o presente artigo, porém, chego à conclusão divergente.

14 O doutrinador explica que há três momentos distintos do ponto de vista lógico, não necessariamente do ponto de vista cronológico: formação do conjunto de elementos de juízo, valoração desses elementos e a tomada de decisão. FERRER-BELTRÁN, Jordi. A valoração racional da prova. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 52 e 61.

gação por toda a chamada Escola de Girona, requer que a decisão judicial sobre os fatos submeta as alegações fáticas das partes a um processo de valoração racional, fundamentado, objetivo e claro. Para se ter uma afirmação fática como verdadeira e, por consequência, ter seu objeto (os fatos) tido como provado, o resultado da valoração do conjunto probatório deve passar por um crivo de suficiência; a legislação, idealmente, ou a jurisprudência com embasamento doutrinário sólido, provisória e subsidiariamente, deve estabelecer o grau mínimo de probabilidade suficiente para algo ser tido como provado. A este grau, chama-se principalmente de standard da prova. Mas há outros termos, aplicáveis com menor frequência: modelo de constatação, grau de prova, nível de prova e, no contexto da teoria da redução, “módulo” da prova. Só com um standard pré-definido as partes terão previsibilidade para as consequências de suas condutas e para o resultado de uma ação judicial; há parâmetros para um controle recursal sobre eventuais erros no capítulo decisório acerca dos fatos jurídicos considerados ou afastados pelo julgador; há isonomia entre atores processuais de processos semelhantes, enfim, expurga-se a arbitrariedade e o subjetivismo na maior medida possível¹⁵.

Como a especificação de um standard de prova é essencialmente escolha política, fundada sobretudo na distribuição do risco de erro segundo a importância dos bens e interesses envolvidos, é intuitivo concluir que um mesmo ordenamento jurídico pode, e até mesmo deve, ter mais de um standard, conforme o tipo de caso. Pensa-se de imediato na diferença entre os casos criminais envolvendo pena de prisão, em contraste com casos cíveis puramente patrimoniais, para tornar bem claros os exemplos extremos. Mas existem os crimes de menor potencial ofensivo, os que ensejam penas não privativa de liberdade, casos cíveis envolvendo bens extrapatrimoniais, perda de direitos, privação do poder familiar, decisões socialmente estigmatizantes entre outros. O cenário é diversificado e as escolhas políticas variarão segundo a cultura do lugar e do tempo.

O que importa é reconhecer que o ordenamento jurídico deve trabalhar com um standard ordinário (ou dois, um penal ordinário e um cível ordinário)

15 Há de se admitir que, entre o dever-ser e o ser, há sempre um espaço, e tudo que envolve atividade humana conterà algo de subjetivo, voluntarioso e falho; a aplicação do Direito não escapa tampouco. Mas a concepção racionalista da prova busca restringir o quanto possível isto.

- *Regelbeweismaß*, porém cabendo perfeitamente a coexistência de standards especiais - *Sondernbeweismaße* - para certos grupos de casos. Nesta perspectiva, diante de uma hipótese que enseje um standard menos exigente que o ordinário, pode-se dizer que houve **redução do standard da prova**.

Ao estudar a livre valoração da prova na Alemanha, no final da década de 70 do século passado, WALTER¹⁶ defendeu que naquele ordenamento jurídico havia fundamento implícito para, em alguns tipos de caso que ele apenas exemplifica sem intenção de os exaurir¹⁷, reduzir o standard de prova (em alemão, *Beweismaß*) ordinário cível de uma probabilidade beirando a certeza (*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*) para um menos exigente, que seria o da probabilidade preponderante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*), considerando premissas de acesso à justiça, distribuição do risco de erro, responsabilidade pela inesclarecibilidade, quais interesses jurídicos de direito material envolvidos na espécie e sua importância no ordenamento jurídico, tudo em hipóteses de **prova difícil** para ambos os lados (o que se consagrou como situação de inesclarecibilidade, ou prova bilateralmente diabólica).

A ideia de que o standard de prova padrão, na Alemanha, pudesse ser outro que não a alta probabilidade ou probabilidade beirando a certeza, ou que aquele ordenamento jurídico admitisse pontualmente uma variação do standard ordinário, sobretudo um rebaixamento dele (*Beweismaßreduzierung*, *Beweismaßsenkung* ou *Beweiserleichterung*, literalmente redução do standard, abaixamento do standard e facilitação da prova) não surgiu com WALTER, nem parou nele¹⁸. E, inclusive, foi fortemente influenciada pela doutrina escandinava e seu

16 WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedigungen und Grezen der freien richterlichen Überzeugung*. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979, pp. 148-203, 206-214, 259-261.

17 WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedigungen und Grezen der freien richterlichen Überzeugung*. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979, pp. 215-233.

18 DÜRING, Julia. *Beweismaß und Beweislast im Asylrecht*. Munique: Beck, 1990, pp. 10-11, 30ss; GREGER, Reinhard. *Beweis und Wahrscheinlichkeit: d. Beweiskriterium im Allgemeinen u. bei d. sogen. Beweiserleichterung*. Colônia, Berlim, Bona, Munique: Heymann, 1978, pp. 91ss; MOTSCH, Richard. *Vom rechtsgenügenden Beweis: zur Entscheidung von Zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfeststellung (Schriften zum Prozessrecht)*. Berlim: Duncker und Humblot, 1983, p. 34ss. MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundfragen des Beweisrecht: Beweisaufnahme – Beweiswürdigung – Beweislast*. Max Stadler: Munique, 1984, pp. 74ss, 99; NELL, Ernst Ludwig. *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Munique: Duncker und Humblot, 1983, pp. 117-118, 210ss.; PRÜTTING, Hanns. *Gegenwartsprobleme der*

Überwiegendsprinzip¹⁹. Ocorre que, no Brasil, o tema da redução do standard é sempre referido a partir do livro de WALTER sobre a livre valoração da prova, mais precisamente a partir da versão traduzida pelo castelhano, quando não é citado *apud* MARINONI e ARENHART²⁰, que tomaram por base a versão traduzida (ou seja, já são dois graus de separação com a obra original).

O argentino Tomas A. Banzhaf, ao traduzir WALTER, optou pelas expressões “*módulo de la prueba*” e “*verosimilitud*” como supostas correspondências para *Beweismaß* e *Wahrscheinlichkeit* respectivamente, o que terminou contaminando praticamente tudo o que se escreveu sobre o tema no Brasil²¹. Assim,

Beweislast: e. Unters. moderner Beweislasttheorien u. ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht. Munique: Beck, 1983, pp. 59ss e 87ss; WEBER, Helmut. Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß. Tübinga: Mohr Siebeck, 1997, pp. 61ss.

19 GREGER, Reinhard. Beweis und Wahrscheinlichkeit: d. Beweiskriterium im Allgemeinen u. bei d. sogen. Beweiserleichterung. Colônia, Berlim, Bona, Munique: Heymann, 1978, p. 94; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 461-463; MOTSCH, Richard. Vom rechtsgenügenden Beweis: zur Entscheidung von Zivilsachen nach Wahrscheinlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Abstammungsfeststellung (Schriften zum Prozessrecht). Berlim: Duncker und Humblot, 1983, pp. 37ss.; PRÜTTING, Hanns. Gegenwartsprobleme der Beweislast: e. Unters. moderner Beweislasttheorien u. ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht. Munique: Beck, 1983, p. 71; WALTER, Gerhard. Freie Beweiswürdigung: eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1979, pp. 142-143.

20 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 463ss.

21 BANZHAF não escreveu nota à tradução do *Freie Beweiswürdigung*, mas encontra-se um registro de seu pensamento em nota à tradução que fez do *La investigación del estado de los hechos en el proceso: la prueba su practica y apreciacion*, de Erich Döhring: “El alemán tiene una sola palabra (“Wahrscheinlichkeit”) para designar nuestros dos conceptos de “probabilidad” y “verosimilitud”. Y es a propósito de este último concepto y de su relación con el concepto de certeza, que resulta recomendable un cotejo de lo que el autor de la presente obra con las afirmaciones del autor de un libro que hace algunos años traduje para este mismo sello editorial (...) El problema estriba en saber: ¿es la certeza tan solo un grado más alto de verosimilitud o algo sustancialmente diverso? Nuestro idioma nos permite con más facilidad le cuestión. Y es porque, además del concepto de “certeza”, cuenta con el de “certidumbre”, el cual – si bien el diccionario los dá como sinónimos – difere de aquél en cuanto designa la faz subjetiva, y no la objetiva, de un mismo fenómeno. El profesor Döhring captó bien esta diferencia y la señaló en una nota en la que distingue entre la “Sicherheit” (seguridad, certeza) y la “Gewissheit” (certidumbre). De ahí que haya sabido también apreciar con justeza la cuestión del módulo y de la cantidad de la prueba y sentar la sabia regla, pragmática y elástica, de que... « los tribunales tienen que aplicar un módulo tan riguroso que alcance justo a ser compatible y la misión de administrar justicia”. La verosimilitud y la certeza tienen carácter objetivo; la certidumbre, carácter subjetivo. El español provee e las voces diferenciadoras adecuadas para designar esos conceptos.” (DÖHRING, Erich. *La investigación del estado de los hechos en el proceso: la prueba su practica y apreciacion*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1972). É importante o registro de que a certeza pode ser compreendida tanto sob um aspecto objetivo, quanto subjetivo; que em espanhol há palavras que retratam mais precisamente tal nuance – *certeza* e *certidumbre* – porém mais uma vez as correspondências

CARPES²², MARINONI e ARENHART²³, PEIXOTO²⁴ supõem que “módulo” da prova para WALTER fosse outra coisa que não standard da prova, mas sem fundamento no texto original do alemão.

Na realidade, o livro originalmente traz uma reflexão sobre a redução do **standard** de prova (*Beweismaßreduzierung*) e sobre o grau de **probabilidade** (*Wahrscheinlichkeitsgrad*) suficiente para algumas afirmações fáticas serem tidas como verdadeiras.

A diferença significativa entre **probabilidade** e **verossimilhança** já foi extremamente destacada por TARUFFO²⁵, com o apoio de autores como AUÍLO²⁶ e MITIDIERO²⁷, embora existam posicionamentos como o FLACH²⁸ que aproxima os dois conceitos. Claro que o tratamento legislativo da decisão provisória de urgência só aumentou a confusão²⁹, porém a disciplina atual retrata o aprimo-

feitas por Banzhaf entre os vocábulos castelhanos e os alemães parece equivocada. A palavra alemã *Gewissheit* tem um cunho mais objetivo e corresponde melhor a *certeza*, enquanto *Sicherheit* é que tem um cariz subjetivo e corresponde melhor a *certidumbre*, mas o tradutor fez o pareamento invertido. Também fica o registro de que, para Banzhaf, verossimilitude é um conceito que comporta gradações, o que está na contramão de quem diferencia verossimilhança e probabilidade.

22 CARPES, Arthur Thompsen. Standards probatórios e a redução do módulo da prova: técnicas para a adequada reconstrução dos fatos da causa. In MITIDIERO, Daniel. Processo sob curadoria de Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1-standards-probatorios-e-a-reducao-do-modulo-de-prova-tecnicas-para-a-adequada-reconstrucao-dos-fatos-da-caoa-processo-civil-sob-curadoria-de-daniel-mitidiero/1341592232>, acesso em 28.11.2023.

23 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 463ss.

24 PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 148-149.

25 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011, pp. 503-515.

26 AUÍLO, Rafael Stefanini. A valoração judicial da prova no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 44-45.

27 MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 115 ss.

28 FLACH, Daïsson. A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 69-71.

29 No Código de Processo Civil de 1973, após a reforma de 1994, a antecipação de tutela pressupunha prova inequívoca, convencimento da verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do art. 273, I daquele derogado diploma.

ramento legislativo³⁰, deixando às claras que o standard deve traduzir algum grau de **probabilidade** (que se obtém no confronto da tese fática, com os elementos de prova, as máximas da experiência, a argumentação lógica e tudo o mais que compõe o raciocínio probatório) e não apenas avaliar se uma tese fática é plausível³¹.

2. COGNIÇÕES

A palavra *cognição* pode ser compreendida sob dois aspectos: ingressivo e estativo³². A linguística ensina que o aspecto ingressivo reflete a mudança de um estado para outro³³, ao passo que o aspecto estativo reflete um estado permanente e estável geralmente alcançado ao fim da atividade. Assim, a cognição pode ser compreendida como a atividade de tomar conhecimento, em que se sai de um estado de ignorância para o de ciência; mas também como a situação resultante daquela atividade, isto é, em que o conhecimento resultante da atividade cognitiva foi estabilizado.

30 O art. 300 do Código de Processo Civil em vigência, prescreve que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desde que não gere perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

31 Como no Brasil, o código de processo civil alemão (*Zivilprozessordnung* – ZPO) não prevê expressamente um nível ou standard de prova. Fala, sim, no § 286, que a decisão deve ser fundada em convicção sobre a verdade ou não verdade de uma dada afirmação de fato. E prevê no § 294 um *Beweismaß* diminuído, que em vez de estabelecer o convencimento sobre a verdade de uma afirmação, satisfar-se-ia com a *Glaubhaftmachung* (algo literalmente traduzível como credibilidade, mas que poderia ser melhor entendido como plausibilidade).

32 BERTUCCI, Roberlei Alves. Uma análise semântica para verbos aspectuais em português brasileiro. São Paulo: FFLCH/USP, 2015, pp. 50, 65 e 96; COMRIE, Bernard. Aspect: an introduction to the study of verbal aspect and related problems. Cambridge: Cambridge University Press, 1976, pp. 19-20 e 33ss; HUYGHE, Richard; JUGNET, Anne. Nominalisations statives et transfert aspectuel: quel héritage sémantique?. Congrès Mondial de Linguistique Française 2010, Estados Unidos, p.1713-1726, 2010; MOURELATOS, Alexander P. D. Linguistics and Philosophy, Vol. 2, No. 3, p. 415-434, 1978, p. 424.

33 Quando digo que “a criança dorme fácil”, referi-me à ação, à mudança do estado acordado para o estado de sono, o que poderia ser igualmente expressado pelo verbo *adormecer*. Naquele exemplo, “dorme” tem aspecto ingressivo. Já quando digo que “a criança dorme muito”, trato de uma situação estável, de quem está e permanece no sono; é o resultado da ação de adormecer, e não a atividade em si. Logo, no segundo exemplo, “dorme” tem um aspecto estativo. Pode se observar esta sutileza nos mais diversos idiomas e palavras (no inglês, *to sit down* tem aspecto ingressivo, de sentar-se, enquanto *to be seated* tem aspecto estativo de estar ou permanecer sentado), o que pode levar a ambiguidades. A nominalização dos verbos pode conservar em sua forma substantivada um resíduo aspectual, que enriquece a semântica, como estudam HUYGHE e JUGNET em HUYGHE, Richard; JUGNET, Anne. Nominalisations statives et transfert aspectuel: quel héritage sémantique?. Congrès Mondial de Linguistique Française 2010, Estados Unidos, p.1713-1726, 2010. Especificamente no campo do direito probatório, por exemplo, é preciso distinguir o “convencimento” enquanto a atividade de fazer alguém passar do estado cético ao de crente, do “convencimento” enquanto estado de estar e permanecer convencido.

A classificação da cognição processual como horizontal ou vertical³⁴, e a subdivisão desta última em sumária e exauriente, trata indubitavelmente da **cognição-atividade**. É no campo da ingressividade que se fala em **módulo (vertical) de cognição**. Assim, o contexto de cognição sumária é um contexto de **atividade interceptada**; onde a normalidade recomendaria todo um *iter* processual com início, meio e fim, com oportunidade de apresentação de teses fáticas e jurídicas, apresentação de provas e argumentos sobre estas, bem como o correspondente contraditório a permitir contestação, com teses defensivas diretas e indiretas, apresentação de contraprovas e argumentos a fundamentar estas e a desqualificar as teses do demandante, haverá casos em que o processo admitirá se decida (precariamente, é verdade) antes de todas as oportunidades ordinárias se exaurirem. É o contexto excepcional, da cognição sumária.

Já o contexto em que se desenvolveu a teoria da redução do “módulo” (*rectius* standard) da prova é o de inesclarecibilidade, ou seja, em que a **cognição-resultado** é rarefeita.

A tutela provisória de urgência é concedida num contexto de cognição rarefeita; a decisão definitiva de mérito com base em standard reduzido (para quem aplica alguma técnica de redução do “módulo” da prova) motivada pela constatação de dificuldade probatória generalizada também pode se dizer concedida num contexto de cognição rarefeita. Atenção, porém, que se trata de registros diferentes para o mesmo vocábulo: no primeiro caso, da tutela provisória de urgência, a rarefação é um qualificador da **cognição-atividade**; no último a rarefação é um qualificador da **cognição-resultado**. Digo mais, a atividade e o resultado são independentes entre si, embora possam se influenciar em alguma medida. Explico.

A cognição sumária (assim entendida a atividade cognitiva que ainda não esgotou todas as **possibilidades** processualmente admissíveis de ordinariamente compor um processo) pode eventualmente ter como resultado um **acervo ou peso probatório** bem grande. Imagine que o autor instrui a petição inicial com atas notariais, com cópia dos autos de um processo de produção antecipada de

34 WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Imprensa: São Paulo, CEBEPEJ, Campinas, SP, Book-seller, 2000, pp. 111-113.

provas de que trata o art. 381, CPC, registros fotográficos, declarações escritas da parte contrária, e um grande volume de outros elementos comprobatórios. Não se pode dizer que a massa probatória é escassa, em que pese o pedido de tutela provisória de urgência estar sendo colocado *in limine litis*. A cognição (atividade) é verticalmente sumária assim mesmo, pois não houve ainda a **oportunidade** de o adversário exercer o contraditório. O desenrolar do processo pode levar a dois cenários diferentes: *a)* os autos virem conclusos para a sentença retratando o mesmo cenário probatório inicial (imagine que o réu não trouxe qualquer contraprova, nem impugnou a autenticidade ou legalidade os meios de prova trazidos com a inicial, nem alegou e muito menos provou fatos impeditivos, modificativos ou desconstitutivos); como pode resultar em *b)* os autos virem conclusos com muito mais elementos de prova (tanto o autor pode ter produzido mais provas ao longo da instrução – perícia, inspeção, oitiva de testemunhas, juntada de documentos novos de que antes não dispunha – quanto o réu pode ter juntado contraprovas, talvez até com maior peso que as provas antigas que eram favoráveis à tese do autor). Em termos de **atividade**, a cognição havida até a sentença foi exauriente, pouco importando que no cenário a cognição-resultado (acervo probatório ou peso probatório) seja rigorosamente a mesma que já estava formada no momento da decisão provisória de urgência, em que a cognição-atividade fora sumária. E o contrário também se observa: os dois cenários de processo conclusos para sentença são de cognição exauriente, porque em ambos foram esgotadas as **oportunidades** de contraditório e ampla defesa, sendo que o **peso probatório resultante** variou só porque nem sempre uma oportunidade dada é bem aproveitada (no cenário *a* o réu nada produziu, já no cenário *b* as partes aproveitaram o contraditório e a ampla defesa de modo mais efetivo).

É claro que o senso comum supõe que o peso probatório segue uma progressividade ao longo do processo, aumentando a quantidade de elementos de prova à medida em que as oportunidades de contraditório e ampla defesa vão se apresentando; mas pode ser ou não, nada determina que assim ocorra. O valor dos elementos de prova pode se alterar, conforme o contexto, quando se pensa por exemplo que, num primeiro momento, o autor traz uma carta em que o réu confessa ter lhe causado um dano; se, depois de oportunizado o contraditório, o

réu não impugna a autenticidade ou a seriedade da declaração, o mesmo elemento de prova cresce em seu valor³⁵, mesmo que nenhum outro meio de prova tenha sido utilizado (a menos que se considere o silêncio do adversário com um novo elemento de prova, o que, em sentido estrito, penso não ser).

A profundidade da cognição foi bem estudada por WATANABE³⁶, MARINONI³⁷, ZAVASKI³⁸, para nomear alguns. O que caracteriza a sumariedade, como apontaram PEIXOTO³⁹ e SCHENK⁴⁰, é a ausência ou mitigação de oportunidade do **contraditório**; eu acrescentaria não só do contraditório, mas de todas as oportunidades processuais de ampla defesa e contraditório. A impossibilidade de que essa espécie de cognição conduza a um juízo de **certeza** não é a sua essência nem sua identidade, mas apenas uma consequência natural de ela se fundar num estado processual (e cognitivo) provisório. Logo, ter um referencial de plausibilidade (ou de verossimilhança, ou outro que seja considerado “reduzido” em comparação com o standard ordinário do processo civil), no caso das decisões definitivas em situações de inesclarecibilidade, não se confunde com a cognição sumária. As deficiências probatórias de um e de outro caso são diferentes.

A observação de CARPES, no sentido de que o juiz poderia julgar *com base na cognição sumária*⁴¹ se verificada a inesclarecibilidade, desconsidera que a essência da cognição sumária é não se ter exaurido a **atividade** cognitiva, e não a insuficiência do **resultado** da cognição. Quando os autos vêm conclu-

35 Quanto apreciado liminarmente, não se tinha a circunstância da aquiescência tácita do réu; havia a possibilidade de ele admitir ou refutar. Já depois do prazo de contestação, o réu pôde contestar e não o fez; agrega-se um dado epistêmico a mais, a despeito dos elementos de prova não terem sido incrementados. Não que o único motivo para o réu não impugnar seja que a carta fosse mesmo séria e autêntica, mas a probabilidade de tal tese aumenta.

36 WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. Imprensa: São Paulo, CEBEPEJ, Campinas, SP, Bookseller, 2000.

37 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

38 ZAVASKI, Teori A. Antecipação da Tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

39 PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 313.

40 SCHENK, Leonardo Faria. Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

41 CARPES, Arthur Thompsen. A prova do nexa de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, versão eletrônica.

tos para sentença, pouco importa se o acervo probatório é ideal (tão rico que permita o julgador aceitar racionalmente como altamente provável que x, ou altamente provável que não-x) ou se é de decepcionante escassez de elementos probatórios (o que, pela doutrina tradicional, legitimaria uma sentença fundada nas regras do ônus, por falta de provas e para não se infringir a proibição do *non liquet*), a **cognição-atividade** já se deu, por completo, com exaurimento, porquanto houve todas as **oportunidades** de contraditório e ampla defesa. Dizer que o resultado rarefeito justificaria modificar o rótulo da atividade cognitiva que lhe precedeu é desconsiderar a realidade das coisas, porque a cognição-atividade **já foi concluída**. Não sofreu qualquer interceptação. E o motivo para defender tal manobra tampouco se sustenta: a insuficiência do resultado não poderia servir de justificativa para rever, rebaixando, o crivo de suficiência. Ora, seria como mudar as regras de um jogo depois de acabada a partida, sob o argumento de o time mais débil não pontuou o suficiente para acessar à fase seguinte do campeonato; se o parâmetro vem a ser estabelecido depois do paragonado, aquele perde sua função de controle.

3. LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS SOB UM CRITÉRIO DE VEROSSIMILHANÇA

Os motivos que legitimam a decisão em contexto de cognição sumária não se confundem com os que poderiam legitimar a decisão definitiva de mérito favoravelmente à parte que, não obstante suportar o ônus da prova, não se desincumbiu de superar o standard ordinário (dito de outro modo, decisão definitiva de mérito fundada não na regra do ônus objetivo, mas na aplicação de um standard rebaixado, de “mera verossimilhança”). Vejamos.

Uma vez que se entende que a profundidade da cognição trata da atividade cognitiva, e não do seu resultado, uma “redução do módulo cognitivo” só poderia significar a amputação de oportunidades de contraditório e ampla defesa, isto é, a restrição (ainda que precária) da atividade. Isto não traria nenhuma vantagem epistêmica para as lides que se inserem num contexto de inesclarecibilidade e que demandam solução meritória definitiva. Nelas se busca justamente o contrário: incentivar uma atividade instrutória eficiente e frutífera, aprimorar o entendimento

e valoração das provas, tudo para se chegar ao ponto de ter um cenário probatório rico o suficiente para permitir uma sentença fundada em provas e não na falta delas (regra do ônus).

No caso, porém, de se chegar ao final do processo com um peso probatório leve, insuficiente para se aceitar como provado que *x* é verdadeiro ou que não-*x* é verdadeiro, abre-se a discussão sobre se cabe reduzir o **standard** de prova. (A discussão sobre tal redução no atual ordenamento jurídico brasileiro é muito maior do que caberia neste artigo. Por ora, apenas consigno que a cognição-atividade e sua fundura não são elementos a se equacionar na resolução deste problema da inesclarecibilidade).

O conhecimento possível através do processo não passa de algum grau de probabilidade, porque a verdade é apenas um norte inatingível. Logo, o *Beweismaß*, enquanto grau de suficiência para uma afirmação fática ser tida como provada, é o mesmo que standard de prova. A escala dentro da qual o standard ordinário ou os eventuais standards especiais (aumentados ou reduzidos, conforme a necessidade específica de distribuição dos riscos) são fixados é uma só. Portanto, retomando o que foi dito acima, o *Beweismaß* sempre cuida do **grau** de probabilidade suficiente; e não do **complemento** da ideia de convicção (como alguns poderiam erroneamente supor que o “módulo” da prova poderia variar entre “módulo de convicção de verdade”, “módulo de cognição de probabilidade” e “módulo de convicção de verossimilhança”, por exemplo). Passa-se que a verdade é intangível; a probabilidade é a substância com a qual o aplicador do Direito consegue dialogar. Essa substância não é binária, mas sim graduável (ao menos comparativamente – mais, menos, muito, pouco, equivalente –, já que quantificá-la com precisão matemática também não é factível), e a verossimilhança está fora da escala, porque de outra natureza, conceito este sim binário (“é verossímil ou não é verossímil”). Quando muito, pode-se admitir que o verossímil tem um mínimo grau de probabilidade, visto que o que aparenta ser verdadeiro (o que tem coerência interna e está de acordo com o que normalmente ocorre, mesmo se tratando de um fato ou evento particular e irrepetível) pelo menos não pode (até prova em contrário) ser tachado de impossível e nem mesmo de improvável. É por isso que o verossímil tem sempre algum grau mínimo de probabilidade; do mesmo

modo que o inverossímil é (até prova em contrário) possível, mas pouco provável. O conceito de verossimilitude não é útil, portanto, para a aferição de suficiência probatória.

A tutela provisória de urgência tem como pressuposto um suporte fático, ligeiramente distinto, do pressuposto da sentença de mérito; para a última, deve se ter como provado o suporte fático da norma de direito material invocada pelo demandante, e sopesar a gravidade de uma errônea sentença definitiva de procedência em contraste com a gravidade de uma errônea sentença definitiva de improcedência. Já para a primeira, por disposição legal, deve se ter como provado que o suposto direito material pretendido é provável e que uma errada denegação da tutela provisória é mais danosa que a efetivação provisória de uma tutela que não procedia.

O CPC não especifica o grau de probabilidade nem para a sentença, nem para a tutela provisória de urgência. Não comporta aqui discorrer sobre as possíveis respostas doutrinárias para tal omissão. Apenas que me filio ao entendimento hoje prevalecente, de que o standard geral cível para a sentença definitiva de mérito é o da probabilidade preponderante. E isto tendo em conta que na generalidade dos casos a equivocada procedência é tão daninha quanto a equivocada improcedência, ficando standard(s) mais rigoroso(s) para casos em que uma das partes corre risco de dano mais intenso que o da outra.

Porém, seguindo a mesma lógica, a probabilidade a que alude o art. 300, CPC, deve ser entendida no mesmo patamar básico, que é o da preponderância. Porque na generalidade dos casos cíveis o risco de uma errônea concessão de tutela provisória é equivalente ao de uma errônea denegação de tutela provisória, ficando ressalvada a previsão de standard(s) especial(ais) para casos em que a gravidade dos possíveis erros não for equivalente. É falsa a ideia de que a tutela provisória de urgência deve necessariamente operar com um standard probatório mais sucinto que o fixado para a respectiva tutela definitiva; via de regra, o standard deve ser o mesmo nos dois momentos processuais. O que se altera é a massa de prova (no sentido de resultado do raciocínio probatório sobre os elementos de prova até então trazidos, iluminados pelos argumentos das partes e pelas regras da experiência, da lógica, da epistemologia).

Por outro lado, a cognição verticalmente profunda ou exauriente não implica necessariamente o atingimento da certeza objetiva (nem da *certidumbre* ou certeza subjetiva). O maior grau de probabilidade dependerá do peso probatório, do acervo amalhado ao final do processo, com a consciência de que é um acervo estável (porque após o esaurimento da cognição não é mais possível inovar probatoriamente dentro daquela relação processual) diferentemente do acervo em sede de cognição sumária.

Só a cognição exauriente permite se trabalhar com a **possibilidade** de uma certeza (*rectius* alta probabilidade), porque um eventual acervo probatório rico (caso assim seja atingido) será também definitivo. Em sede de cognição sumária, em contraste, o acervo probatório (mesmo que excepcionalmente rico) é **potencialmente provisório**, visto que ao longo da posterior complementação do contraditório e da ampla defesa o valor dos elementos de prova pode mudar, bem como serem trazidas contraprovas, alterando a conclusão do raciocínio probatório até então desenvolvido. A consciência de instabilidade do acervo probatório no contexto de cognição sumária é um elemento que, em geral, impede o ato de atingir o reconhecimento de uma alta probabilidade; o teto de probabilidade possível de se atingir na cognição sumária é mais baixo do que o teto na cognição exauriente. E isto, repita-se, nada tem a ver com a riqueza de elementos de prova possíveis de serem reunidos num e noutro contexto, que nada impede circunstancialmente vir a ser total. Apenas o resultado de uma valoração posterior à completa oportunidade de contraditório e ampla defesa é um resultado definitivo; porque não há risco de surgirem provas novas no mesmo processo. Daí tais decisões serem estáveis e as proferidas em sede de cognição sumária não.

CONCLUSÃO

O tanto que se caminhou no entendimento da estrutura da cognição sumária e da legitimidade da decisão, em sede de tutela provisória, não resolve a estrutura da cognição e os limites e legitimidades da tutela em redução do módulo da tutela definitiva e a situação de inesclarecibilidade. Porque aqui (na inesclarecibilidade) o universo é total; com conteúdo rarefeito, infelizmente, porém sem

potencialidade para enriquecimento instrutório. Mergulhou-se até o fundo; viu-se tudo o que havia para ver; viu-se pouco, pois não havia mais. Na cognição sumária, pode-se enxergar muito, mas sabendo que pode ainda haver mais, numa ou noutra direção. Por isto a valoração ao se decidir uma tutela provisória não tem estabilidade.

Cognição é uma palavra ambivalente, pois tanto pode nomear a atividade de passar a conhecer (aspecto ingressivo) quanto o resultado de tal atividade (aspecto estativo). A verticalidade da cognição trata dos limites da atividade, que são limites extrínsecos, de ordem processual (por exemplo, o risco da tardança justifica que se tenha de decidir sobre um tema antes mesmo de se estabelecer o contraditório, ou antes de se esgotar a instrução probatória). A limitação ou escassez enfrentada nas situações de inesclarecibilidade é de outra ordem. Está no conteúdo ou resultado da atividade cognitiva. Não houve regras processuais limitando a atividade. Mas, pela natureza mesma do fato ou da relação objeto da afirmação, o conteúdo da cognição, enquanto resultado da atividade, restou escasso, insuficiente. Não se trata do mesmo fenômeno.

De comum, há um ambiente de deficiência e a necessidade de se decidir mesmo assim. Contudo, num caso, a deficiência é da **atividade** e a necessidade de que se decida é pelo **risco da tardança**. No outro, a deficiência é do **resultado** da atividade (pela natureza dos fatos e das relações controvertidos) e a necessidade de decidir resulta da **proibição do non liquet**.

A limitação vertical da cognição faz com que o universo de meios de prova (diretos e indiretos) seja (ou possa ser) menor do que o total. É um universo parcial. Mas, considerando-se como se aquilo fosse o todo, o julgador valora aquele “todo” parcial e avalia se, até ali, seja por juízo indutivo ou mesmo abdu-tivo (por indícios), o standard pertinente foi alcançado.

Em tese, o exame das provas para tutela provisória não exige um standard diferente do utilizado no mesmo processo, no momento da tutela definitiva. O que acontece (ou pode acontecer) é que, com o aprofundamento da cognição, com a completude da instrução processual, existe a chance de que mais pesos sejam colocados na balança, **em qualquer dos dois pratos**.

Reconhecida tal distinção, caberá à doutrina buscar outros caminhos teóricos para explicar a técnica de redução do módulo da prova no ordenamento brasileiro, justificando sua hipótese de aplicação, limites e legitimidade. O recurso às já aceitas justificativas legitimantes da decisão de tutela provisória, em sede de cognição sumária, não resolve as questões de legitimidade atinentes à redução do módulo da prova; ainda há muito caminho pela frente.

PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: COMO HARMONIZAR JUSTIÇA ABERTA E AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL?

PROTECTION OF PERSONAL DATA AND ELETCRONIC JUDICIAL PROCESS: HOW TO HARMONIZE OPEN JUSTICE AND INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION?

Recebido: 22/03/2024

Aceito: 06/06/2024

José Marcos Lunardelli

Professor do Mestrado Profissional da ENFAM

Doutor e Mestre em Direito Econômico - USP

Desembargador Federal do TRF3

RESUMO: O presente artigo analisa a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – Lei 13.709/2018 – e a transformação digital do Poder Judiciário com a adoção do Processo Judicial Eletrônico, bem como a necessidade de repensar o modelo de ampla publicidade processual e de dados abertos ao público, com a sua compatibilidade com a autodeterminação informacional garantida pelas normas de proteção dos dados pessoais da LGPD.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de Dados – Privacidade -Autodeterminação Informacional - Publicidade Processual – Processo Judicial Eletrônico – Lei 13.709/2018.

ABSTRACT: *This article examines the General Law on Protection of Personal Data (LGPD) - Law No. 13.709/2018 - and the digital transformation of the Judiciary System with the Electronic Law Process, as well as the need to rethink the model of broad process publicity and open data to the public, with its*

compatibility with informational self-determination guaranteed by personal data protection norms of the LGPD.

KEYWORDS: Data protection – Privacy – Informational self-determination – Process publicity - Electronic legal process – Law No. 13.709/2018

INTRODUÇÃO

A sociedade informacional é resultado da revolução provocada pelas inovações no campo da microeletrônica, da computação e das comunicações, que aumentaram exponencialmente a capacidade de processamento de dados ao desmaterializar as formas tradicionais de registro das informações, convertendo-as no formato binário (*bytes*).

Os diversos artefatos eletrônicos e comunicacionais, utilizados nas interações sociais e econômicas, encontram-se tão profundamente integrados na nossa vida que se tornaram praticamente invisíveis, borrando as fronteiras do *on-line* e *off-line*, devido à sua onipresença no dia a dia das pessoas, além de serem o mecanismo central de monitoramento das ações e reações dos indivíduos no mundo digital informacional.

Na sociedade agrícola, a terra era insumo fundamental; na industrial, o carvão e a eletricidade; na era informacional, o vetor de propulsão do mercado são os dados pessoais coletados, principalmente no mundo interconectado da Internet¹. Tais dados são capturados intensamente nos modelos de negócios baseados na oferta de serviços que aparentemente são “gratuitos”, mas, na verdade, revelam-se onerosos, pois sempre demandam em troca deles a cessão de informações dos usuários, as quais são coletadas, armazenadas e, muitas vezes, transferidas a terceiros.²

Essa é a moeda de troca do mundo digital supostamente gracioso que confirma a expectativa de que, nas relações de mercado, não existe almoço grátis. Sempre haveria um *trade off*, ainda que não explícito, pelos agentes econômicos.

1 Castells (2023, p. 124) argumenta que, no atual modelo de organização socioeconômica, “a informação é a sua matéria prima: são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas a informação para agir sobre a tecnologia como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores.”

2 Bom exemplo são os *cookies* que servem para a produção de perfis comportamentais e de consumo com base nos dados capturados. De acordo com Palhares (2020, p.13) “cookies podem armazenar diversas informações sobre os hábitos de utilização da internet dos usuários, desde os links em que foram clicados, os produtos que foram comprados, os termos que foram pesquisados, a região em que vive o usuário, e tantos outros dados valiosos para uma eventual segmentação de publicidade, que vão muito além dos objetivos para os quais foram inicialmente concebidos, de meramente viabilizar algumas funcionalidades específicas.”

É no processo de monitoramento permanente e no rastreamento das pegadas digitais das pessoas que transitam pelos domínios da Internet que frequentemente se extrai o novo combustível da economia informacional (dados pessoais), que impulsiona as atividades especializadas em extrair vantagens econômicas da comercialização de perfis comportamentais utilizados para novos formatos de publicidade personalizada, bem como para fins potencialmente negativos, como as classificações, discriminações e também modalidades perigosas de controle social.

Nesse contexto de vigilância e controle inerente à sociedade informacional a tutela jurídica dos dados pessoais se apresenta como primordial para a promoção dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade das pessoas.

O Judiciário vive um processo de transformação digital com a substituição do modelo tradicional de compilação das informações nos processos judiciais – justiça de papel – pelo registro em documentos eletrônicos com a implantação do Processo Judicial Eletrônico.

Pretende-se neste ensaio refletir sobre a transformação digital da Justiça e a necessidade de buscar um novo equilíbrio entre o modelo de ampla publicidade e de acesso aos autos dos processos judiciais, que historicamente tem orientado a prestação jurisdicional, com a proteção dos dados pessoais expostos nos sistemas de informações processuais, à vista dos valores e interesses albergados na Lei Geral de Proteção de Dados – (Lei 13.709/2018 - LGPD, doravante), a fim de analisar a necessidade de ponderação entre as normas relativas à publicidade processual e as que protegem os dados pessoais.

Para tal desiderato, este trabalho está organizado da seguinte forma: após essa introdução, na primeira seção, faz-se uma sintética revisão das mutações ocorridas no campo da privacidade com a emergência da proteção de dados como direito fundamental à autodeterminação informativa, analisando precedentes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional alemão e do Supremo Tribunal Federal; na segunda, examina-se a racionalidade regulatória da LGPD, bem como a sua aplicabilidade ao Judiciário; na terceira, a transformação digital da Justiça com o Processo Judicial Eletrônico e a busca de harmonização entre a proteção dos dados pessoais e as normas de publicidade processual e encerra-se com algumas considerações finais.

1 DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS

1.1 Mutações no conceito de privacidade

O “direito de ser deixado só” - “*right to be alone*” – ganhou notoriedade, como expressão síntese de certa perspectiva do direito à privacidade, graças à reflexão jurídica de Warren e Brandeis (1890), publicada na *Harvard Law Review*, na qual, eles sustentaram a tese de que constituiriam atos ilícitos certas práticas midiáticas que invadiam os “recintos sagrados da vida privada e doméstica”³ (Warren; Brandeis, 1890). Esse artigo seminal repercutiu intensamente na *common law* e alhures⁴, pois teve o mérito de inovar ao defender uma concepção de direito à privacidade que não derivava do direito de propriedade, mas sim da inviolabilidade da pessoa.

Tal noção de privacidade guiava-se pela exclusão de olhares indesejáveis da esfera privada, repelindo desse espaço quem não fora convidado a nele ingressar, ressaltando a centralidade do sigilo em certos aspectos da vida privada e da intimidade que não deveriam ser revelados sem o consentimento do titular.

A dimensão de escudo contra intromissões indevidas, espécie de liberdade negativa, seria um forte componente dessa visão subjetiva de privacidade, que facultava a cada indivíduo a prerrogativa de “decidir se aquilo que é seu será dado ao público” (Warren; Brandeis, 1890).

O debate sobre o poder do Estado de coletar e armazenar informações pessoais em banco de dados centralizados, com a justificativa de gerir com mais eficiência os serviços públicos, recolocou o tema da privacidade em ribalta, visto que expunha os cidadãos ao risco de controles autoritários propiciados pela ampliação da capacidade de vigilância estatal proporcionados pelas novas tecnológicas computacionais.

3 Conforme explica Zanini (2015, p. 11) não haveria certeza sobre “a motivação de Warren e Brandeis para a publicação do artigo dedicado ao *privacy*. Alguns estudiosos especulam que foi uma resposta ao aumento de sensacionalismo da imprensa em geral. Outros apontam que seria uma reação direta aos abusos cometidos pela imprensa contra a família de Warren, uma das mais influentes na sociedade de Boston do final do século XIX.”.

4 Doneda (2006, p. 138-139) relata que esse artigo jurídico é uma referência frequente em trabalhos sobre privacidade e costuma estar entre os mais citados nos Estados Unidos.

São representativos desse debate nos anos 60 e 70 os dilemas e contradições que envolveram a proposta do *National Data Center*, nos EUA⁵ e também o projeto SAFARI, na França⁶, nos quais se concentrariam dados de identificação dos cidadãos. Os dois projetos não prosperaram, pois devido a temores o uso de tais informações em detrimento da cidadania, além de se entrever riscos ao modelo democrático de Estado em tais empreendimentos, suscitando intensos debates sobre privacidade e direitos individuais.

O desenvolvimento da tecnologia de processamento eletrônico de informações descortinou novos problemas que não eram solucionados no paradigma clássico de privacidade, que se estruturava na lógica da liberdade negativa de exclusão de ingerências externas no campo da vida privada e íntima, pois não contemplava as preocupações com uso abusivo de dados pessoais por agentes públicos ou privados que controlavam bases de dados obscuras e genéricas.

O conceito de privacidade foi redimensionado para conferir maior protagonismo ao cidadão na gestão do fluxo informacional, o qual passou a incorporar a ideia de controle sobre os próprios dados, definindo Westin (1967, p. 7) privacidade como “a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições de determinar por si próprios quando, como e em que medida a informação sobre eles é comunicada a outros”.

Rodotà (2008, p. 93) destacou, como significativo dessa mutação no ideal de privacidade, que a sequência mais relevante estaria no trinômio “pessoa-circulação-controle e não mais pessoa-informação-sigilo, em torno da qual foi construída a clássica noção de privacidade”, sublinhando, ainda, a importância dessa evolução no conceito de privacidade na construção de uma “cidadania eletrônica”

5 Conforme relata Doneda (2006, p.184-185) “por volta de 1965 o *Bureau of Budget*, responsável pelo orçamento americano apresentou uma proposta, aparentemente simples (...): construir uma central única de armazenamento de informações pessoais (*National Data Center*), reunindo informações sobre os cidadãos norte-americanos disponíveis em outros órgãos da administração federal em um único banco de dados”.

6 Também segundo Doneda (2006, p. 190) no início da década de 70 se projetou o “SAFARI – *Système Automatisé pour les Fichiers Administratif et le Répertoire des Individus*, que consistia na transferência dos dados pessoais dos cidadãos franceses nas mãos da administração pública para sistemas informatizados”, a fim de que de cada pessoa fosse “identificada por um número – o seu *Sécurité Sociale* – invariável por toda a vida”. Em consequência desse debate, emergiu a primeira geração de normas protetivas de dados pessoais com enfoque sobretudo na tecnologia de armazenamento como a Lei do *Land* Alemão Hesse (1970); na Suécia, Estatuto para banco de dados 1973 – *Data Legen* 298; *Privacy Act* americano em 1974 (Doneda, 2006, p. 206-207).

que assegurasse a “indispensável da liberdade existencial” e o controle sobre o uso das próprias informações “em qualquer momento em qualquer lugar” como expressão do ‘direito à autodeterminação informativa’ segundo a definição introduzida pela Corte Constitucional alemã.” (Rodotà, 2008, p. 144).

Essa leitura evolucionista do conceito de privacidade para incorporar a autodeterminação informacional é criticada por Bioni (2021), que defende que o melhor enquadramento dogmático do tema relativo à proteção de dados não seria na concepção revista de privacidade, mas sim como uma “espécie nova no rol dos direitos da personalidade”, expandindo, dessa forma, a fronteira desses direitos⁷.

Segundo Bioni (2021), a dialética privada *versus* público, na qual se construiu a concepção tradicional de privacidade como liberdade negativa, não dá conta do dinâmico fenômeno da proteção de dados, cujo elemento determinante é o vínculo dos dados à pessoa humana e a necessidade de prevenção e repressão do uso abusivo deles no processo de circulação das informações na sociedade.

1.2 Autodeterminação informacional no Tribunal Constitucional alemão: Lei do Recenseamento

Para amparar o conjunto de situações subjetivas imbricadas no tratamento de dados pessoais, em 1983, o Tribunal Constitucional alemão desenvolveu o conceito de autodeterminação informacional, como direito fundamental autônomo derivado do direito geral de personalidade⁸, com base em normas da Lei Fundamental, que asseguravam a “dignidade humana” e o ‘livre desenvolvi-

7 Bioni (2021, p. 96) argumenta que: “o direito à proteção de dados deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto dos direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana. Caso contrário, corre-se o risco de ele não se desprender das amarras conceituais e da dinâmica do direito à privacidade e, em última análise, inviabilizar uma normatização própria para regular o fluxo informacional como fator promocional da pessoa humana.”.

8 Consoante explica Mendes (2020, p. 7-9) o Tribunal Constitucional Alemão construiu em diversos casos a jurisprudência relativa ao direito geral de personalidade, como uma norma aberta cuja definição concreta da sua extensão dar-se-ia casuisticamente, prevendo, dessa forma, um direito de liberdade indefinido subsidiário de liberdades específica, o qual protegeria contra os riscos desconhecidos.

mento da personalidade”, ao julgar o caso BVerfGE, 61⁹ (Volkszählung) (Martins, 2016, p. 55-63).

Com base na premissa de que havia uma modificação das condições técnicas de processamento de dados, com a superação dos métodos manuais (fichas e pastas), o Tribunal concluiu que era essencial um escrutínio mais rigoroso dos critérios de tratamento das informações dos cidadãos, pois o valor intrínseco de um dado pessoal não era mais resultado da sua própria natureza, mas das múltiplas combinações que seriam passíveis de realização com o uso da capacidade computacional disponível, declarando que não havia mais “dados insignificantes” no contexto tecnológico atual.

Em face desse cenário era imprescindível intensificar a transparência do processo de tratamento de informações, mormente na realização do censo para o qual se admitem usos multifuncionais dos dados para fins estatísticos, a fim de garantir “que indivíduo não se torne um simples objeto da informação no contexto de levantamento e manipulação automáticos dos dados relativos à sua pessoa” (Martins, 2016, p. 59).

Os cidadãos deveriam ter efetivo conhecimento e liberdade para “determinar, com suficiente segurança, quais informações sobre a sua pessoa são conhecidas em certas áreas do seu meio social”, ressaltando que uma sociedade na qual “os cidadãos não soubessem mais quem, o quê, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles não seriam compatíveis com o direito à autodeterminação na informação” (Martins, 2016, p. 58).

Esse direito à autodeterminação informativa não era garantido irrestritamente, pois o indivíduo não teria um domínio absoluto sobre “seus” dados, visto que as necessidades comunicacionais da vida comunitária justificariam “limitações de seu direito à autodeterminação sobre as informações em favor do interesse geral predominante”, conforme ressalvado pelo Tribunal (Martins, 2016, p. 58).

9 O Tribunal Constitucional Federal alemão julgou parcialmente inconstitucional a “Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho” de 25 de março de 1982, proclamando a nulidade de dispositivos legais que facultavam a transferência dos dados pessoais a outros órgãos e também autorizavam a comparação dos dados coletados com outros registros. Destacou-se que, enquanto não anonimizados, esses dados não poderiam ser transferidos a terceiros.

Segundo Mendes (2020 p.10-13), a autodeterminação informacional não teria por objeto a tutela dos dados *per se* mas a pessoa aos quais eles estão vinculados. Nesse novo tipo de proteção não teria mais relevância perquirir qual o âmbito de proteção (privado ou íntimo) que determinado dado poderia ser incluído, pois todos os dados pessoais se encontrariam amparados juridicamente, visto que são projeções da personalidade humana na sociedade, cujo destino o titular tem o direito de decidir.

A autodeterminação informacional, na forma como elaborada pelo Tribunal Constitucional alemão, transcende a ideia clássica de privacidade, porquanto, em vez de uma abordagem concentrada no sigilo e na dicotomia entre o público e o privado, optou-se por dar “atenção aos possíveis efeitos do processamento de informações para autonomia humana” (Schwartz, 1989, p. 676), pois dados aparentemente irrelevantes poderiam assumir novos significados dependendo do contexto, finalidade e modo de tratamento.

1.3 Proteção de dados na jurisprudência do STF: caso IBGE

O STF também teve a oportunidade de reconhecer a proteção de dados como direito fundamental autônomo. Isso se deu quando o Plenário da Suprema Corte, em 06 e 07 de maio de 2020, referendou Medida Cautelar na ADI 6387-DF¹⁰, onde se discutiu a constitucionalidade da Medida Provisória 954/2020 que previa o compartilhamento de dados pessoais dos usuários dos serviços de telecomunicações (telefones fixos - STFC - e celulares – SMP) com o IBGE – Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (art. 1º - MP 954/2020)¹¹.

10 Também se julgou conjuntamente as ADIs 6.388, 6389, 6.290 e 6.393 que tinham objetos idênticos.

11 Em síntese, a Medida Provisória 954/2020 determinava que se comunicasse ao IBGE, em meio eletrônico, a *relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas* (art. 2º, caput, MP 954/2020). Previa que tais dados seriam utilizados para *produção de estatística oficial, com objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares* (§ 1º, art. 2º, MP 954/2020), durante o período da pandemia da Covid-19. Delegava ao Presidente do IBGE, ouvida a Agência Nacional de Telecomunicações, o estabelecimento do procedimento de disponibilização dos dados, nos prazos estipulados na própria Medida Provisória (§ 2º e 3º, art. 2º MP 954/2020). Estipulava que os dados compartilhados teriam o caráter sigiloso; uso para a finalidade exclusiva de pesquisa estatística e que não seriam utilizados como objeto de certidão ou prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, proibindo a transferência dos dados para entidades públicas ou privadas, prevendo ainda a realização de relatório de impacto à proteção e dados pessoais (art. 3º MP 954/2020).

Com um olhar atento para a realidade tecnológica e a importância dos dados pessoais na sociedade informacional, o STF realizou uma interpretação sistemática das normas constitucionais previstas no artigo 1º, III, (dignidade da pessoa humana); art. 5º, X e XII (tutela da privacidade em sentido amplo); art. 5º, LXXII (habeas data como remédio constitucional para acesso e retificação de informações) e depreendeu a existência de um direito fundamental à proteção de dados que tutela a autodeterminação informacional, como também já havia decidido o Tribunal Constitucional alemão no caso da lei do recenseamento.

Apesar de em diversos momentos do julgamento tenha-se sublinhado o papel crucial das estatísticas para a produção de políticas públicas baseadas em evidências e também a seriedade institucional do IBGE, entendeu-se que havia muitas lacunas regulatórias na Medida Provisória 954/2020, não disciplinava de forma clara e precisa o processo de compartilhamento, visto que trazia uma finalidade muito abstrata – o genérico objetivo de produzir estatística oficial - além de não haver uma relação de proporcionalidade entre os dados necessários para pesquisa (dados amostrais) e a transferência total de informações relativa a milhões de usuários dos serviços de telecomunicações, o que atentava contra o princípio da necessidade em matéria de proteção de dados.

Também maculava o processo a existência de um déficit de regulação nos procedimentos de compartilhamento de dados previstos na Medida Provisória 954/2020, que não disciplinava suficientemente as salvaguardas necessárias às informações compartilhadas, além de se prever uma inversão no modo de elaboração do relatório de impacto à proteção de dados que não seria realizado previamente ao tratamento de dados, a fim de identificar riscos e procurar preveni-los ou mitigá-los, como recomendam as boas práticas de governança de dados e a própria LGPD (Lei 13.709/2018), que não se encontrava ainda vigente, mas no período da *vacatio legis*, o que realçava a situação de fragilidade da arquitetura institucional disponível para a supervisão do processo de compartilhamento de informações.

Em diálogo com a decisão do Tribunal Constitucional alemão, que afirmou o direito à autodeterminação informacional (BVerfGE, 61 - Volkszählung), foi lembrado que, no atual estado da arte da tecnologia de processamento de dados,

não existem mais dados pessoais insignificantes, tendo sido rejeitado o argumento de que seriam simples registros cadastrais não sigilosos que, até há pouco tempo, eram objeto de publicação em listas telefônicas. Desde que fossem dados com aptidão para identificação de pessoas, mereceriam tutela jurídica, pois, adequadamente tratados pelos métodos eletrônicos de processamento, poderiam adquirir outro significado e, se fossem mal utilizados, lesariam direitos da personalidade dos indivíduos.

No voto da Ministra Rosa Weber (ADI 6387-MC-REF/DF, p. 10), restou consignado que “tais informações [nome, números de telefones e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas] relacionadas à **identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural**, configuram **dados pessoais** e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (**art. 5º, caput**), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (**art. 5º, X e XII**). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delimitados pela proteção constitucional.”¹²

Essa confirmação do valor jurídico dos dados pessoais significou uma mudança na lógica de proteção de dados na jurisprudência do STF, pois não se debateu o problema com fundamento no seu enquadramento em alguma categoria especial que justificasse qualquer tipo de sigilo (dados privados ou íntimos), mas com base nos riscos que os usos inadequados de informações pessoais poderiam acarretar aos direitos fundamentais de liberdade, da privacidade e da personalidade.

O reconhecimento do *status* constitucional do direito à proteção de dados por força da compreensão integrada de normas constitucionais pelo STF reper-

12 Ao analisar essa decisão, Mendes (2021, p. 65) anota que “representa uma evolução em relação à jurisprudência anterior do STF”, pois “a interpretação conferida foi a de que qualquer dado que leve à identificação de uma pessoa pode ser usado para a formação de perfis informacionais de grande valia para o mercado e o Estado e, portanto, merece proteção constitucional. Nesse sentido, tem-se maior flexibilidade e abertura dessa tutela constitucional, podendo-se aplicar tal direito fundamental a uma multiplicidade de casos envolvendo a coleta, o processamento ou a transmissão de dados pessoais, em razão de não se ter um conteúdo fixo de garantia, nem limitá-lo apenas às informações pertencentes à esfera privada.

cutiu no próprio legislador constitucional, que emendou o catálogo de direitos fundamentais para incluí-lo no art. 5º, LXXIX, ao prescrever que: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (Emenda Constitucional 115/22).

É indiscutível a autonomia do direito à proteção de dados, cujo objeto de tutela é o dado pessoal de pessoa identificada ou identificável, que pode ser utilizado em alguma espécie de tratamento e, por isso, comporta o risco da má-utilização e danos à personalidade. Como Sublinha Queiroz (2019, p. 19) “ao contrário do direito à privacidade, o direito à proteção de dados não faz, em princípio, um filtro substantivo sobre a qualidade do dado para decidir se ele está ou não em seu escopo: se é dado pessoal, interessa ao direito da proteção de dados pessoais, ainda que não seja sensível à privacidade do titular.”.

1.4 Proteção de dados e a sua dimensão coletiva

Novas estratégias regulatórias foram desenvolvidas, quando se constatou a debilidade do consentimento como ferramenta central para o exercício da autodeterminação informacional, à vista das limitações cognitivas dos indivíduos e também das relações assimétricas de poder existentes na sociedade informacional¹³.

A proteção de dados pessoais não poderia ser concebida tão somente com apoio na perspectiva individualista ou patrimonialista da problemática, mas sim dentro da sua dimensão coletiva, na qual se expressam, segundo Doneda (2006, p. 144), “complexos interesses, tanto do titular quanto da coletividade que pode dar origem a poderes bem como a deveres, obrigações, ônus aos envolvidos”, que deveriam regular processualmente o fluxo controlado das informações.

Essa tutela dinâmica acompanharia os dados pessoais em toda a sua trajetória, pois a autodeterminação informacional não se exauria na autogestão do

13 Refletindo sobre os altos custos sociais e econômicos inerentes ao exercício consciente do consentimento, os quais muitas vezes poderiam excluir as pessoas do acesso a bens e serviços, Doneda (2006, p.212) sublinha que “a autodeterminação informativa, portanto, continuava sendo o privilégio de uma minoria que decidia enfrentar tais custos”.

consentimento¹⁴, exigindo, dessa forma, um arcabouço regulatório mais efetivo que governasse o tratamento de dados em múltiplos espaços (públicos e privados), tendo em vista o valor social dos dados pessoais.

Era necessária uma infraestrutura institucional e legal que contemplasse os múltiplos riscos inerentes à circulação de dados pessoais, os quais repercutem na projeção social e relacional do indivíduo na sociedade cada vez mais digitalizada, podendo afetar a sua identidade e, por conseguinte, o livre desenvolvimento da personalidade.

É nesse âmbito de disciplina holística dos dados pessoais como um bem comum que se insere a LGPD¹⁵. Na próxima seção, analisar-se-á este estatuto normativo¹⁶, a fim de examinar alguns institutos que se relacionam com a transformação digital do Judiciário, bem como seu o impacto na publicidade das informações processuais.

2 PROTEÇÃO DE DADOS NA LGPD

2.1 Racionalidade regulatória

A Lei 13.709/2018 (LGPD) disciplinou a proteção de dados de maneira horizontal, abrangendo todos os atores (pessoas naturais ou pessoas jurídicas de

14 Para uma crítica à sobrecarga posta sobre o consentimento individual como mecanismo central para autogestão do processo de proteção de dados, ver Solove (2013).

15 Mesmo antes do advento da LGPD, os dados pessoais eram objetos de normatização setorial em questões específicas do ordenamento jurídico. Em âmbito constitucional, havia preceitos relativos ao direito à vida privada e à vida íntima (art. 5º, X) e ao sigilo das comunicações (art. 5º, XII) ao habeas data que tinha por escopo garantir o acesso às informações e a possibilidade de retificações de incorreções. No plano infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) também trouxe normas sobre o cadastro de consumidores (acesso, comunicação, correção e delimitação temporal); a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011) viabilizou um microssistema de tratamento de dados de adimplimentos para a constituição de perfis de créditos; a Lei de Acesso às Informações (Lei 12.527/11) assegurou maior transparência da administração pública; o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) que também se preocupou com a privacidade e a proteção de dados dos usuários da Internet, ainda que maneira tópica. Em todos esses diplomas normativos especiais, o tema era regulado de forma fragmentada e restrita, carecendo de organicidade e coerência, o que gerava muita insegurança jurídica. O desafio hermenêutico hodierno é buscar o diálogo e complementaridade entre essas regulações especiais e a LGPD.

16 Não se faz uma análise exauriente desse microssistema normativo, o que estaria fora do escopo desse trabalho, mas tão somente de determinados temas que explicitam a racionalidade regulatória dos dados pessoais na LGPD.

direito público ou privado)¹⁷ envolvidos no processo de tratamento¹⁸ de dados pessoais, fixando direitos, deveres e ônus de cada um, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Com base nos pressupostos de que, na sociedade informacional, não há dados pessoais irrelevantes e que o tratamento deles constitui atividade de risco à representação da pessoa na sociedade, a LGPD estruturou um modelo de regulação *ex ante* para proteção de dados pessoais, visando à segurança jurídica e à regulamentação do fluxo informacional em todo o seu ciclo (da coleta à eliminação), fixando os direitos e obrigações dos diversos atores públicos e privados que interagem, direta ou indiretamente, no processo de tráfico de dados.

O regime jurídico das informações pessoais tem por alicerce valores ancorados em normas constitucionais, que devem orientar a interpretação e aplicação harmônica dos institutos da LGPD, tais como: i. respeito à privacidade; ii. autodeterminação informativa; iii. liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; iv. inviolabilidade da intimidade, da honra, e da imagem; v. desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor; vi. os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Para que haja conformidade ao modelo previamente desenhado pelo legislador, o tratamento de dados só poderá ser realizado lícitamente, caso esteja subsumido às hipóteses descritas na lei. Os casos de tratamento de dados estão

17 A LGPD circunscreveu a sua incidência a qualquer operação de tratamento de dados pessoais, independente do meio (físico ou digital), realizada no território nacional; bem como quando houver oferta, fornecimento de bens a indivíduos no Brasil ou quando os dados pessoais forem coletados no Brasil, independente do país sede da empresa, ou da nacionalidade das titulares. As exceções à aplicação da lei são restritas e declinadas no artigo 4º da LGPD, que excluiu: i. tratamento realizado por pessoas naturais para fins particulares e não econômicos; ii. atividades jornalísticas, artísticas ou acadêmicas; iii. realizados para fins de: segurança nacional; defesa nacional; segurança do estado ou atividades de investigação e repressão penais; iv) dados provenientes de fora do território nacional e que: não sejam tratados no Brasil; o país de origem proporcione grau adequado de proteção de dados.

18 A LGPD definiu: “Tratamento: 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, controle, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.” (Art. 5º, XII, Lei 13.709/2018).

elencados na LGPD no art. 7º (dados pessoais)¹⁹; art. 11 (dados pessoais sensíveis)²⁰; artigo 23 (tratamento de dados pelo Poder Público)²¹. Não há nenhuma hierarquia entre as diversas bases normativas, cabendo, apenas, a identificação da mais adequada para dar lastro ao processo de tratamento em cada situação concreta, tendo em vista as características específicas dos dados e as finalidades perseguidas no tratamento.

A LGPD não se fundamenta em uma lógica de restrição ou obstrução à circulação das informações, tanto que contempla um rol extenso e diversificado de bases legais, no qual a competência para iniciar certo processamento de dados pessoais foi atribuída aos agentes de tratamentos²², que podem exercê-las, prescindindo do consentimento do titular, ao qual, contudo, reserva-se o direito de oposição²³, no caso de descumprimento dos critérios normativos estatuídos na lei.

19 O art. 7º da LGPD elenca como hipóteses de tratamento de dados pessoais: i) o consentimento informado do titular; ii) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; iii) pela administração pública, para execução de políticas públicas previstas em lei e regulamento ou respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; iv) realização de estudos por órgão de pesquisa; v) a execução de contrato ou de procedimentos contratuais preliminares; vi) o exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral; vii) a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; viii) a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ix) para atendimento de interesses legítimos do controlador ou de terceiros; x) para a proteção do crédito.

20 O art. 11 da LGPD indica como bases de tratamento de dados pessoais sensíveis: i) o consentimento específico e destacado do titular; ii) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; iii) pela administração pública, para execução de políticas públicas previstas em lei e regulamento; iv) realização de estudos por órgão de pesquisa; v) o exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral; vii) a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; viii) a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ix) garantia da prevenção da fraude e segurança do titular.

21 O art. 23 da LGPD prevê o tratamento de dados pessoais pela pessoa jurídica de direito público para o atendimento de sua finalidade pública, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as suas atribuições constitucionais e legais do serviço público.

22 Conforme a nomenclatura da LGPD, são agentes de tratamento de dados: i. Controlador e o ii. Operador. O *controlador* é quem toma as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, exercendo as competências que legislação lhe confere; ao passo que o *operador* atua como espécie de mandatário do controlador pois realiza o tratamento de dados pessoais em nome dele, de acordo com instruções que lhe forem dadas.

23 O § 2º do art. 18 da LGPD dispõe que: “o titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta lei.”.

2.2 Princípios da proteção de dados

O arranjo regulatório da LGPD está estruturado em mandamentos nucleares que organizam axiologicamente a atividade de tratamento de dados, com base na boa-fé objetiva e, por conseguinte, nos deveres de lealdade e cooperação, bem como nos seguintes princípios: i) finalidade; ii) adequação; iii) necessidade; iv) livre acesso; v) qualidade dos dados; vi) transparência; vii) segurança; viii) prevenção; ix) não discriminação e x) responsabilidade e prestação de contas.

Essas normas fundamentais do sistema de proteção de dados prescrevem práticas informacionais equitativas que devem conformar a aplicação do plexo de direitos, deveres e ônus incidentes sobre o fluxo de dados pessoais.

O *princípio da finalidade* tem importância capital no tratamento de dados ao condicionar a licitude dessa atividade à indicação explícita dos propósitos legítimos e específicos do tratamento, que deverão ser previamente informados com clareza ao titular, vedando tratamento posterior incompatível com o individualizado no momento da coleta.

A definição de um propósito legítimo e específico para o tratamento de dados é fundamental para a identificação dos dados que serão necessários à atividade que será desenvolvida, bem como para avaliar a compatibilidade de eventuais usos secundários dos dados com a finalidade originariamente indicada.

A LGPD admite os usos secundários de dados apenas quando houver compatibilidade do tratamento posterior com o propósito legítimo declinado inicialmente pelo controlador. Os possíveis usos congruentes com finalidade originária dependerão de uma análise contextual que pondere de forma justa, tanto a relação fático-jurídica existente entre os atores do processo de tratamento, como também as legítimas expectativas do titular.

Embora a noção de compatibilidade de usos comporte em abstrato certo grau de indeterminação, a base fática da operação e a finalidade inicial são critérios de contenção da discricionariedade do controlador, o qual tem o ônus argumentativo de justificar e prestar contas de maneira transparente do tratamento posterior realizado.

O *princípio da adequação* busca controlar a pertinência do tratamento com as finalidades informadas ao titular em determinado contexto. Para que o controle de adequação seja factível é imprescindível que a finalidade esteja articulada com precisão, e não de maneira genérica, pois pretende-se aferir a correlação entre os dados coletados e o objetivo perseguido. Se não houver congruência lógica nessa relação de meios e fins, não haverá legitimidade na operação de tratamento.

O *princípio da necessidade* limita o tratamento ao mínimo necessário para a realização dos propósitos legítimos declinados. O objetivo desse princípio é restringir a ação intrusiva do controlador ao menor grau possível na coleta de dados, reduzindo-a ao indispensável para o cumprimento da finalidade.

Delimitar qual a quantidade e qualidade de dados que são requeridas para o atendimento de determinado propósito demanda um juízo comparativo dentre os meios disponíveis, para se eleger qual atinge o fim almejado de modo menos oneroso para os direitos fundamentais do titular. Essa redução do tratamento ao mínimo necessário também contribui para mitigar os riscos de danos na hipótese de incidentes de segurança.

O *princípio do livre acesso* assegura aos titulares a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e duração de tratamento, bem como à integridade de seus dados pessoais.

O *princípio da qualidade dos dados* tem por escopo preservar a exatidão, clareza, relevância e a atualização dos dados, assegurando que a identidade do titular reflita-se fielmente na correção dos dados coletados e armazenados, facultando-se a retificação de incorreções eventualmente existentes.

O *princípio da transparência* tem por escopo garantir informações claras, precisas e facilmente acessíveis aos titulares sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, preservados os segredos comercial e industrial.

Para que a autodeterminação informacional possa ser exercitada na sua plenitude pelo titular dos dados, a disponibilização ativa de informações é imperiosa, sobretudo nas hipóteses em que o tratamento se realiza sem o consentimento, para

que o titular possa manifestar sua oposição, caso não concorde ou não se observe o regime jurídico adequado.

O *princípio da segurança* prescreve a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados ou situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.

O *princípio da prevenção* tem como objeto o risco presente no tratamento de dados e busca a implementação de salvaguardas ou precauções que previnam a ocorrência de danos ou mitigue os seus efeitos no caso de incidentes de segurança.

O *princípio da não discriminação* prescreve a interdição do tratamento de dados com fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, visto que, em muitas situações, classificações e segmentações, com base no tratamento de dados, são justificáveis e necessárias para execução de políticas públicas destinadas a corrigir desigualdades sociais com foco nos grupos sociais desfavorecidos.

Para prevenir o risco de discriminações ilícitas ou abusivas, tutelam-se, com medidas precaucionárias mais restritas, os dados pessoais qualificados como sensíveis por serem mais suscetíveis de utilização abusiva com prejuízo à isonomia.

O *princípio da responsabilização e prestação de contas* preceitua o dever de demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas na prevenção e mitigação de riscos ou reparação de danos.

Como os agentes de tratamento tomam decisões no procedimento de circulação das informações, interpretando e aplicando conceitos jurídicos indeterminados, são-lhes impostos deveres de prestar contas, explicitando as escolhas realizadas, que afetam os direitos fundamentais dos titulares (*accountability*)²⁴.

24 Para um exame do princípio da *accountability* na regulação e proteção de dados, ver Bioni (2022).

2.3 Dados pessoais

A LGPD definiu *dado pessoal* como a informação²⁵ relacionada à pessoa identificada ou identificável (art. 5º, inc. II), adotando um conceito amplo ao utilizar o vocábulo “identificável”. Trata-se de um conceito central, pois é o elemento de conexão que atrai a aplicação do regime jurídico de proteção de dados para uma situação concreta.

Por *pessoa “identificada”* entende-se a situação em que há a vinculação de determinado elemento de identificação com o indivíduo de forma direta, como o próprio nome ou atributos biográficos numéricos únicos (número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física – CPF) etc.

Já *pessoa “identificável”* comporta um incalculável número de elementos que, uma vez processados e associados, permitem a identificação de determinado indivíduo.

O dado referível à pessoa humana viva com aptidão para individualizá-la, direta ou indiretamente, qualifica-se como dado pessoal. O legislador, ao mencionar pessoa natural “identificável” ao lado das identificadas, adotou um conceito de grande latitude para expandir ao maior grau a aplicabilidade da tutela jurídica aos dados relacionados às pessoas, assegurando aos indivíduos a participação no processo de circulação de informações que lhes dizem respeito²⁶.

2.4 Danos anonimizados

Em contraste com os dados pessoais, a LGPD também alude aos *dados anônimos*, isto é, os dados pessoais que passaram por processo técnico que os

25 A legislação menciona dado e informação de maneira sobreposta, embora a rigor haja uma distinção entre eles que se costuma fazer no campo das normas técnicas computacionais. O dado seria uma informação em potencial que pode converter-se em informação (Waks, 1989, p. 25 *apud* Doneda, 2006), estando “associado a uma espécie de ‘pré-informação’ anterior à interpretação e ao processo de elaboração” (Doneda, p. 2006, 152). Dados seriam signos representativos de certos fatos que, uma vez processados ou interpretados, transformam-se em informações. Contudo, o legislador e a literatura mencionam amiúde os dois termos com significações próximas ou sinônimas.

26 Como preleciona Bioni (2021, p.65) “proteção dos dados pessoais, como um novo direito da personalidade, dirige-se a todo e qualquer dado em que se denote o *prolongamento* de um sujeito. Dados pessoais não se limitam, portanto, a um tipo de projeção *imediate*, mas, também, a um referencial *mediato* que pode ter *ingerência* na esfera de uma pessoa.

desvincularam de determinada pessoa ao qual estavam originariamente relacionados. Trata-se da anonimização que se define como a “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo (art. 5º, inc, XI, Lei 13.709/2018).

A LGPD preceituou que os dados anonimizados estão excluídos do seu campo de incidência, salvo se o processo de anonimização puder ser revertido com esforços razoáveis ou com meios próprios do controlador. A resiliência do processo de anonimização depende da aferição, em determinado contexto, do que seja “esforço razoável”, o qual deve ser avaliado em consonância com o estado da arte da tecnologia requerida para a engenharia reversa, considerando o custo e tempo empregados para a execução da atividade (Bioni, 2021, p. 61-72).

2.5 Dados pseudoanonimizados

Entre os dados pessoais e os anônimos, a LGPD faz alusão também à categoria dos *dados pseudoanonimizados*, que corresponde ao dado tratado que perdeu a possibilidade de associação a um indivíduo, senão pelo uso de informação suplementar, custodiada apartadamente pelo controlador em ambiente seguro e restrito.

Trata-se de uma técnica de anonimização de reversão factível, a qualquer momento, com o uso de informações adicionais, que são guardadas separadamente pelo agente de tratamento, razão pela qual os dados pseudoanonimizados mantêm a condição de dado pessoal, pois a reidentificação do indivíduo é facilmente realizada pelo controlador. Esse mascaramento ou ocultação de identificadores tem o condão de mitigar riscos na atividade de tratamento de dados, sobretudo na hipótese de incidentes de segurança²⁷.

27 A LGPD prescreve que, sempre que for possível, os dados utilizados em pesquisa deverão ser objeto de anonimização ou pseudoanonimização (arts. 7º, IV; 11, II, “c”, 12 e 16).

2.6 Dados sensíveis

Na sociedade informacional, um dos grandes desafios enfrentados pela tutela jurídica dos dados pessoais é o fenômeno da “datificação” (representação em *bits* da vida de uma pessoa), que pode dar azo a uma “biografia digital” (Solove, 2004, p. 44) distorcida pelo uso inapropriado de dados pessoais (perfil digital incongruente com a identidade real da própria pessoa), afetando o livre exercício de liberdades fundamentais ou o usufruto de oportunidades sociais em detrimento da igualdade, por conta de classificações estereotipadas ou práticas discriminatórias.

Ciente desse risco, o legislador destinou peculiar atenção para uma categoria especial de dados, qualificada como *dados sensíveis*, cujas informações revelam a 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.

Esses dados são tratados com maior rigor e protegidos por salvaguardas adicionais, especialmente com monitoramento mais restrito da sua circulação²⁸ ou a proibição de compartilhamento em certas circunstâncias²⁹, pois podem dar margem a discriminações e estigmatizações, em detrimento do direito à isonomia. Requer consentimento específico e destacado do titular, bem como as bases legais para tratamento são mais restritivas do que os dados pessoais triviais.

O critério para a seleção dos dados sensíveis não seria apenas a possibilidade de revelar fatos relacionados à intimidade da pessoa, mas principalmente o risco de discriminações abusivas que cerceiem o campo de escolhas dos indiví-

28 De acordo com o art. 11, § 3º da LGPD, Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderá vedar ou regulamentar a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica.

29 A LGPD proibiu a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto em hipóteses restritas em benefício do titular (art. 11, § 4º); bem como também expressamente vedou às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários” (art. 11, § 5º).

duos. Como sublinha Doneda (2006, p. 162) “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se faz pode sê-lo”. Por isso, é preciso estar atento à natureza mutante dos dados pessoais decorrente de aplicação de tecnologias de extração e análise, que pode convertê-los de dados pessoais triviais para sensíveis, conforme o estado da arte da tecnologia de processamento de informações em determinada época.

2.7 Dados públicos e dados manifestamente públicos

A LGPD regulou os *dados pessoais, cujo acesso é público*³⁰; bem como os *dados tornados manifestamente públicos pelo titular*³¹. Nas duas hipóteses os dados pessoais encontram-se disponíveis ao público. O que as distingue é a forma como foram divulgados. Na primeira, os dados pessoais foram expostos ao público por terceiros com base em normas jurídicas que impuseram tal publicidade³². Na segunda, a decisão de tornar público é do próprio titular (publicações em redes sociais de perfil aberto).

O fato de os dados pessoais encontrarem-se abertos ao público não significa que se converteram em *res nullius*, isto é, coisa de ninguém que pode ser apropriada e utilizada à revelia dos direitos do seu titular. Ao contrário, tais dados continuam vinculados à pessoa natural de quem são emanações e o processamento posterior deles para novas finalidades só será possível, desde que sejam observados propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento, preservados os direitos do titular, os fundamentos e os princípios da LGPD.

Se não houver base legal para o tratamento posterior com amparo na LGPD, constitui ilicitude o processamento deles com base no singelo argumento de que são de acesso público, pois é importante avaliar a finalidade, a boa-fé e eventual

30 Art. 7º, § 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

31 Art. 7º, § 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.

32 O princípio constitucional da publicidade determina a divulgação de informações de interesse público pelo Estado, o que pode levar a circulação pública de dados pessoais de indivíduos que se relacionam com órgãos da administração em situações que tal transparência é necessária para o controle social.

interesse público que justificaram a divulgação dos dados pessoais, bem como as legítimas expectativas do titular, considerando o contexto no qual se deu a divulgação dos dados.

A LGPD não disciplina os dados pessoais com base na dicotomia entre o público o privado, que reservava proteção apenas para dados pessoais privados confidenciais, que se encontravam no campo da privacidade. Essa não é a racionalidade da lei, que considera passível de amparo qualquer tipo de dado pessoal, pois todos são relevantes (Bioni, 2021, p. 267).

Essa tutela se vê confirmada no caso dos dados pessoais que se acham disponíveis ao público, pois a reutilização deles, segundo Bioni (2021, p. 267), “deve levar em consideração o contexto pelo qual tais dados são publicamente acessíveis”. Eventual compatibilidade de tratamento posterior exigirá uma análise contextual para saber por que houve publicização da informação, o que calibrará os possíveis (re)usos que dela podem ser feitos” (Bioni, 2021, p. 68).

2.8 Tratamento de dados e atividade jurisdicional

A LGPD alcança as atividades desenvolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário (Tribunais), que realizam o tratamento de dados pessoais, exercendo a função de controlador, em nome da pessoa jurídica de direito público ao qual estiverem vinculados³³, pois são responsáveis pelas principais decisões relativas ao tratamento de dados pessoais na execução das suas atividades ou realizadas por terceiros (operadores), segundo suas instruções.

O tratamento de dados pessoais pelo Judiciário ocorre tanto na atividade-meio³⁴ como na atividade-fim, realizando-o, na maior parte dos casos, indepen-

33 Os tribunais federais atuam em nome da União, ao passo que os tribunais estaduais em nome do Estado que exercer a atividade jurisdicional.

34 Também para gestão da atividade-meio, que dá suporte às atividades jurisdicionais, haverá a obrigação de processar dados pessoais de magistrados, servidores e colaboradores, incluindo empregados de empresas terceirizadas e estagiários, pensionistas e dependentes de servidores, visitantes das dependências do Tribunal. Em suma, há uma variada gama de relações jurídicas imprescindíveis para o funcionamento do sistema de justiça para qual o tratamento de dados será exigido, seja para o cumprimento de obrigações legais e regulatórias, seja para execução de contratos com prestadores de serviços.

dentemente do consentimento do titular. A prestação dos serviços jurisdicionais de resolução de conflitos, prevista na Constituição e legislação processual, implica necessariamente o tratamento de dados pessoais das partes, advogados, magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, auxiliares e colaboradores da Justiça, além de eventuais operadores do direito que atuem em processos judiciais físicos ou eletrônicos.

Para o exercício de sua competência jurisdicional e administrativa, os órgãos do Judiciário poderão coletar, armazenar e usar determinadas categorias de informações pessoais, tais como: dados de identificação pessoal e contato; informações de login; dados financeiros; registros de vídeo, imagem e voz. Também, poderão ser tratados dados pessoais sensíveis, como os dados biométricos; dados referentes à saúde; dados que revelam filiação a sindicato; dados relacionados à origem racial ou étnica; entre outros que podem ser expostos em processos judiciais ou administrativos.

A base legal para processamento de dados na atividade-fim do Judiciário encontra-se no artigo 23 da LGDP, que prevê a possibilidade de tratamento de dados pelas pessoas jurídicas de direito público para desincumbir-se das missões constitucionais e cumprir atribuições legais de serviço público que lhe foram impostas pelo ordenamento jurídico.

Esse tratamento de dados por pessoas jurídicas de direito público está condicionado, de acordo com o inciso I do art. 23 da LGPD, a um dever de transparência ativa com a divulgação de informações claras e atualizadas, preferencialmente em seus sítios eletrônicos, relativas às hipóteses e às finalidades nas quais se realizam o tratamento de dados pessoais no exercício de suas competências institucionais.

O princípio da publicidade dos atos processuais impõe também o dever de tornar públicos alguns dados pessoais no âmbito do processo judicial eletrônico. Na próxima seção será analisada a necessidade de balancear as normas relativas a publicidade processual e a proteção de dados pessoais.

3. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E PROTEÇÃO DE DADOS

3.1 Princípio da publicidade na Administração Pública

O princípio da publicidade encontra-se previsto na Constituição no artigo 37 como norma estruturante da Administração Pública e como um dos pilares do estado democrático de direito e da concepção republicana de poder. Em uma República, todo poder jurídico-político deriva da soberania popular. Esse poder pode ser exercido diretamente pelos cidadãos, por meio dos mecanismos da democracia direta, ou, indiretamente, por meio dos representantes que são eleitos para gestão da coisa pública, quer no legislativo, quer no Executivo.

O exercício do poder de modo transparente, instrumentalizado pela publicidade, é fundamental ao regime democrático pois, segundo Bobbio, a “*res pública* não apenas no sentido próprio da palavra, mas também no sentido de exposto ao público exige que o poder seja visível” (Bobbio, 1999, p. 31), permitindo o controle social da atividade estatal.

Complementado o princípio constitucional da publicidade, há normas constitucionais que garantem aos cidadãos o acesso a “registro administrativos e a informações sobre os atos de governo” (art. 37, II), bem como o direito de receber do Estado informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. A regra, portanto, é a visibilidade da atividade pública, admitindo-se o sigilo apenas quando seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF) ou proteção da privacidade dos cidadãos (art. 5º, X e XII, CF).

Esse dever do Estado de atuar para garantir o direito fundamental de acesso à informação encontra-se regulamentado na Lei 12.527/2011 que determina: i) publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; ii) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; iii) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; iv) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; v) desenvolvimento do controle social da administração pública.

Busca essa legislação viabilizar uma cidadania participativa que interaja com a Administração Pública com base em informações de qualidade que devem ser franqueadas ativamente como meio de assegurar a cultura de transparência pública que reduza a assimetria informacional entre os administrados e o poder público³⁵.

O dever de publicar nos órgãos oficiais de divulgação (Diário Oficial) as leis, atos e decisões administrativas que afetam a esfera de direitos de terceiros também se relaciona com a ideia de publicidade, como obrigação procedimental indispensável para a validade e eficácia de tais atos. Este tipo de publicidade tem o escopo de gerar a presunção absoluta de que seus destinatários conhecem tais atos estatais, não podendo arguir a sua ignorância para escusar-se do seu cumprimento.

3.2 Publicidade processual na atividade jurisdicional

A atividade jurisdicional também se encontra sujeita a deveres especiais de publicidade. Embora a magistratura não seja eleita, ela exerce, em nome do povo, parcela do poder do Estado na resolução de litígios, devendo atuar com independência e imparcialidade na aplicação da lei.

O exercício dessa função pública de forma íntegra e isenta também deve ser realizado com transparência para que a sociedade possa exercer democraticamente a fiscalização e o controle externo e difuso, vedando-se, assim, a opacidade institucional que gera desconfiância sobre legitimidade das atividades da magistratura³⁶.

35 Na doutrina distingue-se o princípio da publicidade do princípio da transparência que muitas vezes são tratados como sinônimos (Arruda, 2020; Martins Junior, 2010). Embora tais princípios (publicidade e transparência) possuam pontos comuns, o princípio da transparência condessaria outros valores, além da visibilidade do poder público, ao postular uma governança com a participação informada dos administrados (consultas e audiências públicas), bem como um dever ativo de prestar contas (*accountability*), com a devida motivação das decisões administrativas. Como explica Galetta (2018, p.141) “la transparencia es ciertamente un concepto multipropósito y de contenido indefinido. Como ya se ha señalado, la transparencia no se agota con el derecho de acceso a la información pública y no se acaba con el cumplimiento de este derecho. Hay otros instrumentos esenciales en este sentido, como confirma un análisis de derecho comparado: se trata, em particular, de la participación en los procedimientos y de la obligación de motivación de los actos públicos.”

36 Conforme preleciona Greco (2002, p. 41), “a publicidade dos atos processuais é uma das mais importantes garantias do processo democrático, pois é o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento

Além de a publicidade processual ter a função de conferir visibilidade, fomentando o controle social das ações do Poder Judiciário (publicidade externa), ela também cumpre, no interior do processo (publicidade interna), a finalidade de garantir o desenvolvimento justo e equitativo dessa atividade ao dar ciência às partes dos atos e fatos processuais, bem como das decisões proferidas, conforme exige o princípio do contraditório e do devido processo legal³⁷.

A regra é a publicidade processual ampla da atividade jurisdicional, que não se limita à presença nos julgamentos ou divulgação das decisões, mas abrange o acesso integral ao conteúdo do processo, sendo a exceção o sigilo. No julgamento da ADI 4414/AL, o Supremo Tribunal decidiu que “a publicidade assegurada constitucionalmente (art. 5º, LX, e 93, IX, da CRFB) alcança os autos do processo, e não somente as sessões e audiências, razão pela qual padece de inconstitucionalidade a disposição normativa que determine abstratamente o segredo de justiça em todos os processos em curso perante a Vara Criminal. ” .

3.3 Restrições à publicidade processual

Conquanto a publicidade processual seja um valor necessário para o desenvolvimento de um processo justo, ela não é absoluta, tendo sido conferido ao legislador a faculdade de restringi-la, quando a *defesa da intimidade* ou *interesse social* relevante justificar tal medida, que deve ser sopesada com o *interesse público à informação*, além de se permitir que se limite a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.³⁸

dos seus deveres e no respeito à dignidade humana e aos direitos das partes. Por isso, dela depende a credibilidade e a confiança que a sociedade deve depositar na Justiça. *Justice is not only to be done, but to be seen to be done*. Toda vez em que ela é suprimida através do segredo de justiça, fica sob suspeita a exação do juiz.”.

37 De acordo com art. 93, IX, da CF, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

38 A legislação processual penal contempla no artigo 217 do CPP a possibilidade de retirada do réu da sala de audiência, quando o juiz verificar que a presença dele no ato poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando a veracidade do depoimento. Em tal situação, a inquirição será realizada, com a presença do seu defensor, caso ela não possa ser realizada por videoconferência.

Essas situações excepcionais de sigilo encontram-se discriminadas especialmente na legislação processual civil e penal. Trata-se de matéria submetida ao princípio da reserva legal e de jurisdição.

O legislador adota dois critérios na legislação processual civil para delimitar as exceções à regra de que atos processuais são públicos. Ora define objetivamente os processos que tramitam sob segredo de justiça (segredo *ope legis*)³⁹, com base na natureza do litígio tratado neles; ora atribui ao magistrado (segredo *ope judicis*)⁴⁰ a competência para, motivadamente, decidir pela imposição de sigilo, a fim de resguardar a intimidade das partes ou interesses gerais da coletividade, comportando em tais situações a ponderação entre bens e valores colidentes (interesse público à informação *versus* proteção da intimidade), com amparo no princípio da proporcionalidade, garantindo, todavia, em qualquer caso a presença das partes e dos seus advogados.

Esse modelo de publicidade processual ampla foi projetado pelo legislador para uma realidade processual em que os registros das informações processuais ocorriam em autos cartáceos – físicos – cujo conhecimento integral do seu conteúdo requeria o deslocamento dos interessados às unidades judiciais.

Segundo Cueva (2019, p. 138), esse fenômeno restou conhecido como “obscuridade prática dos documentos de papel”, visto que o acesso aos dados processuais era custoso e demorado. Porém, tal cenário modificou-se radicalmente com a implantação do processo judicial eletrônico que centraliza em um único banco de dados todas as informações processuais dos litigantes e litígios em determinado tribunal.

O § 1º do artigo 792 do CPP também prevê hipótese de restrição de acesso, se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

39 O artigo 189, II e IV do CPC prevê que tramitam em segredo de justiça os processos que i) versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; ii) versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

40 Também prevê o art. 189 do CPC, incisos I e III a possibilidade de o segredo de justiça ser casuisticamente decretado nos casos i) em que o exija o interesse público ou social; ii) em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade. Porém, a decisão que determina o segredo de justiça deve ser adequadamente motivada, com fundamento em circunstâncias especiais claramente identificadas e estritamente necessárias.

3.4 Processo judicial eletrônico: dados abertos e autodeterminação informacional

A mudança do modo de compilação de informações processuais do processo físico em papel para os autos eletrônicos tem como marco legal autorizador a Lei 11.419/2006. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução 185/2013, regulamentou e fixou parâmetros para o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJE, como mecanismo central de informatização e digitalização dos processos judiciais para ampliar a celeridade e eficiência dos serviços jurisdicionais. Este intenso processo de transformação digital⁴¹ da justiça recolocou o problema da privacidade e da autodeterminação informacional, garantidos pela LGPD, em face de uma política de dados abertos à sociedade, que pode acarretar uma exposição desnecessária de dados pessoais e sensíveis das pessoas naturais que litigam no Judiciário.

A política de acesso ao processo judicial eletrônico pela rede mundial de computadores está ordenada na Lei 11.419/2006, no Código de Processo Civil e também em atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça, especialmente nas Resoluções 121/2010 e 185/2013.

Ressalvados os processos que tramitam em segredo de justiça, cujo acesso é garantido apenas às partes e aos procuradores constituídos nos autos, nos demais processos prevalece a regra geral da publicidade processual.

Contudo, o acesso ao conteúdo integral do processo judicial eletrônico, inclusive de documentos anexados, pela rede mundial de computadores não é aberto a todas as pessoas, mas só aos advogados em geral, membros do Ministério Público e magistrados, ainda que não sejam vinculados ao processo a ser examinado, desde que estejam cadastrados no sistema e demonstrem interesse

41 O Relatório Justiça em Números de 2023 do CNJ informa que “85,8% dos processos em tramitação eram eletrônicos ao final do ano de 2022, com indicadores de 89,3% no segundo grau, de 85,4% no primeiro grau e de 100% nos Tribunais Superiores. A Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho se destacam por apresentarem diversos tribunais com 100% de processos eletrônicos, tanto no primeiro, como no segundo grau”. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 15/03/2024

para fins apenas de registro, conforme estatuído nos §§ 6º e 7º do art. 11 Lei 11.419/2006⁴², bem como pelo art. 3º da Resolução 121/2010⁴³. Logo, a consulta aos autos do processo eletrônico poderá ser feita pelo público em geral nos casos que não tramitam em segredo de justiça, sem a necessidade de cadastro, apenas nas secretarias dos órgãos judiciários, conforme prescrito pelo § 1º do art. 27 da Resolução 185/2013⁴⁴ do CNJ.

O que se disponibiliza amplamente pela rede mundial de computadores a toda e qualquer pessoa, independentemente do prévio cadastramento ou de demonstração de interesse, é a consulta aos dados básicos dos processos judiciais, de acordo com o art. 2º da Resolução 121/2010 do CNJ, que são os seguintes: i) número, classe e assuntos do processo; ii) nome das partes e de

42 A Lei 13.793/2019 modificou as Leis n.ºs 8906/1994, 11.419/2006, e 13.105/2015 (Código de Processo Civil), para deixar explícito o direito de os advogados examinarem, mesmo sem procuração, atos e documentos de processos e de procedimentos eletrônicos, independentemente da fase de tramitação, bem como a obterem de cópias, salvo nas hipóteses de sigilo ou segredo de justiça, nas quais apenas o advogado constituído terá acesso aos atos e aos documentos referidos.

O art. 11 da Lei n.º 11.419/2006 passou a vigorar com as seguintes alterações nos §§ 6º e 7º:

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitam em segredo de justiça.

§ 7º Os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça.

43 Art. 3º O advogado cadastrado e habilitado nos autos, as partes cadastradas e o membro do Ministério Público cadastrado terão acesso a todo o conteúdo do processo eletrônico.

§ 1º. Os sistemas devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse, para fins, apenas, de registro, salvo nos casos de processos em sigilo ou segredo de justiça.

§ 2º. Deverá haver mecanismo que registre cada acesso previsto no parágrafo anterior.

44 Art. 27. A consulta ao inteiro teor dos documentos juntados ao PJe somente estará disponível pela rede mundial de computadores, nos termos da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, e da Resolução CNJ n. 121, de 5 de outubro de 2010, para as respectivas partes processuais, advogados em geral, Ministério Público e para os magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas Secretarias dos Órgãos Julgadores, à exceção daqueles que tramitam em sigilo ou segredo de justiça.

§ 1º Para a consulta de que trata o caput deste artigo será exigido o credenciamento no sistema, dispensado na hipótese de consulta realizada nas secretarias dos órgãos julgadores.

seus advogados; iii) movimentação processual; iv) inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.

Tanto os dados básicos franqueados a toda e qualquer pessoa na rede mundial de computadores, quanto o acesso aos autos eletrônicos, que não se encontram sob o segredo de justiça, a todos os advogados cadastrados no sistema informatizado da justiça, tornam público e acessível a terceiros volumes incommensuráveis de dados pessoais e sensíveis das pessoas naturais que participam dos processos judiciais eletrônicos, os quais podem ser coletados por *crawlers* (robôs rastreadores), que cumprem a função de realizar a varredura em sítios eletrônicos ou em bancos de dados digitais, para realizar mineração e extração de informações (*web scraping*).

Tais dados podem ser tratados com tecnologias computacionais algorítmicas com intensa capacidade de volume, velocidade e variedade (*Big Data* e *data aggregation*), que são capazes de estabelecer correlações e fazer predições por conta do alto poder de agregação, inferindo-se tendências e preferências dos seus titulares, o que permite a projeção de perfis comportamentais por *data brokers*, organizações especializadas em processar dados pessoais de múltiplas fontes, para comercialização com diversos objetivos (publicidade personalizada, prevenção à fraude, etc).

Em suma, tais dados podem ser reutilizados para propósitos diferentes dos que justificaram a sua coleta, sem o consentimento dos seus titulares, que perdem o controle sobre eles, em detrimento da autodeterminação informacional.

Esses dados também permitem que os cidadãos que buscam a Justiça sejam classificados e possam ser vítimas de discriminações, com base nas informações que foram coletadas nesses processos. É por isso que, no âmbito da Justiça do Trabalho, procura-se obstaculizar o acesso aos dados que identifiquem as partes do processo⁴⁵, a fim de evitar “catalogações” e a formação de “lista de indesejáveis”, passíveis de serem consultadas em processos seletivos, prejudicando, dessa

45 O artigo 4º da Resolução 121/2010 do CNJ excepciona os processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho da consulta pública nos sistemas de tramitação e acompanhamento processual, por meio da rede mundial de computadores, com base no nome das partes ou número de registro no cadastro de contribuintes do Ministério da Fazenda – CPF.

forma, o acesso ao mercado de trabalho de pessoas que exercitaram o direito de acionar eventual empregador.

Como já decidido pelo STF na ADI 6387/DF, quando reconheceu o princípio da autodeterminação informacional e o *status* de direito fundamental à proteção de dados, não há dados pessoais irrelevantes, pois todos têm importância e valor, bastando que seja uma informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Mesmo que, em um primeiro momento, tais dados não sejam referíveis diretamente a alguém, uma vez compartilhados, cruzados ou organizados, podem converter-se em dados bastante específicos, revelando, inclusive, informações sensíveis sobre ela. É para minorar o risco de danos às pessoas que se recomenda, sempre que possível, a utilização de técnicas de anonimização ou pseudoanonimização dos dados, desvinculando-os da pessoa da qual emanam.

Como relata Cueva (2019), em países europeus tem-se buscado conciliar a publicidade processual e a abertura de dados judiciais com a legislação de proteção de dados, utilizando-se da técnica de pseudoanonimização para obscurecer dados de identificação das partes e de seus advogados, assim como detalhes dos autos que permitam extrair informações de cunho pessoal.

A LGPD refere-se à pseudoanonimização como ferramenta para mitigação de riscos que faculta ao controlador desvincular um dado pessoal de determinado indivíduo. A Resolução 334/2020 do CNJ, que instituiu o Comitê de Dados Abertos e Proteção de Dados no âmbito do Poder Judiciário, menciona a necessidade de proteger a personalidade e autodeterminação informativa da pessoa contra os riscos decorrentes do acesso massificado a informações contidas em processos judiciais, indicando, entre as propostas destinadas a preservar direitos e garantias previstos na LGPD: i) “medidas técnicas e administrativas para proteção dos elementos identificadores de pessoas naturais, tais como pseudoanonimização, anonimização, acesso restrito ou ocultação”; ii) medidas de gerenciamento e limitação do acesso massificado aos documentos juntados pe-

las partes, considerando os riscos aos titulares de dados pessoais”. Porém, até o momento, não foram implementadas essas funcionalidades no processo judicial eletrônico para proteger dados pessoais de identificação das pessoas naturais que figurem como partes processuais.

Importante ponderar que a adoção dessa providência (restrição de acesso aos dados de identificação das partes dos processos judiciais pela via da pseudoanonimização) não compromete a finalidade da publicidade processual externa, que objetiva viabilizar o controle social da atividade jurisdicional. É possível compreender, avaliar e criticar os pronunciamentos jurisdicionais, ainda que não sejam conhecidas as partes da relação processual.

Contudo, havendo interesses legítimos que justifiquem a prevalência da ampla publicidade, incluindo os dados de identificação dos sujeitos do processo, seria possível a reversão da pseudoanonimização, pois o controlador (Judiciário) disporia de condições técnicas para a reidentificação.

É possível conciliar uma política de dados abertos que maximize o controle democrático da atividade do Estado, inclusive do Judiciário, mas que também proteja dados pessoais dos cidadãos, preservando a exposição deles, quando não sejam indispensáveis à consecução de propósitos públicos prescritos pelo ordenamento jurídico, conforme estabelecido pelos princípios da finalidade, necessidade e adequação previstos na LGPD, como parâmetros para a aferição da proporcionalidade no tratamento de dados pessoais.

Poder-se-ia argumentar que a publicidade externa, com identificação das partes processuais, protegeria potenciais interesses de terceiros de conhecer a existência de tais litígios para avaliar os riscos jurídicos e econômicos que incorreriam, caso entabulassem relações e negócios com os litigantes. Esse argumento, porém, não é plausível, pois o legítimo interesse de terceiros de mapear tais riscos podem ser averiguado com mais precisão pelo canal de expedição de certidões, nas quais as partes e objeto da lide são identificados, como atualmente já se realiza com mais segurança jurídica, e não pela difusão de informações pessoais na rede mundial de computadores.

Com relação aos dados sensíveis, contidos em documentos, petições ou atos processuais registrados nos processos judiciais eletrônicos, há mecanismo próprio para resguardá-los, quando for necessário, como a decretação de sigilo parcial do ato ou documento. Essa providência pode ser requerida pela parte no momento da apresentação dos dados no processo judicial eletrônico, cabendo ao magistrado avaliar ulteriormente se mantém a pretensão de confidencialidade⁴⁶.

O dado sensível *per se* não conduz o processo inexoravelmente ao sigilo, pois, em cada caso, caberá ao juiz apreciar a necessidade e a pertinência da sua decretação, considerando o interesse público, social ou direito constitucional à intimidade, que justificariam o ocultamento dessa informação⁴⁷. Impende recordar que a LGPD não trata de sigilo de dados, mas sim do uso controlado deles na sociedade pelo seu titular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LGPD regulamentou de maneira transversal a problemática da proteção de dados, com objetivo de garantir a autodeterminação informacional dos cidadãos, que devem ter controle sobre o fluxo dos dados que lhes são pertinentes, os quais são projeções da sua personalidade.

46 Em seu art. 28 Resolução 185/2013 do CNJ prevê a competência para a parte interessada impor sigilo total ou parcial do processo, o que será apreciado ulteriormente pelo juiz.

Art. 28. Na propositura da ação, o autor poderá requerer segredo de justiça para os autos processuais ou sigilo para um ou mais documentos ou arquivos do processo, através de indicação em campo próprio.

§ 1º Em toda e qualquer petição poderá ser requerido sigilo PARA esta ou para documento ou arquivo a ela vinculado.

§ 2º Requerido o segredo de justiça ou sigilo de documento ou arquivo, este permanecerá sigiloso até que o magistrado da causa decida em sentido contrário, de ofício ou a requerimento da parte contrária.

§ 3º O Tribunal poderá configurar o sistema de modo que processos de determinadas classes, assuntos ou por outros critérios sejam considerados em segredo de justiça automaticamente.

47 Nessa linha, o Enunciado 681, aprovado na IX Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal (CJF): “A existência de documentos em que há dados pessoais sensíveis não obriga à decretação do sigilo processual dos autos. Cabe ao juiz, se entender cabível e a depender dos dados e do meio como produzido o documento, decretar o sigilo restrito ao documento específico.” Disponível: <https://www.cjf.jus.br/cjf/correge-doria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciario/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em: 04 de fev. 2021.

Esse marco legal não se não se fundamenta em uma dicotomia entre o público e o privado, que está na origem da tutela legal e constitucional da privacidade, que tinha por escopo apenas dados relacionados à vida privada e íntima. Para a LGPD é suficiente que o dado seja ajustado para “relacionado a uma pessoa humana viva, identificada ou identificável para ser valioso e tutelado em todo o seu ciclo vital, a fim de prevenir o seu uso ilícito ou abusivo por terceiros.

A LGPD não se limita à proteção do sigilo de dados, tampouco trabalha com uma lógica obstrutiva à sua circulação. Ao contrário, busca-se organizar o apropriado fluxo informacional de modo justo e equitativo, procura mitigar vulnerabilidades e reduzir as assimetrias de poder inerentes ao tratamento de dados na sociedade digital.

O processo judicial eletrônico, com a centralização de todas as informações processuais em banco de dados digitais, produziu mudanças sócio técnicas que recolocaram o problema da publicidade processual ampla e a necessidade de sua harmonização com autodeterminação informacional dos participantes do processo judicial, conforme previsto na LGPD.

Discutiu-se a necessidade da difusão de dados pessoais das partes processuais na rede mundial de computadores, tendo-se argumentado que seria mais consentâneo com os princípios da LGPD a adoção de mecanismos mitigadores dessa excessiva exposição, como a pseudoanonimização de dados pessoais de identificação dos litigantes, a fim de evitar o potencial uso abusivo desses elementos para a formação de perfis informacionais dos jurisdicionados.

Com relação aos dados sensíveis, incluídos em documentos ou atos processuais, o processo judicial eletrônico já dispõe de medida técnica própria, que seria o sigilo processual restrito ao ato ou documento veiculador da informação sensível que se pretende proteger, devendo esse risco ser aferido casuisticamente, ponderando os interesses e valores colidentes.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Carmen Silvia L. **O princípio da transparência**. 1ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2020.

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

BIONI, Bruno R. **Regulação e a Proteção de dados: o princípio da accountability**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad.: Roneide Venâncio Majer. 25ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 15/03/2024.

CUEVA, Ricardo V. L. Proteção de dados pessoais no judiciário. **Revista do Advogado** 2019 v. 39 n. 144 nov, pp. 134-140.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2006.

GALETTA, Diana-Urania. **Transparencia y buen gobierno**. Evaluación y propuestas a partir de la experiencia en la Unión Europea e Italia. *Dilemata* - Revista Internacional de *Éticas Aplicadas*, n. 27, 2018. Disponível em <<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000218>>. Acesso em: 5 de março de 2024.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos** – Ano VII, n. 14, p. 09-68, abril/2008.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauerv Stiftung 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Laura Schertel F. Autodeterminação Informativa: a história de um conceito. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 25, n. 4, p.1-18, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel F. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um Direito Fundamental autônomo. *In* DONEDA, Danilo (*et al.*). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: 2021.

PALHARES, Felipe. Cookies: contornos atuais. *In* PALHARES, Felipe (Coord.). **Temas Atuais de Proteção de Dados**. São Paulo: Thonson Reuters, 2020.

QUEIROZ, Rafael Mafei R. Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções. **Revista do Advogado** 2019 v. 39 n. 144 nov, pp. 15-21.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância privada hoje**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

SOLOVE, Daniel J. **The digital person**: technology and privacy in the information age. New York University Press: New York, 2004.

SOLOVE, Daniel J. “Privacy Self-management and the Consent Dilemma”. **Harvard Law Review**, vol. 126, p. 1880-1993, 2013.

SCHWARTZ, Paul. The Computer in German and American Constitutional Law. **American Journal of Comparative Law**, 37, 675-705, 1989.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. “The Right to Privacy”. *in* **Harvard Law Review** 193, vol. IV, 1890.

WACKS, Raymond. **Personal Information**: Privacy and the Law. Oxford: Clarendon Press, 1989.

WESTIN, Alan. **Privacy and freedom**. New York: Atheneum, 1967.

ZANINI, Leonardo E. A. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** – Volume 3 – jan/mar 2015.

**A IRRENUNCIABILIDADE E A INTRANSMISSIBILIDADE DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

***THE UNRENOUNCEABILITY AND THE UNTRANSFERABILITY OF
PERSONALITY RIGHTS***

Recebido: 02/04/2024

Aceito: 06/06/2024

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP

Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha)

Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha)

Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg (Alemanha)

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP

Bacharel em Direito pela USP

Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo

Juiz Federal em auxílio à Corregedoria

Regional da Justiça Federal da 3ª Região (2022-2024)

Professor Universitário (graduação e pós-graduação)

Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar

Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES

Foi Delegado de Polícia Federal,

Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal,

Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento
de Servidores da Justiça Federal em São Paulo e

Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul

Odete Novais Carneiro Queiroz

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo (PUC-SP)

Professora doutora, por concurso público, na graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde leciona Direito Civil

RESUMO: O presente artigo realiza um estudo da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, características expressamente previstas pelo art. 11 do Código Civil. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação. Após a compreender a noção e a importância da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, o trabalho analisa a relação existente entre referidas características. O texto ainda estuda a autonomia privada no âmbito dos direitos da personalidade, em particular a possibilidade de renúncia ou de transmissão do próprio direito da personalidade, bem como as situações em que a renúncia ou a transmissão dizem respeito apenas ao exercício dos direitos da personalidade. Por fim, o estudo da matéria busca instigar o leitor a procurar soluções no direito estrangeiro para problemas existentes no Brasil.

ABSTRACT: *This article examines the unrenounceability and untransferability of personality rights, characteristics that are expressly established in Article 11 of the Civil Code. It is a research that uses descriptive and deductive methodology, based mainly on bibliography, case law and legislative research. After understanding the concept and importance of the unrenounceability and untransferability of personality rights, the paper analyses the relation between these characteristics. The text also studies private autonomy in the context of personality rights, in particular the possibility of renouncing or transferring the personality right itself, as well as the situations in which the renunciation or transfer concerns only the exercise of personality rights. Finally, the study of the subject aims to encourage the reader to seek solutions in foreign law to problems that exist in Brazil.*

PALAVRAS-CHAVE: direitos da personalidade; autonomia privada; irrenunciabilidade; intransmissibilidade; tutela *post mortem*.

KEYWORDS: Personality rights; private autonomy; unrenounceability; untransferability; post-mortem protection.

INTRODUÇÃO

O liame indissolúvel existente entre os direitos da personalidade e a personalidade de seu titular, bem como as diferentes características específicas que tais direitos apresentam, constituem elementos que permitem distingui-los dos demais direitos subjetivos. Nessa linha, o presente artigo objetiva estudar a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, características expressamente previstas pelo art. 11 do Código Civil.

Após a compreensão da noção e da importância da irrenunciabilidade e da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, o trabalho analisa a relação existente entre referidas características, destaca-se que parte da doutrina considera que a indisponibilidade e a intransmissibilidade decorrem da irrenunciabilidade. Outros autores, por outro lado, apontam que a indisponibilidade é mais ampla, de maneira que a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade derivam daquela.

Especial destaque é dado à questão da autonomia privada no âmbito dos direitos da personalidade. A partir desse termo se examina a possibilidade de renúncia ou de transmissão do próprio direito da personalidade, bem como as situações em que a renúncia ou a transmissão dizem respeito apenas ao exercício dos direitos da personalidade. Investiga-se ainda a possibilidade de transmissão de efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade, particularmente no que toca à transmissão aos sucessores da reparação por dano material e moral.

A metodologia utilizada no presente trabalho é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Por fim, ao mesmo tempo em que a pesquisa se ocupa de aspectos teóricos e práticos da matéria, também busca instigar o leitor a procurar soluções no direito estrangeiro para problemas existentes no Brasil.

1. A IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Tanto as disposições acerca do direito geral da

personalidade como aquelas sobre os direitos especiais da personalidade encontram limites na dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável¹.

Não há dúvida quanto ao acerto da fundamentação da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade não somente em disposições infraconstitucionais, mas igualmente no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Todavia, como os direitos da personalidade devem necessariamente permanecer na esfera de seu titular, ainda que contra a sua vontade², o direito positivo brasileiro, tornando ainda mais evidente essa proteção, previu expressamente no art. 11 do Código Civil a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade³. E a irrenunciabilidade, no caso dos direitos morais de autor, ainda é reforçada pelo art. 27 da Lei 9.610/98⁴.

Por conseguinte, como esses direitos são inseparáveis da pessoa, sendo inoperante qualquer manifestação no sentido de eliminá-los, pode-se então falar que são irrenunciáveis não só por disposição normativa, mas também como decorrência de sua própria natureza⁵. Daí, afirma Pontes de Miranda que se “o direito é direito de personalidade, irrenunciável é”⁶.

E não poderia ser diferente, uma vez que os direitos da personalidade, como já foi destacado, estão de tal modo ligados ao próprio indivíduo, à sua condição humana, que a sua renúncia equivaleria à morte civil, significaria a conversão da pessoa em objeto, acabaria por traduzir a renúncia da própria condição humana, o que é inadmissível⁷.

1 OHLY, Ansgar. “*Volenti non fit iniura*” – *Die Einwilligung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 19.

2 CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 92.

3 Nesse mesmo sentido, o art. 5º do Código Civil peruano de 1984 também prevê a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, valendo aqui a sua transcrição: “*Derechos de la persona humana. El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demas inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesion. Su ejercicio no puede sufrir limitacion voluntaria, salvo lo dispuesto en el articulo 6º*”.

4 Art. 27 da Lei 9.610/98: “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”.

5 NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 211.

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. VII, p. 32.

7 LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1, p. 132.

Entretanto, a irrenunciabilidade não impede que o titular desses direitos renuncie ao seu exercício, pois a autonomia também representa um componente essencial da dignidade da pessoa humana⁸. O que a legislação pátria veda é a renúncia ao direito da personalidade em si e não a renúncia ao seu exercício⁹.

De fato, tal qual ocorre com os direitos fundamentais, os direitos da personalidade, como totalidade, são irrenunciáveis. Isoladamente considerados também são irrenunciáveis. Deve-se distinguir, no entanto, entre a renúncia ao núcleo substancial do direito, o que é vedado, e a limitação voluntária ao exercício do direito, que sob determinadas condições é aceitável.

Nesse sentido Wanderlei de Paula Barreto destaca que:

O titular pode até mesmo não desfrutar ativamente certos direitos da personalidade, pode até mesmo, no âmbito da sua faculdade juridicamente reconhecida de agir ou não, deixar de buscar a tutela, em caso de ameaça ou lesão consumada a esses direitos. Não pode, contudo, de modo algum, renunciá-los, *a priori*, previamente abdicar, em caráter permanente e definitivo. Uma tal renúncia seria absolutamente nula, por afrontar normas de ordem pública (CC, art. 166, VII)¹⁰.

Realmente, é de se notar que mesmo a renúncia ao exercício dos direitos da personalidade deve ser temporária. Não se pode retirar do sujeito a sua dignidade e a sua autonomia futura. Também não é possível colocar o indivíduo em situações que o identifiquem como simples objeto de relações jurídicas¹¹.

8 OHLY, Ansgar. “*Volenti non fit iniuria*” – *Die Einwilligung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 103.

9 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 93.

10 BARRETO, Wanderlei de Paula. Dos direitos da personalidade. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro, parte geral*, v. 1, p. 114.

11 GEDIEL, José Antônio. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 150.

Não é outro o posicionamento de Silvio Romero Beltrão:

são irrenunciáveis, pois a pessoa não pode abdicar de seus direitos da personalidade, mesmo que não os exercite por longo tempo, uma vez que ele é inseparável da personalidade humana. Contudo, apesar de o direito da personalidade não ser renunciável, o seu exercício pode ser restringido em alguns casos, sem que haja a perda do direito, e restabelecido a qualquer tempo¹².

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos também aborda a questão afirmando que os direitos da personalidade podem não ser exercidos, o que não é o mesmo que renunciá-los. A distinção entre ambas as situações reside no fato de que o não exercício é temporário, ocasional, enquanto a renúncia é permanente¹³.

Da mesma forma, segundo Capelo de Sousa, a capacidade de gozo dos bens integrantes da personalidade é sempre irrenunciável. Pode haver, no entanto, conforme o art. 81º, n. 1, do Código Civil português, limitações lícitas do exercício dos direitos da personalidade. A título de exemplos, refuta o autor aqueles casos em que ocorre verdadeira renúncia a direitos da personalidade, como a redução à condição de escravo, o suicídio, o contrato de prestação de trabalho por toda a vida e o negócio que obrigue o promitente a tolerar futuras e continuadas ofensas à sua honra¹⁴.

Já Pontes de Miranda, cuidando especificamente do direito à integridade física, apresenta as seguintes ponderações:

O direito à integridade física é irrenunciável. A polícia pode deter e levar ao juiz de interditos a pessoa que se esteja a mutilar, ou proibir que o mutilador de si mesmo se exhiba. Para se afirmar a irrenunciabilidade do direito à integridade física, não se precisaria de invocar alguma regra jurídica que

12 BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

13 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada concepção: nascendo in vitro e morrendo in machina, aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no direito penal comparado*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 213.

14 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 404-407.

considere crime a mutilação com o fito de se criar inaptidão ao serviço militar, nem as que concernem a entrarem no mundo jurídico, como atos ilícitos *stricto sensu* (absolutos), ou relativos, atos de autolesão para se obter pagamento de seguros de acidentes ou de moléstias. Qualquer negócio sobre renúncia à integridade física é inexistente; não entra no mundo jurídico¹⁵.

Entretanto, a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade não impede eventual relevância do consentimento do lesado. Na verdade, há compatibilidade entre o consentimento do lesado e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, uma vez que aquele ato não produz a extinção do direito, sendo, em realidade, uma limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade, não levando, desta feita, à renúncia de direitos da personalidade¹⁶. Ninguém é obrigado a exercer o direito que lhe dá titularidade contra sua vontade, é natural que o titular de um direito da personalidade pode deixar de exercê-lo se entender que lhe é conveniente. Contudo, esse não exercício não significa renúncia, pois quem “renuncia a direito, assume uma obrigação, a de não o exercer, podendo vir a ser responsabilizado caso a descumpra”. Aquele que deixa de exercer um direito, por outro lado, “pratica ato que não obriga”, podendo voltar a exercê-lo, o que não caracteriza descumprimento de uma obrigação¹⁷.

Nessa linha, fica evidente que a renúncia ao direito da personalidade não é acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, de forma que na hipótese de manifestação do titular desses direitos, “ainda que por escrito em negócio sinalagmático, a vontade de renunciar a qualquer um deles, poderá, no futuro e sem empecilho algum, exercitá-lo ou defendê-lo, inclusive em face dos demais sujeitos participantes do negócio”¹⁸. Aliás, isso é bastante corriqueiro em casos de investigação de paternidade, onde muitas vezes

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. VII, p. 49.

16 PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 215.

17 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1, p. 184.

18 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1, p. 184.

se alega em juízo a realização de negócio jurídico em que houve renúncia ao direito relativo ao estabelecimento da verdade biológica. Contudo, isso não é admitido, não havendo, assim, nenhum impedimento ao exercício desse direito da personalidade, haja vista a sua irrenunciabilidade¹⁹. O mesmo ocorre em relação aos esportes de luta, visto que uma pessoa que disputa uma competição aceita a possibilidade de sofrer lesões a sua integridade física. Isso não significa, entretanto, que tal pessoa abriu mão completamente de seu direito à integridade física, mas sim que exerce tal direito justamente para admitir a possibilidade de sofrer lesões em determinadas circunstâncias²⁰.

Outrossim, a autorrestrição de um direito da personalidade, que seja mais ampla que a restrição legal existente, está também sujeita ao limite da manutenção do núcleo essencial do direito²¹. Todavia, a limitação voluntária ao exercício de um direito da personalidade num caso concreto deve ser sempre considerada sob reserva de revogação a qualquer tempo²².

Aliás, em consonância com esse entendimento, dispõe o Enunciado 4 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Ora, o que esse enunciado evidentemente prevê é a possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos da personalidade e a vedação da renúncia ao direito da personalidade em si.

19 Interessante decisão da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatada pelo Desembargador Fábio Quadros, muito bem demonstra a vedação da renúncia ao direito da personalidade em si: Ementa: “Agravado de Instrumento – Inventário – Pedido de reserva de bens – Formulação por autores de ação de impugnação de paternidade, c.c. investigação de paternidade – Presença dos pressupostos para tanto – Presença do ‘fumus honi iuris’ e ‘periculum in mora’ – Alegação de formalização de instrumento particular de transação e outras avenças, no qual os Agravados renunciaram expressamente a postular o reconhecimento de paternidade – Direito indisponível e irrenunciável – Art. 11 do Código Civil – Art 1º, inciso III, da Constituição de 1988 e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Decisão acertada que não merece reparo – Recurso improvido” (TJSP, AI 5775624200, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Fábio Quadro, data do julgamento: 7-8-2008).

20 MIRAGEM, Bruno. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 180.

21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 435.

22 STEINAUER, Paul-Henri; FOUNTOLAKIS, Christiana. *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*. Bern: Stämpfli, 2014, p. 108.

Ademais, não se confunde com a renúncia aos direitos da personalidade aquela situação especial a que se submetem os funcionários públicos, estudantes e militares (conhecida como relação especial de poder ou estatuto de sujeição), a qual, apesar de ser geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam normalmente para o cidadão, encontram seu fundamento na Constituição, sendo, em realidade, um estatuto heteronomamente vinculado e não uma ordem extraconstitucional²³.

Trata-se, assim, tão somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico, o que não significa renúncia a direitos fundamentais²⁴ ou a direitos da personalidade.

2. A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A IRRENUNCIABILIDADE E A INDISPONIBILIDADE

Na doutrina há quem entenda que a irrenunciabilidade é consequência da indisponibilidade dos direitos da personalidade, visto que se “não é possível dispor dos direitos da personalidade, então também não é possível renunciar a eles, pois a renúncia equipara-se a uma forma de disposição e exige capacidade dispositiva por parte do renunciante”²⁵.

Adriano de Cupis aduz, nesse sentido, que a “faculdade de renúncia está compreendida na faculdade de disposição, entendida no seu mais largo sentido; por isso quando se diz, sem mais, que um direito é indisponível, quer significar que ele é também irrenunciável”²⁶.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 436.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 437.

25 MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 79-88, abr./maio/jun. 1978, p. 84.

26 CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 92.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também empregam a indisponibilidade dos direitos da personalidade como expressão que engloba tanto a irrenunciabilidade quanto a intransmissibilidade²⁷.

Ocorre que essa linha de raciocínio, a nosso ver, não se sustenta. É que a indisponibilidade dos direitos da personalidade é relativa, existindo inúmeros casos em que o consentimento (autorizante ou tolerante) é compatível com a ideia de irrenunciabilidade dos direitos de personalidade. Fica então claro que o consentimento não tem o objetivo de extinguir o direito, sendo tão somente uma limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade.

Dessa maneira, diante da compatibilidade entre a disponibilidade relativa de alguns direitos da personalidade e a irrenunciabilidade, é bastante difícil afirmar que a irrenunciabilidade esteja fundamentada na indisponibilidade.

Ao contrário, parece-nos que a indisponibilidade é que figura como consequência da irrenunciabilidade, já que os direitos da personalidade sempre serão irrenunciáveis, nem sempre, porém, indisponíveis.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também seguem esse raciocínio, asseverando que está “compreendida na irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, a indisponibilidade, pois seu titular deles não pode dispor livremente”²⁸. Na mesma linha, Horst-Peter Götting afirma que conforme posicionamento tradicional, o direito à imagem é irrenunciável e, por consequência, intransferível. Assim, o titular do direito à imagem não pode se desvincular dele a ponto de transferi-lo para outra pessoa, a qual se tornaria titular do direito no lugar da primeira pessoa. Isso demonstra justamente que a intransmissibilidade está compreendida na irrenunciabilidade²⁹.

Com isso, somente quando se trata da irrenunciabilidade do exercício dos direitos da personalidade é que se pode dizer que ela decorre da

27 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1, p. 146.

28 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 181.

29 GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, p. 37-38.

indisponibilidade. Todavia, quando se trata da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, então não se pode estabelecer essa relação, ou seja, não se pode afirmar que a irrenunciabilidade decorre do caráter indisponível, mesmo porque essa indisponibilidade é relativa, o que não ocorre com a irrenunciabilidade.

Ademais, é relevante mencionar que no direito privado, tal qual no direito público, existem amplos debates acerca da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade. De fato, há autores que defendem a eutanásia, o suicídio e o aborto, o que, se fosse aceito, acabaria relativizando essa característica. Todavia, essas questões não serão aqui aprofundadas, mas limitando-se este texto a alertar o leitor sobre a existência de tais debates.

Por conseguinte, a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade deve ser entendida no sentido de que o seu titular pode renunciar ao exercício de um direito de personalidade, “mas não pode renunciar ao direito em si”³⁰. O que se veda, portanto, é a manifestação de vontade que signifique uma total e permanente renúncia à proteção conferida pelos direitos da personalidade³¹. Desse modo, o titular do direito da personalidade pode não atuar contra determinados atentados à sua personalidade ou ainda não reclamar a reparação cabível após um atentado à sua personalidade³².

3. A INTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A intransmissibilidade é indicativa do caráter daquilo que não pode ser transmitido ou comunicado de uma pessoa a outra³³. O Código Civil de 2002 dispõe que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis. Assim sendo, está-se diante de uma limitação excepcional da regra prevalente nas relações de direito privado, ou seja, nos casos de direitos

30 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 93.

31 GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 154.

32 MEIER, Philippe. *Droit des personnes: Personnes physiques et morales*, art. 11-89a CC. 2. ed. Genève: Schulthess, 2021, p. 315.

33 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2, p. 509-510.

da personalidade não se admite, segundo o Código Civil, a cessão ou sucessão do direito de um sujeito para outro³⁴.

A transmissibilidade prevalece no direito privado, não obstante a existência de numerosos casos de intransmissibilidade, que constituem logicamente exceção. Essa exceção é uma constante para os direitos da personalidade, “mas é anormal para os direitos patrimoniais”³⁵.

Ocorre que apesar da ressalva feita quanto às exceções dos casos previstos em lei, é certo que no direito civil brasileiro existem hipóteses de transmissibilidade de determinados aspectos dos direitos da personalidade que vão além daquelas expressamente reguladas pela legislação.

Daí que muitos autores apresentam um grande número de exemplos em que os direitos da personalidade estariam sendo transmitidos. Fala-se, dessa forma, nos casos de transmissão da imagem e da voz de pessoas que vivem profissionalmente da exposição pública, na transmissão dos direitos patrimoniais de autor etc.

Nessas situações, entretanto, não ocorre verdadeira transmissão de direitos da personalidade, uma vez que esses direitos são em sua essência intransmissíveis. Há, em realidade, o consentimento para a utilização de certos aspectos dos direitos da personalidade, o que pode gerar inclusive remuneração, mas não há propriamente a transmissão de direitos da personalidade. A vida, a integridade física e psíquica, a honra, a imagem, a voz, a intimidade não podem ser separadas do ser humano. A titularidade dos direitos da personalidade é única e exclusiva, não sendo concebível que uma pessoa possa viver sem determinados direitos da personalidade, por tê-los transferido a outrem.

Seguindo essa linha de raciocínio, Capelo de Sousa fundamenta a intransmissibilidade dos direitos da personalidade na íntima ligação existente entre esses direitos e seu titular:

34 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1, p. 147.

35 CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 86.

Os poderes jurídicos que incidem, unitária e globalmente, sobre a personalidade física ou moral de um certo homem são insusceptíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico. O que se compreende face à natureza dos bens jurídicos que constituem o seu objecto. Com efeito, os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o ser do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respectivos poderes jurídicos³⁶.

Adriano de Cupis é outro autor que vê no nexo orgânico existente entre a pessoa e seus bens mais elevados o fundamento da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, visto que seu objeto é inseparável do sujeito originário: “a vida, a integridade física, a honra, a liberdade e outros de Tício, não podem vir a ser bens de Caio por virtude de uma impossibilidade que se radica na natureza das coisas”³⁷.

O problema também já foi abordado pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH), que entendeu que os direitos da personalidade são, pela sua própria natureza, intransmissíveis, pois estão ligados imediatamente à pessoa de seu titular (BGHZ 50, 133, 137)³⁸.

E nesse sentido exemplificam ainda Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho com o direito à imagem, uma vez que “ninguém pode pretender transferir juridicamente a sua forma plástica a terceiro”, não obstante a natureza desse direito admitir a cessão de uso, o que não significa a transferência do direito em si, mas tão somente de sua faculdade de uso³⁹.

Igualmente ensina Paulo Lôbo que a “pessoa não transmite sua imagem, ficando dela privada durante certo tempo”, pois isso significaria sua

36 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 402.

37 CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 88.

38 WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004, p. 180.

39 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1, p. 148.

despersonalização. Na verdade, o que é utilizado no caso da imagem é sua projeção (a foto, o filme, a gravação etc.)⁴⁰.

Esse mesmo enfoque ao problema da utilização econômica da imagem é dado por Ana Azurmendi Adarraga, que em monografia sobre o direito à imagem reconhece a existência da “*potencia patrimonial de la imagen*”. Segundo a autora, a resposta unanimemente encontrada tem sido o reconhecimento tanto do caráter pessoal da imagem humana quanto de sua potência patrimonial. Assim sendo, a imagem humana, como atributo da personalidade, não pode ser objeto de comércio, porém, a cessão das faculdades sobre a própria imagem pode sê-lo. Conduto, sua utilização econômica está delimitada pelo próprio caráter pessoal da imagem humana⁴¹.

O mesmo ocorre com a utilização do nome de uma pessoa em propaganda comercial, uma vez que a pessoa pode autorizar esse uso, “mas não pode transmitir os direitos inerentes ao próprio nome”⁴². Em outras palavras, o titular pode ceder a um terceiro o uso de determinados direitos da personalidade, como é o caso da cessão de uso do nome, mas não pode transferir o próprio direito ao nome⁴³.

No âmbito do direito de autor, tomando em conta a intransmissibilidade, advertem Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau que não seria lícito que um consagrado escritor permitisse, mediante remuneração, que outrem inserisse seu nome em uma obra por ele escrita. O contrário também não é permitido, ou seja, um escritor desconhecido utilizar o nome de um famoso autor para poder vender suas obras. Ademais, é evidente que o falecimento de um consagrado jurista não autoriza seus familiares a estamparem seus nomes na capa dos livros daquele pelo simples fato de serem seus herdeiros⁴⁴.

40 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1, p. 132-133.

41 ADARRAGA, Ana Azurmendi. *El derecho a la propia imagen*: su identidad y aproximación al derecho a la información. 2. ed. México: Fundación Manuel Buendía, 1998, p. 36-38.

42 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 211.

43 STEINAUER, Paul-Henri; FOUNTOULAKIS, Christiana. *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*. Bern: Stämpfli, 2014, p. 176.

44 AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código Civil comentado*: das pessoas e dos bens: artigos 1º a 103. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, v. I, p. 48.

De fato, os direitos morais de autor (ou direitos da personalidade do autor) são intransmissíveis, mas isso não significa que o recebimento de valores pela comercialização de uma obra seja vedado. Ao contrário, a obra literária pode ser negociada, sua comercialização é transmitida por herança, o mesmo não ocorrendo com os direitos morais de autor, que devem ser protegidos pelos herdeiros do falecido, porém não são a eles transmitidos. Admite-se, por conseguinte, a transmissão dos reflexos dos direitos da personalidade e não propriamente desses direitos, que são intransmissíveis⁴⁵.

Não é outro o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Embora intransmissíveis em sua essência, os efeitos patrimoniais dos direitos de personalidade são transmissíveis. A utilização dos direitos de personalidade, se tiverem expressão econômica, é transmissível. A autoria de obra literária (direito de personalidade) é intransmissível, mas o recebimento de dinheiro pela comercialização da referida obra (direito patrimonial) pode ser negociado livremente, sendo, portanto, transmissível inclusive por herança (CF, XXVII)⁴⁶.

Assim, os direitos da personalidade, nos casos de ato *inter vivos*, não podem ser objeto de cessão. Já quando se está diante de ato *causa mortis*, então eles não podem ser objeto de sucessão⁴⁷.

E a razão da intransmissibilidade por sucessão ou cessão, vale mais uma vez ressaltar, está no fato de que os direitos da personalidade são inerentes à pessoa de seu titular, o qual não poderia cedê-los, gratuita ou onerosamente, nem os deixar como herança⁴⁸.

45 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.

46 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 181.

47 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 93.

48 AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código Civil comentado: das pessoas e dos bens: artigos 1º a 103*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, v. I, p. 48.

Silvio Romero Beltrão também tem esse posicionamento:

O caráter intransmissível dos direitos da personalidade determina que eles não podem ser objeto de cessão e até mesmo de sucessão, por ser um direito que expressa a personalidade da própria pessoa do seu titular e que impede a sua aquisição por um terceiro por via da transmissão⁴⁹.

Daí se vê que os direitos da personalidade são intransmissíveis em sua essência, seja *inter vivos* ou *causa mortis*. Entretanto, quando a utilização dos direitos da personalidade tiver expressão econômica, então se admite a transmissibilidade desses efeitos patrimoniais, o que não corresponde à transmissibilidade propriamente dos direitos da personalidade.

É justamente isso que se vê no art. 49 da Lei n. 9.610/98, o qual prevê, em capítulo denominado “Da Transferência dos Direitos de Autor”, que os “direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito”. Todavia, o que em um primeiro momento parece permitir a transmissão dos direitos de autor, na verdade, depois da leitura das limitações postas pela própria lei, evidencia que o que se pode transmitir são somente os direitos patrimoniais de autor. Isso porque o inciso I do mesmo dispositivo veda a transmissão dos direitos morais de autor.

Transmissíveis são, portanto, apenas as situações essencialmente patrimoniais, não podendo terceiro, sem autorização, fazer uso delas para proveito próprio⁵⁰. Em todo caso, a utilização dos efeitos econômicos dos direitos da personalidade deve ser sempre interpretada de forma estrita e não pode perder de vista o princípio da dignidade da pessoa humana⁵¹.

49 BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

50 LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1, p. 132.

51 LOISEAU, Grégoire. *Le droit des personnes*. 2. ed. Paris: Ellipses, 2020, p. 236.

Dessa maneira, a transmissibilidade desses efeitos econômicos “deve passar a ser entendida a partir de uma interpretação construtiva e de índole constitucional, que supera uma hermenêutica estrita da literalidade do código”⁵².

Por conseguinte, há uma aparente contradição entre o disposto no art. 11 do Código Civil, que prevê a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, e o que ocorre na prática. No entanto, tal problema é superado quando se constata que o que se transmite não é propriamente o direito da personalidade, mas sim somente seus efeitos patrimoniais, de forma que a intransmissibilidade consagrada pelo Código Civil é do direito da personalidade em si mesmo e não dos seus efeitos patrimoniais, os quais, em caráter excepcional e quando for respeitado o princípio da dignidade da pessoa, admitem transmissão.

4. A INTRANSMISSIBILIDADE E A TUTELA *POST MORTEM*

Ainda dentro da problemática da intransmissibilidade, é importante a discussão a respeito da tutela dos direitos da personalidade *post mortem*. De fato, mesmo após a morte do titular dos direitos da personalidade, permanece a sua tutela, como ocorre, por exemplo, com a imagem, a voz, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido.

Nesses casos, segundo a teoria dos direitos da personalidade póstumos, apenas de legitimidade dos herdeiros para a defesa dos direitos da personalidade do *de cujus*, como se dá nas hipóteses de lesão à honra ou à imagem do falecido, ocorridas após o falecimento. Não se admite a transmissão *causa mortis* dos direitos da personalidade. É que a transmissão pressupõe que uma pessoa substitua a outra, o que não ocorre com os direitos da personalidade, naturalmente intransmissíveis⁵³.

52 FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 201.

53 GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 47-48.

Não é outro o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau, que apontam a grande inovação do parágrafo único do art. 12 do Código Civil como sendo a proteção dos direitos da personalidade de alguém que já faleceu e expressamente declaram que os direitos da personalidade “permanecem vivos, mesmo diante do falecimento do seu titular”⁵⁴.

Diante da polêmica, cabe ressaltar que embora a morte do titular implique a extinção de sua personalidade (art. 6º do Código Civil), alguns direitos da personalidade permanecem resguardados, como ocorre, por exemplo, com a imagem, a voz, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido.

Aliás, o reconhecimento da intransmissibilidade dos direitos da personalidade pelo próprio art. 11 do Código Civil acaba por reforçar a teoria da proteção *post mortem* dos direitos da personalidade. Realmente, como não se admite a transmissão por sucessão dos direitos da personalidade, outro caminho não há que não seja aquele que atribui apenas legitimidade aos herdeiros do *de cujus* para a proteção *post mortem* de seus direitos da personalidade.

Mas a questão se torna mais complexa quando são analisados os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade de pessoa falecida. Ora, fala-se na intransmissibilidade por sucessão dos direitos da personalidade em si, porém, como esclarecido anteriormente, nada impede que os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade sejam transmitidos por sucessão.

É de se notar, entretanto, que essa distinção leva, na verdade, ao reconhecimento da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, mas admite a transmissibilidade do componente patrimonial desses mesmos direitos. No âmbito do direito autoral tal distinção já é bastante tradicional, uma vez que a transmissibilidade dos direitos patrimoniais de autor decorre do art. 41 da Lei 9.610/98⁵⁵.

54 AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens: artigos 1º a 103. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2007, v. I, p. 51.

55 Art. 41 da Lei n. 9.610/98: “Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”.

Todavia, talvez a terminologia por aqui utilizada até o momento, ressalvada a Lei 9.610/98, seja um pouco complicada na prática, sendo preferível aquela defendida por parte da doutrina alemã, que entende que existe um componente patrimonial dos direitos da personalidade e um componente não patrimonial (imaterial ou ideal). Assim sendo, o componente patrimonial seria transmissível por sucessão, enquanto o não patrimonial não permitiria sua transmissão por sucessão⁵⁶.

Nessa linha, no âmbito do direito de autor, tomando em conta a intransmissibilidade, advertem Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau que o falecimento de um consagrado jurista não autoriza seus familiares a estamparem seus nomes na capa dos livros daquele pelo simples fato de serem seus herdeiros⁵⁷.

E essa doutrina, é relevante mencionar, acabou sendo reconhecida também pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH) no julgamento do caso Marlene Dietrich (BGHZ 143, 214), quando Maria Riva, única filha e herdeira da atriz alemã falecida em 6 de maio de 1992, opôs-se à exploração comercial do nome e da imagem de sua genitora, requerendo indenização⁵⁸.

Para solucionar a demanda, entendeu o BGH que o componente patrimonial dos direitos da personalidade de Marlene Dietrich persiste após sua morte, transmitindo-se para Maria Riva, uma vez que esse componente, diferentemente daquele imaterial, pode ser herdado. Por conseguinte, foram garantidas à herdeira de Marlene Dietrich as pretensões de remoção (*Beseitigungsansprüche*) e de omissão (*Unterlassungsansprüche*), bem como indenização. Ainda, é de se destacar que o BGH declarou nesse caso, de forma expressa, pela primeira vez, ser possível a sucessão do componente patrimonial dos direitos da personalidade, o que não havia ocorrido no caso Mephisto (BGHZ 107, 384)⁵⁹.

56 DUESBERG, Erik. *Die Vererblichkeit von Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts des Erblassers*. München: GRIN, 2008, p. 14-15.

57 AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens: artigos 1º a 103. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2007, v. I, p. 48.

58 DUESBERG, Erik. *Die Vererblichkeit von Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts des Erblassers*. München: GRIN, 2008, p. 15-17.

59 DUESBERG, Erik. *Die Vererblichkeit von Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts des Erblassers*. München: GRIN, 2008, p. 15-17.

A importância de tal decisão reside exatamente no fato de que até então a jurisprudência do BGH entendia apenas que o direito geral da personalidade era intransmissível e não podia ser sucedido em caso de falecimento. Em virtude da decisão do caso Marlene Dietrich, passou-se a aceitar que o direito geral da personalidade e suas particulares manifestações protegem precipuamente interesses ideais. Isso não significa que não seja possível a proteção de interesses patrimoniais, os quais, diversamente do componente ideal dos direitos da personalidade, são transmissíveis por herança, respeitando, logicamente, a vontade do *de cujus*⁶⁰.

Ademais, destacou o Tribunal Federal de Justiça alemão que, ao contrário do alegado pela literatura especializada, o reconhecimento da transmissibilidade por herança do componente patrimonial dos direitos da personalidade alarga e fortalece a tutela nas hipóteses de lesão ao componente imaterial dos direitos da personalidade do falecido⁶¹.

Essa digressão pelo direito alemão é bastante interessante. De fato, não se pode negar hodiernamente a existência de efeitos patrimoniais decorrentes dos direitos da personalidade, o que a doutrina alemã chama de componente patrimonial dos direitos da personalidade, cuja transmissibilidade pode ocorrer por sucessão ou cessão.

A despeito disso, é certo que os direitos da personalidade em si, o que os alemães chamam de componente ideal dos direitos da personalidade, não são transmissíveis. E é justamente nesse sentido que a intransmissibilidade prevista no art. 11 do Código Civil deve ser compreendida, ou seja, tal dispositivo cuida dos direitos da personalidade em si, ou, como preferem os alemães, do componente ideal dos direitos da personalidade.

Na jurisprudência brasileira são encontradas decisões que admitem a transmissibilidade do direito patrimonial resultante de violação de direitos da personalidade, entre elas está o REsp 978.651/SP, que reconheceu que o direito

60 KLÜBER, Rudiger. *Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 63-64.

61 KLÜBER, Rudiger. *Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 65.

à reparação pelo dano moral tem natureza patrimonial e, portanto, transmissível aos sucessores da vítima⁶².

62 RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENDIDO FALECIDO. LEGITIMIDADE DOS SUCESSORES PARA PROPOR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO. 1. Na hipótese dos autos, o filho dos recorridos, em abordagem policial, foi exposto a situação vexatória e a espancamento efetuado por policiais militares, o que lhe causou lesões corporais de natureza leve e danos de ordem moral. A ação penal transitou em julgado. Após, os genitores da vítima, quando esta já havia falecido por razões outras, propuseram ação de indenização contra o fato referido, visando à reparação do dano moral sofrido pelo filho. 2. A questão controvertida consiste em saber se os pais possuem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação, postulando indenização por dano moral sofrido, em vida, pelo filho falecido. 3. É certo que esta Corte de Justiça possui orientação consolidada acerca do direito dos herdeiros em prosseguir em ação de reparação de danos morais ajuizada pelo próprio lesado, o qual, no curso do processo, vem a óbito. Todavia, em se tratando de ação proposta diretamente pelos herdeiros do ofendido, após seu falecimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientações divergentes. De um lado, há entendimento no sentido de que “na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa *ad causam*” (REsp 302.029/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1º-10-2001); de outro, no sentido de que “os pais – na condição de herdeiros da vítima já falecida – estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos (...)”. Isso, porque “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, v. 71/183)” (REsp 324.886/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3-9-2001). 4. Interpretando-se sistematicamente os arts. 12, *caput* e parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916), infere-se que o direito à indenização, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível. 5. José de Aguiar Dias leciona que não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de reparação de danos, porquanto “a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores supõe o prejuízo causado em vida da vítima” (*Da responsabilidade civil*, v. II, 4. ed., Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 854). 6. Como bem salientou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do REsp 11.735/PR (2ª Turma, DJ de 13-12-1993), “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”. 7. “O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é ‘bem’ que componha o patrimônio transmissível do *de cujus*. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial. Leon Mazeaud, em magistério publicado no *Recueil Critique Dalloz*, 1943, p. 46, esclarece: ‘O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores’.” (PORTO, Mário Moacyr. In: *Revista dos Tribunais*, v. 661, p. 7-10). 8. “O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue – repita-se – é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce

Assim sendo, não se deve afirmar, singelamente, “que são intransmissíveis os direitos de personalidade. Serão, ou não, de acordo com a natureza do objeto do direito tutelado”⁶³.

Por fim, não podem ser confundidos os direitos que podem, sob certas condições, serem transmitidos aos parentes próximos do falecido e os direitos que podem ser exercidos pelos herdeiros para a proteção de sua própria personalidade⁶⁴. A temática é muito bem explanada por Álvaro Villaça e René Nicolau, que analisam um caso de publicação da imagem de uma jovem falecida em um grave acidente, fato que acabaria abalando a honra e a imagem da própria falecida, bem como provocaria danos morais em sua mãe. Pela clareza da exposição, vale aqui a transcrição dos ensinamentos dos autores:

Imagine a hipótese da publicação da imagem de uma jovem que faleceu num grave acidente. É possível imaginar que sua mãe sofra danos morais por conta daquela publicação. Sua integridade psíquica, sua tranquilidade, foram abaladas,

a obrigação de indenizar o dano patrimonial – no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial. Nesse mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos titulares da indenização” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 85-88). 9. Ressalte-se, por oportuno, que, conforme explicitado na r. sentença e no v. acórdão recorrido, “o finado era solteiro e não deixou filhos, fato incontroverso comprovado pelo documento de fl. 14 (certidão de óbito), sendo os autores seus únicos herdeiros, legitimados, pois, a propor a demanda” (fl. 154). Ademais, foi salientado nos autos que a vítima sentiu-se lesada moral e fisicamente com o ato praticado pelos policiais militares e que a ação somente foi proposta após sua morte porque aguardava-se o trânsito em julgado da ação penal. 10. Com essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que, embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se *causa mortis*, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um “bem” capaz de integrar o patrimônio do *de cujus*. Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação daí decorrente. Entende-se, assim, pela legitimidade ativa *ad causam* dos pais do ofendido, já falecido, para propor ação de indenização por danos morais, em virtude de ofensa moral por ele suportada. 11. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido, mas desprovido (REsp 978.651/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 17-2-2009, DJe 26-3-2009).

63 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 181-182.

64 MEIER, Philippe. *Droit des personnes: Personnes physiques et morales*, art. 11-89a CC. 2. ed. Genève: Schulthess, 2021, p. 314.

devendo a mãe se utilizar do *caput* do art. 12 para receber a indenização cabível.

Porém, a imagem e a honra da própria falecida também foram abaladas, continuando tais direitos vivos e íntegros no ordenamento, passíveis, portanto, de uma tutela. É aí que entra o parágrafo único do art. 12, a possibilitar o pedido da mãe visando tutelar direito alheio. Trata-se de hipótese de substituição processual em que determinada pessoa pede em nome próprio um direito alheio (art. 6º do CPC). Na mesma demanda, portanto, poder-se-iam imaginar dois pedidos diferentes realizados pela mãe, um em nome próprio e outro em nome da imagem de sua filha, que foi violada⁶⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade não podem ser renunciados ou transmitidos, o que se explica pelo fato de que tais direitos são inseparáveis dos respectivos titulares. É que o indivíduo, valor fundamental do ordenamento jurídico, não pode ser colocado em situações que o identifiquem como simples objeto de relações jurídicas. Admite-se, entretanto, a limitação voluntária ao exercício desses direitos, o que decorre da cessão de uso de alguns atributos da personalidade, como é o caso da imagem, da voz, do nome e dos direitos autorais, que podem ser explorados comercialmente.

A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade deve ser entendida no sentido de que o seu titular pode renunciar ao exercício de um direito de personalidade, desde que tal manifestação de vontade não signifique uma abdicação total e permanente à proteção conferida pelos direitos da personalidade. Não se pode renunciar ao núcleo substancial do direito da personalidade, mas o titular do direito da personalidade pode, sob determinadas condições, optar por não atuar contra determinados atentados à sua personalidade ou ainda não reclamar a reparação cabível após um atentado à sua personalidade.

65 AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens: artigos 1º a 103. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2007, v. I, p. 52.

A indisponibilidade representa consequência da irrenunciabilidade, uma vez que os direitos da personalidade sempre serão irrenunciáveis, mas nem sempre serão indisponíveis.

A intransmissibilidade dos direitos da personalidade não impede a pretensão de reparação pecuniária por ofensas a esses direitos, não possa ser transmitida aos sucessores da vítima. De fato, a intransmissibilidade dos direitos da personalidade em si não impede que os efeitos patrimoniais desses direitos sejam transmitidos por sucessão. Aliás, a transmissibilidade da reparação por dano moral aos sucessores da vítima é reconhecida inclusive pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, é fundamental distinguir os direitos da personalidade do falecido como os direitos que podem ser exercidos pelos herdeiros para proteger sua própria personalidade.

REFERÊNCIAS

ADARRAGA, Ana Azurmendi. **El derecho a la propia imagen**: su identidad y aproximación al derecho a la información. 2. ed. México: Fundación Manuel Buendía, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. **Código Civil comentado**: das pessoas e dos bens: artigos 1º a 103. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, v. I.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1.

CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

DUESBERG, Erik. **Die Vererblichkeit von Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts des Erblassers**. München: GRIN, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 187-204.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1.

GEDIEL, José Antônio. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 149-164.

GÖTTING, Horst-Peter. **Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.

KLÜBER, Rudiger. **Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung: die juristisch-ökonomischen Grundlagen des Schutzes der vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 93-103, abr./jun. 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, v. 1.

LOISEAU, Grégoire. **Le droit des personnes**. 2. ed. Paris: Ellipses, 2020.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 79-88, abr./maio/jun. 1978.

MEIER, Philippe. **Droit des personnes: Personnes physiques et morales**, art. 11-89a CC. 2. ed. Genève: Schulthess, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OHLY, Ansgar. **“Volenti non fit iniura” – Die Einwilligung im Privatrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. VII.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2.

STEINAUER, Paul-Henri; FOUNTOULAKIS, Christiana. **Droit des personnes physiques et de la protection de l’adulte**. Bern: Stämpfli, 2014.

WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Sellier, 2004.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito à imagem**. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts**. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O JUÍZO 100% DIGITAL

REASONABLE DURATION OF PRODUCE AND THE 100% DIGITAL COURT

Recebido: 12/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Sérgio Torres Teixeira

Doutor pela UFPE

Mestre em Direito pela UFPE

Professor da UNICAP e UFPE

Professor e coordenador científico da ESMATRA

Professor e instrutor da ENFAM, da ENAMAT,

da ESMAPE e da Escola Judicial do TRT6

Desembargador do TRT6

Livia Afonso de Albuquerque Costa

Mestranda em Direito pela UNICAP

Graduada e Especialista em Direito Administrativo

pela UFPE Servidora Pública Federal

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar no que consiste o Juízo 100% Digital, notadamente a partir do exame da regulamentação prevista na Resolução nº 345/2020, alterada pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022 do CNJ, e examinar a sua possível contribuição para a efetivação de uma prestação jurisdicional mais célere, em atenção à garantia da razoável duração do processo, sem se descuidar da reflexão acerca de eventuais impactos negativos, notadamente em razão do cenário de exclusão digital existente no Brasil. O tema se justifica diante do avanço da informatização dos processos no Poder Judiciário brasileiro,

intensificada por medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça durante o período de crise sanitária, que, ao final, terminaram por consolidar um novo paradigma para a prestação da tutela jurisdicional, impondo, assim, reflexões sobre o modelo inaugurado pelo Juízo 100% Digital, no qual se pretende que a prestação judicial ocorra de forma integralmente virtual. Utilizou-se método bibliográfico, com base em obras doutrinárias e artigos científicos selecionados na literatura especializada, e, ainda, o método dogmático para análise dos dispositivos normativos pertinentes à investigação desenvolvida.

PALAVRAS-CHAVE: Razoável duração do processo – Conselho Nacional de Justiça – Soluções tecnológicas – Juízo 100% Digital.

ABSTRACT: *The present article aims to analyze the 100% Digital Court (Juízo 100% Digital), based on the examination of the regulations provided for in Resolution No. 345/2020, amended by Resolutions No. 378/2021 and No. 481/2022 of the CNJ (National Council of Justice), and examines its possible contribution to the implementation of faster judicial provision, taking into account the guarantee of reasonable duration of the process, without investigating reflection on possible negative impacts, notably due to the digital exclusion scenario that exists in Brazil. The theme is justified given the advancement of computerization of procedures within the Brazilian Judiciary, intensified by measures adopted by the National Council of Justice during the period of the pandemic health crisis, which, in the end, ended up consolidating a new paradigm for the provision of judicial protection, thus imposing reflections on the model inaugurated by the “100% Digital Court”, in which the aim is for judicial provision to take place entirely virtually. The bibliographic method was used, based on doctrinal works and scientific articles selected from specialized literature, and also the dogmatic method for analyzing the normative provisions relevant to the research carried out.*

KEYWORDS: *Reasonable Duration of Procedure – National Council of Justice – Technological Solutions – 100% Digital Court.*

INTRODUÇÃO

No presente artigo, será analisada a sistemática do denominado Juízo 100% Digital, instituído pela Resolução nº 345/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), posteriormente alterada pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022, sob a perspectiva da efetivação da garantia da razoável duração do processo, através de incrementos tecnológicos voltados para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional.

Inicialmente, será analisado o direito à razoável duração do processo, reconhecido como garantia processual na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, e, posteriormente, inserido expressamente no rol de direitos fundamentais listados no artigo 5º da Constituição Federal, com a vigência da Emenda nº 45/2004. Buscar-se-á analisar o conteúdo desse direito e, de outro lado, os deveres impostos aos atores estatais para sua efetivação, com atenção ao papel desempenhado pelo CNJ, criado pela referida Emenda nº 45/2004, que consolidou a Reforma do Judiciário.

Após, serão feitas reflexões sobre a atuação do CNJ no contexto da pandemia da Covid-19, a qual exigiu do Poder Judiciário a adoção de diversas soluções para que não houvesse a interrupção de suas atividades essenciais, diante da exigência de isolamento e suspensão de atendimentos presenciais, optando-se pela intensificação no uso de soluções tecnológicas para a manutenção da atividade jurisdicional.

Por fim, será examinada a sistemática do Juízo 100% Digital, a partir das principais regras estabelecidas na referida Resolução nº 345/2020, posteriormente alterada pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022; bem como de sua potencialidade para tornar a prestação jurisdicional mais célere, sem, contudo, descuidar-se da reflexão acerca da necessidade de serem contornados problemas referentes à exclusão digital para que a sistemática atenda ao seu propósito.

Utilizou-se método bibliográfico, com base em obras doutrinárias e artigos científicos selecionados na literatura especializada, e, ainda, o método dogmático para análise dos dispositivos normativos pertinentes à investigação desenvolvida.

1. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO GARANTIA CONVENCIONAL, CONSTITUCIONAL E LEGAL

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 1969, e ratificada pelo Brasil em 1992, internalizada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 (Brasil, 1992).

A referida Convenção elencou em seu artigo 8º uma série de garantias processuais asseguradoras do devido processo, declarando, em seu item 1, que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, em processos judiciais ou de qualquer outra natureza.

Posteriormente, muito embora o Brasil já houvesse ratificado o Pacto de São José da Costa Rica, o movimento da denominada Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda nº 45/2004, buscou robustecer a garantia da razoável duração do processo, tornando o Poder Judiciário mais célere, eficaz e, também nessa perspectiva, mais justo.

Nesse contexto, a mencionada Reforma do Judiciário considerou imprescindível proporcionar que o cidadão obtivesse uma prestação jurisdicional mais ágil, reforçando a garantia da razoável duração do processo. Para tal finalidade, o direito à razoável duração do processo passou a constar expressamente no rol de direitos fundamentais listados no artigo 5º da Constituição Federal, como um direito autônomo, porém não dissociado do devido processo legal.

Embora fosse possível extrair o direito à razoável duração do processo do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (Brasil, 1988), ou, ainda, da garantia ao devido processo legal, é necessário reconhecer, conforme pondera Marinoni (2009), a importância da inclusão expressa do direito à razoável duração do processo no texto constitucional, através da Emenda nº 45/2004, uma vez que, segundo o autor, a compreensão do direito de ação na dimensão de um direito a uma tutela jurisdicional tempestiva e efetiva se revela como um processo de maturação.

Ademais, oportuno notar a redação da norma constitucional inserida no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, no sentido que a todos são assegurados a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Brasil, 1988). A consagração desse direito, portanto, impõe ao Estado o dever de oferecer concretamente instrumentos para a celeridade da tramitação processual ser alcançada, não se admitindo a sua omissão, sob pena de violação ao mandamento constitucional e convencional.

A razoável duração do processo também passou a contar com previsão infraconstitucional mais detalhada, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015¹, que, a título de exemplo, reforçou se tratar de um direito das partes, em seu artigo 4º; estabeleceu, no artigo 6º, um dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo para que se obtenha, num prazo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva; e, ainda, no artigo 139, estabeleceu figurar, entre os deveres do juiz, o dever de velar para razoável duração do processo.

Ante ao que se analisou, extrai-se que a razoável duração do processo constitui-se uma garantia incontestável garantia constitucional, convencional e legal da qual é titular o jurisdicionado, de modo que, diante da relevância de tal garantia, torna-se pertinente a uma breve reflexão sobre o seu conteúdo, bem como sobre o dever estatal de adoção de medidas concretas para a sua máxima efetivação.

2. O CONTEÚDO DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O PODER DE ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A expressão duração razoável do processo passou a ser utilizada inicialmente nos Estados Unidos da América, diante da previsão do instituto da *speedy trial clause* (*cláusula do julgamento rápido*) à *Constituição Norte Americana*, através da sua *Sexta Emenda* (Koehler, 2013).

1 Como registra Soares (2017), é importante ressaltar, contudo, que, no âmbito da legislação infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1973 já possuía previsão de tal garantia, em seu artigo 125, ao elencar que, dentre os deveres do juiz, o de velar pela rápida solução do litígio. Não obstante, na forma do regramento anterior, estabelecia-se tão somente ao magistrado o papel de agente estatal responsável pela razoável duração do processo, ao passo que, com o CPC/2015, o legislador alargou essa responsabilidade, tornando-a também de todos os sujeitos que participam do processo (Brasil, 2015).

Embora possa haver inúmeras definições sobre o que se entenda acerca da razoável duração do processo, tendo em vista o seu conteúdo principiológico, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) registram que, normalmente, o seu conteúdo converge à ideia de eliminação do tempo patológico no processo, evitando-se a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar.

Entretanto, conforme alertam os referidos juristas, para a devida compreensão do seu conteúdo, deve-se ponderar que tal direito não constitui, propriamente, um direito a um processo rápido ou célere, não se tratando, portanto, de expressões sinônimas.

Segundo os autores, a própria ideia de processo remete a um conjunto de procedimentos sequenciados, e, assim, por sua própria essência, tem-se o tempo como um fator inerente à fisiologia processual, repelindo, consequentemente, a instantaneidade.

O aspecto temporal que compõe o processo constitui, ainda, uma imposição democrática, decorrente da necessidade de se permitir que as partes possam participar e atuar em pleno exercício do contraditório e de outras garantias processuais para a solução mais justa e correta possível da lide posta à análise do Judiciário.

Por essa razão, os autores mencionados afirmam que o conteúdo desse direito está relacionado à eliminação do tempo patológico do processo, afastando a desproporcionalidade entre a sua duração e a complexidade da causa, focando-se, assim, à supressão das dilações indevidas e desnecessárias.

A ideia de eliminação de um tempo patológico remete à noção que o processo precisa se desenvolver em um tempo justo, isto é, que resulte de um equilíbrio entre a necessidade de a prestação jurisdicional não perdurar demasiadamente e a necessidade de serem devidamente observadas as demais garantias que compõe o devido processo legal. No entanto, a definição do que seja um tempo justo ou um prazo razoável não está delineada em nenhum dispositivo convencional, constitucional ou legal.

Diante da lacuna normativa, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) destacam os parâmetros que têm sido utilizados pelas Cortes de Direitos Humanos

para decidir acerca da observância ou não da garantida da razoável duração do processo, em casos postos à sua análise. Apontam os critérios utilizados pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo eles, a complexidade da causa, o comportamento das partes e o comportamento do juiz na condução do processo; destacando, outrossim, serem plenamente aplicáveis ao sistema processual brasileiro.

Schenk (2013) enfatiza que tais critérios são classificados como comuns pela Corte Europeia, que observaria, complementarmente, conforme o caso concreto, critérios classificados como facultativos².

No que a critérios para aferição ou não da observância da razoável duração do processo, é oportuno observar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos adota parâmetros similares para o exame da observância ou não da garantia prevista no artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica (2006).

Exemplificativamente, Schenk (2013) registra ser possível extrair da análise da sentença proferida no Caso Brasil vs. Ximenes Lopes que os critérios utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para verificação da existência ou não de violação à duração razoável no referido caso também tiveram por base a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado, e, ainda, a conduta das autoridades judiciais.

Assim, em que pese a razoável duração do processo não possuir um conteúdo rigorosamente delineado, pode ser compreendido como um direito voltado a garantir que o processo judicial ocorra sem dilações inúteis ou inapropriadas à resolução do caso concreto, ou seja, sem prorrogações ou demoras incompatíveis com a complexidade da causa ou mesmo desnecessárias ao exercício substancial de garantias processuais, de modo que o resultado final do processo possa ser alcançado em um período de tempo que não comprometa a utilidade da tutela judicial.

Por outro lado, a introdução expressa do direito à razoável duração do processo no catálogo dos direitos fundamentais pela Emenda nº 45/2004 não foi

2 Conforme Schenk (2013, p. 295), ao lado dos critérios considerados comuns, “a Corte avalia, conforme o caso concreto, o período envolvido, a importância do litígio para o interessado e o contexto em que se desenrolaram as atuações processuais”, sendo estes os chamados critérios facultativos.

meramente simbólica, conforme se analisou anteriormente, reforçando também a dimensão dos deveres impostos ao Estado para garantir a sua efetivação.

Sobre o conteúdo da garantia à razoável duração do processo, novamente Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 160) esclarecem que os deveres dela oriundo, reforçados pela Emenda nº 45/2004, estão direcionados aos três Poderes do Estado:

Seu conteúdo mínimo está em determinar: i) ao legislador, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável (por exemplo, previsão de julgamento antecipado parcial do mérito, art. 356, CPC, e a previsão de aproveitamento sempre que possível das formas processuais, arts. 188, 276, 277 e 282, § 1º, CPC), a edição de legislação que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo (litigância de má-fé e contempt of court, arts. 77 e 79 a 81, CPC) e regulamente minimamente a responsabilidade civil do Estado por duração não razoável do processo; ii) ao administrador judiciário, a adoção de técnicas gerenciais capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como organizar os órgãos judiciários de forma idônea (número de juízes e funcionários, infraestrutura e meios tecnológicos); e iii) ao juiz, a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável, inclusive com a adoção de técnicas de gestão capazes de dispensar intimações para a prática de atos processuais (calendário processual, art.191, CPC) e com a adoção de uma ordem cronológica para julgamento das causas (art.12, CPC).

Percebe-se que, além de impor às autoridades estatais um comportamento ativo no sentido de evitar o tempo patológico do processo, buscou-se fomentar a criação de mecanismos, inclusive políticas públicas, para enfrentar o problema da morosidade processual.

Para tanto, ainda no contexto da Reforma do Judiciário, previu-se a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da introdução do artigo 103-B ao texto constitucional, conferindo ao referido órgão, integrante do Poder Judiciário, de natureza constitucional-administrativa, atribuições específicas para o con-

trole da atuação administrativa e financeira e para coordenação do planejamento estratégico do Poder Judiciário (Canotilho *et al.*, 2018).

A partir desse delineamento, o CNJ passou a desempenhar as funções de gestão do Poder Judiciário, observando-se um movimento para implantação, inclusive, de uma visão gerencial na atuação dos órgãos judiciais para otimização e melhoria dos serviços prestados.

Com efeito, registra Renault (2014, p. 130):

Parte-se da premissa de que a reforma do Judiciário passa pela modernização da sua gestão. A incorporação de novas tecnologias de informação, a padronização de procedimentos racionais, a simplificação de sistemas operacionais, a capacitação de pessoal, o apoio a projetos de financiamento para a modernização e a desburocratização da máquina administrativa são exemplos de iniciativas que podem tornar o Judiciário mais eficiente e ágil.

Ademais, ao Conselho Nacional de Justiça, nos termos do artigo 103-B, §4º, I, da Constituição Federal, foi atribuído poder para expedição de atos regulamentares³, no âmbito de sua competência.

A despeito dos debates doutrinários acerca dos limites de seu poder regulamentar⁴, desde sua criação, o CNJ tem continuamente editado resoluções dispondo sobre matérias relevantes para o funcionamento e atuação do Poder Judi-

3 Quanto ao exercício de tal poder regulamentar, importante rememorar que, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, proposta pela Associação de Magistrados do Brasil em razão da edição da Resolução nº 07/2005 do CNJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, ao expedir suas resoluções para as finalidades delineadas no artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal, o CNJ exerce um poder normativo primário, porquanto sua validade seria decorrente diretamente do citado dispositivo constitucional.

4 Acerca da limitação ao poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève (2005, p. 19) entendem ser inconcebível, no Estado Democrático de Direito, “permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos”. Defendem que, não obstante a Emenda nº 45/2004 haver conferido ao CNJ poder para editar atos regulamentares, tal previsão não representa uma “carta branca para tais regulamentações”, afirmando, assim, estar tal competência sujeita a “duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”.

ciário, disciplinando, nesse mister, temas afetos à modernização e à incorporação de soluções tecnológicas para melhoria dos serviços jurisdicionais.

A atuação do CNJ, através do seu poder normativo, revelou-se significativamente decisiva para consolidação de mecanismos para garantir a continuidade da prestação jurisdicional no contexto da pandemia da Covid-19, conforme se analisará a seguir.

3. A JURISDIÇÃO NÃO PODE PARAR: A MEDIDAS PROMOVIDAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA CONTINUIDADE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA PANDEMIA

O contexto da pandemia da Covid-19 impôs ao Poder Judiciário grandes desafios para garantir o desempenho de sua função essencial, com a entrega da prestação jurisdicional, de forma eficiente, célere e adequada, durante o período de emergência sanitária.

Segundo registrado no Relatório Justiça em Números 2021 (CNJ, 2021a), ano base 2020, foram promovidas diversas iniciativas pelo Conselho Nacional de Justiça no intuito de minorar as consequências decorrentes da necessidade de restrição de circulação de pessoas e de suspensão do atendimento presencial, em razão da crise sanitária. Especificamente a partir de março de 2020, foram editadas diversas resoluções pelo CNJ para garantir o funcionamento do Judiciário, bem como no intuito de otimizar e aperfeiçoar a prestação de seus serviços no contexto da pandemia da Covid-19, através de instrumentos e mecanismos atualmente possíveis de utilização devido ao avanço tecnológico (Araújo; Gabriel; Porto, 2022).

A conjuntura emergencial impulsionou a criação de alternativas tecnológicas para a manutenção dos serviços forenses, indicando a consolidação de soluções para cooperar para o acesso e o funcionamento da Justiça (Teixeira; Orengo; Costa, 2022), e, nessa medida, zelando também pela razoável duração do processo, já que o trâmite e a prática dos mais diversos atos processuais não precisaram ser bruscamente interrompidos.

Inicialmente, através da Resolução nº 313, de 19/03/2020, posteriormente alterada por sucessivas resoluções, foram estabelecidas medidas para uniformizar

o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo coronavírus e garantir o acesso à justiça no período pandêmico. Com a referida resolução, os serviços judiciários passaram a ser realizados, em regra, de forma remota, representando um avanço na consolidação da digitalização do Judiciário (Araújo; Gabriel; Porto, 2022).

A partir de então, ainda no contexto da pandemia do Covid-19, sucedeu-se a edição de diversas resoluções pelo CNJ, estabelecendo, exemplificativamente, a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações sobre benefícios previdenciários por incapacidade ou assistências (Resolução nº 317 de 30/04/2020); a regulamentação e o estabelecimento de critérios para realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência em processos penais e de execução penal e em processos de apuração de atos infracionais e de execução de medidas socioeducativas (respectivamente, Resolução nº 329, de 30/07/2020 e nº 330, de 26/08/2020⁵); a utilização de sistemas de videoconferência no Poder Judiciário e a determinação aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência (Resolução nº 337, de 29/09/2020, e nº 341, de 07/10/2020); a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não fosse possível a realização, em 24 horas, de forma presencial (Resolução nº 357, de 26/11/2020⁶); a criação da plataforma de videoconferência denominada Balcão Virtual para ampliar o atendimento a advogados e jurisdicionados (Resolução nº 372, de 12/02/2021) e, ainda, criação dos Núcleos de Justiça 4.0 (Resolução nº 385, de 06/04/2021).

Nesse cenário de intensa atuação do Conselho Nacional de Justiça, foi igualmente editada a Resolução nº 345, de 09/10/2020, que tratou sobre a implementação do chamado Juízo 100% Digital, objeto do presente estudo, promovida dentro do Programa Justiça 4.0⁷.

5 As Resoluções nº 329/2020 e nº 330/20 encontram-se atualmente revogadas, em razão da cessação da crise de emergência sanitária decorrente da pandemia da Covid-19. Foram revogadas através da Resolução Nº 481 de 22/11/2022.

6 A Resolução nº 357/2020 também foi revogada em novembro de 2022, após o fim do período de emergência sanitária, por meio da Resolução nº 481/2022.

7 Segundo o CNJ, “o Programa Justiça 4.0: inovação e efetividade na realização da Justiça para todos tem como

Diante da edição de inúmeras resoluções robustecendo o uso de soluções tecnológicas no âmbito da atuação do Poder Judiciário, Porto (2021) se refere ao estabelecimento de um microssistema⁸ de justiça digital introduzido pelas Resoluções n.º 335/2020, 345/2020, 354/2020, 372/2021, 385/2021 e 398/2021 do CNJ, reportando-se notadamente à criação de uma Plataforma Digital do Poder Judiciário e à criação e à implantação do Juízo 100% Digital e dos Núcleos de Justiça 4.0.

O autor relaciona o surgimento desse microssistema de justiça digital à necessidade de o Poder Judiciário continuar cumprindo sua função essencial, no contexto da pandemia da Covid-19, destacando, por outro lado, que, diante de uma revolução digital, impulsionada pelo constante avanço de tecnologias para a prestação de serviços na sociedade em geral, a prestação jurisdicional também passível de aprimoramento, através de recursos tecnológicos, voltados às necessidades dos usuários.

Complementa Porto (2021, p. 146) acerca de tal mudança paradigmática da prestação do serviço judicial:

Estamos vivendo uma época de grandes transformações trazidas pelo avanço exponencial da tecnologia. O futuro não será a simples continuação do presente. Velhos problemas precisarão ser resolvidos a partir de uma nova lógica, em que a tecnologia e o homem se sobrepõem. Nenhum negócio ou serviço, privado ou público, ficará à margem da mudança, porque, além da automação, a tecnologia nos proporcionou a conectividade e realçou a complexidade do mundo em que vivemos — holístico e interdependente (REPETTE, SELL, BASTOS, 2020, *online*). Com o Judiciário, não será diferente, por esse motivo, se mostra primordial para que a

finalidade promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial” (CNJ, 2020a). Ainda de acordo com o órgão, o programa “promoveu um rol de serviços judiciais de fomento à transformação digital, medidas que foram adotadas pelo Poder Judiciário em um ritmo acelerado durante a pandemia do novo coronavírus”, destacando a implantação do Juízo 100% Digital, dos Núcleos de Justiça 4.0, do Balcão Virtual, do desenvolvimento da Plataforma Digital do Poder Judiciário, entre outras.

8 Ainda segundo Porto (2021, p. 134), trata-se de um sistema, enquanto “contexto construído, normatizado, organizado, de solução rápida, com adoção de novas tecnologias e eficaz para a solução do litígio”. Entende, outrossim, que, “o conjunto de normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça constitui um microssistema (ou subsistema) do sistema jurídico (ou do ordenamento jurídico positivo) brasileiro específico de Justiça Digital”.

transformação digital ocorra de modo efetivo que se tenha regras claras e transparentes, possibilitando a visualização do Judiciário como plataforma para o desenvolvimento do Ecossistema da Justiça, tendo o cidadão no centro e no foco das atenções.

Conforme registraram Teixeira, Orengo e Costa (2022), efetivamente foi possível constatar que o uso de soluções tecnológicas pelo Judiciário, no contexto da crise sanitária, intensificou-se na medida em que se revelaram eficazes para servir aos mais variados desafios impostos pela pandemia, o que terminou também por acelerar a utilização das ferramentas tecnológicas para a manutenção da atividade jurisdicional.

Nessa perspectiva, pode-se sustentar que o complexo cenário criado pela pandemia terminou por fazer avançar uma nova normalidade para a prestação dos serviços judiciais - a realidade digital - imprescindível para a continuidade dos serviços judiciários no referido contexto.

Por outro lado, tal cenário demonstrou que a informatização pode decididamente contribuir para o incremento da produtividade no Judiciário, uma vez que foram as medidas adotadas pelo CNJ, voltadas à utilização de soluções tecnológicas existentes, permitiram a continuidade da prestação jurisdicional e até mesmo o aumento da produtividade do Poder Judiciário durante o período de emergência sanitária.

Assim, por meio da análise da atuação do órgão no período em referência, percebe-se que, alinhado ao propósito de minorar os impactos negativos na prestação jurisdicional decorrente do contexto pandêmico, buscou-se o aperfeiçoamento das atividades judiciárias através do uso de recursos tecnológicos, alguns já há alguns anos utilizados no âmbito do Judiciário (tais como videoconferências, intimações eletrônicas etc.), garantindo-se não só o acesso à justiça, como também a regular continuidade na tramitação dos processos judiciais, sem interrupções abruptas ou desnecessárias, em concretização da razoável duração do processo.

Para além disso, a atuação do CNJ apontou para o aprofundamento de uma mudança de paradigma na própria prestação da atividade jurisdicional,

através de iniciativas pautadas na intensificação do uso da tecnologia para otimização e aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, de forma a garantir maior celeridade e eficiência.

4. A IMPLANTAÇÃO DO JUÍZO 100% DIGITAL ATRAVÉS DAS RESOLUÇÕES Nº 345/2020 E Nº 378/2021 DO CNJ

Ante os desafios impostos à continuidade da prestação jurisdicional no contexto da pandemia da Covid-19, como visto, foram promovidas diversas iniciativas pelo CNJ no intuito de minorar as consequências decorrentes da necessidade de restrição de circulação de pessoas e de suspensão do atendimento presencial.

Dentre as iniciativas promovidas pelo CNJ com a finalidade promover o acesso à justiça e a satisfatória continuidade da prestação jurisdicional, por meio de ações e projetos desenvolvidos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial, insere-se o que se denominou Juízo 100% Digital, instituído inicialmente através da Resolução nº 345, de 09 de outubro de 2020.

A mencionada resolução, posteriormente alterada pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022, previu que, no âmbito do Juízo 100% Digital, todos os atos processuais devem ser praticados por meio eletrônico e remoto, através rede mundial de computadores (artigo 1º, §1º), acrescentando, contudo, que a eventual inviabilidade de produção de provas e determinados atos de forma virtual não inviabiliza a tramitação do processo no âmbito do Juízo 100% Digital (artigo 1º, §2º).

Estabeleceu-se ser opção do autor, por ocasião do ajuizamento, eleger o trâmite integralmente virtual do processo judicial (artigo 3º, *caput*), devendo a parte e seu respectivo advogado fornecerem endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, para fins de realização, por qualquer meio eletrônico, de citação, notificações e intimações, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil (artigo 2º, parágrafo único).

Adotada a sistemática do Juízo 100% Digital, em razão da opção da parte demandante, garantiu-se à parte demandada opor-se à tramitação do pro-

cesso na sistemática integralmente virtual, até o momento da contestação (artigo 3º, *caput*), ou, até sua primeira manifestação no processo, salvo na Justiça do Trabalho, em que essa oposição deverá ser deduzida em até 5 (cinco) dias úteis contados do recebimento da primeira notificação (artigo 3º, §1º).

Além disso, assegurou-se a possibilidade de retração pelas partes, por uma única vez, após a contestação e até a prolação da sentença, da opção pelo Juízo 100% Digital, preservando-se, todavia, nessa hipótese, todos os atos até então praticados (artigo 3º, §2º), e sem haver qualquer alteração do juízo natural do processo, na hipótese de eventual retração da opção pela sistemática integralmente virtual (artigo 3º, §6º).

Previu-se, com fundamento no art. 190 do CPC, a possibilidade de celebração de negócio processual entre os litigantes, a qualquer tempo, para a escolha do Juízo 100% Digital ou, ainda, para a realização de atos processuais isolados de forma digital (artigo 3º-A).

De outro lado, consagrou-se a possibilidade de o magistrado instar as partes a manifestarem o interesse na adoção do Juízo 100% Digital, ainda que em relação a processos anteriores à entrada em vigor da Resolução nº 378/2021, importando o silêncio, após duas intimações, aceitação tácita (artigo 3º, §4º).

Estabeleceu-se, ainda, que, no âmbito do Juízo 100% Digital, o atendimento às partes e seus representantes deverá igualmente ser remoto, por telefone, por e-mail, por vídeo chamadas, por aplicativos digitais ou por outros meios de comunicação que venham a ser definidos pelo tribunal, inclusive por intermédio do Balcão Virtual, durante o horário de atendimento ao público da unidade jurisdicional (artigo 4º, parágrafo único, e artigo 6º).

Na hipótese de advogados pretenderem ser atendidos por magistrados, o interesse no atendimento será registrado, com dia e hora, por meio eletrônico, prevendo-se a necessidade de resposta ao pedido de atendimento em até 48 horas, salvo situações de urgência (artigo 6º, §§ 1º e 2º).

Ainda segundo a Resolução nº 345/2020, as audiências e sessões no Juízo 100% Digital ocorrerão exclusivamente por videoconferência (artigo 5º,

caput), podendo, contudo, as partes e seus advogados requererem sua participação na audiência virtual em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário (artigo 5º, parágrafo único).

Consignou-se que o Juízo 100% Digital poderá ser adotado, no âmbito de competência de cada tribunal, de modo a abranger ou não todas as unidades jurisdicionais de mesma competência territorial e material, assegurada, em qualquer hipótese, a livre distribuição (artigo 8º, §1º); prevendo-se que a existência de processos físicos em uma unidade jurisdicional não obstará a implementação do Juízo 100% Digital em relação aos processos que tramitem eletronicamente (artigo 8º, §5º).

Ademais, restou estabelecido os tribunais deverão providenciar a identificação dos processos que tramitarem no âmbito da sistemática, com a sinalização instituída pelo Conselho Nacional de Justiça (artigo 8º, §6º), bem acompanhar os resultados do Juízo 100% Digital, por meio dos indicadores de produtividade e celeridade estabelecidos pelo CNJ (artigo 7º, *caput*).

Finalmente, previu-se a reavaliação da iniciativa após um ano de sua implementação, por cada tribunal, permitindo-lhes optar pela manutenção, descontinuidade ou ampliação da iniciativa, com a devida comunicação ao CNJ (artigo 8º, §7º).

Segundo divulgação do CNJ, a iniciativa do Juízo 100% Digital consiste na “possibilidade de o cidadão valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente nos Fóruns, uma vez que todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto pela internet” (CNJ, 2020a), sendo possível a realização dos mais diversos atos processuais, por meio remoto, para dar impulsionamento aos processos.

Em análise à sistemática inaugurada, Moraes, Gaia e Silva (2021, p. 225) defendem que “o escopo do processo que tramita no ‘Juízo 100% Digital’ não se restringe à celeridade, mas alcança também a noção de que os recursos tecnológicos existentes devem ser utilizados de modo a propiciar o bom andamento do processo judicial”.

Na perspectiva de Porto (2021), a criação do Juízo 100% Digital deve ser considerada um marco, por ter consubstanciado uma alteração de paradigma no Poder Judiciário brasileiro, ao se conceber o exercício da atividade judicial como um serviço (*justice as a service*), e não mais necessariamente associando a sua prestação a locais físicos em que deve ser realizada.

A disponibilização de soluções tecnológicas para possibilitar toda a tramitação processual em meio digital (ou, ao menos, da maior parte dos atos processuais, quando da impossibilidade da prática de determinado ato por meio remoto), como se pretende no Juízo 100% Digital, certamente poderá representar um valioso incremento para garantir a razoável duração dos processos.

Além disso, evidencia o avanço da consolidação de um novo paradigma para a prestação jurisdicional (Porto, 2021), com a utilização de recursos tecnológicos que possam facilitar não apenas o acesso à justiça, mas também acelerar a marcha processual de forma a eliminar o tempo patológico do processo.

Não obstante tratar-se de sistemática introduzida no cenário da pandemia da Covid-19, como um dos mecanismos para garantir a adequada continuidade da atuação do Poder Judiciário, a implantação do Juízo 100% Digital representou um legado para além da crise sanitária, consubstanciando, juntamente com outras medidas do CNJ, uma adaptação da prestação do serviço judicial às novas realidades vivenciadas com o que se denomina de revolução digital.

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2021 (CNJ, 2021a), ano base 2020, aproximadamente 1 (um) ano após a instituição do Juízo 100% Digital, em novembro de 2021, constatou-se ter sido implantado em 7.149 serventias, o que, segundo o referido relatório, representa 32% do total de serventias no Brasil, sendo 6.346 unidades judiciárias de primeiro grau e 803 unidades judiciárias de segundo grau.

Em continuidade, conforme as informações constantes do Relatório Justiça em Números 2022 (CNJ, 2022a), ano base 2021, o número de serventias no primeiro grau que adotaram a iniciativa, até 27 de agosto de 2022, foi de 13.070,

representando um aumento superior a 100% em relação aos números divulgados no referido Relatório Anual 2021, alcançando 67,7% das serventias no país; ao passo que, no segundo grau, o número de unidades judiciárias que adotaram o novo modelo foi de 1.751.

À semelhança de outras iniciativas de digitalização do processo, os dados compilados pelo CNJ acerca da expansão da implantação do Juízo 100% Digital demonstram a sua consolidação, não se apresentando como mera solução pontual para o enfrentamento dos desafios impostos no contexto da emergência sanitária, mas como um recurso incorporado ao novo paradigma para prestação jurisdicional.

Embora a criação do Juízo 100% Digital se revele, em certa medida, como uma imposição da revolução digital vivenciada pela sociedade contemporânea, com a adaptação dos serviços judiciais a esse novo contexto, a expansão desse modelo, assim como de outras soluções tecnológicas incorporadas à atividade essencial do Judiciário, impõe reflexões para a superação dos desafios decorrentes do cenário de exclusão e desigualdades sociais ainda enfrentados pela maior parte da população brasileira.

5. O JUÍZO 100% DIGITAL: ENTRE O PROPÓSITO DE ATENDER À CELERIDADE E O DESAFIO DA INCLUSÃO DIGITAL

A informatização dos processos, em sentido amplo, tem sido impulsionada pelo Poder Judiciário, através de intensa atuação do Conselho Nacional de Justiça, conforme se examinou anteriormente.

Inúmeras resoluções foram editadas pelo CNJ para fortalecer o uso de soluções tecnológicas de forma a garantir a continuidade e a eficiência da prestação jurisdicional, o que se observou especialmente no contexto de isolamento social e de restrições de atendimentos e prática de atos processuais de forma presencial, decorrentes da pandemia da Covid-19, percebendo-se o avanço da consolidação de um novo paradigma da prestação dos serviços judiciais.

Dentre essas iniciativas, verificou-se a implantação do Juízo 100% Digital, iniciativa destinada a possibilitar o trâmite integral de processos em ambiente digital, através da rede mundial de computadores.

Apesar de adotadas no contexto da pandemia, diversas medidas de digitalização do processo promovidas pelo CNJ têm se consolidado⁹, não se apresentando como recursos pontuais para o enfrentamento dos desafios impostos pela emergência sanitária. Fala-se, nesse contexto, de uma mudança de paradigma na prestação do serviço judicial (Porto, 2021).

Justamente em razão da rápida expansão desse paradigma digital, indicando a sua consolidação no período pós-pandemia, a opção por oferecer os serviços judiciais nesse formato não deve desconsiderar a realidade de exclusão, pobreza e desigualdade na sociedade brasileira.

Segundo o Mapa da Nova Pobreza, pesquisa divulgada em junho de 2022 pelo Centro de Política Social da FGV, o número de brasileiros com renda domiciliar per capita até R\$ 497,00 mensais atingiu 62,9 milhões em 2021, representando 29,6% da população total do país, tendo a pobreza atingido o seu pico em 2021, considerando a série histórica produzida pela instituição desde 2012 (Neri, 2022).

O agravamento da pobreza, entre outros fatores, implica em aumento da dificuldade de considerável parte da população brasileira ter acesso a bens e serviços adequados e de qualidade (inclusive de internet).

Em análise dos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Saikalli (2022) registra que mais de 20 milhões de domicílios no país não possuem acesso à internet por banda larga ou por rede móvel, quantitativo que representa 28% dos domicílios totais no Brasil, destacando que domicílios com acesso à internet só estão presentes em aproximadamente 50% na área rural e 50% nas

9 Novamente se destaca as medidas e iniciativas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça no contexto do Programa Justiça 4.0, tal como a implantação do “Juízo 100% Digital”, dos Núcleos de Justiça 4.0 e do Balcão Virtual, que, conforme os dados contidos nos relatórios anualmente produzidos pelo CNJ, especialmente o Relatório Justiça em Número, anos 2021, 2022 e 2023, indicam a expansão e consolidação de tais iniciativas.

classes D e E nos centros urbanos, revelando a exclusão digital da população mais carente e vulnerável.

Por seu turno, Silva (2022) destaca que as ferramentas tecnológicas existentes e em desenvolvimento no Poder Judiciário já demonstraram ter um efeito positivo na celeridade e acesso à justiça, por estarem aptas, por exemplo, para substituir tarefas rotineiras, auxiliar no controle de prazos processuais e alertar para existência de processos sem movimentação, auxiliando, desse modo, no impulsionamento dos processos judiciais e permitindo um melhor controle das atividades judiciárias.

Contudo, o autor pondera que, não obstante as soluções tecnológicas desempenharem um importante papel para a eficiência e celeridade da atividade judicial, deve-se ter em consideração que, para serem completamente eficazes e democráticas, precisam funcionar como meios de acesso à justiça, razão pela qual sua adoção não pode desconsiderar a questão da exclusão digital no Brasil.

Também sob essa perspectiva, muito embora registrem que recorrer às inovações tecnológicas seja inevitável no cenário atual, Teixeira, Orengo e Costa (2022, p. 1250) alertam:

É preciso que sejam efetivados estudos aprofundados acerca do funcionamento eficiente das novas tecnologias no campo do direito e a respeito das possibilidades existentes na atualidade de empregá-las com o objetivo de promover o rompimento de barreiras e não criar outras, especialmente considerando-se que a sociedade brasileira é profundamente marcada pelas desigualdades sociais.

Percebe-se que o avanço do paradigma digital na prestação jurisdicional demanda permanente cautela e acompanhamento de seus desdobramentos e desafios surgidos, a fim de que sejam feitos os ajustes e promovidas iniciativas complementares para que tais recursos e serviços sejam disponibilizados adequa-

damente a todos os jurisdicionais, evitando que haja mais marginalização e exclusão provocados pelo estabelecimento dessa nova conjuntura.

Exemplo singelo diz respeito à necessidade de averiguar se as partes processuais possuem adequado acesso à internet e, caso não o tenham, de buscar alternativas com a disponibilização de acesso público à internet, através de políticas públicas específicas, inclusive com outras soluções eventualmente criadas pelo próprio CNJ.

Especificamente no que se refere ao Juízo 100% Digital, pode ser identificada medida voltada à tentativa de atenuar a exclusão digital no acesso à justiça na própria Resolução nº 345/2020, através da previsão da possibilidade de os litigantes requerem a disponibilização de sala, em unidade do Poder Judiciário, para realização da audiência através de videoconferência, em artigo 5º, parágrafo único.

Conforme Moraes, Gaia e Silva (2021), a norma em questão objetiva assegurar que as partes que não tenham acesso a instrumentos de transmissão de dados, voz e imagem em tempo real, ou mesmo a serviço de internet possam participar de audiência no sistema do Juízo 100% Digital através da utilização de equipamentos, rede de internet e espaço físico disponibilizados pelo próprio Judiciário.

Ainda no que está diretamente dentro do campo de competência do Judiciário promover, Moraes, Gaia e Silva (2021) vislumbram a possibilidade de adoção de medidas interessantes, como a celebração de convênios pelo Poder Judiciário com outros órgãos com a finalidade de disponibilizar ambiente com equipamentos de transmissão de som e imagem em tempo real para possibilitar que as pessoas (partes, testemunhas, advogados) pratiquem atos processuais ou participem de audiências sem se deslocar ao fórum da unidade judiciária que adota Juízo 100% Digital, sendo-lhe facultado comparecer em lugar distinto, ao qual tenham mais facilidade de acesso.

Saldanha e Medeiros (2020) alertam, contudo, quanto à necessidade de fornecer também o conhecimento técnico ao jurisdicionado para que possa utilizar adequadamente as ferramentas digitais, vez que a simples disponibilização do

maquinário ou mesmo do serviço de internet, por si só, não são suficientes para efetiva inclusão digital.

Registram os autores (2020, p. 41):

Em outros termos, o acesso à justiça em tempos de acesso pelos microcomputadores resolve problemas do século XX, mas enfrenta problemas do século XXI. Um desses desafios, isto pode ser dito, está no amplo domínio das técnicas necessárias para uso das plataformas do judiciário eletrônico, pois nem todos os que precisam da tutela jurisdicional de seus interesses jurídicos possuem o conhecimento informático necessário para interação com o processo judicial em ambiente digital, ainda que para isso não seja necessário vasto domínio técnico. Ou seja, problemas que envolvem educação informática e difusão social das máquinas e demais tecnologias hábeis desafiam a satisfação do acesso à justiça uma vez inserido no contexto da cibercultura.

Percebe-se que, para além dos desafios de fornecimento de infraestrutura para prestação dos serviços judiciais nesse novo paradigma, o Judiciário se depara com os desafios decorrentes da falta de conhecimento ou domínio técnico elementar para o uso satisfatório das ferramentas digitais por considerável parte da população brasileira.

Desse modo, embora a potencialidade dos recursos tecnológicos contribuam para o aperfeiçoamento e celeridade da prestação jurisdicional, o cenário de pobreza e exclusão digital sugere que, no âmbito do Poder Judiciário, as medidas de inclusão e educação digital devem ser expandidas, sob pena de frustrar os propósitos de aperfeiçoamento e celeridade da prestação jurisdicional, através de iniciativas como o Juízo 100% Digital.

CONCLUSÕES

No presente artigo, analisou-se a sistemática do denominado Juízo 100% Digital, instituído pela Resolução nº 345/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), posteriormente alterada pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022, sob a perspectiva da efetivação da garantia da razoável duração do processo, através de incrementos tecnológicos voltados para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional.

A razoável duração do processo, enquanto garantia constitucional, convencional e legal, consiste no direito a um processo sem dilações desnecessárias, assegurando-se a eliminação do tempo patológico, a fim de afastar a desproporcionalidade entre sua duração e a complexidade da causa, voltando-se, portanto, à supressão das dilações indevidas e desnecessárias no curso processual.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que promoveu a Reforma do Judiciário, incluiu expressamente a razoável duração do processo no rol de direitos e garantias fundamentais, com o propósito de robustecê-la, destacando, assim, o dever de o Poder Judiciário atuar de forma mais célere e eficaz.

A referida emenda também introduziu o artigo 103-B ao texto constitucional, criando o Conselho Nacional de Justiça, com atribuições específicas para o controle da atuação administrativa e financeira e para coordenação do planejamento estratégico do Poder Judiciário.

Desde sua criação, o órgão tem continuamente editado resoluções dispondo sobre matérias relevantes para o funcionamento e atuação do Poder Judiciário, disciplinando, nesse mister, temas afetos à modernização e à incorporação de soluções tecnológicas para melhoria dos serviços jurisdicionais.

A informatização dos processos, em sentido amplo, tem sido impulsionada pelo Poder Judiciário, sendo perceptível a intensa atuação do CNJ nesse sentido, através de resoluções editadas no cenário da crise sanitária provocada pela pandemia da Covid-19. Inúmeras resoluções foram editadas para fortalecer o uso de soluções tecnológicas de forma a garantir o acesso à justiça, bem como a continuidade da prestação jurisdicional, no contexto de isolamento

social e de restrições de atendimentos e prática de atos processuais de forma presencial.

Dentre essas medidas, constou a implantação do Juízo 100% Digital, instituído pela Resolução nº 345/2020 do CNJ, com alterações promovidas pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022, consistindo em iniciativa que pretende possibilitar o trâmite integral de processos em ambiente digital, através da rede mundial de computadores. A disponibilização de soluções tecnológicas para possibilitar toda a tramitação processual em meio digital (ou, ao menos, da maior parte dos atos processuais), como se pretende no Juízo 100% Digital, certamente poderá representar um valioso incremento para garantir a razoável duração dos processos.

Por outro lado, não obstante haver sido inaugurado no cenário da pandemia da Covid-19, como um dos mecanismos para permitir a adequada continuidade da atuação do Poder Judiciário, o Juízo 100% Digital representa um legado para além da crise sanitária, por consubstanciar, juntamente com outras medidas do CNJ, uma adaptação da prestação do serviço judicial às novas realidades vivenciadas com o que se denomina de revolução digital, percebendo-se uma mudança de paradigma na prestação do serviço judicial.

No entanto, muito embora as soluções tecnológicas efetivamente contribuam para a eficiência e celeridade da atividade judicial, não se pode olvidar que, para serem verdadeiramente eficazes e democráticas, necessitam funcionar como meios de acesso à justiça, razão pela qual sua adoção não pode desconsiderar a questão da exclusão digital no Brasil.

Parte significativa da população ainda não dispõe de acesso a equipamentos e serviços de internet que lhes permita desfrutar devidamente desses serviços prestados de forma digital. Ademais, a exclusão digital atinge a população mais carente e vulnerável, que, certamente, é a mais necessitada de ter os mecanismos de acesso à justiça e a célere prestação jurisdicional assegurados.

Pode-se identificar na Resolução nº 345/2020, através da qual se criou o Juízo 100% Digital, medida voltada à tentativa de atenuar a exclusão digital no acesso à justiça, através da previsão da possibilidade de as partes solicitarem a

disponibilização de sala, em unidade do Poder Judiciário, para realização da audiência através de videoconferência.

Contudo, o avanço do estabelecimento do paradigma digital para prestação dos serviços judiciais impõe permanente cautela e acompanhamento de seus desdobramentos e desafios surgidos, possibilitando que sejam realizados ajustes e promovidas iniciativas complementares na mesma velocidade em que se estabelece a realidade digital para a prestação da atividade jurisdicional, sob pena de restarem frustrados os objetivos de aperfeiçoamento e celeridade de tantas soluções tecnológicas, dentre eles, o Juízo 100% Digital.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. Justiça 4.0: a transformação tecnológica do poder judiciário deflagrada pelo CNJ no biênio 2020-2022. **Revista Eletrônica Direito Exponencial-DIEX**, 2022, p. 1-18. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/diex/article/view/796>. Acesso em: 10 nov. 2023.

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. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Juízo 100% Digital: tudo o que você precisa saber**. CNJ, Brasília, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/projeto-juizo-100-digital>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 06 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/numbers-in-justice-2022.pdf>. Acesso em: 06 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 313 de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília, DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 317 de 30 de abril de 2020**. Dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo Coronavírus, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3302>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 329 de 30 de julho de 2020**. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Brasília, DF: CNJ, 2020d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 330 de 26 de agosto de 2020.** Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos de apuração de atos infracionais e de execução de medidas socioeducativas, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Brasília, DF: CNJ, 2020e. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3435>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 337 de 29 de setembro de 2020.** Dispõe sobre a utilização de sistemas de videoconferência no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2020f. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3498>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 341 de 07 de outubro de 2020.** Determina aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19. Brasília, DF: CNJ, 2020g. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3508>. Acesso em: 16 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 345 de 09 de outubro de 2020.** Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020h. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 16 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 357 de 26 de novembro de 2020.** Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília, DF: CNJ, 2020i. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 372 de 12 de fevereiro de 2021.** Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual”. Brasília, DF: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 378 de 09 de março de 2021.** Altera a Resolução CNJ nº 345/2020, que dispõe sobre o “Juízo 100%

Digital”. Brasília, DF: CNJ, 2021c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3773>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 385, de 06 de abril de 2021**. Dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2021d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>. Acesso em: 16 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 481, de 22 de novembro de 2022**. Revoga as Resoluções vigentes à época da pandemia do Coronavírus e altera as Resoluções CNJ n. 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022. Brasília, DF: CNJ, 2022b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4842>. Acesso em: 16 set. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José da Costa Rica, 4 jul. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 5, n. 379, p. 11-27, 2009.

MORAES, Camila Miranda de; GAIA, Fausto Siqueira; SILVA, Karla Yacy Carlos da. Apontamentos sobre o “juízo 100% digital” na Justiça do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 28, n. 2, abr./jun. 2021.

NERI, Marcelo C. **Mapa da Nova Pobreza**, Rio de Janeiro: FGV Social, 2022. Disponível em: <https://cps.fgv.br/MapaNovaPobreza>. Acesso em: 10 nov. 2023.

PORTO, Fábio Ribeiro. **O microssistema de Justiça Digital instituído pelas resoluções CNJ n.º 335/2020, 345/2020, 354/2020, 372/2021, 385/2021 e 398/2021**. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 130-152, 2021. Disponível em: <http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/371/149>. Acesso em: 10 out. 2023.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. A reforma do Poder Judiciário sob a ótica do governo federal. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 2, p. p. 127-136, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/221>. Acesso em: 16 nov. 2023.

SAIKALI, Lucas Bossoni. Cidades inteligentes para todos: o desafio de reduzir a desigualdade social diante da exclusão digital. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 2022.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 9, n. 90, p. 32-47, jul. 2020.

SCHENK, Leonardo Faria (2013). Notas sobre o modus operandi das cortes europeia e interamericana para a aferição das violações do direito à razoável duração dos processos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 11. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/download/18072/13325>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SILVA, Daniel Gustavo Bomfim Araújo da. Justiça 4.0: novas tecnologias, antigas desigualdades. **Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre**, Rio Branco, v. 2, n. 2, p. 54–72, 2022. Disponível em: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/index.php/esjudtjac/article/view/42>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SOARES, Carlos Henrique. Dever de busca pela razoável duração do processo. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Bahia, v. 4, n. 1, p. 89-125, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 12, n. 18, p. 15-24, 2005.

TEIXEIRA, Sérgio Torres; ORENGO, Beatriz Souto; COSTA, Pâmella Giuseppina Parisi. Novas tecnologias e direito: uma análise do acesso à justiça na era digital. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 1239-1260, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2022.63093>. Acesso em: 07 nov. 2023.

**A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES
POR CONTEÚDOS DE TERCEIROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA-
COMPARATIVA DOS MODELOS NORTE-AMERICANO E
BRASILEIRO**

***THE LIABILITY OF APPLICATION PROVIDERS FOR THIRD-PARTY
CONTENT: A CRITICAL-COMPARATIVE ANALYSIS OF THE NORTH
AMERICAN AND BRAZILIAN MODELS***

Recebido: 25/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Manoel de Oliveira Erhardt

Especialista em Direito pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal de Pernambuco
Professor da Faculdade de Direito do Recife
Membro da Academia Pernambucana
de Letras Jurídicas
Desembargador do Tribunal Regional
Federal da Quinta Região

Lívia Oliveira Lemos

Mestre em Direito Privado pelo
Centro Universitário 7 de Setembro
Bacharel em Ciências Contábeis pela
Universidade Federal do Ceará
Assessora no Tribunal Regional Federal da 5ª Região

RESUMO: os provedores de aplicações de internet viabilizam a forte participação dos indivíduos na disseminação de informações, o que possibilita a configuração de ilícitos, ao invés do mero exercício do direito à liberdade de expressão. A presente pesquisa objetiva investigar as particularidades que envolvem o sistema brasileiro de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, bem como realizar uma análise crítica-comparativa dos pontos de confluência e de dissonância com o sistema estadunidense. Enfatiza-se que, com o advento da Lei nº 12.965/2014, optou-se por não adotar integralmente o modelo norte-americano. Excepcionalmente, a legislação indica casos específicos cujo procedimento ainda possui semelhanças com o modelo estrangeiro, o que levou esta pesquisa a concluir que o Brasil o adotou de forma temperada.

PALAVRAS-CHAVES: Provedores de aplicações de internet - Responsabilidade civil - Liberdade de expressão.

ABSTRACT: *The internet application providers enable the strong participation of individuals in the dissemination of information, which allows the configuration of illicit instead the exercise of the right to freedom of expression. This research aims to investigate the particularities that involve the Brazilian system of responsibility of internet application providers, as well as to perform a critical-comparative analysis of the points of confluence and dissonance with the American system. It is emphasized that, with the advent of Law 12.965/2014, it was decided not to use the American model in its entirety. Exceptionally the legislation indicates specific cases whose procedure still has similarities with the foreign model, which led this research to conclude that Brazil adopted it in a temperate manner.*

KEYWORDS: *Internet application providers - Liability - Freedom of expression.*

INTRODUÇÃO

Desde os anos sessenta - período considerado como o de seu surgimento - até os dias atuais, a evolução da internet não sofreu interrupções bruscas. Em verdade, o seu crescimento se deu em escalada, tornando-se cada vez mais presente na vida dos indivíduos. Nessa perspectiva, a maioria da população passou a ocupar um espaço ativo na comunicação, com a publicação de opiniões e de conteúdos em ambientes virtuais. A internet, por meio de seus sítios eletrônicos, redes sociais, buscadores *etc*, consolidou-se como um importante instrumento para a concretização do direito à liberdade de expressão.

Tal avanço, entretanto, representa “duas faces de uma mesma moeda”, porquanto, se por um lado trouxe vantagens e facilidades, já que eliminou barreiras temporais e geográficas; por outro, potencializou a quantidade e a intensidade de danos causados em virtude da comunicação. Quer dizer, os provedores de aplicações permitem a participação direta dos indivíduos na disseminação de informações e opiniões, de maneira que é possível cogitar que as manifestações possam representar um ilícito, e não o exercício da liberdade de expressão.

Destaca-se que, dentre as várias questões trazidas pela modernidade, uma das mais controvertidas versa, justamente, sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet em relação aos conteúdos gerados por seus usuários. Assim, a presente pesquisa tem o objetivo central de investigar as particularidades do sistema brasileiro de responsabilização, bem como os pontos de confluência e de dissonância com o sistema norte-americano. Os objetivos específicos são os seguintes: (a) analisar o direito à liberdade de expressão em ambientes virtuais; (b) discorrer sobre os casos pendentes de julgamento na Suprema Corte; e (c) estudar o sistema de responsabilização brasileiro e o estadunidense.

Para enfrentar as questões propostas, o trabalho será estruturado em três tópicos, além desta introdução e da conclusão. O segundo capítulo abordará o direito à liberdade de expressão, sobretudo em ambientes virtuais. O terceiro capítulo examinará o sistema norte-americano de responsabilização dos provedores de aplicações de internet. Por derradeiro, o quarto capítulo detalhará o sistema brasileiro, realizando uma comparação com o referido modelo estrangeiro.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM AMBIENTES VIRTUAIS

A Constituição Federal de 1988, qualificada por Paulo Bonavides como a “constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade”¹, avançou substancialmente na defesa do corpo social e na tutela dos direitos subjetivos, o que incluiu, naturalmente, o prestígio às liberdades individuais. Nessa perspectiva, é possível considerar que dois grandes eixos das liberdades são, justamente, a liberdade de informação e a de expressão.

A primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente os fatos, bem como de ser deles informado devidamente. Já a segunda refere-se ao direito de exteriorizar quaisquer manifestações do pensamento humano, tais como opiniões, ideias e juízos de valor. Tais liberdades manifestam caráter individual, atuando como instrumento para o desenvolvimento da personalidade, e, para além disso, também contam com inegável interesse público.²

Observa-se que a liberdade de informação e a de expressão complementam-se uma na outra, existindo, na verdade, uma fusão entre elas, que se revela imprescindível para a construção de uma sociedade livre e plural. Com efeito, a Carta Magna valorizou o direito à liberdade de informação e de expressão, contando com diversos dispositivos que tratam sobre a matéria, por exemplo, art. 5º, incisos IV, V e IX (que possuem, inclusive, *status* de cláusula pétrea), e art. 220.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal prestigiou o direito à liberdade de informação e de expressão em seu Tema de Repercussão Geral nº 793, ao entender pela inaplicabilidade, na ordem jurídica brasileira, do direito ao esquecimento. Definiu-se que as notícias permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido lícitamente obtidos e tratados. No entanto, a própria tese fez a ressalva de que abusos ou excessos no exercício do direito devem ser analisados a partir das particularidades do caso concreto, demonstrando que não se trata de um direito com caráter absoluto.

1 BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil, 11 abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/t6tndXHS5WVszCvwTdyNdFk/>. Acesso em: 12 out. 2023.

2 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios De Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm., p. 1-36, jan-mar 2004, p. 18.

Menciona-se, também, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, na qual a Suprema Corte concedeu proteção à “Marcha da Macanha”. Consignou-se que a liberdade de expressão é um dos privilégios mais caros aos cidadãos em uma República estruturada em bases democráticas, pois, é por meio desse direito, que se irradia a possibilidade de livre circulação de ideias. É que a proteção à liberdade de expressão não funciona apenas como salvaguarda das ideias e propostas predominantes no âmbito social, mas, principalmente, como amparo eficiente às posições que divergem das concepções prevalecentes em dado momento histórico-cultural. Ressaltou-se, ainda, o caráter não absoluto da referida liberdade fundamental.

Nessa perspectiva, como é sabido, não raramente uma norma de direito fundamental (como é o caso da liberdade de informação e de expressão), que possui um caráter princípio lógico, entra em colisão com outra norma de mesma natureza, de modo que, para se chegar a uma conclusão adequada, faz-se necessário realizar uma ponderação.³ Assim, existem, inicialmente, duas normas que se encontram abstratamente no mesmo nível, contudo, ao se analisar o caso concreto, um interesse acaba por preponderar sobre o outro, de modo que há de se considerar que o referido direito não possui caráter absoluto.

Em verdade, os direitos fundamentais também possuem deveres como contrapartidas, pois cada direito reconhecido aos indivíduos implica no dever de respeitá-lo na esfera de outrem. Na lição de Norberto Bobbio, “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos”⁴, porquanto dois direitos fundamentais contrários não podem ter, ao mesmo tempo, fundamentos absolutos; ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis.

Tal discussão ganha especial relevância no caso da liberdade de informação e de expressão, pois, com o advento das tecnologias e da internet, os indivíduos conseguem exercer o aludido direito com muito mais amplitude, já que estão cada

3 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112.

4 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

vez mais próximos e integrados aos acontecimentos sociais. Se, antes, as comunicações humanas ficavam restritas a jornais e cartas impressas, atualmente, basta um *clique* na tela de um *smartphone* para se ter acesso aos mais variados temas e conteúdo.

Uma das características marcantes da internet é a exuberância informacional: inúmeras opiniões e dados criados e disseminados no ambiente virtual. É dentro desse contexto que se inserem as *Big Techs*, que dizem respeito às companhias que possuem larga base tecnológica e que contam com vantagens justamente em virtude do uso da tecnologia. Essas atividades estruturam *sites* e oferecem serviços de buscadores informacionais, de redes sociais e de *e-commerce*; também mantêm uma estrutura de armazenamento e processamento de dados.⁵

Embora não se ignore a existência de benefícios, é preciso considerar que modelo de negócios adotado de muitas *Big Techs* envolvem a captação de dados pessoais. Quanto mais conseguem angariar, mais podem personalizar os anúncios disponibilizados aos usuários.⁶ Tal personalização não atinge apenas o que os indivíduos compram e consomem, mas também as próprias informações que chegam por meio das redes sociais. No ponto, destacam-se as “bolhas de filtros”, que caracterizadas por uma personalização excessiva, que pode limitar o acesso dos indivíduos a novas perspectivas e experiências que poderiam modificar a forma como se enxerga o mundo e a si mesmo.⁷

O problema é que tal excesso pode levar a um determinismo informativo, de modo que aquilo que foi visualizado no passado predestina o que será visualizado a seguir. De acordo com Cass Sunstein, existem dois processos centrais e complementares que envolvem a propagação de opiniões. O primeiro é classificado como “cascatas sociais”, que consiste no fato de que, a partir do momento

5 MĂRĂCINE, Virginia; VOICAN, Oona; SCARLAT, Emil. The Digital Transformation and Disruption in Business Models of the Banks under the Impact of FinTech and BigTech. Proceedings of the International Conference on Business Excellence, vol. 14, n. 1, p. 294-305, 2020, p. 295.

6 PARISER, Eli. O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Disponível em: <https://lereumvicio.files.wordpress.com/2016/06/o-filtro-invisivel-eli-pariser.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

7 PARISER, Eli. Idem Ibidem.

em que uma quantidade considerável de indivíduos acredita (ou parece acreditar) em determinado conteúdo, outras pessoas também tendem a aceitá-los com mais facilidade.⁸

O segundo processo relaciona-se com o fenômeno da polarização. Vale dizer, quando indivíduos com opiniões similares deliberam, os argumentos seguem para a mesma direção, o que gera um indicativo de aparente veracidade. De consequente, essas pessoas, geralmente, adotam uma posição mais extrema do que possuíam anteriormente, o que dificulta ainda mais a mudança futura de opinião ou eventuais “correções informativas”.⁹

Assim, embora em princípio deva-se prestigiar a liberdade de expressão, esta não pode prevalecer quando se trata de *fake news*, discursos de ódio e ofensas à honra de outrem. Nesse panorama, existem, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dois recursos, com repercussão geral reconhecida, pendentes de julgamento, envolvendo a responsabilidade dos provedores de internet por conteúdo gerado pelos usuários.

O primeiro caso é o Recurso Extraordinário nº 1.057.258, com repercussão geral admitida em 2012 (Tema 533). Originariamente, a 1ª Turma Recursal Cível do Juizado Especial da Comarca de Belo Horizonte condenou a empresa Google ao pagamento de danos morais ao autor, em virtude da criação, por terceiros, de conteúdo considerado ofensivo no Orkut, rede social comumente utilizada para interações entre os indivíduos.

Em sede de recurso extraordinário, a Google argumentou que, caso se mantenha tal entendimento, restaria vulnerada a liberdade de expressão e o direito à informação. Além disso, sustentou que o Judiciário seria o único com capacidade para efetuar juízo de valor sobre conteúdos revestidos de subjetividade. Com esse pano de fundo, o Pleno considerou que a matéria possui repercussão geral, podendo atingir inúmeros casos submetidos à julgamento. Diante de seus marcos temporais, a conclusão será aplicada apenas às hipóteses ocorridas antes do início da vigência da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

8 SUNSTEIN, Cass. Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media. Princeton University Press, 2018, p. 61-128.

9 SUNSTEIN, Cass. Idem Ibidem.

Outro caso envolvendo divulgação de conteúdo em ambiente virtual chegou à Suprema Corte por meio do Recurso Extraordinário nº 1.037.396, tendo sido admitida a sua repercussão geral em 2018 (Tema 987). Na hipótese, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda interpôs recurso em face de acórdão proferido pela Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba/SP, que julgou procedente o pedido indenizatório em virtude da existência de perfil falso em rede social.

Em seu recurso nobre, o Facebook aduziu que a liberdade de comunicação reflete não somente os direitos individuais de difundir conteúdo de diversas naturezas, mas também o de possibilitar que os indivíduos e a comunidade sejam informados sem censura. Alega que, caso o *decisum* não seja reformado, será imposto que empresas privadas controlem e censurem a comunicação de milhares de pessoas.

Nesse panorama, a Corte Maior, agora sob a influência da Lei nº 12.965/2014, irá se manifestar se a empresa provedora de aplicações de internet possui os seguintes deveres: (a) de fiscalizar o conteúdo publicado em seus domínios eletrônicos; (b) de retirar do ar informações reputadas como ofensivas mediante simples notificação extrajudicial; e (c) de se responsabilizar legalmente pela veiculação do aludido conteúdo antes da análise pelo Poder Judiciário. A despeito de tal cenário na esfera da Suprema Corte, faz-se necessário compreender como a matéria vem sendo apresentada nos Estados Unidos e, a partir daí, analisar como o regramento foi tutelado no Brasil, a fim de se proceder a um estudo crítico e comparativo entre eles.

2. RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES NA PERSPECTIVA NORTE-AMERICANA

A responsabilidade civil em virtude de condutas praticadas na internet tem sido muito discutida diante de uma realidade social cada vez mais inserida em ambientes virtuais. Nesse contexto, nos Estados Unidos, um julgado paradigmático envolvendo a responsabilidade dos provedores e que impulsionou a discussão sobre a matéria, foi *Cubby Inc. vs. CompuServe Inc.* 776, F. Supp. 135 (S.D.N.Y.

1991).¹⁰ O caso contou com o seguinte pano de fundo: a CompuServe era uma empresa que desenvolvia e fornecia produtos e serviços informáticos.

Por meio desse sistema, os assinantes tinham acesso a diversos fóruns, que apresentavam conteúdo sobre os mais variados temas, dentre eles, destaca-se o Fórum de Jornalismo. Uma das colunas integrantes do Fórum de Jornalismo era Rumorville USA, um boletim informativo que fornecia reportagens sobre jornalismo e jornalistas. A CompuServe não revisava as matérias de Rumorville antes delas ficarem disponíveis para os assinantes.

Em 1990, a Cubby Inc. desenvolveu o banco de dados Skuttlebut, projetado para publicar e distribuir eletronicamente notícias da televisão e do rádio. O seu objetivo era, justamente, competir com Rumorville. Ocorre que, segundo narrou a Cubby Inc, após a sua criação, Rumorville publicou declarações falsas e difamatórias relacionadas ao Skuttlebut, tendo a CompuServe, por sua vez, publicado essas manifestações no Fórum de Jornalismo.

U.S. District Court for the Southern District of New York, em julgamento sumário (*summary judgment*), considerou que o provedor CompuServe não era responsável pelas publicações. A Corte explicitou que a garantia constitucional de liberdade de expressão acarreta a exigência de que os distribuidores, antes de serem considerados responsáveis pelas produções, tenham conhecimento do conteúdo da publicação, impedindo, assim, a responsabilidade estrita dos distribuidores pelos conteúdos dos materiais que disponibilizam.

Fortemente influenciado por tal julgamento, o Congresso dos Estados Unidos, em 1996, aprovou o *Communications Decency Act* (CDA), em cujo art. 230 está uma das mais importantes referências normativas sobre a responsabilidade dos provedores de aplicações. O regramento estabelece que nenhum fornecedor ou distribuidor de serviço informático interativo será tratado como editor ou criador de qualquer informação fornecida por terceiros.

Pouco tempo após a edição do CDA, foi apreciado o caso *Blumenthal vs. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998).¹¹ O réu, Matt Drudge, teria publicado, na

10 US LAW. *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.* 29 out. 1991. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/776/135/2340509/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

11 US LAW. *Blumenthal v. Drudge*. 22 abr. 1998. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/992/44/1456770/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

internet, declaração difamatória sobre os Blumenthals. Além de noticiar para os assinantes de seu próprio *site*, transmitiu o texto - mas não o título - para a America Online-AOL, empresa informática de notícias que, por sua vez, o disponibilizou aos assinantes de sua plataforma.

O Tribunal entendeu que era indiscutível que a história sobre os Blumenthals fora escrita por Matt Drudge, no entanto, isso ocorreu sem qualquer envolvimento editorial da AOL. Na verdade, a AOL nada mais era do que a plataforma por meio da qual a publicação fora veiculada. Assim, aplicou ao caso o entendimento de que o distribuidor não deve ser tratado como editor ou criador do conteúdo e, portanto, não pode ser responsabilizado pelos ilícitos publicados.

Outro julgado que é importante mencionar é *Doe vs. Bates* (E.D. Tex. Jan. 18, 2006) (Report and Recommendation of US. Mag. Judge).¹² A ação foi movida em face de Mark Bates e Yahoo. Esclarece-se que o Yahoo oferecia o serviço de “E-groups”, fóruns para que usuários com ideias semelhantes pudessem se conectar pela *web*. Os membros dos “E-groups” discutiam, compartilhavam fotografias e ficheiros, planejavam eventos e fomentavam interesses e atividades.

Ocorre que, no caso, o “E-group” estava sendo utilizado para finalidades espúrias, pois possibilitava o compartilhamento e a postagem de pornografia infantil. Importa mencionar que, no âmbito criminal, Bates e outros envolvidos foram presos e processados como resultado de uma operação policial, entre 2000 e 2001. Desse modo, o caso que se analisa buscava examinar apenas a responsabilidade do provedor.

O argumento central da parte autora era que o Yahoo, apesar de ter conhecimento do conteúdo do “E-group”, nada fez para impedir, remover ou bloquear o armazenamento de pornografia infantil em seu *site* ou servidor. A despeito disso, o Tribunal entendeu que as reivindicações buscavam tratar o provedor como editor ou criador de conteúdo de terceiros, o que, como já visto, não foi encampado pela jurisprudência norte-americana.

Para além disso, é importante mencionar que a ampliação do compartilhamento de conteúdos gerou, também, problemas na esfera dos direitos autorais, o

12 US LAW. *Doe v. Bates*. 18 jan. 2006. Disponível em: <https://www.scribd.com/doc/13857396/Doe-v-Bates-E-D-Tex-Jan-18-2006-Report-and-Recommendation-of-U-S-Mag-Judge>. Acesso em: 03 nov. 2023.

que, por sua vez, acarretou um crescimento do número de demandas em face dos provedores de aplicação. Diante dessa realidade social, surgiu a necessidade de um regramento específico para o setor, sendo editada, em 28 de outubro de 1998, o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA).

Embora o DMCA ocupe-se de questões que envolvem os direitos autorais, a normativa possui um capítulo que trata sobre a limitação de conteúdos e informações, disponibilizadas aos usuários em geral, no âmbito dos provedores de aplicação, o que se revela importante de ser mencionado na presente pesquisa. No ponto, o DMCA faz menção à possibilidade de se conceder imunidade (pecuniária) aos provedores, desde que cumpram três requisitos explicitados em seu próprio texto.

O primeiro pressuposto é que os provedores não podem possuir conhecimento prévio acerca da infração que foi cometida. O segundo requisito diz respeito ao fato de que, se os provedores tiverem o direito e a capacidade de controlar a atividade questionada, não podem receber nenhum benefício financeiro diretamente atribuível ao responsável pela infração. A ideia, no particular, é evitar que os provedores recebam contraprestações pecuniárias dos autores das publicações, com o intuito de, eventualmente, legitimar uma atividade injustificável e que deve ser coibida.

Por fim, a terceira condição imposta pelo DMCA reflete a seguinte situação: ao receberem a notificação da alegada infração, os provedores devem retirar ou bloquear, o mais rápido possível, o acesso ao conteúdo. Quer dizer, a partir do momento que adquirem o conhecimento ou a consciência acerca da infração (o que, em princípio, não existia, conforme se extrai do primeiro requisito), os provedores respondem rapidamente para retirar ou suspender o material do ambiente virtual.

Nesse panorama, observa-se que a diretiva norte-americana adotou o sistema de *notice and take down*, de maneira que, após serem noticiados, os provedores que removem ou bloqueiam o acesso ao material identificado como indevido, estão isentos de responsabilidade pecuniária. A normativa também protege os provedores de qualquer responsabilidade por reivindicações da parte adversa, que podem se insurgir contra a própria retirada do material.

Para assegurar a devida manifestação de todas as partes interessadas, os provedores devem notificar imediatamente o usuário que teve o conteúdo removido ou o acesso ao material desativado. Se o referido usuário enviar uma contra-notificação, que inclui uma declaração - sob pena de perjúrio - que as informações foram removidas ou desativadas por engano ou por erro de identificação, os provedores devem restabelecer o conteúdo no prazo entre 10 a 14 dias úteis. Essa restauração, entretanto, não ocorrerá se o responsável pela solicitação inicial ajuizar uma ação judicial contra o usuário demandado, de modo que a questão controvertida passará à esfera de apreciação do Poder Judiciário.

O procedimento trazido pelo DMCA revela-se vantajoso, pois apresenta critérios objetivos para a imputação de responsabilidade aos provedores, de modo que a ausência ou a presença dos requisitos irá definir a responsabilidade. Por outro lado, também é preciso considerar que se torna muito mais facilitada a existência de reclamações que, ao fim e ao cabo, não tenham razão de ser e não busquem, efetivamente, a defesa da propriedade intelectual.

Importa mencionar ainda que, em 18/05/2023, a Suprema Corte Estadunidense analisou ações movidas por familiares de vítimas de ataques terroristas que apontam a culpa do Twitter e do Google ao recomendarem conteúdos terroristas em suas plataformas. Especificamente no caso Twitter vs. Taamneh, parentes de Nawras Alassaf (jordaniano morto, em 2017, em massacre em boate, em Istambul, na Turquia), apontaram que a plataforma descumpriu a Lei Antiterrorismo, pois hospedou conteúdos ilícitos.¹³

No caso, a Corte chancelou os argumentos do Twitter, que questionavam a viabilidade do prosseguimento da ação. Os julgadores concluíram que os particulares não conseguiram demonstrar que o provedor forneceu intencionalmente ajuda substancial ao ataque ou dele participou de forma consciente. Desse modo, manteve-se a interpretação sobre a Seção 230, isentando as redes sociais de responsabilidade pelo o que é publicado por seus usuários.

13 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Twitter, Inc. v. Taamneh et al. 18 maio 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023.

3. O MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE COMPARADA

No panorama brasileiro há de se considerar que, em período anterior à entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, não havia propriamente um regramento que cumprisse a função de sistematizar a matéria relacionada à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet. Desse modo, os Tribunais, em geral, utilizavam diferentes legislações para fundamentar suas decisões, tais como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese a multiplicidade de fundamento legal, o Superior Tribunal de Justiça já naquela época entendia que não havia necessidade de verificação, *ex officio*, pelos provedores de conteúdo (v.g., redes sociais, portais de informações em geral), do teor das mensagens postadas por seus usuários. O argumento central era que não constituía atividade intrínseca aos serviços prestados, de modo que não seria possível responsabilizar o *site* que não realizasse tal controle. Nesse contexto, ora se encontram julgados que fazem menção ao afastamento do art. 927 do Código Civil¹⁴, ora do art. 14 da Legislação Consumerista¹⁵.

Assim, entendia-se pela impossibilidade de se exigir que o provedor de conteúdo fiscalizasse, de forma antecipada, as mensagens publicadas. Adotou-se tal lógica não apenas pela impossibilidade prática de assim proceder, mas principalmente pelo risco de se tolher a liberdade de pensamento. Não se pode, a pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito, reprimir o direito da coletividade à informação, porquanto, sopesados os direitos envolvidos, a balança deve pender para a garantia da liberdade de expressão e informação.

Entretanto, a Corte Superior ressaltava que o provedor de conteúdo, ao ser comunicado que mensagens, imagens ou propagandas postadas em redes sociais possuíam conteúdo potencialmente ofensivo ou ilícito, deviam removê-las preventivamente no prazo de 24 (vinte quatro) horas. Caso as informações fossem

14 V.g. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp n. 308.163/RS. Quarta Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgado em 14/05/2013. DJe de 21/05/2013.

15 V.g. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.325.220/MG. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 18/6/2013. DJe de 26/6/2013.

confirmadas, a postagem era excluída definitivamente; ou, se tomadas por infundadas, era restabelecido o livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

Nessa perspectiva, a solução que era apresentada no Brasil era compatível com a norte-americana, prevista no DMCA (o qual, realce-se, aborda especificamente questões envolvendo os direitos autorais). Assemelha-se, justamente, o fato de ser determinada a retirada preventiva da publicação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com a finalidade de melhor apurar os fatos alegados. Além disso, era suficiente a notificação extrajudicial, além da especificação de informações referentes à publicação a ser removida.

Ressalta-se, ainda, que a notificação extrajudicial representava um meio de garantir que o provedor de conteúdo adquirisse o efetivo conhecimento sobre a publicação considerada ilícita, até porque, como visto, não cabia a ele fiscalizar de ofício os conteúdos disponibilizados por terceiros. Além disso, também servia como parâmetro específico para a eventual responsabilização do provedor que, diante da notícia do ilícito, permanecesse inerte ou não tomasse as medidas necessárias e suficientes para impedir a propagação do ilícito.¹⁶

Seguindo na linha do tempo, em 2014 entrou em vigor a Lei nº 12.965, usualmente conhecida como Marco Civil da Internet. Tal legislação representou uma divisa ao ordenamento jurídico brasileiro, pois trouxe regras específicas acerca da responsabilidade civil no âmbito dos provedores de aplicações. No pertinente, a lei apresentou conceitos relevantes sobre a matéria (tais como, o de internet e o de aplicações de internet) e o marco inicial para o pedido de remoção de conteúdo supostamente ofensivo.¹⁷ Embora tenha representado um avanço na matéria, o Marco Civil da Internet não reproduziu a retromencionada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O art. 18 da Lei nº 12.965/2014 estabelece que, em regra, o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. No entanto, logo em seguida, o art. 19 já apresen-

16 CAREY, Peter et al. *Media Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 222.

17 DIAS, Patricia Yurie. A evolução da responsabilidade dos provedores de busca da internet no Brasil. *RJLB*, a. 7, n. 1, p. 1037-1062, 2021, p. 1053.

ta uma ressalva, indicando que os provedores de aplicações somente podem ser responsabilizados civilmente se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para, nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Percebe-se que o art. 19 se afastou substancialmente da lógica norte-americana do *notice and take down*, que era inicialmente encampada pela Corte Superior, pois indicou que, para a retirada do conteúdo pelo provedor, seria necessária ordem judicial específica, não mais sendo suficiente a notificação extrajudicial. É importante esclarecer que nada impede que o provedor, recebendo uma notificação extrajudicial, proceda a imediata remoção da publicação (caso entenda, por exemplo, que o conteúdo viola suas políticas de uso), entretanto, não existe tal obrigatoriedade, pois, caso não o faça, a legislação não lhe imputou responsabilidade, restringindo tal hipótese ao descumprimento de notificação judicial.

Por oportuno, destaca-se que o art. 19 não abrange os provedores de ferramentas de buscas (*sites* buscadores), pois o resultado da pesquisa se limita a indicar a existência e a localização de conteúdos indexados que podem ser encontrados na internet. Também não seria possível aos buscadores bloquear o conteúdo infringente, pois os seus serviços se restringem a indicar a localização de determinadas publicações.¹⁸

Ademais, como se depreende do art. 19, hoje, somente com o descumprimento de notificação judicial é que se pode pensar em responsabilidade subjetiva e solidária por parte do provedor de conteúdo. Pondera-se que essa previsão pode eventualmente afetar a celeridade que antes existia, na medida em que, anteriormente, com a notificação extrajudicial, a publicação já tinha que ser retirada preventivamente em prazo certo, o que estava em estrita consonância com a lógica norte-americana. A despeito disso, nada impede que, diante de uma situação concretamente danosa, seja formulado pleito em caráter liminar para que se retire imediatamente do ar a publicação indevida.

18 ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS Ronaldo (coord). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014, p. 839.

Outro obstáculo que pode ser mencionado refere-se às custas judiciais. Na maioria dos países, a solução dos litígios é muito cara, sobretudo ao se pensar que existe uma incerteza natural e inerente ao processo judicial.¹⁹ No caso específico do Brasil, existe solução para o referido entrave, pois o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita.²⁰

Por outro lado, tal imposição legal também conta com aspecto positivo, pois pode representar mais segurança para o provedor de conteúdo, assim como garantir maior prestígio à liberdade de expressão. Isso ocorre porque, ao exigir a judicialização da demanda, reduz-se, por certo, a possibilidade de se levar adiante denúncias infundadas. Assim, evita-se, com mais segurança, que sejam retirados do ar conteúdos que, embora até possam se revelar inoportunos por determinados indivíduos, não representam, propriamente, uma violação a direito fundamental. A ideia é que se deve prestigiar a liberdade de expressão, por mais que se trate da exposição de opiniões contramajoritárias.

Além disso, pontua-se que, antigamente, o prazo era fixado de forma objetiva: o provedor de conteúdo tinha 24 (vinte e quatro) horas para retirar preventivamente a publicação impugnada. Hoje, de acordo com o texto do art. 19, caso seja determinada a remoção do conteúdo, o prazo será estabelecido pelo julgador, que, considerando o caso concreto e considerando as limitações técnicas do *site*, fixará o interregno que entende razoável para que o provedor cumpra a ordem.

Por oportuno, há de se consignar que são inúmeras as críticas que circundam o art. 19 da Lei nº 12.965/2014. Por exemplo, para Caio Magalhães Martins, vive-se em uma era de estímulo à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos. Na contramão dessa lógica, o Marco Civil da Internet impõe justamente o oposto: a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para solucionar questões que poderiam ser resolvidas por outros meios.²¹

19 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15.

20 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 15-17.

21 MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). Responsabilidade civil: novas tendências. Indaiatuba: Foco Jurídico, p. 337-363, 2017, p. 359.

Anderson Schreiber afirma que a previsão do art. 19 acerca da necessidade de ordem judicial golpeia de morte toda a inspiração do sistema estadunidense, representado pelo *notice and take down*. Além disso, revela-se, ao cabo, inútil, tendo em vista que o direito de acesso ao Poder Judiciário já é garantido pela própria Constituição, com *status* de cláusula pétrea (art. 5º, inciso XXXV), sendo despcienda a existência de dispositivo legal.²²

A despeito das críticas, é certo que, em uma democracia constitucional, o Legislador, no exercício de suas funções, considerou o Poder Judiciário como instância legítima para definir eventual ilicitude do conteúdo questionado, bem como para fixar, se for o caso, valor indenizatório. Além disso, também foi atribuída ao intérprete a função de construir limites para expressão e manifestação nas redes, o que também promove maior segurança para os negócios desenvolvidos na internet.²³

Ainda, importa ressaltar o caso dos conteúdos “virais”, ou seja, aqueles que se replicam em progressão geométrica nas redes sociais. Nessas hipóteses, pondera-se que a ordem judicial pode ser nula, de modo que, para garanti-la, é recomendável não apenas a identificação clara e precisa do conteúdo infringente, mas também suas inequívocas localizações originárias.²⁴

Para além disso, o art. 21 da Lei nº 12.965/2014 estabelece que os provedores de aplicações serão responsabilizados subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de vídeos, de imagens ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, quando, depois de receber notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, nos limites técnicos de seus serviços, a indisponibilização desse conteúdo.

22 SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 292

23 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editor, 2016, p. 104.

24 ROCHA, Francisco Ilídio. Op. Cit., p. 835-836.

A partir do aludido dispositivo, percebe-se que, diante da gravidade da situação retratada, o próprio legislador entendeu suficiente o recebimento, pelos provedores de conteúdos, de notificação da vítima ou do seu representante legal. Ou seja, na hipótese, é satisfatória a notificação extrajudicial dos provedores para que eles já estejam obrigados, sob pena de incorrer em responsabilidade subsidiária.

Por oportuno, aponta-se que, já durante a vigência da Lei nº 12.965/2014, o Superior Tribunal de Justiça manteve condenação de noticiário por danos morais, no montante de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) por autor. No caso examinado, adolescentes foram retratados, em matéria jornalística, como usuários de drogas (crack). Embora as fotografias tenham sido distorcidas, elas permitiram que os jovens fossem reconhecidos por familiares e amigos.²⁵

Assim, existem dois períodos bem definidos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a saber: antes e depois do advento da Lei nº 12.965/2014, que foi a responsável por apresentar regramento específico sobre a matéria. A Corte Superior definiu que se os fatos forem anteriores à publicação do Marco Civil da Internet, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelos provedores, sem retirada em prazo razoável, para que estes se tornem responsáveis, de modo que, à época, o Brasil se aproximava substancialmente do modelo norte-americano.

Por outra via, a Corte Superior definiu que apenas para os fatos ocorridos após a entrada em vigor do referido diploma normativo é que o termo inicial da responsabilidade solidária dos provedores é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet. Desse modo, com o advento do art. 19, houve um afastamento do *notice and take down*, no entanto, o art. 21 manteve a possibilidade de se exigir apenas a notificação extrajudicial, de modo que é possível indicar que, atualmente, o Brasil adota, de forma temperada, a lógica estadunidense.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 1.018.992/SP. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Julgado em 20/8/2019. DJe de 9/9/2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que, nos Estados Unidos, o panorama é de ausência de responsabilidade dos provedores de aplicações, pois o distribuidor não deve ser tratado como editor ou criador do conteúdo, razão pela qual não pode ser responsabilizado por eventuais ilícitos publicados. No âmbito dos direitos autorais, existe a figura do *notice and take down*, que apresenta critérios bem definidos para que haja a imposição de responsabilidade.

Por sua vez, no Brasil, constatou-se que, antes da Lei nº 12.965/2014, o Superior Tribunal de Justiça adotava raciocínio semelhante ao modelo do *notice and take down*, tendo em vista que fazia referência a prazo objetivo para que os provedores excluíssem o conteúdo ilícito, bem como estabelecia a suficiência da notificação extrajudicial para cientificar os provedores e, de conseguinte, impor o dever de remoção das informações impugnadas.

Com o advento da Lei nº 12.965/2014, houve uma ruptura da jurisprudência que prevalecia no período. Em regra, exige-se, atualmente, a notificação judicial para que os provedores de aplicações removam as publicações ilícitas, no prazo fixado pelo julgador, o que afastou o sistema brasileiro do estadunidense. De forma excepcional, ainda se percebe no art. 21 um ponto de confluência com o modelo estadunidense, pois situações que contam com uma gravidade exacerbada permitem-se a retirada a partir da notificação extrajudicial.

Assim, percebeu-se que o legislador brasileiro, no exercício legítimo de suas funções, optou por se afastar do modelo norte-americano, o que, embora conte com críticas no âmbito doutrinário, retrata uma opção válida. É que a referida legislação prestigiou a garantia da liberdade de expressão, bem como a preservação da competência do Poder Judiciário, evitando, consequentemente, a censura privada de informações.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios De Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Rio de Janeiro: **R. Dir. Adm.**, p. 1-36, jan-mar 2004, p. 18.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**, 11 abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/t6tndXHS5WVszCvwTdyNdFk/>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 308.163/RS**. Quarta Turma. Relator Ministro Marco Buzzi. Julgado em 14/05/2013. DJe de 21/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.325.220/MG**. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 18/6/2013. DJe de 26/6/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.018.992/SP**. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Julgado em 20/8/2019. DJe de 9/9/2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAREY, Peter et al. **Media Law**. Londres: Sweet & Maxwell, 2010.

DIAS, Patricia Yurie. A evolução da responsabilidade dos provedores de busca da internet no Brasil. **RJLB**, a. 7, n. 1, p. 1037-1062, 2021.

MĂRĂCINE, Virginia; VOICAN, Oona; SCARLAT, Emil. The Digital Transformation and Disruption in Business Models of the Banks under the Impact of FinTech and BigTech. **Proceedings of the International Conference on Business Excellence**, vol. 14, n. 1, p. 294-305, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, p. 337-363, 2017.

PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Disponível em: <https://lereumvicio.files.wordpress.com/2016/06/o-filtro-invisivel-eli-pariser.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS Ronaldo (coord). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. **Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet: construção e aplicação**. Juiz de Fora: Editar, 2016.

SUNSTEIN, Cass. **Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media**. Princeton University Press, 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Twitter, Inc. v. Taamneh et al.** 18 maio 2023. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023.

US LAW. **Blumenthal v. Drudge**. 22 abr. 1998. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/992/44/1456770/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

US LAW. **Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.** 29 out. 1991. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/776/135/2340509/>. Acesso em: 03 nov. 2023.

US LAW. **Doe v. Bates**. 18 jan. 2006. Disponível em: <https://www.scribd.com/doc/13857396/Doe-v-Bates-E-D-Tex-Jan-18-2006-Report-and-Recommendation-of-U-S-Mag-Judge>. Acesso em: 03 nov. 2023.

O DEVIDO PROCESSO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

THE DUE PROCESS OF PLEA BARGAIN

Recebido: 20/02/2024

Aceito: 06/06/2024

Luiz Régis Bomfim Filho

Mestrado, sob concentração criminal, em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão
Exerceu a jurisdição federal especializada em crimes contra o SFN, lavagem de ativos, os praticados por organizações criminosas e os crimes por atos de violência político-partidária
Juiz Federal (TRF1 – Seção Judiciária do Maranhão)

RESUMO: O presente artigo propõe sugerir caminhos ao procedimento de colaboração premiada em atenção ao devido processo constitucional e convencional.

Palavras-chaves: Colaboração. Processo Penal. Constitucional. Convencional.

ABSTRACT: *This article proposes to suggest paths to the plea bargain procedures taking into account constitutional and conventional due process*

Keywords: *Bargain. Criminal process. Constitutional. Conventional.*

INTRODUÇÃO

Da vingança privada em rudimentar autodefesa aos mecanismos estatais de coação, o processo consubstancia conquista civilizatória ao longo da história e da evolução do próprio Estado de Direito. Consagra-se, ao longo da história humana, o necessário “devido processo”, modernamente previsto em dispositivos constitucionais, convencionais e legais. Inibindo excessos e salvaguardando direitos fundamentais, o “devido processo” reflete oficialidade e maturidade na organização estatal, sujeitando, comumente, ao adjetivo relacionado à natureza da norma produzida: “devido processo penal”, “devido processo civil”, “devido processo administrativo”, dentre outros.

Desta feita, no âmbito do instituto da colaboração premiada, propugna-se o “devido processo colaborativo”, sob a ótica constitucional e convencional. Busca-se realizar o processamento das revelações colaborativas de forma adequada, possibilitando, em especial, as insurgências dos delatados e de quaisquer prejudicados. A legitimidade do instituto perpassa necessariamente pela adequação constitucional e convencional sob o crivo de órgão judicial, além, por claro, do órgão persecutório celebrante e das defesas técnicas atuantes.

Nada obstante, o processamento das revelações colaborativas ainda se sujeita a insuficiência normativa e dogmática. Apesar da vigência da Lei nº 12.850/2013, ora tratada como “Lei Geral de Colaboração Premiada”, e seu consequente aperfeiçoamento com a Lei nº 13.964/2019, as dificuldades de ordem processual persistem, fazendo necessário o preenchimento das lacunas legislativas pela jurisprudência e pela literatura acadêmica, sem prejuízo de se reconhecer que o instituto detém recente aplicação substancial às persecuções penais brasileiras.

1. AS NEGOCIAÇÕES PRÉVIAS E A PROPOSTA DE COLABORAÇÃO

As deliberações iniciais objetivando lograr o consenso colaborativo constituem fase peculiar do processo colaborativo, ensejando repercussões substanciais ao longo da persecução penal. Evitando a mercantilização do processo penal,

propugna-se transmutar a acepção “negocial”, objetivando inserir o instituto da colaboração premiada no âmbito da Justiça Criminal Consensual. O consenso, por claro, não prescinde da vontade substancial do pretense colaborador, devidamente orientado por defesa técnica. Nesta fase, os defensores e os membros ministeriais ou policiais, se for o caso, precisam abandonar, por ora, a postura de confrontação e embate. Naturalmente, existem estratégias e interesses, porém é razoável pretender que os trabalhos sejam conduzidos sob confiança e boa-fé.

Isto posto, observa-se que o processo colaborativo, apesar de esclarecimentos jurisprudenciais e doutrinários, persiste tormentoso, mormente as tratativas que antecedem a celebração do acordo. Há um preliminar incomodo entre os envolvidos, pois o órgão de persecução penal possivelmente celebrante detém a evidente insegurança em pactuar premiação sem conhecer a eficiência colaborativa, enquanto o pretense colaborador se comporta em natural desconforto ao apresentar revelações autoincriminatórias na incerteza dos possíveis benefícios. Dificuldades cognitivos entre os pactuantes tendem a ensejar um “jogo” entre imputado e acusação, o que deve ser evitado, no que for possível.

Objetivando conferir maior segurança e discrição aos envolvidos, fixa-se que o recebimento da proposta para formalização do acordo de colaboração instaura formalmente o início das negociações, constituindo marco de confidencialidade, nos termos do art. 3º-B, *caput*, Lei nº 12.850/2013. As tratativas iniciais bem como eventuais documentos formalizados não podem ser divulgados, sob a pena de violação de sigilo e da boa-fé. O intuito é mitigar a natural desconfiança das partes possivelmente pactuantes mediante a restrição de publicidade das negociações preliminares. O órgão de persecução penal pode compreender de plano que a proposta e os consequentes elementos informativos apresentados pelo pretense colaborador não sejam interessantes ou suficientes ao esclarecimento do contexto dito delitivo em investigação. Por conseguinte, se for o caso, é cabível o sumário indeferimento da proposta de acordo, na forma do art. 3º-B, §1º, Lei 12.850/13.

Relevante pontuar a necessidade do resguardo ao sigilo perante as tratativas colaborativas em prol da própria eficácia objetiva do instituto, evitando, assim, exageros midiáticos existentes, infelizmente, nas persecuções penais mais

complexas. A título exemplificativo, configuram tipos penais a divulgação de gravação, expondo a intimidade ou afrontando a honra de investigado ou acusado bem como a antecipação de culpa pela autoridade antes do encerramento das investigações, na forma do art. 28 e do art. 38, ambos Lei nº 13.869/2019.

A apresentação de proposta não obriga a efetiva pactuação, porém cautelas são necessárias para proteger a lealdade dos pactuantes. A fase preliminar de apresentação de propostas é delicada, pois as partes não desejam se comprometer em prejuízo aos seus objetivos. Questiona-se acerca da iniciativa deva se originar do pretense colaborador perante órgão persecutório, dito por “celebrante”, nos termos legais. No entanto, “a iniciativa do primeiro contato para inauguração das negociações pode ser da acusação ou da defesa, sendo desnecessária a espontaneidade na vontade do colaborador”¹. Não se visualiza obstáculos constitucionais ou convencionais a sugestão colaborativa partir de órgão persecutório diante da dinâmica investigativa e/ou processual.

Nas perseguições norte americanas, baseadas no “*plea bargain*”, as reuniões preliminares são denominadas “*proffer session*”, a qual inspirou, em tese, o art. 3º-B, §6º, Lei nº 12.850/2013. Trata-se de “um trato preliminar mediante o qual o investigado revela uma amostra das evidências probatórias que possui e os investigadores se comprometem a não as utilizar enquanto não celebrado formalmente o acordo de colaboração premiada”².

Assim, na ótica do referido dispositivo incluído pela Lei nº 13.964/2019, caso o órgão de perseguição penal não efetive a celebração do acordo, as informações e elementos oferecidos pelo pretense colaborador deverão ser desconsiderados para qualquer outra finalidade. A lei brasileira não esclareceu o proceder acerca dos elementos apresentados em momento prévio à colaboração caso a não celebração do acordo ocorra por iniciativa do pretense colaborador. A desistência do intento colaborativo é plausível diante da complexidade de se figurar na posição de colaborador.

Por outro lado, se o caso não demandar o sumário indeferimento, prosseguindo às negociações, firma-se o denominado “Termo de Confidencialidade”,

1 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 222.

2 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime organizado. 5. ed., São Paulo: Método, 2020, p. 262.

ensejando a vinculação dos “órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa”, nos termos do art. 3º-B, §2º, Lei 12.850/13. Destaca-se que a baliza da vinculação ocorre na assinatura do “Termo de Confidencialidade”, não no recebimento da proposta para formalização do acordo. São marcos distintos: a boa-fé e a confiança devem ser observadas já no início das tratativas no recebimento da proposta, porém a vinculação perante órgãos celebrantes reside na firmação do “Termo de Confidencialidade”.

Apesar do efeito vinculante ora tratado, o posterior indeferimento é possível na hipótese de justa causa para tanto. A título ilustrativo, caso, no prosseguir das investigações, constate-se manipulações acusatórias ou se verifique a não cessação de condutas ilícitas pelo pretense colaborador, órgão celebrante pode e deve indeferir a posteriori a proposta de colaboração. O recebimento da proposta de colaboração e/ou a firmação de “Termo de Confidencialidade”, por si, não ensejam a suspensão da persecução penal e das atividades de investigação, “reservado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor”, na forma do art. 3º-B, §3º, Lei 12.850/13. O órgão celebrante somente poderá, por claro, requerer em âmbito jurisdicional a flexibilização de medidas cautelares judicialmente impostas, o que deverá ser considerado pelo pretense colaborador nas tratativas colaborativas.

Havendo necessidade de melhores esclarecimentos sobre circunstâncias da colaboração, é possível prévia instrução perante órgão de persecução penal celebrante, na forma do art. 3º-B, §4º, Lei 12.850/13. Não se trata de instrução jurisdicional na perspectiva que magistrado não deve participar das negociações colaborativas. Apesar das diligências instrutórias eventualmente necessárias, se órgão celebrante não compreender pela utilidade e necessidade públicos da colaboração pretendida, deve manifestar pelo indeferimento com devida justificativa. Por conseguinte, no caso, não cabe ao órgão celebrante “se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas”. Apesar da inexistência de previsão legal, é de constitucionalidade e convencionalidade adequada possibilitar ao pretense colaborador apresentar insurgência a órgão ministerial/policial superior diante do indeferimento devidamente justificado de proposta colaborativa.

A fase de formação do consenso colaborativo não enseja ingerência do magistrado eventualmente processante da persecução penal, na forma do art. 4º, §2º, Lei 12.850/13, porém tal assertiva não exclui o controle de legalidade do procedimento colaborativo pelo próprio Poder Judiciário. A impetração de “habeas corpus” e/ou de mandado de segurança são possibilidades adequadas a coibir eventual conduta abusiva do órgão celebrante. Assim, diante de manifesta ilegalidade na formação do consenso colaborativo, faz-se necessária a atuação judicial em prol do devido processo, sem caracterizar participação defesa em lei.

Por fim, em atenção ao amplo acesso e transparência do procedimento colaborativa no momento processual adequado, as tratativas e os atos de colaboração devem ser registrados em meios eletrônicos disponíveis, viabilizando inclusive a disponibilização do material a próprio colaborador, nos termos do art. 4º, §13, Lei nº 12.850/2013. Registre-se que o referido dispositivo não prever a possibilidade, mas sim o dever de registro eletrônico tanto das tratativas como dos atos colaborativos.

Traçada a dinâmica das tratativas iniciais, relevante realizar abordagem específica sobre a distância e imparcialidade judicial, legitimidade policial, eventual discricionariedade ministerial, termo, objeto e momento colaborativo em atenção ao devido processo colaborativo constitucional e convencional.

1.1 Distância e imparcialidade judicial

Em movimento sociopolítico razoavelmente recente no Brasil, as investigações criminais, de forma especial as que envolvam o instituto da colaboração premiada, foram objeto de grande clamor popular e, por conseguinte, interesse midiático. Naturalmente, as atenções se direcionam ao Poder Judiciário cujos membros precisam adotar postura discreta, serena e responsável. O distanciamento prudente dos participantes da persecução penal, mormente em fase investigativa, somado a um comportamento social comedido em face das pressões jornalísticas são condutas de necessária adoção pelo magistrado.

Neste contexto, ressurgem com grande intensidade debates acerca da independência, imparcialidade e eventual contaminação do magistrado que, de forma

não incomum, processa persecuções penais complexas de curiosa repercussão ainda em fase preliminar. É preciso delinear com precisão a posição não só jurisdicional, mas também institucional do Poder Judiciário.

Sob o paradigma constitucional (art. 5º, “XXXVII”, “LIII”, “LIV”, todos CF/88) e convencional (art. 8.1, CADH; art. 14.1, PIDCP; art. 11.1, Convenção de Mérida; art. 9.2, Convenção de Palermo), o processo penal brasileiro deve necessariamente alicerçar-se nos ditames do princípio acusatório, no qual a independência e imparcialidade judicial são bem definidas e delineadas. As funções dos operadores do processo penal, por claro, não se emaranham, prezando o magistrado pelo devido distanciamento da acusação e da defesa. Na assertiva de Eugenio Zaffaroni, “aquele que não se situa como terceiro supra ou inter partes, não é juiz”³.

Curiosamente, inexistente norma constitucional brasileira que disponha de forma expressa os atributos-deveres da independência e da imparcialidade ao juiz. Nada obstante, as prerrogativas previstas no art. 95, *caput*, CF/88 objetivam assegurar juízes independentes e as vedações enunciadas no art. 95, parágrafo único, CF/88 bem como as disposições codificadas sobre impedimento e suspeição (art. 252, art. 253 e art. 254, todos CPP, bem como art. 144 e art. 145, ambos CPC/15) visam à imparcialidade dos julgadores. Independência e imparcialidade são institutos próximos, mas não se confundem. Aos magistrados deve ser conferida a garantia de não ingerência hierárquica e/ou funcional por quaisquer órgãos públicos, realizando sua atividade jurisdicional de forma independente. Em outra perspectiva, o juiz imparcial, em acepção subjetiva e objetiva, precisa procurar conter suas convicções pessoais, juízos pré-concebidos, subjetivismos exacerbados de forma a não transparecer interesse na demanda que lhe é submetida em atenção ao que o jurisdicionado imagina de si.

Não se desconhece que o julgador detém vivência prévia, experiências emocionais, concepções particulares e eventual carga ideológica como qualquer ser humano, naturalmente. Ocorre que se faz imperiosa a vinculação de conduta do magistrado consubstanciada no imprescindível proceder alheio ao interesse

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 91.

das partes. No processo penal, a questão detém contornos peculiares diante da eventual contaminação judicial na produção de elementos informativos não sujeitos ao contraditório, à confrontação dos imputados e respectivas defesas técnicas. O magistrado, especialmente em face pré-processual de cognição limitada sem contraditório, precisa assumir o caráter “garante” da esfera jurídica fundamental de imputados.

Desta feita, no âmbito da colaboração premiada, o juiz não deve participar das tratativas de formação do consenso colaborativo, na forma do art. 4º, §6º, Lei nº 12.850/2013. Ainda que já formada ação penal ou em seara executória, não há justificativa dogmática e/ou normativa para ingerência judicial no debate preliminar entre pretensão colaborador e órgão de persecução penal eventualmente celebrante. O distanciamento judicial, além de prudente, constitui imprescindível ao procedimento colaborativo. Cabe tão só as pactuantes deliberar sobre a fixação das cláusulas do acordo. A vedação de participação do magistrado nas tratativas de formação do consenso colaborativo “homenageia o sistema processual acusatório, sobretudo na vertente do *nullum iudicium sine accusatione*”⁴. Consagra-se a necessária estrutura acusatória do processo penal, impedindo “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, nos termos do art. 3º-A, CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019.

O magistrado somente tem contato com o procedimento colaborativo a partir da judicialização da proposta para fins homologatórios após formação do consenso colaborativo entre os pactuantes, sem prejuízo de eventual controle judicial sobre a legalidade das tratativas preliminares, coibindo posturas flagrantemente abusivas. No ponto, relevante destacar a instituição do denominado “juiz das garantias”, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, nos termos do art. 3º-B, *caput* e “XVII”, CPP, logrando também competência para homologar acordo de colaboração premiada durante fase investigatória. Por conseguinte, vigorando o “juiz das garantias”, um magistrado diverso realiza o processamento da demanda penal em instrução e julgamento, evitando o contato prévio com o procedimento colaborativo.

4 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius, op. cit., 2020, p. 266.

Apesar das dificuldades administrativas estruturais, a cisão de magistrados entre as fases investigativa e instrutória processual finalizada com o provimento jurisdicional em cognição exauriente reflete observância ao modelo acusatório de distanciamento judicial. A não contaminação psicológica representa barreira difícil de operacionalizar diante da dinâmica de apreciação de demandas investigativas cujos pleitos precisam de autorização judicial, tal qual a homologação judicial no âmbito do processo colaborativo, não obstante posicionamentos diversos.

1.2 Legitimidade policial

Os órgãos policiais integrantes da denominada Polícia Judiciária exercem, como cediço, a atribuição de elucidação fática correspondente a materialidade eventualmente delitiva e a identificação de suposta autoria. Por dever constitucional, na forma do art. 144, CF/88, incumbe à Polícia realizar a reunião de elementos informativos, sintetizando em relatório policial eventual indiciamento e contribuindo a formação do possível convencimento acusatório (*opinio delicti*) por órgão do Ministério Público. Não se deve promover um compromisso cego à determinada hipótese acusatória, sendo, por claro e se for o caso, plausível o não indiciamento policial.

Na dinâmica investigativa processada em âmbito policial, naturalmente é possível viabilizar a adoção da colaboração premiada perante complexidade delitiva. Emergem, assim, questionamentos acerca da legitimidade policial para realizar a pactuação colaborativa especialmente devido à titularidade da ação penal lograda pelo Ministério Público. Em que termos o delegado de polícia pode oferecer premiação criminal sem a anuência ministerial? Considerando que os membros do Ministério Público logram independência funcional e exercem o controle externo da atividade policial, quais os efeitos substanciais do acordo colaborativo promovido por delegado perante órgão ministerial?

Por expressa disposição legal, a realização do consenso colaborativo e consequente formalização do acordo se procede “entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme

o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”, nos termos do art. 4º, §6º, Lei nº 12.850/2013. Possibilita-se ao “delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público” a pactuação por perdão judicial, na forma do art. 4º, §2º, Lei nº 12.850/2013. É expresso ainda que o termo do acordo de colaboração premiada deva conter, dentre outros pontos, as condições propostas eventualmente pelo delegado de polícia e sua assinatura, se for o caso, nos termos do art. 6º, “II” e “IV”, Lei nº 12.850/2013.

Em redação legal mais recente, adota-se o termo “celebrante” em acepção órgão de persecução penal, fixando que os “termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante” bem como na frustração do acordo “por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade”, conforme o art. 3º-B, §5º e §6º, Lei nº 12.850/2013. É também determinado ao órgão celebrante observar a efetiva defesa técnica do colaborador em eventual conflito de interesse ou em situação de hipossuficiência, na forma do art. 3º-C, §2º, Lei nº 12.850/2013.

Nada obstante, em sede da ADI nº 5.508/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face do art. 4º, §2º e §6º, ambos Lei nº 12.850/2013, questionou-se perante o STF a legitimidade policial para realizar as tratativas colaborativas. Sustenta, em suma, que o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal de iniciativa pública, detém a legitimidade privativa para oferecer e negociar o acordo de colaboração premiada, sendo imperativa a presença ministerial em todas as fases da pactuação colaborativa. Aduz que o delegado de polícia não deve negociar acordo de colaboração premiada, pois não figura como parte no processo-crime. Apesar das argumentações ministeriais, o Plenário do STF julgou improcedente a ação direta e reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos normativos impugnados, fixando a possibilidade de atuação policial no processo colaborativo em fase de inquérito policial.

Apresenta-se de toda forma tormentosa a fixação de benefícios criminais por delegado de Polícia Judiciária sem expressa concordância de órgão ministerial, titular da ação penal pública. O texto legal, ao declarar a necessária manifestação

do Ministério Público após representação policial pela pactuação colaborativa, não esclarece se o órgão policial necessita de parecer ministerial favorável. É salutar ao devido processo colaborativo e à própria investigação a atuação conjunta dos órgãos de persecução penal, viabilizando melhor a operacionalização das revelações colaborativas e consequente premiação criminal. Por conseguinte, “se a autoridade policial vislumbrar a possibilidade de um bom acordo de colaboração, útil ao interesse público, isso seja sugerido ao membro do Ministério Público”⁵.

Pelo exposto, considerando a segurança jurídica da pactuação, a melhor orientação parte da premissa que o órgão policial deve “obter informações acerca da vontade do imputado em colaborar ou não, e, se necessário, iniciar as negociações de modo preliminar e provisório, sem aprofundamento na questão ou acerto dos termos do acordo”⁶. Nesta linha, a Orientação Conjunta nº 01/2018 das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF expressa, no item “2”, que “a exclusividade para celebração de acordo de colaboração premiada pelo Ministério Público Federal não impede o auxílio ou a cooperação da Polícia Federal”⁷. Neste sentido, o Plenário do STF, no Pet nº 8482 AgR/DF, fixou interessante premissa: “Considerada a estrutura acusatória dada ao processo penal conformado à Constituição Federal, a anuência do Ministério Público deve ser posta como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada celebrado pela autoridade policial”⁸.

Assim, prestado relatório do intento colaborativo e da necessidade investigativa de obtenção probatória, a autoridade policial deve noticiar as tratativas preliminares ao Ministério Público. O órgão ministerial, por sua vez, deve promover ponderações em atenção ao relatório policial, sem prejuízo de apresentar recusa justificada à proposta colaborativa. É constitucional e

5 FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração Premiada*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 91.

6 VASCONCELLOS, Vinicius, op. cit., 2020, p. 109.

7 BRASIL. Ministério Público Federal - 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Orientação Conjunta nº 01 de 23.05.2018. Disponível em <<https://bit.ly/2vQ74Ju>>. Acesso em: 30.03.2020..

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet nº 8.482 AgR/DF, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2021, DJe-188 Divulg 20.09.2021, Public 21.09.2021. Disponível em: <https://bit.ly/3EKuLl1>. Acesso em: 20 set. 2021.

convencional concluir que a manifestação favorável do membro do Ministério Público, titular da eventual ação penal, representa condição de eficácia no acordo colaborativo pactuado em seara policial. A dita discricionariedade ministerial na pactuação colaborativa é objeto do tópico seguinte.

1.3 Discricionariedade ministerial justificada

Na função institucional do Ministério Público de promover a ação penal pública, não restam dificuldades em reconhecer a atribuição ministerial de realizar a pactuação colaborativa diante da dinâmica persecutória. Em balizas legais e sob o respeito ao consenso colaborativo, o órgão ministerial detém liberdade de pactuar o conteúdo do acordo, não lhe sendo impostas ingerências e pressões. No entanto, reside questão sobre o traçar dos possíveis limites à atuação do Ministério Público no devido processo colaborativo. Existe discricionariedade ministerial em oferecer e/ou aceitar proposta de colaboração premiada? Há direito subjetivo do pretendo colaborador?

O legislador constituinte de 1988 figura o Ministério Público como função essencial à Justiça, “incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, fixando os princípios institucionais “unidade, a indivisibilidade e a independência funcional” e assegurando “autonomia funcional e administrativa”, nos termos do art. 127, *caput*, §1º e §2, CF/88. Conquanto, em atenção à dimensão das atribuições e deveres ministeriais, é de se enfatizar os limites legais, constitucionais e convencionais fixados aos membros do Ministério Público. Propugna-se adequação e equilíbrio na atuação dos promotores de Justiça e procuradores da República, na qualidade de servidores públicos sujeitos, especialmente, a juridicidade de seus atos.

Tal qual como todo servidor público, o membro do Ministério Público, por claro, submete-se aos limites da lei no âmbito do devido processo colaborativo. Na dinâmica de formação do consenso, expressa-se a possibilidade de recusa ministerial, inclusive sumária, da proposta de colaboração premiada, “com a devida justificativa, cientificando-se o interessado”, nos termos do art. 3º-B, §1º, Lei nº 12.850/2013. Firmado o “Termo de Confidencialidade para prosseguimento

das tratativas”, a discordância ministerial ao consenso colaborativo somente se procede sob a demonstração de “justa causa”, em interpretação ao art. 3º-B, §2º, Lei nº 12.850/2013.

Como já propugnado no presente estudo, a colaboração premiada constitui meio investigativo excepcional diante de complexidade delitiva em que os instrumentos tradicionais de investigação se demonstraram ineficazes. Não se afasta nem se abranda o poder-dever estatal de investigar e eventualmente punir através do consenso colaborativo pela só vontade do pretense colaborador. As revelações colaborativas precisam interessar a própria persecução penal. É possível, que os elementos informativos, oferecidos, por pessoa sujeita a persecução penal, interessada em colaborar, não contribuam ao desenrolar da hipótese acusatória e/ou já sejam de ciência do Ministério Público. No desinteresse persecutório, o órgão ministerial deve realizar recusa justificada e adequada. Caso já se tenha realizado o Termo de Confidencialidade, a justificativa de recusa ministerial deve ser qualificada, indicando de forma clara e objetiva a justa causa.

A justificativa de recusa colaborativa pelo membro do Ministério Público deve ser sujeita a controle interno por órgão ministerial de hierarquia superior e externo pelo Poder Judiciário em demanda própria sob a análise da legalidade. No ponto, rememore-se que não cabe a ingerência judicial no mérito colaborativo, especialmente do magistrado processante da persecução penal que não deve participar, como cediço, da formação do consenso colaborativo, nos termos do art. 4º, §6º, Lei nº 12.850/2013. A ausência de regulamento legal confunde a dinâmica de controle da recusa da proposta colaborativa. Porém, cabível realizar analogia ao controle do ato administrativo, quer no âmbito do mérito, quer na perspectiva da legalidade. Assim, é cabível o autocontrole ministerial de mérito e sob a legalidade da recusa colaborativa diante de sua estrutura hierárquica. Como também possibilitar ao Poder Judiciário, uma vez demandado, proceder ao controle de legalidade da justificativa a recusa da proposta.

Ademais, não parece plausível reconhecer direito subjetivo do imputado a pactuação colaborativa, porém o pretense colaborar detém o direito, líquido e certo apto ao mandado de segurança inclusive, à justificativa clara e coerente perante dinâmica investigativa. Se não houvesse justificativa de recusa adequada, “o

Ministério Público seria o dono absoluto e abusivo da ação penal, equiparando-se ao modelo americano da discricionariedade absoluta, ausente no Brasil”⁹.

No processo penal constitucional e convencional brasileiro, os membros do Ministério Público sujeitam aos ditames legais na pactuação colaborativa, caracterizando uma discricionariedade regrada e justificada sob o controle interno e externo. Não se flexibiliza o poder-dever de investigar e punir do Estado por imposição do pretense colaborador, porém se faz imperioso evitar possíveis abusos e arbitrariedades ministeriais. Rememore-se que na hipótese de órgão ministerial não conseguir “aferir de plano qual é o objeto e a relevância da proposta de acordo, no que ela pode ser útil ao interesse da investigação, o procedimento pode ser instruído (com informações, declarações, documentos etc.) para aclarar esses pontos”¹⁰, promovendo-se, assim, uma instrução extrajudicial, na forma do art. 3º-B, §4º, Lei nº 12.850/2013.

A formação do consenso colaborativo pressupõe bilateralidade e boa-fé, sem sujeições autoritárias, mas sim em cessões recíprocas. Daí a razão pela qual não haver sentido na expressão “colaboração unilateral”. Irresignado com a negativa ministerial e superada as possíveis insurgências, cabe ao pretense colaborador utilizar-se da confissão delitiva em atenuante genérica prevista no art. 65, “III”, “d”, CP bem como, se for o caso e o momento processual permitir, do acordo de não persecução penal, observando as condições previstas no art. 28-A, CPP.

Por claro que “é da atividade judicial a fixação da dosimetria da pena e sua avaliação de terem sido provadas as hipóteses legais da minoração, independentemente de pedido expresso”¹¹. Ocorre que a cooperação persecutória do réu apta a abrandamento punitivo não se confunde com a pactuação colaborativa diante de cláusulas determinadas, de deveres fixados e de prêmios estabelecidos, tudo sujeito a necessária homologação judicial. São situações distintas. Sem o devido processo colaborativo, o imputado não logra segurança jurídica a benefícios criminais.

9 ROSA, Alexandre Morais da. BERMUDEZ, André Luiz. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. 2. ed., Florianópolis: Emais, 2019, p. 126.

10 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius, op. cit., 2020, p. 265.

11 CORDEIRO, Ne i. Colaboração premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 33.

1.4 Termo, objeto e momento colaborativo

O instituto da colaboração premiada é e precisa ser operacionalizado diante de complexidades criminosas em que os meios tradicionais de investigação se demonstrem insuficientes. São contextos delitivos sujeitos a diversas pessoas e consequentes comportamentos nos quais, em regra, envolvem ilicitudes em âmbitos jurídicos diversos, tais quais criminal, administrativo e fiscal. Faz-se, assim, de grande relevância a razoável delimitação e organização do próprio procedimento de colaboração, sendo necessário observar com percuciência o termo, o objeto e o momento colaborativo. A Lei nº 12.850/2013, ora tratada como Lei Geral de Colaboração Premiada, é inovadora a fixar regras de formalização da colaboração premiada. “Anteriormente, os dispositivos que previam o instituto no ordenamento brasileiro somente tratavam de sua perspectiva material, regulando os requisitos e possíveis benefícios, de modo que o procedimento a ser seguido era incerto e determinado de diversos modos por acusadores do País”¹².

A partir da Lei nº 12.850/2013, a formalização do acordo de colaboração entre órgão persecutório celebrante e pretense colaborador consubstancia-se através de termo escrito com informações pormenorizadas a serem sujeitas a possível homologação judicial. Objetivando segurança e previsibilidade, o termo de colaboração premiada representa o comprometimento extrajudicial, “seja por parte do agente colaborador, compromissado em contribuir para a atividade de persecução penal da autoridade estatal, seja por parte da própria autoridade, compromissada a respeitar os direitos conferidos ao colaborador a partir da pactuação”¹³. Importante não confundir o “termo de colaboração premiada”, momento prévio ao juízo homologatório em que o consenso colaborativo está mais consolidado, com o “termo de confidencialidade”, momento pós análise ministerial sumária para prosseguimento das tratativas iniciais, na forma do art. 3º-B, §2º, Lei nº 12.850/2013. Por conseguinte, na forma do art. 6º, Lei nº 12.850/2013, são requisitos ao termo de colaboração premiada: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III

12 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de, op. cit, 2020, p. 229.

13 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 66.

- a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

O “relato da colaboração e seus possíveis resultados” delimita as revelações e o objeto colaborativo, devendo, por consequência lógica, englobar fatos, imputações e específica investigação e/ou ação penal perante a qual se sujeita o pretense colaborador. Resume-se a um projeto colaborativo dentro de contexto persecutório claramente determinado, uma vez que antes da eventual homologação judicial não há atos materiais de colaboração. “Não se trata da descrição exauriente das declarações incriminatórias ou da produção da prova que representa a efetiva colaboração do imputado”¹⁴. O Ministério Público Federal orienta a elaboração de um documento com o plano de colaboração e, em possíveis anexos, cada fato típico imputado ao pretense colaborador com as consequentes declarações, conforme se interpreta a partir da Orientação Conjunta nº 01 de 23.05.2018 - 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção.

Desta feita, relevante verificar que, a partir do relato de colaboração e possíveis resultados, fixa-se o objeto colaborativo e consequente âmbito de colaboração, vinculando-se a determinada investigação e seu próprio objeto. A investigação, em sede qualquer órgão persecutório, fiscalizador e/ou regulador, precisa apresentar objeto certo e determinado a partir de um mínimo indiciário acerca de eventual materialidade e/ou autoria delitiva. Não se instaura investigação sem justa razão por prazo indeterminado. Configura crime de abuso de autoridade promover investigação sem “qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa” bem como “estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado”, nos termos do art. 27 c/c art. 31, ambos Lei nº 13.869/2019.

Instaura-se uma investigação, como cediço, através da suspeita de fatos possivelmente delituosos, não se realizando direcionamentos a pessoas específicas em indevidos subjetivismos. Investigações incertas e genéricas precisam ser

14 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de, op. cit, 2020, p. 230.

evitadas em um Estado Democrático de Direito. No ponto, questiona-se a prática intitulada “fishing expedition” (pescaria probatória), “em que o órgão investigativo se utiliza dos meios legais, sem objetivo certo ou declarado, genericamente para pescar quaisquer evidências a respeito de crimes futuros, constituindo-se em investigação prévia, ampla e genérica, manipuladora dos pressupostos legais da investigação democrática”¹⁵.

É imperativo evitar a instrumentalização persecutória para fins pessoais desvinculado a contexto dito delitivo minimamente indiciário. Estar sujeito a perseguição penal sem adequada justificativa, por claro, é deletério ao inerente estado de liberdade e de presumida inocência de qualquer pessoa submetido ao Estado de Democrático de Direito brasileiro. Desta feita, diante de uma investigação complexa com objeto determinado, o instituto da colaboração premiada apresenta-se como meio excepcional de obtenção probatória dentro de contexto investigativo previamente estabelecido. Há o objeto de investigação e as respectivas hipóteses persecutórias assim como deve haver o objeto de colaboração e o consequente âmbito colaborativo delimitados pelo “termo de colaboração”.

A partir do objeto de colaboração formalizado no respectivo termo, interpreta-se o dever de narrativa delitiva pelo pretenso colaborador previsto no art. 3º-C, §3º, Lei nº 12.850/2013, considerando o âmbito de colaboração previamente fixado. Se a complexa investigação envolve organização dita criminosa atuante no desvio de verba pública em determinada gestão pública, o pretenso colaborador “deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados” em conexão às hipóteses persecutórias de desvio de verba pública na aludida gestão pública. Observa-se, assim, a relevância do objeto de colaboração, evitando uma narrativa delitiva eventualmente exigida ao pretenso colaborador de forma inadequadamente ampla e genérica.

Formalizado o termo e delimitado o objeto, relevante verificar o momento colaborativo: fase investigativa, fase processual (de conhecimento), fase executória. “A Lei nº 12.850/2013 não delimitou um momento estanque para a celebração de acordo de colaboração premiada, de modo que a medida pode ser

15 ROSA, Alexandre Moraes da. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 6. ed., Florianópolis: EMais, 2020, p. 676.

levada a cabo em qualquer fase da persecução penal ou mesmo no estágio da execução penal”¹⁶. Assim, o trânsito em julgado de sentença condenatória não é impeditivo ao consenso colaborativo, na inteligência extraída do art. 4º, §5º, Lei nº 12.850/2013. Ocorre que o mesmo dispositivo legal dificulta a compreensão da expressão “colaboração posterior à sentença”, não diferenciando “sentença recorável” e “sentença transitada em julgada”.

É necessário rememorar que um dos principais marcos do processo penal brasileiro pretensamente constitucional e convencional reside no trânsito em julgado de eventual condenação. Somente se exsurge título executivo judicial criminal a partir do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, firmando a culpa criminal, na ótica do art. 5º, “LVII”, CF/88, do art. 8.2, Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 14.2, Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Tal premissa deve repercutir no regime jurídico da colaboração premiada e respectivos prêmios a serem pactuados. Desta feita, a partir do momento de formação do consenso colaborativo e em atenção a adequação premial consolidada com a Lei nº 13.964/2019, apresenta-se o seguinte panorama de benefícios criminais possíveis sob interpretação do art. 4º, *caput*, §4º, §5º e §7º, “II”, todos Lei nº 12.850/2013: **Colaboração na fase investigativa** (Antes do oferecimento de peça acusatória) **Prêmios possíveis**: Perdão judicial; Redução de pena privativa de liberdade em até dois terços; Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; Abstenção de oferecimento de denúncia; **Colaboração na fase processual** (Peça acusatória oferecida e recebida, porém antes do trânsito em julgado de sentença) **Prêmios possíveis**: Perdão judicial; Redução de pena privativa de liberdade em até dois terços; Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **Colaboração na fase executória** (Após o trânsito em julgado de sentença condenatória) **Prêmios possíveis**: Redução da pena aplicada em até metade; Progressão de regime ainda que ausente os requisitos objetivos;

Como se observa o momento colaborativo delimita os prêmios possíveis a pactuação entre órgão celebrante e pretendo colaborador. É razoavelmente questionável a formação de consenso colaborativo em fase executória em eventual afronta a coisa julgada criminal. Não obstante, a legislação de execução penal permite benefícios criminais por fatos posteriores ao trânsito em julgado da condena-

16 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius, op. cit., 2020, p. 253.

ção, tal qual a remição de pena pelo trabalho. O instituto da colaboração premiada passa a configurar em mais uma hipótese que viabiliza o benefício criminal em fase executória. Assim, a principal problematização do instituto em fase executória não está vinculada a eventual desrespeito a coisa julgada criminal.

Em verdade, a questão surge no real receio de tumultos e direcionamentos de uma postura pretensamente colaborativa originada de pessoa já sujeita a execução penal, dita “sem nada a perder”. A título ilustrativo, rememore-se o temerário acordo de colaboração premiada proposto por ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, em cumprimento de pena privativa de liberdade fixada em patamar elevado. Supostamente a proposta colaborativa, firmada perante Autoridade Policial sem manifestação ministerial, apresentava-se, em tese, de forma genérica, eventualmente sem elementos de corroboração, direcionando alegadas acusações a membros do Poder Judiciário e ao próprio sistema eleitoral brasileiro. No âmbito da Pet nº 8482 AgR/DF, o Plenário do STF rejeita a referida proposta de colaboração, reafirmando a necessidade de anuência ministerial e aduzindo “má fé” do pretenso colaborador.

Desta feita, faz-se necessária bastante cautela diante de pretenso colaborador sujeito a execução criminal sob possível intento manipulativo. O estágio de desespero de pessoa em cumprimento de pena privativa de liberdade pode, por claro, viabilizar direcionamentos e mentiras. De toda forma, não existe empecilho legal a colaboração premiada pactuada em fase executória, havendo, inclusive, experiências interessantes, especialmente acerca da possível recuperação de proveito delitivo.

2. A IMPRESCINDIBILIDADE DA DEFESA TÉCNICA E A CONDIÇÃO DE COLABORADOR

A concretude do ditame da ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”, na forma do art. 5º, “LV”, CF/88, exigir a presença de conhecimento técnico em favor do acusado através de advogado constituído ou fornecido pelo Estado. Ninguém, “ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, nos termos do art. 261, CPP. Assim, “a defesa técnica é indispensável e indisponível no processo penal, transcendendo a vontade do acusado, em

razão da estrutura do Estado de Direito e da necessidade de ser prestada a tutela judicial criminal efetiva”¹⁷. Por disposições convencionais sólidas (art. 8.2 “e”, CADH e art. 14.3 “d”, PIDCP), o Estado brasileiro se compromete a fornecer assistência jurídica a pessoas sujeitas a persecução penal, caso necessário.

Desta feita, e não há de ser diferente, a defesa técnica assume um papel de grande relevância ao instituto da colaboração premiada, sendo, por claro, necessária desde as tratativas preliminares e ao longo de todo o devido processo colaborativo, na forma do art. 4º §15º, Lei nº 12.850/2013. Considerando a natureza consensual do instrumento excepcional de investigação da colaboração, faz-se imprescindível a substancial ciência tecnicamente orientada do pretense colaborador da repercussão material e processual da pactuação do acordo colaborativo. É, assim, imperioso declarar que a ausência de defesa técnica desde as negociações preliminares enseja a nulidade absoluta do procedimento de colaboração. Nenhuma tratativa pode proceder “sem a presença de advogado constituído ou defensor público”, nos termos do art. 3º-C §1º, Lei 12.850/13.

Por conseguinte, os termos tanto de recebimento de proposta de colaboração como de confidencialidade devem ser devidamente assinados “pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos”, inclusive para “iniciar procedimento de colaboração e suas tratativas”, na forma do art. 3º-B, §5º c/c art. 3º-C *caput*, ambos Lei 12.850/13. “Ainda que expresse vontade pretensamente inequívoca de cooperar ou tenha receio de eventual vazamento de informações, não é permitida a realização de negociações ou a formalização do acordo sem a presença de advogado”¹⁸. Na hipótese de hipossuficiência ou de interesses colidentes, o órgão de persecução penal deve requerer defesa técnica diversa, conforme art. 3º-C, §2º, Lei 12.850/2013.

Por outra ótica, ressalva-se que a defesa técnica do colaborador detém o dever de apresentar, acompanhada da respectiva de proposta de colaboração, “os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias,

17 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 152.

18 VASCONCELLOS, Vinicius, op. cit., 2020, p. 102.

indicando as provas e os elementos de corroboração”, nos termos do art. 3º-C, §4º, Lei 12.850/2013. O órgão eventualmente celebrante precisa realizar o convencimento do interesse persecutório ao consenso colaborativo. Os elementos informativos de corroboração das revelações colaborativas, ainda que incompletos, são de grande relevância ao devido processo colaborativo, especialmente no momento de trato inicial.

Existe a problemática quando determinado advogado ou o correspondente escritório de advocacia exerce a defesa técnica de diversos imputados sob o mesmo contexto delitivo, questionando-se sobre o possível conflito de interesses caracterizado pelo patrocínio simultâneo de pessoas em raciocínios defensivos inconciliáveis. Quando resta assim observado, caracteriza colidência de defesas e a possível nulidade absoluta diante do direito constitucional e convencional de defesa efetiva. O adequado reside, optando por um dos polos defensivos circunstancialmente colidentes, na renúncia voluntária e espontânea do advogado ou correspondente escritório de advocacia, evitando o constrangimento da ingerência judicial pela nulidade dos atos defensivos até então cometidos. Registre-se que existem propostas legislativas em tramitação objetivando coibir o conflito de interesse na defesa técnica.

Faz-se imperioso deter especial atenção a relação de confiança entre pretenso colaborador e advogado. Constitui disposição expressa, nos termos do art. 7º, §6º-I, Lei nº 8.906/1994, na redação incluída pela Lei nº 14.365/ 2022, a vedação “ao advogado efetuar colaboração premiada contra quem seja ou tenha sido seu cliente”, sob pena de sujeição a processo disciplinar sob possível penalidade de exclusão da Ordem dos Advogados do Brasil bem como eventual a incidência criminal de violação do segredo profissional (art. 154, CP). As confidências realizadas a advogado devem ser resguardadas, por claro, em favor do constituinte, não havendo obrigatoriedade de exposição.

A condição de colaborador, apesar de voluntária, não reflete uma qualidade espontânea. Há uma persecução penal avançada ao ponto de gerar temor suficiente a determinada pessoa razoavelmente comprometida em contexto delitivo complexo. A pessoa naturalmente envolvida em determinada hipótese criminal precisa apresentar, de forma voluntária, revelações de interesse persecutório den-

tro do âmbito delimitado pela investigação, ação penal, execução que lhe recai. Neste raciocínio, é questionável se pessoa jurídica detém capacidade para figurar na condição de colaborador. No Recurso em Habeas Corpus nº 154.979, a Sexta Turma do STJ realizou posição pela ilegitimidade da pessoa jurídica celebrar acordo de colaboração premiada, reconhecendo a nulidade da denominada “colaboração premiada por adesão ou por arrastamento”.

Tanto pessoas físicas quanto jurídicas precisam estar sujeitas à persecução penal para poderem figurar como potenciais colaboradores em um processo.. Talvez aqui resida a melhor interpretação à problemática sobre a pactuação de colaboração premiada por pessoa jurídica. A título norteador, registre-se o parâmetro da legislação ambiental (art. 3º, Lei nº 9.605/1998), em que viabiliza a responsabilização criminal da pessoa jurídica “nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Dentro de persecução penal ambiental complexa, não há obstáculos para determinada pessoa jurídica investigada expressar vontade em realizar atos colaborativos através de “representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Não se demonstra razoável sustentar que pessoa jurídica não sujeita a determinada persecução penal, realize “adesão” ao acordo de colaboração premiada. As pessoas, quer sejam físicas, quer sejam jurídicas, precisam, por claro, figurar na qualidade de investigado, imputado ou réu para eventualmente assumir a condição de colaborador.

Ademais, resta interessante salientar que a defesa técnica não deve simplesmente direcionar o imputado a pactuação colaborativa por razões que não sejam realmente frutíferas ao próprio pretense colaborador na perspectiva de sua ampla defesa, incluindo sua própria vida particular. É de se expressar o natural desconforto em promover “traição”; “pelega”; “delação”; “confissão acusatória”, ou seja, revelar pessoas que adotem comportamentos criminosos, operacionalizações delituosas e consequentes contextos delitivos nos quais se encontra inserido. Figurar na condição de colaborador significa se sujeitar a pressões e perigos em diversas facetas especialmente oriundas dos delatados. Destaca-se “quanto mais

ilícitos o colaborador aponta, maior será a resistência e mais intensas serão as pressões para desmoralizar a colaboração”¹⁹.

Desta feita, além da imprescindibilidade da orientação de defesa técnica, o colaborador logra de uma série de direitos de caráter protetivo a sua integridade, conforme enunciado no art. 5º, Lei nº 12.850/2013. Registre-se que a norma convencional também fixa de forma expressa medida de proteção a colaboradores, na forma do art. 26.4 c/c art. 24, ambos Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e nos termos do art. 33, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. A norma convencional propugna a proteção eficaz diante de represálias, intimidações e todo trato injusto em desfavor da pessoa que realiza cooperação com as autoridades competentes.

3. O JUÍZO DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

Formalizada a proposta de acordo entre órgão de persecução penal celebrante e pretenso colaborador com a devida documentação necessária e demais elementos de informação, procede-se a judicialização do feito, objetivando o juízo homologatório da colaboração. É o primeiro contato do juiz competente à supervisão investigatória com o procedimento colaborativo. Tal cognição jurisdicional não é, por claro, exauriente, pois “não deve o magistrado substituir-se ao negociador da ação penal, como em verdade não poderia trocar escolhas suas por aquelas realizadas por qualquer administrador público”²⁰.

Nada obstante, o magistrado não pode simplesmente abonar a negociação. O juízo homologatório consubstancia efetivo controle judicial do procedimento colaborativo preliminar, comprometendo-se a observar o pactuado em momento posterior de apreciação da eficácia objetiva da colaboração. Registre-se que a homologação realizada por magistrado representa sua própria vinculação ao consenso colaborativo, conferindo segurança jurídica ao pretenso colaborador diante da possível aplicabilidade dos prêmios prometidos.

19 CALLEGARI, André Luís. Como nascem e como morrem as colaborações premiadas. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://bit.ly/3EmZPWH>. Acesso em: 23.12.2021.

20 CORDEIRO, Nefi op. cit., 2020, p. 94.

Apesar do marco de confidencialidade e da vinculação negocial promovidos durante a formação do consenso colaborativo, somente com a homologação judicial, o negócio jurídico representativo da colaboração premiada logra eficácia jurídica. Trata-se de marco de grande relevância, demandando cuidados jurídicos. “A homologação é, portanto, uma linha divisória que eleva o negócio jurídico existente e válido ao plano da eficácia jurídica”²¹.

Assim, a postura deve ser cautelosa e atenta, configurando dever do magistrado a oitiva sigilosa do colaborador para que, empós, proceda-se a análise da regularidade, legalidade, adequação premial, adequação dos resultados colaborativos e voluntariedade da manifestação de vontade do pretenso colaborador, na forma do art. 4º, §7º, Lei 12.850/13. Objetiva-se impor aos magistrados uma atuação mais rígida ao proferir juízo homologatório do acordo, sem configurar demasiada profundidade a caracterizar eventuais pré-julgamentos. Na análise de eventual homologação da proposta colaborativa, o magistrado “não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores”²².

A fase homologatória da colaboração premiada é determinante ao devido processo, especialmente com o vigor da Lei nº 13.964/2019, “sendo dever do magistrado realizar a sindicabilidade dos elementos do acordo, bem como o equilíbrio entre o prêmio e efetividade da colaboração”²³. Dada a relevância do momento do procedimento colaborativo, propõe-se o estudo em tópicos seguintes dos aspectos homologatórios do consenso.

21 ZILLI, Marcos. Dever de colaboração e o nemo tenetur se detegere. In: Marco Aurélio Florêncio Filho; Fábio Ramazzini Bechara. (Org.). Os Desafios das Ciências Criminais na Atualidade. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 454.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016. Disponível em <<https://bit.ly/2UtZLPU>>. Acesso em: 20.03.2020.

23 GEBRAN NETO, João Pedro. Reflexões sobre acordo de colaboração premiada. In: GEBRAN NETO, João Pedro (Org.). Colaboração Premiada: perspectivas teóricas e práticas. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020, p. 19.

3.1 Competência e prerrogativa de foro por função pública

Observando as fases persecutórias, a fixação da competência judicial para processamento da colaboração premiada sujeita-se às mesmas regras dos demais meios de obtenção de provas e/ou elementos informativos, tais quais as diligências de interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário, busca e apreensão, dentre outras. Assim, considerando o momento persecutório, o lugar da alegada infração, a natureza do contexto delitivo em investigação: “federal”, “estadual”, “eleitoral”, “militar” e em atenção a competência originária dos Tribunais, fixa-se o Juízo competente à homologação e às demais questões envolvendo o processamento da colaboração premiada.

Com advento da Lei nº 13.964/2019, compete ao denominado “juiz das garantias” decidir sobre a homologação de acordo de colaboração premiada, “quando formalizados durante a investigação”, nos termos do art. 3º-B, “XVII”, CPP. O “juiz das garantias” é “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, nos termos do art. 3º-B, CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019. Objetiva-se realizar uma cisão de julgadores, logrando um magistrado ao processamento da demanda penal em instrução e julgamento sem o contato prévio com a investigação. Busca-se consagrar a necessária estrutura acusatória do processo penal, impedindo “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, nos termos do art. 3º-A, CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019. Trata-se de verdadeira reformulação do Sistema de Justiça Criminal brasileiro.

A constitucionalidade e a operacionalização do instituto “juiz das garantias” é objeto de intenso debate. De início, o Ministro Luiz Fux do STF, em decisão monocrática proferida no dia 22.01.2020 na ADI nº 6.299/DF, suspendeu “sine die” a eficácia, ad referendum do Plenário, da implantação do juiz das garantias. Na perspectiva do Ministro Luiz Fux, “a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país”²⁴.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ADI nº 6.299/DF, Relator(a): Min. Luiz Fux, decisão monocrática ad referendum proferida em 22.01.2020, DJe-019 Divulg 31-01-2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3dafr3d>>. Acesso em: 30.05.2020.

Em 24.08.2023, o Plenário do STF, no âmbito da ADI nº 6.299/DF declarou a constitucionalidade do art. 3º-B, CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, fixando o prazo de 12 meses, prorrogáveis, uma única vez sob justificativa, por mais 12 meses, para que sejam adotadas pelos Tribunais de todo o país as medidas legislativas e administrativas necessárias à implantação e funcionamento do juiz das garantias, conforme as diretrizes e sob a supervisão do CNJ²⁵. Na mesma oportunidade julgada pelo STF, a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da peça acusatória, sendo assentado que o juiz das garantias será investido, e não designado.

Particularmente no procedimento de colaboração premiada, surge um impasse preocupante. Com cisão de julgadores promovida pelo instituto do juiz das garantias, o magistrado que realiza a homologação do acordo de colaboração premiada não realiza a “análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena”, nos termos do art. 4º §7º-A, Lei nº 12.850/2013. Isto é, o juiz sentenciante não se compromete através da etapa prévia homologatória a observar os benefícios pactuados diante de eventual eficácia colaborativa. Na forma do art. 3º-C, §2º, CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, as “decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento”. Assim, é questionável a possibilidade de o juiz sentenciante não observar os benefícios criminais pactuados em sede investigativa e homologado pelo juiz das garantias. Enseja-se insegurança ao pretendo colaborador em proceder aos atos colaborativos, pois o julgador e conseqüente aplicador dos benefícios pactuados não está vinculado a decisão homologatória realizada por outro magistrado em fase prévia ao oferecimento da denúncia.

Aparentemente, melhor solução residia em fixar exceção à regra de não vinculação entre juiz das garantias e juiz da instrução e julgamento prevista no art. 3º-C, §2º, CPP, viabilizando regularidade ao procedimento colaborativo. De toda forma, o Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais e os demais integrantes do Sistema de Justiça Criminal precisam racionalizar de forma percuciente a im-

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.299/DF, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 24.08.2023. Disponível em: < <https://bit.ly/47qSW68> >. Acesso em: 23.11.2023.

plementação do “Juízo das garantias”. Há espaço para melhor operacionalizar o novo instituto.

Ademais, constata-se outra temática tormentosa envolvendo a colaboração premiada e a denominada prerrogativa de foro. A fixação de competência judicial em razão de prerrogativa da função pública envolve a dinâmica de processamento das persecuções penais nos Tribunais. A título ilustrativo, faz-se de grande relevância mencionar o julgado proferido pelo STF na Questão de Ordem no Inquérito nº 4.130/PR.

O caso abrange questionamento acerca da competência do Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná para processar contexto delitivo que circunda empresa sediada em São Paulo e eventual participação de Senadora da República. No desenrolar persecutório, surgiu, a partir de procedimento de colaboração premiada, elementos informativos sobre supostos crimes sem relação com contexto delitivo, objeto da investigação primária. Houve, em verdade, o denominado “encontro fortuito de provas”; “crime achado”, “serendipidade”, sendo objetiva quando se encontram novas infrações em face dos mesmos imputados e subjetiva quando se verifica pessoas diversas ao inicialmente fixado em instauração investigativa.

Desta feita, por exemplo, se colaborador revela que o delatado, em determinado contexto delitivo sob desvio de verba pública, exerceu violência doméstica, deve o magistrado declinar de sua competência para processar a infração revelada ao Juízo especializado, mantendo consigo a persecução de crime contra a Administração Pública. Por outro lado, se a revelação colaborativa apontar o envolvimento de pessoa que aufere prerrogativa de foro, deve o magistrado declinar de competência atinente a toda investigação em favor da Corte competente, sendo o Tribunal o Juízo competente para decidir sobre a conveniência do desmembramento do feito, observando a existência de conexão ou continência, conforme entendimento majoritário, o que é melhor abordado a seguir.

O foro por prerrogativa de função constitui circunstância delicada no procedimento de colaboração premiada, dada sua natureza excepcional de obtenção probatória. As revelações colaborativas, de forma não incomum, atingem pessoas politicamente expostas, ensejando verdadeira ingerência sobre questões estatais

determinantes nos âmbitos locais, regionais e nacionais. Não por acaso que a colaboração premiada precisa ser operacionalizada em situações complexas, nas quais os meios convencionais de investigação não são suficientes. Nesta linha de raciocínio, costuma-se enquadrar as normas que fixam prerrogativa de foro na qualidade de organização política do Estado, objetivando proteger o cargo público; não a pessoa que o exerce. Em tese, as Cortes Superiores e Regionais lograriam, na ótica justificadora da prerrogativa de foro, maior serenidade para processar e julgar determinadas autoridades públicas, considerando pressões e questões que eventualmente possam atingir o magistrado de primeiro grau.

Em 03.05.2018, a sistemática de prerrogativa de foro das autoridades brasileiras ganha contornos peculiares a partir do julgado proferido na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 no âmbito do STF. Na oportunidade, o Plenário da Suprema Corte fixou a tese: “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”²⁶. A prerrogativa de foro somente se alicerça se a pessoa estiver no cargo e o crime se procedeu em razão do cargo. Assim, na ótica do referido julgado, independentemente da função que no momento exerça, caso a pessoa não esteja mais no cargo que eventualmente realizou o crime relacionado às funções desempenhadas, a prerrogativa de foro não se justifica. A título ilustrativo, caso uma pessoa que eventualmente cometeu um crime na qualidade de deputado estadual, sujeitando-se a persecução penal perante Tribunal de Justiça, venha a se eleger deputado federal, perdendo a qualidade de deputado estadual, na ótica do precedente proferido na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, a persecução penal deve ser encaminhada a primeira instância. Assim, surge a situação em que juiz de primeiro grau realiza o processamento de persecução penal envolvendo deputado federal.

Ainda sobre a tese fixada na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 no âmbito do STF, convém destacar o constrangimento envolvendo contextos criminais e os membros do Poder Judiciário. Caso Desembargador cometa crime não relacionado com a funções jurisdicionais desempenhadas, a persecução penal, em

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/DF, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018). Disponível em: < <https://bit.ly/3Ix0SaC> >. Acesso em: 24.02.2023.

tese, deveria ser processada por juiz de primeiro grau, o qual lhe é sujeito administrativamente. O magistrado em primeira instância observa, por exemplo, determinações da Corregedoria regional exercida por Desembargador. Há um natural embaraço no exercício da jurisdição criminal envolvendo pessoa que eventualmente lhe exerce atividades correcionais. Na mesma ótica, procede-se em relação aos membros do Ministério Público que também se sujeitam a um sistema de hierarquia administrativa.

Nada obstante, a partir de 2022, a tese restritiva da prerrogativa de foro consagrada na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 sofre flexibilização. O STF, em Sessão Virtual do Plenário de 25 de março a 1ª de abril de 2022, no âmbito da Questão de Ordem no Inquérito nº 4.342 em caso envolvendo Senadora da República que posteriormente se tornou Deputada Federal, fixou tese da manutenção de sua competência criminal originária nos casos de “mandatos cruzados” exclusivamente de parlamentar federal, ou seja, quando investido em mandato em casa legislativa diversa daquela que deu causa à fixação da competência originária, sem solução de continuidade²⁷.

Em suma, trata-se de pessoa envolvida em suposto contexto delitivo no exercício de mandato de Senadora da República que durante a tramitação da persecução penal se tornou Deputada Federal. Se fosse observada a tese fixada na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, o STF deveria declinar de sua competência em favor de Juízo de primeira instância. A partir do julgado na Questão de Ordem no Inquérito nº 4.342, a competência penal originária do STF para processar e julgar parlamentares alcança a congressista federal no exercício de mandato na Câmara dos Deputados, casa parlamentar diversa daquela em que consumada a hipotética conduta delitiva, Senado da República, observando a continuidade entre mandatos. A título ilustrativo, a questão é julgada e esclarecida em decisão proferida pelo Juízo Federal Criminal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão em caso envolvendo parlamentar estadual sucessivamente reeleito:

27 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito nº 4.342/PR, Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 04/04/2022 Publicação: 13/06/2022. Disponível em: <<https://bit.ly/47xdsSK>>. Acesso em: 25.11.2023

Com o oferecimento de denúncia, considerando o contexto em apuração envolver, em tese, a suposta participação em esquema dito delitivo, eventualmente ocorrido em 2011 a 2013, de Deputado Estadual do Maranhão, sucessivamente reeleito aos mandatos 2014/2018 e 2019/2022 e observando especialmente os seguintes precedentes: STF, Questão de Ordem na Ação Penal 937; Plenário; Relator: Min. Roberto Barroso; j. 03.05.18 bem como STJ, AgRg na APn 866-DF; Corte Especial; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; por unanimidade; j. em 20.06.2018, este Juízo compreendeu em decisão: Sufrágios distintos; circunstâncias distintas. A reeleição não deve ensejar prorrogação do foro por prerrogativa de função, a qual objetiva a proteção jurídica do exercício legítimo do cargo público em favor do interesse da sociedade. Cada legislatura detém unidade suficiente a justificar a análise autônoma da contemporaneidade dos fatos ditos delitivos em cotejo ao exercício do atual mandato. [...] Apesar de toda a tramitação da presente ação penal, este Juízo não pode desconsiderar o novo entendimento proferido pelo Plenário do STF, em sede do Inq nº 4342 QO/PR, Relator Ministro Edson Fachin, julgado finalizado em 01.04.2022 - Informativo 1049: A competência penal originária do STF para processar e julgar parlamentares (1) alcança os congressistas federais no exercício de mandato em casa parlamentar diversa daquela em que consumada a hipotética conduta delitiva, desde que não haja solução de continuidade. Uma vez presentes as balizas estabelecidas no julgamento da AP 937 QO (2), o foro por prerrogativa de função alcança os casos denominados “mandatos cruzados” de parlamentar federal, quando não houver interrupção ou término do mandato. O contexto em apuração envolve, em tese, a suposta participação em esquema dito delitivo, eventualmente ocorrido em 2011 a 2013, de Deputado Estadual do Maranhão sucessivamente reeleito aos mandatos 2014/2018 e 2019/2022. Considerando o êxito em sufrágios eleitorais sucessivos do parlamentar, não houve, por claro, solução de continuidade no exercício de seu mandato eletivo, fazendo, a partir do novo entendimento do STF e em ressalva do entendimento deste Juízo, necessário observar a prerrogativa de foro do aludido réu. Pelo exposto, acolhendo pleito defensivo, em atenção a manifestação ministerial e compreendendo a aplicabilidade da tese fixada no “Inq nº 4342 QO/PR, STF, Plenário, j. 01.04.2022, Informativo nº 1049/2022”, DECLINO a competência deste Juízo Federal em favor do Órgão ju-

dicial competente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para processamento e julgamento da presente ação penal (art. 109, CPP c/c art. art. 27 §1º, CF/88)²⁸

A fixação da competência criminal demanda melhor sistematização legislativa, garantindo segurança jurídica às persecuções penais. A tese restritiva do foro por prerrogativa de função sofreu confusa flexibilização, dificultando a tramitação judicial das investigações e ações penais. O fato é que a legislação processual penal carece de atualização.

3.2 Regularidade e legalidade

O acordo colaborativo de colaboração premiada realizado, por claro, em dinâmica processual penal merece ser analisado em ótica interdisciplinar, verificando os ditames civilistas do negócio jurídico. Na conhecida concepção de Pontes de Miranda, majoritariamente adotada pela literatura jurídica brasileira, apresenta-se os planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Por outro lado, a legislação de processo civil de 2015 inova ao fixar cláusula geral do denominado negócio jurídico processual, viabilizando às partes “convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, sujeito a controle judicial, na forma do art. 190, caput e parágrafo único CPC/2015.

A colaboração premiada, rememore-se, constitui instrumento consensual e excepcional de investigação, que reflete tanto “meio de obtenção de prova” como “negócio jurídico-processual”. Assim, o instituto jurídico em si é alicerçado essencialmente em negócio jurídico processual personalíssimo²⁹ na perspectiva de manifestação de vontade qualificada a produção de elementos informativos a hipótese investigativa/acusatória, vislumbrando questões de natureza material:

28 BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Maranhão. Ação Penal nº 1010880-60.2019.4.01.3700. Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto Luiz Régis Bomfim Filho em 27.05.2022. Disponível em: <https://bit.ly/40WW86T>. Acesso em: 25.11.2023.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 127.483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016. Disponível em <<https://bit.ly/2UtZLPU>>. Acesso em: 20.03.2020.

a liberdade e o patrimônio de colaborador e possíveis delatados. Considerando tal estruturação civil com efeitos penais do acordo colaborativo contextualizado no processo penal, faz-se adequado observar os pressupostos do negócio jurídico clássicos do Direito civil contratual, sob a concepção de negociação processual.

Nesta ótica, verifica-se, em juízo de homologação do procedimento colaborativo, os requisitos da regularidade e legalidade, na forma do art. 4º, §7º, “I”, Lei nº 12.850/2013. Apesar das expressões um tanto abrangentes “regularidade e legalidade” previstas no dispositivo legal, residem nestes requisitos o momento adequado ao magistrado homologador exercer um juízo aproximado da ótica civilista sobre os planos de existência e validade do negócio jurídico colaborativo, ora assim considerado. Ressalva-se que a verificação de eficácia melhor compete, em tese, ao juiz sentenciante, após instrução e julgamento, viabilizando a possível aplicação dos benefícios pactuados, na forma do art. 4º, §11, Lei nº 12.850/2013.

Desta feita, em síntese, no juízo sobre regularidade e legalidade do acordo de colaboração premiada, deve-se verificar: **Partes:** a capacidade do pretendo colaborador e a legitimidade das autoridades persecutórias celebrantes. “O juiz (ou o órgão judicial) não é agente do negócio porque dele não emana manifestação de vontade constitutivo do negócio”³⁰; **Objeto:** a licitude, a possibilidade e a determinabilidade do que se pretende revelar dentro de contexto investigativo/acusatório, apontando elementos de corroboração, ainda que indiciários. **Forma:** instrumento escrito com os elementos previstos no art. 6º, Lei nº 12.850/2013, não ofendendo a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, na forma do art. 17, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Vontade:** consentimento sem vícios e sob orientação técnica, declarando a pretensão de figurar na qualidade de colaborador em todo procedimento de colaboração premiada.

Fixadas a balizas ao juízo de regularidade e legalidade do acordo de colaboração premiada, passa-se à análise da adequação premial.

30 YARSHELL, Flávio Luiz. A colaboração premiada vista por um processualista civil. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Democracia e Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 225

3.3 Adequação premial

Na prática do instituto da colaboração premiada no Brasil, é possível verificar a pactuação de benefícios diversos e atípicos, conforme a voluntariedade das partes, ora de forma mais persecutória, ora de forma mais defensiva. Aparentemente, os órgãos persecutórios celebrante em conjunto às defesas técnicas dos pretensos colaboradores atuam em ampla discricionariedade na fixação de benefício criminais colaborativos, o que não se adequa propriamente a uma estrutura de formação do convencimento acusatório em atenção ao dogma da obrigatoriedade da ação penal.

No Brasil, registre-se, o órgão ministerial não tem detém a livre escolha de oferecer ou não peça acusatória, devendo se sujeitar a regras legalmente pré-estabelecidas, por claro. No entanto, na colaboração premiada, questiona-se o alcance da legalidade criminal estrita diante de eventual discricionariedade do órgão celebrante e do pretense colaborador na fixação de benefício criminais diante da dinâmica investigativa/acusatória. A título ilustrativo, em acordo de colaboração premiada firmado no âmbito dos Inquérito nº 4.215/DF e Inquérito nº 3.985/DF homologado pelo STF na Petição nº 6.138/DF, o MPF se comprometeu a benefício criminal que reflete em tratamento persecutório diverso aos familiares do colaborador, *in verbis*:

Parágrafo 4º. DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS FAMILIARES

b) O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL compromete-se a não oferecer denúncia nem de nenhum modo, ainda que por aditamento ou rerratificação, propor ação penal por fatos contidos no escopo deste acordo em desfavor de qualquer familiar do COLABORADOR que, apresentado por ele ao MINISTÉRIO PÚBLICO Anexo V e apresente anexos assinados em até contados da data da respectiva celebração.

d) A punibilidade de qualquer familiar do COLABORADOR que subscrever o Anexo V por quaisquer crimes que estejam descritos em quaisquer anexos do presente acordo, incluindo quaisquer anexos acessórios, e lhe possam ser imputados ficará suspensa pela duração do acordo e extinta com a respectiva expiração.³¹

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 6.138/DF. Relator Min. Edson Fachin. Disponível em < <https://bit.ly/3TAfTzN> >. Acesso em: 21.12.2023.

A fixação dos prêmios na prática colaborativa consubstancia situações tormentosas, havendo o debate acerca da possibilidade de fixação de benefícios não previstos em lei. A pactuação colaborativa fora do trilho da lei enseja diversos percalços ao devido processo colaborativo sob a ótica constitucional e convencional. Assim, a partir da Lei nº 13.964/2019, a “adequação premial” passa a configurar um dos requisitos a homologação judicial do acordo de colaboração premiada, na forma do art. 4º, §7º, “II”, Lei nº 12.850/2013.

Em juízo de homologação, isto é, antes mesmo de atos efetivamente colaborativos, o magistrado deve verificar se a pactuação firmou benefícios previstos em lei. Em tese, não há espaço para inovação, especialmente, em razão dos bens jurídicos que envolve a persecução penal complexa subjacente ao pretense acordo de colaboração premiada. É previsto na Lei nº 12.850/2013 os seguintes prêmios de acordo com o momento colaborativo: antes da prolação da sentença, as partes podem pactuar (1) perdão judicial; (2) redução de pena privativa de liberdade em até dois terços; (3) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; (4) abstenção de oferecimento de denúncia bem como, após a prolação de sentença, cabe (5) redução de pena em até metade e (6) progressão de regime ainda que ausente os requisitos objetivos. A formação do consenso colaborativo, por claro, deve se sujeitar a legalidade premial. Assertiva que precisa ser reiterada e acolhida pelos integrantes do Sistema de Justiça.

Consagra-se a previsibilidade legal dos benefícios possivelmente pactuados no âmbito da colaboração premiada. Deve, assim, o magistrado, em juízo de homologação, verificar a adequação premial em atenção ao critério de regime inicial de cumprimento de pena previsto no Código Penal e na Lei de Execução Penal, sendo nulas as cláusulas que eventualmente afrontem tais regulamentos legais, na forma do art. 4º, §7º, “II”, Lei nº 12.850/2013. Vigora-se “uma proibição de combinação dos esquemas processuais desenhados na lei que, na prática, redunde na criação jurisprudencial de soluções que não se ajustem aos modelos procedimentos cunhados legalmente”³².

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. Ano 25, p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 155.

3.4 Manifestação de vontade

No contexto colaborativo, é de se destacar que a defesa adota formato diverso do que se costuma observar no processo penal clássico. Realiza-se debates e tratativas mais próximas da tradição processual civil. Por conseguinte, atento ao seu caráter excepcional de obtenção probatória, a colaboração premiada é operacionalizada por negócio jurídico bilateral.

Especialmente na ótica da pessoa sujeita a persecução penal, reside grande relevância a verificação da “voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares”, nos termos do art. 4º, §7º “IV”, Lei 12.850/2013. As razões do arrependimento do pretense colaborador não são relevantes ao procedimento em colaboração premiada, mas, sim, sua livre intenção colaborativa sem coações ou oscilações cognitivas. O pretense colaborador, sob a devida orientação técnica, deve ter a exata percuciência da repercussão da pactuação do acordo, inclusive, por claro, se configura vantagem a premiação pactuada diante das responsabilidades colaborativas.

Propugna-se atenção ao colaborador que está ou esteve sujeito a medidas cautelares, emergindo maior preocupação, por claro, os casos de prisão preventiva. Figurar como preso preventivo não é impedimento ao procedimento colaborativo, porém demanda atenção especial ao juízo homologatório. Isto posto, a privação cautelar de liberdade jamais pode constituir subterfúgio a pactuação colaborativa. Por conseguinte, o magistrado precisa analisar em acurada percuciência as condições de aceitação do acordo por pessoa sujeita a restrições cautelares, sem prejuízo de reconhecer que a tutela cautelar penal não deve sofrer ingerência do processo colaborativo. Nesta linha, em suposta condição estabelecida à formação do consenso, “descabe nos pactos de colaboração premiada, fixar cláusulas revocatórias da prisão cautelar (preventiva ou temporária) ou substitutivas por outras mais brandas”³³.

Constatando a ausência dos requisitos legais, em especial a voluntariedade do pretense colaborador, deve o magistrado proferir juízo negativo de homo-

33 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) premiada. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2020, p. 205.

logação. Se compreender pela possibilidade de adequações para promover conformidade legal, o magistrado deve conceder prazo com a conseguinte remessa processual para que os pactuantes realizem as retificações eventualmente necessárias. Não deve realizar ajustes de sua própria iniciativa, evitando excessos sobre a valoração das cláusulas pactuadas, na forma do art. 4º, §8º, Lei nº 12.850/2013. Caso os pactuantes discordem da decisão judicial negativa, plausível possibilitar a interposição de recurso em sentido estrito, em aplicação analógica do art. 581, “XXV”, CPP.

Por fim, não é possível estipular cláusula de renúncia ao direito de impugnar a decisão de homologação. Em primeiro momento, não parece fazer sentido firmar acordo de colaboração premiada e, logo após, impugnar homologação jurisdicional. Porém, cogitando eventual coação não constatada em momento homologatório, fica facultado ao dito colaborador insurgir-se em momento que lhe pareça mais favorável, observando, por claro, boa-fé material e processual. Por conseguinte, a cláusula de renúncia impugnatória é nula de pleno direito, na forma do art. 7º-B, Lei 12.850/13. Relembrando que não há impedimento para colaborador desistir da desistência na colaboração. O importante mesmo é livre voluntariedade e a credibilidade objetiva das revelações colaborativas.

4. O CORRÉU COLABORADOR E A AMPLA DEFESA DO DELATADO

No procedimento colaborativo, é de grande relevância que as revelações do colaborador sejam sujeitas ao contraditório jurisdicional em momento processual adequado. Homologado o acordo de colaboração e judicializada a ação penal, vem à tona a publicidade das revelações colaborativas, surgindo, assim, a figura do delatado, além, é claro, do corréu colaborador. Os benefícios criminais pactuados pelo colaborador dependem da eficiência de suas revelações à hipótese acusatória. O embate entre colaborador e delatado é natural, por claro. Por conseguinte, a defesa técnica do delatado detém o direito de confrontação ao procedimento colaborativo como um todo, por claro, em sede de ação penal, devendo, em todas as fases do processo, “garantir ao réu delatado a oportuni-

de de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou”, nos termos do art. 4º, §10-A, Lei nº 12.850/13. Em razão da carga acusatória originada da participação processual do acusado colaborador, torna-se imperativo assegurar ao delatado o confronto de cada manifestação do colaborador que influa na sua situação processual.

Surge, assim, a disposição normativa sobre o “direito do deletado de se manifestar por último”, originada, especialmente, dos debates jurisprudenciais no âmbito do STF. Em agravo regimental no Habeas Corpus nº 157.627, a Segunda Turma do STF fixou que os memoriais escritos de réus colaboradores, com nítida carga acusatória, deverão preceder aos dos réus delatados, sob pena de nulidade do julgamento. Exegese imediata dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, “LV”, CF/88) que prescindem da previsão expressa de regras infraconstitucionais³⁴.

No HC nº 166.373/PR, perante o qual se analisou a respeito à garantia do contraditório e da ampla defesa diante da concessão de prazo comum a agentes colaboradores e corréus por estes delatados, a maioria dos Ministros em Plenário do STF reconheceu que “o interesse processual do delator é absolutamente oposto ao do delatado, uma vez que o delator não tem mais interesse em se defender, pois, ao fazer o acordo, assume a sua culpabilidade com diminuição da pena ou até mesmo ausência total de pena em troca das informações prestadas”³⁵. Sobre o tema, convém registrar precedente proferido pelo Juízo Federal da 1ª Vara Criminal do Maranhão. No caso, foi determinada a oitiva de correu colaborador antes das testemunhas comuns arroladas tanto pela acusação como pela defesa, isto é, na qualidade de primeiro ato de instrução. Destaca-se a decisão:

Nesta ação penal, no entanto, o pleito ministerial detém contornos peculiares aos casos apreciados pelo STF, na perspectiva da ordem de oitiva em instrução probatória e na

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 157627/AgR/PR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27.08.2019, DJe-059 Divulg 16-03-2020 Public 17-03-2020. Disponível em: <https://bit.ly/3a5Lkbz>. Acesso em: 20 mar. 2020.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 166373/PR, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2.10.2019, Informativo semanal nº 954 - Título: Delatado e direito de falar por último – 2. Disponível em: <https://bit.ly/2J0SqlJ>. Acesso em: 20 mar. 2020.

figuração de testemunhas comuns à acusação e às defesas. O fato é que não se pode negar que o depoimento colaborativo necessariamente possuirá natureza acusatória, devendo, por claro, sujeitar-se a confrontação dos demais réus. Não se pode também desconsiderar que, em regra, os depoimentos ditos acusatórios devem ser colhidos antes de testemunhos defensivos, viabilizando a produção de contraprova pelos demais réus. Salienta-se, ainda, que, não obstante diversas e consistentes críticas, o artigo 4º, §14º, Lei 12.850/13 persiste em vigor, alicerçando a renúncia do direito ao silêncio e a sujeição ao compromisso de dizer a verdade pelo colaborador, se assim desejar manter-se nesta condição e eventualmente auferir benefício pactuado. Em suma, o correu colaborador consensualmente rejeita sua natural posição de insurgência à hipótese acusatória em prol do prêmio previamente estabelecido e jurisdicionalmente homologado. A antecipação da oitiva colaborativa não reflete, por conseguinte, prejuízo às demais defesas, ao revés, enseja melhor cognição de toda prova acusatória. Desta feita, observando as peculiaridades do caso concreto e em atenção aos percalços procedimentais do instituto, evitando, assim, eventuais nulidades, hei por bem proceder com a oitiva do colaborador como primeiro ato instrutório, promovendo, assim, maior eficácia às garantias constitucionais e convencionais do contraditório e da ampla defesa, sem ensejar prejuízo às defesas técnicas desta ação penal.³⁶

Apesar da inovação procedimental, a dinâmica promovida pelo Juízo Federal da 1ª Vara Criminal do Maranhão oferece maior tranquilidade às defesas, à acusação e ao próprio magistrado sentenciante. Realizando a oitiva sob o contraditório judicial do colaborador, todos passam deter melhor ciência das revelações colaborativas, possibilitando a preparação acusatória e defensiva às fases seguintes de instrução. Permite ao magistrado uma cognição mais percuciência no âmbito da ação penal em atenção ao necessário juízo de corroboração e valoração

36 BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Maranhão. Ação Penal nº 1001831-29.2018.4.01.3700. Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto Luiz Régis Bomfim Filho em 28.10.2019. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 1ª Região/MA - eDJF1 - Ano XI, Caderno Judicial n. 209. Disponibilizado em 06 de novembro de 2019. Disponível em <<https://bit.ly/2Vs7eQf>> e em <<https://bit.ly/2WO42k2>>. Acessos em: 30.07.2020.

eficientista da colaboração. No entanto, reitera-se, ao correu colaborador persiste a lograr direitos e garantias fundamentais de pessoa sujeita a ação penal. A oscilação entre o dever de colaborar, revelar informações o direito a silenciar, de não se autocriminar, geram dúvidas procedimentais pertinentes.

De toda forma, considerando a atuação do colaborador em favor da hipótese acusatória, objetivando premiação criminal, faz-se imperiosa a atenção aos direitos e garantias dos delatados, “inclusive como medida de verificação da veracidade (ou falsidade) da colaboração e atribuição de credibilidade ao seu conteúdo, se verídico for”³⁷. É, assim, necessária a manifestação do delatado após o colaborador, oportunizando a insurgência defensiva de forma ampla e substancial. Registre-se que, independentemente do benefício eventualmente auferido, o colaborador “poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial”, na forma do art. 4º, §12, Lei nº 12.850/2013.

A tutela defensiva dos delatados sinaliza o devido processo colaborativo, contribuindo à adequação constitucional e convencional da colaboração premiada. A balança entre retórica eficientista e direitos fundamentais movimenta-se ao equilíbrio diante da atenção substancial aos possíveis prejudicados das revelações colaborativas, sem prejuízo do processo penal efetivo.

5. A VALORAÇÃO EFICIENTISTA E A APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PACTUADOS

As revelações colaborativas são sujeitas ao crivo judicial e precisam contribuir a possível veracidade dos fatos ditos delitivos, objeto de persecução penal. Trata-se da denominada valoração eficientista, visando a eventual aplicação dos benefícios pactuados. Por claro, o momento não se confunde com a fase de homologação judicial em cognição superficial para aferir adequação da proposta colaborativa. Assim, ora em sede de cognição exauriente de determinada ação

37 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques, op. cit., 2019, p. 110.

penal, após a instrução processual e oportunizadas as insurgências defensivas, o magistrado deve apreciar “os termos do acordo homologado e sua eficácia”, nos termos do art. 4º, §11º, Lei nº 12.850/2013.

Em momento sentenciante, há de se adotar critérios mais objetivos possíveis para aferir as revelações colaborativas em cotejo ao conjunto fático probatório produzido. Na etapa conclusiva do processo penal de conhecimento, “fará o magistrado a conferência entre as promessas do colaborador e seu cumprimento: uma a uma, fato a fato, as provas que prometeu e quais as realizou”³⁸. As eventuais razões da postura colaborativa margeiam seara psicológica que pouco auxilia a tomada de decisão judicial. Ocorre que a adequação dos resultados ao desenrolar do contexto dito delitivo precisa ser aferida de forma equilibrada sob fundamentos claros e sustentáveis.

Como cediço, a formação do convencimento judicial no processo penal realiza-se a partir da “prova produzida em contraditório judicial”, sendo vedada, em regra, a fundamentação baseada “exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”, na forma do art. 155, CPP. Em complemento, as declarações do colaborador não sustentam, por si, eventual sentença condenatória, na inteligência do art. 4º, §16, “III”, Lei nº 12.850/2013. Por oportuno, o art. 197, CPP propugna que a confissão não configura, por claro, prova absoluta, fazendo imperioso “confrontá-la com a demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância”.

Considerando que autoincriminação promovida pelo colaborador não é suficiente a sua própria condenação, deve o julgador proceder à análise do mérito da acusação e conseguinte dosimetria penal, se for caso, “antes de conceder os benefícios pactuados”, nos termos do art. 4º, §7º-A, Lei nº 12.850/2013. Por fim, são parâmetros a concessão do prêmio “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”, na forma do art. 4º, §1º, Lei nº 12.850/2013.

38 CORDEIRO, Nefi, op. cit., 2020, p. 100.

Postas as disposições legais, propugna-se a valoração eficientista em momento sentenciante sob os critérios: **coerência interna e corroboração externa**. Destaca-se que “o benefício premial é, sobretudo, um favor de resultado sobre aquilo que o colaborador se comprometeu a informar e as provas de corroboração que efetivamente trouxe aos autos”³⁹. Desta feita, em primeiro momento, analisa-se a consistência intrínseca das revelações colaborativas e, empós a existência de conjunto probatório independente que alicerce os atos colaborativos.

A coerência interna do colaborador reside tanto em particularidades de sua personalidade como na lógica da narrativa apresentada, especialmente. Apesar da subjetividade de se aferir a personalidade do colaborador, mormente seu papel no contexto dito delitivo, demonstra-se prudente conceber substancialmente o intento colaborativo. Não soa sensato figurar pactuação colaborativa em favor de pessoa sujeita a persecução penal que adota reiterado comportamento manipulador, que já sofreu rescisão de acordo anteriormente pactuado, que demonstra postura vingativa. Nada obstante, não há vedação expressa em figurar como colaborador pessoa em personalidade delicada, cabendo ao magistrado realizar a valoração eficientista, especialmente se a narrativa colaborativa sofre lacunas e inconsistências.

Afere-se, ainda, a consistência da narrativa do colaborador, inclusive em momentos diversos da persecução penal. Os depoimentos apresentados sem contradições, em linearidade capaz de transmitir segurança ao julgador. A ausência de uma sequência lógica na narrativa colaborativa pode dificultar ou impedir o prosseguimento da aferição de sua credibilidade externa, aspecto crucial ao devido processo colaborativo.

A análise da corroboração externa às revelações colaborativas consubstancia atividade judicial imprescindível, especialmente em razão da necessária preservação da presunção de inocência dos delatados. No devido processo colaborativo, não há certeza jurídica apta a condenação criminal sem elementos de corroboração independentes ao interesse premial. O colaborador representa pessoa sujeita a persecução penal cujo objetivo primordial reside no

39 GEBRAN NETO, João Pedro, op. cit., 2020, p. 26.

abrandamento punitivo. Naturalmente o interesse primário do colaborador situa em seu melhor posicionamento diante da persecução penal. O esclarecimento do contexto dito delitivo é meio ao colaborador aferir benefícios criminais, por claro.

De toda forma, apesar da exigência de externalidade, os elementos de corroboração não detêm requisitos especiais, sujeitando a dinâmica empírica do objeto da ação penal. É possível indícios e provas indiretas que contribuam a sustentação lógica da veracidade das revelações colaborativas. “Relevante é que os elementos de corroboração sejam idôneos aos efeitos de constituir verificação da credibilidade dos fatos revelados pelo colaborador, mais do que representar prova direta dos fatos declarados”⁴⁰. No entanto, “meras ilações lógicas ou regras da experiência não baseadas em dados concretos, são insuficientes para preencher a regra da corroboração”⁴¹. A convicção do colaborador eventualmente ensejadora de uma coerência na narrativa colaborativa não é suficiente a configuração de credibilidade apta aos benefícios criminais pactuados.

Desta feita, a valoração eficientista realizada no caso concreto pelo julgador demanda uma análise bifásica sob os critérios cumulativos: coerência interna e corroboração externa. A dinâmica de valoração judicial é necessária à concessão de benefícios e ao devido processo colaborativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O devido processo de colaboração premiada representa um trilhar às lacunas ainda persistentes na operacionalização do instituto. Não se pretende, por ora, esgotar as dúvidas, porém, ao longo deste trabalho, este trabalho apresenta a problemática, oferecendo sugestões procedimentais aos profissionais que aplicam empiricamente a colaboração premiada.

O aperfeiçoamento normativo da colaboração premiada a partir da Lei n.º 13.964/19 não representa ainda, infelizmente, regulação suficiente a segurança

40 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2016, p. 207.

41 MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração e a criminalidade organizada: A confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 351.

jurídica do instituto diante dos ditames constitucionais e convencionais do devido processo penal. No entanto, a literatura jurídica e a jurisprudência do Tribunais Superiores perquirem caminhos interessantes a evolução do instituto jurídico colaboração premiada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet nº 8.482 AgR/DF**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2021, DJe-188 Divulg 20.09.2021, Public 21.09.2021. Disponível em: <https://bit.ly/3EKuL11>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127.483/PR**, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016. Disponível em <<https://bit.ly/2UtZLPU>>. Acesso em: 20.03.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ADI nº 6.299/DF**, Relator(a): Min. Luiz Fux, decisão monocrática ad referendum proferida em 22.01.2020, DJe-019 Divulg 31-01-2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3dafr3d>>. Acesso em: 30.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.299/DF**, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 24.08.2023. Disponível em: < <https://bit.ly/47qSW68>>. Acesso em: 23.11.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/DF**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018). Disponível em: < <https://bit.ly/3Ix0SaC>>. Acesso em: 24.02.2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Inquérito nº 4.342/PR**, Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 04/04/2022 Publicação: 13/06/2022. Disponível em: <<https://bit.ly/47xds-SK>>. Acesso em: 25.11.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **HC 127.483/PR**, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016. Disponível em <<https://bit.ly/2UtZLPU>>. Acesso em: 20.03.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 6.138/DF**. Relator Min. Edson Fachin. Disponível em < <https://bit.ly/3TAfTzN> >. Acesso em: 21.12.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 157.627/AgR/PR**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27.08.2019, DJe-059 Divulg 16-03-2020 Public 17-03-2020. Disponível em: <https://bit.ly/3a5Lkbz>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 166.373/PR**, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2.10.2019, Informativo semanal nº 954 - Título: Delatado e direito de falar por último – 2. Disponível em: <https://bit.ly/2J0SqlJ>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Ministério Público Federal - 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção**. Orientação Conjunta nº 01 de 23.05.2018. Disponível em <<https://bit.ly/2vQ74Ju>>. Acesso em: 30.03.2020.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Maranhão. **Ação Penal nº 1001831-29.2018.4.01.3700**. Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto Luiz Régis Bomfim Filho em 28.10.2019. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 1ª Região/MA - eDJF1 - Ano XI, Caderno Judicial n. 209. Disponibilizado em 06 de novembro de 2019. Disponível em <<https://bit.ly/2Vs7eQf>> e em <<https://bit.ly/2WO42k2>>. Acessos em: 30.07.2020.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Maranhão. **Ação Penal nº 1010880-60.2019.4.01.3700**. Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto Luiz Régis Bomfim Filho em 27.05.2022. Disponível em: <https://bit.ly/40WW86T>. Acesso em: 25.11.2023.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CALLEGARI, André Luís. Como nascem e como morrem as colaborações premiadas. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://bit.ly/3EmZPWH>. Acesso em: 23.12.2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. Ano 25, p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 155.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

GEBRAN NETO, João Pedro. Reflexões sobre acordo de colaboração premiada. In: GEBRAN NETO, João Pedro (Org.). **Colaboração Premiada: perspectivas teóricas e práticas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed., São Paulo: Método, 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração e a criminalidade organizada: A confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 351.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2016, p. 207.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed., Florianópolis: EMais, 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. BERMUDEZ, André Luiz. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2. ed., Florianópolis: Emais, 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2020

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. A colaboração premiada vista por um processualista civil. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. **Democracia e Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2020

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZILLI, Marcos. Dever de colaboração e o nemo tenetur se detegere. In: Marco Aurélio Florêncio Filho; Fábio Ramazzini Bechara. (Org.). **Os Desafios das Ciências Criminais na Atualidade**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 454.

**DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS: ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**

***REPETITIVE CLAIMS RESOLUTION INCIDENT: EMPIRICAL
ANALYSIS FROM THE FEDERAL REGIONAL COURT OF
THE 5th REGION***

Recebido: 22/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Sergio Torres Teixeira

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Professor de Direito na UNICAP e na UFPE
Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região

Mateus Pereira de Carvalho Novais

Mestrando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco
Advogado Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio

RESUMO: Diante da novidade introduzida pelo CPC de 2015, o incidente de resolução de demandas repetitivas surge como uma técnica processual para a solução, com força de precedente obrigatório, de questões relativas às causas repetitivas. A presente pesquisa compreenderá, através de um método hipotético-dedutivo, o estudo sistematizado dos principais aspectos do incidente, dispondo, em um primeiro momento, a respeito das demandas repetitivas e suas principais nuances no Brasil, e, posteriormente, acerca dos requisitos de admissibilidade do IRDR. Ademais, consistirá da análise qualitativa realizada através de estudo de caso de alguns processos do incidente instaurados perante o TRF da 5ª Região, com o fito precípuo de observar como a referida Corte tem moldado suas estru-

turas para concebê-lo, comparando o que ocorreu na prática forense e o que a codificação processual preconiza.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Processo Civil. Análise Qualitativa. Estudo de Caso.

ABSTRACT: Given the novelty introduced by the Civil Procedure Code of 2015, the repetitive claims resolution incident appears as a procedural technique for the solution, with the power of obligatory precedent, of questions related to repetitive causes. This research will comprise, through a hypothetical-deductive method, the systematized study of the main aspects of the incident, disposing, at first, regarding the repetitive demands and its main nuances in Brazil, and, posteriorly, about its admissibility requirements. In addition, it will consist of a qualitative analysis carried out through a case study of some of the suits of the incident that were processed before the Federal Regional Court of the 5th Region, with the primary purpose of observing how the said Court has molded its structures to conceive it, in a comparative appreciation between what has occurred in forensic practice and what the procedural codification advocates.

Keywords: Repetitive Claims Resolution Incident. Civil Procedure. Qualitative Analysis. Case Study.

INTRODUÇÃO

Grande parte das ações que chegam ao Poder Judiciário diz respeito a causas repetitivas. São ações entre sujeitos totalmente ou parcialmente diversos, mas que abrangem uma mesma questão de direito a ser enfrentada.

Diante de um Judiciário sobrecarregado e da necessidade de sedimentação jurisprudencial, em decorrência de decisões díspares proferidas para situações jurídicas idênticas, o Código de Processo Civil traz novas alternativas para o tratamento das demandas de massa.

Com vistas a que todos os casos similares sejam decididos do mesmo modo, o CPC introduz no ordenamento jurídico o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), o qual se presta a incentivar uma discussão mais ampla de uma determinada questão repetitiva.

O IRDR teve sua origem inspirada no direito alemão, mais especificamente no *Musterverfahren*, que se pode traduzir por “procedimento-modelo”. O legislador do Código de Processo Civil de 2015 se preocupou em dar solução às demandas em massa que corriam risco de controvérsias em seus julgamentos e que versavam sobre a mesma questão de direito, com perigo de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

É imprescindível dissertar brevemente acerca das demandas repetitivas e suas repercussões no direito brasileiro. É nesse sentido também que surge a necessidade do estudo sistematizado dos requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, trazendo seus principais aspectos.

Nada obstante, além dos aspectos doutrinários, é fundamental a demonstração de como o novo instrumento tem se desenvolvido na prática. Para tanto, uma análise qualitativa realizada através do estudo dos IRDRs que tramitaram perante o Tribunal Regional Federal da 5ª demonstra ser um meio promissor a ilustrar, de forma comparativa, o que a codificação prescreve e como nossos tribunais têm manejado o incidente.

A partir dos resultados obtidos através da análise qualitativa realizada, será possível constatar a efetividade do uso do incidente de resolução de demandas

repetitivas, o qual traz em seu bojo tamanha responsabilidade no que diz respeito à busca da celeridade, da isonomia e da segurança jurídica, o que tem reflexo direto em uma melhor prestação jurisdicional.

O presente artigo pretende realizar uma abordagem qualitativa com relação a alguns dos incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, empregando-se, para tanto, de forma descritiva, uma metodologia hipotético-dedutiva, através de um estudo bibliográfico, documental e de caso.

A pesquisa empírica tem como fito o de comparar o que a codificação processual civil preconiza com relação ao IRDR e o que tem ocorrido na prática, com o intuito de contribuir para um Judiciário mais eficaz.

1. DEMANDAS REPETITIVAS E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO BRASILEIRO

A nomenclatura “demandas repetitivas”, “demandas de massa” ou até mesmo “causas repetitivas” são termos jurídicos que dizem respeito a um conjunto significativo de ações judiciais, cujo objeto e razão de ajuizamento são comuns entre si.

São direitos individuais, dos quais é possível determinar seus titulares. Além disso, são passíveis de serem agrupados por terem características muito semelhantes ou, inclusive, idênticas. São, ainda, nas palavras de Arenhart “direitos individuais, mas pertencentes igualmente a uma massa de sujeitos”¹. Decorrem de um fato semelhante ou igual e, desta forma, são denominados como direitos individuais “homogêneos”.

Por serem considerados como individuais, os direitos de massa podem ser buscados de forma independente por cada interessado. Cada um deles poderá ajuizar ação própria, pela qual irá pleitear a tutela de seu direito. Em decorrência disso, essas ações tendem a se repetir incontáveis vezes no Judiciário, afinal, dizem respeito a inúmeros indivíduos que se encontram em situação jurídica idêntica e buscam, separadamente, seus direitos.

1 ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

As demandas repetitivas são tidas como uma anomalia² no nosso sistema jurídico, uma vez que uma mesma questão é analisada várias vezes pelo Judiciário, só tendo como diferença as partes da relação jurídica.

Em virtude de serem apreciadas diversas vezes por juízos diferentes, não é uma surpresa que decisões díspares são proferidas para casos considerados idênticos, “fazendo com que alguns sujeitos devam comportar-se de certo modo, enquanto outros estarão obrigados à conduta diversa diante da mesma situação”³.

Diante disso, é necessário saber que o estudo do direito processual se desenvolveu, à priori, a partir da análise de litígios individuais. Daí que, tradicionalmente, a legislação processual disciplina o processo considerando como única cada demanda, de forma a retratar um litígio específico entre duas pessoas.

Outrossim, com a influência da experiência norte-americana com as *class actions*, foram desenvolvidos estudos que revelaram a urgência de se tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa urgência surgiu paralelamente à produção e distribuição em série de bens, à prestação de serviços em massa e à identificação de situações jurídicas homogêneas, conduzindo à existência de uma litigância em massa e, conseqüentemente, à necessidade de um processo coletivo.

É o que acontece exatamente nos dias atuais na realidade brasileira: a massificação decorre, principalmente, da produção e distribuição de bens em larga escala, da maior acessibilidade a serviços, assim como da facilidade de acesso ao crédito⁴.

Havendo, então, uma grande dificuldade por parte dos fornecedores de manter a qualidade. Daí que, conseqüentemente, diante da insatisfação, os indivíduos ajuízam ações ao Poder Judiciário, fazendo aumentar, consideravelmente, a quantidade de ações tratando de questões idênticas.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 576.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 576.

4 MANDELI, Alexandre Grandi. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, v 13, n 93, p. 22, janeiro/fevereiro de 2015.

Guilherme Rizzo Amaral⁵ destaca que, além desses fatores supramencionados, outros também tiveram sua contribuição para a massificação das demandas no Brasil. Dentre eles, o aumento descontrolado do número de faculdades de direito, o assistencialismo da Justiça Gratuita e a falta de punição aos litigantes de má-fé. Assim como também, a insuficiência de juízes para analisar tantas ações adequadamente.

Mesmo com a utilização de um regime próprio para os processos coletivos, as demandas repetitivas ainda perduraram, multiplicando-se a cada dia. Isso implica dizer que as ações coletivas não conseguem resolver todos os casos. O que acontece é que os litígios são solucionados individualmente, diante dos milhares de processos que tratam sobre a mesma questão de direito.

Em sua dissertação de mestrado, Sofia Orberg Temer⁶ explana os motivos por que as ações coletivas não têm o alcance de abranger todas as situações repetitivas. A autora acaba por concluir que o regime jurídico do processo coletivo serve aos direitos individuais homogêneos, contudo, não serve para a tutela jurídica de direitos coletivos homogêneos e, muito menos, de questões processuais repetitivas.

As ações coletivas se mostram insuficientes porque as demandas repetitivas têm características próprias, afinal, elas não estabelecem congruência perfeita nem com as ações individuais, nem com as coletivas⁷.

Em decorrência disso, houve a necessidade de criação de uma técnica processual para a solução, com força de precedente obrigatório, de uma questão repetitiva, quer seja de direito material, quer seja de direito processual. Essa técnica chamada de “julgamento de casos repetitivos”, serve para solucionar uma questão repetitiva quando da discussão em diversos processos de situações jurídicas individuais homogêneas, de situações jurídicas coletivas homogêneas

5 AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. Revista de Processo. São Paulo, v. 196, p. 237-274, jun./2011.

6 TEMER, Sofia Orberg. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado apresentada e defendida na UERJ, 2015, p. 19-21.

7 ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau. Revista de Processo, São Paulo, v. 234, p. 181-207, ago/2014.

e questões processuais repetitivas, independentemente de os respectivos objetos litigiosos serem semelhantes.

Rigorosamente, portanto, não há necessidade de os “casos” serem repetitivos. O que importa é que as questões sejam repetitivas. Isso porque pode haver repetição de uma mesma questão processual em casos absolutamente heterogêneos⁸.

Daí a urgência de perceber que a repetição dos casos não necessariamente diz respeito ao número de demandas de certa ordem. Na verdade, o que deve haver, no caso, é uma efetiva repetição acerca de uma questão que fora ou é pertinente a processos dos quais houve decisões díspares entre si, as quais, em tese, deveriam ter a mesma solução.

Além disso, os casos não precisam ser homogêneos, afinal, são casos em que individualmente pode-se questionar aquela matéria específica que é pertinente ao que fora suscitado no IRDR e não obrigatoriamente todas as matérias dos processos que deram origem à suscitação do incidente.

Nesta continuidade, no que concerne às técnicas utilizadas para o julgamento de casos repetitivos, é válida uma breve discussão sobre outros mecanismos úteis à solução desses casos.

Neste sentido, em respeito à isonomia e à segurança jurídica, os casos repetitivos podem ser processados e julgados por meio de técnicas que confirmam a devida racionalidade à solução a ser dada a inúmeros processos.

Diante desse paradigma, a edição de súmula vinculante, o recurso especial, o recurso extraordinário e o recurso de revista repetitivos, assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas se transformam em instrumentos adequados a conferir uma solução mais rápida, econômica, isonômica e segura às questões repetitivas⁹. É o que prevê o artigo 332 do Código de Processo Civil de 2015.

Está mais do que entendido que tanto os recursos repetitivos como o IRDR têm o fito precípua de conferir tratamento prioritário, racional e adequado às questões repetitivas.

8 TEMER, Sofia Orberg. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado apresentada e defendida na UERJ, 2015, p. 43.

9 ZANFERDINI, Flávia; GOMES, Alexandre. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, v. 234, p. 191.

Não obstante a função de gerir e a de decidir, esses instrumentos também buscam e têm o condão de formar precedentes obrigatórios que, em tese, vinculariam o próprio tribunal e seus órgãos, assim como os juízos a ele subordinados.

É o que podemos extrair dos ensinamentos de Hermes Zaneti Jr.¹⁰. O referido autor afirma que o IRDR e os recursos repetitivos integram o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos e que pertencem ao microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios¹¹.

A necessidade de percepção de que em nosso ordenamento jurídico há um microssistema de natureza híbrida é de extrema importância, afinal, esses instrumentos são regidos por normas comuns, o que viabiliza a garantia de uma unidade e coerência, pois devem ser vistos em conjunto, no que tange tanto à gestão e julgamento quanto à formação de precedentes obrigatórios¹².

Ademais, o microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e a ampla publicidade¹³.

Em outros termos, é como se diante da análise realizada quando da suscitação do incidente de resolução de demandas repetitivas, além de analisar a questão sede do incidente, também haverá o julgamento do processo que deu origem ao IRDR (seja por recurso, seja por processo de origem do tribunal etc.), além de que, pela própria essência do incidente, é possível afirmar que há formação de precedente, o qual deverá ser seguido pelos demais tribunais e seus subordinados.

10 ZANETI JR., Hermes. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1334.

11 ZANETI JR., Hermes. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1336.

12 Neste sentido é o enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

13 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meio de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13ª edição. Editora JusPodivm, 2016, p. 592, v. 3.

2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Para ser instaurado o IRDR, é imprescindível que seus requisitos sejam totalmente preenchidos. O artigo 976 do CPC estabelece quais são os requisitos de admissibilidade do IRDR¹⁴.

O IRDR só será cabível, portanto, quando houver efetiva repetição de processos e risco à isonomia e à segurança jurídica, contendo controvérsias em processos repetitivos sobre a mesma questão unicamente de direito, havendo, para tanto, causa pendente no tribunal.

Saliente-se que esses requisitos, assim como o próprio artigo 976 do CPC indica, devem ser preenchidos de forma cumulativa, uma vez que havendo a ausência de qualquer um deles, implicará na inviabilidade da instauração do IRDR. Todavia, o não preenchimento de algum dos requisitos não impede que o incidente seja novamente suscitado, basta que se preencha o requisito faltante. É o que elucida o §3º do artigo 976 do Código de Processo Civil.

Diante do preenchimento dos requisitos positivos de admissibilidade do IRDR, não há como fugir do preenchimento negativo de admissibilidade presente no §4º do artigo 976¹⁵.

Ou seja, não será admitido o incidente quando o STJ ou o STF já tiver afetado recurso para a definição de tese jurídica a ser seguida e que se pretende analisar em sede de IRDR.

Outrossim, a efetiva repetição do processo não significa a existência de uma enorme quantidade de processos, mas sim uma repetição efetiva¹⁶. Em outros termos, os processos com efetiva repetição não devem necessariamente versar sobre

14 Art. 976. “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

15 “§4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.”

16 Neste sentido, o enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.”

um direito individual homogêneo. A verdade é que ainda que os casos sejam heterogêneos, será cabível IRDR para definir a questão que seja comum a inúmeros processos, quer sejam eles processos individuais, quer sejam eles processos coletivos.

Uma observação se faz pertinente quanto ao caráter da repetitividade. Não é qualquer repetitividade que dará ensejo ao IRDR. No caso de ações coletivas que versem sobre os mesmos direitos, tanto difusos como coletivos *stricto sensu*, *não geram margem ao cabimento do incidente, pois aqui é evidente que não é uma mera questão de direito, mas sim da mesma demanda repetida, o que causa, na verdade, litispendência, devendo ser estas ações coletivas reunidas para conjuntamente serem julgadas*¹⁷.

Em suma, o que se exige é a existência de prévia controvérsia sobre o assunto. A problemática se intensifica quando os processos que dão ensejo ao IRDR são, na verdade, já originários do tribunal. Daí que a hipótese de averiguar o risco de ofensa à isonomia e à segurança é diferente.

Neste caso, há um risco potencial bem maior do que nos casos em que os processos ainda se tornariam recursos, no sentido em que aqueles, os processos originários do tribunal, já estão no próprio tribunal, estando presente o risco potencial à isonomia e à segurança. Nada mais conveniente seria que o IRDR fosse utilizado com o propósito de uniformizar, estabilizar e integrar essa dicotomia¹⁸. É o entendimento do artigo 926 do Código de Processo Civil.

Ainda no que concerne aos requisitos de admissibilidade do IRDR, é preciso entender que para sua suscitação é imperioso que exista uma causa pendente no tribunal¹⁹. Isso significa que para ser instaurado o incidente, é fundamental que o caso esteja no tribunal, seja por meio de um recurso, de um processo originário, ou até mesmo pela remessa necessária²⁰.

17 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de demandas repetitivas e as ações coletivas. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 423-424.

18 CABRAL, Antônio do Passo. “Comentários ao art. 976”. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1422.

19 Neste sentido, o enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”

20 Nesse sentido, o enunciado 342 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se a recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária.”

Destacando-se que se aquela causa pendente no tribunal já tiver sido julgada, não poderá o interessado suscitar o IRDR, pois, reitere-se, que o caso deve estar pendente no tribunal, e não resolvido. O interessado terá, portanto, que propor o incidente em outra causa que ainda esteja pendente e, obviamente, que preencha os demais requisitos.

Por fim, quanto ao requisito negativo de admissibilidade do incidente supramencionado, não há grandes complicações. A ideia é que se um dos tribunais superiores, o STJ ou o STF, no âmbito de suas competências, já tiverem afetado, por exemplo, um recurso repetitivo sobre aquela matéria, não há o que se falar na instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas nos outros tribunais.

A conclusão é simples: há predileção do recurso repetitivo ao IRDR simplesmente porque uma vez julgado o recurso representativo da controvérsia (que poderia dar ensejo ao incidente), será fixada uma tese jurídica que será aplicada em âmbito nacional, o que, de certa forma, já abrangeria o tribunal que teria competência para instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas²¹.

Não menos engenhoso notar que se não é possível utilizar do incidente quando já afetado recurso representativo da questão controversa em tribunal superior, também não é possível quando o próprio tribunal superior já tiver fixado a tese no julgamento de um recurso paradigma em sede de procedimento repetitivo²².

Ademais, analogamente, não é possível se admitir o incidente em tribunal de justiça ou em tribunal regional federal uma vez que haja IRDR já

21 “... não é possível consentir com a coexistência de duas técnicas distintas de definição da questão jurídica, sob pena de possibilitar a formação de duas orientações antagônicas, o que seria um contrassenso. Faltará, na verdade, interesse de agir para a instauração do incidente posto que a insegurança jurídica, que é pressuposto do incidente, já estará na iminência de ser extirpada do sistema pela Corte superior” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.” *Novas tendências do processo civil*. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 287).

22 TEMER, Sofia Orberg. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado apresentada e defendida na UERJ, 2015, p. 89.

instaurado em algum tribunal superior sobre a mesma questão jurídica²³, pois, novamente, há a preferência pela uniformização do entendimento firmado pelo tribunal superior.

3. DA ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

A pesquisa que originou o presente artigo se deu por meio de uma análise quantitativa e qualitativa de todos os IRDRs que tramitaram no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tendo como recorte temporal a vigência do Código de Processo Civil de 2015 até o primeiro trimestre do ano de 2020.

Por vias de esclarecimento e compromisso ético com a pesquisa, este artigo compreenderá à parte qualitativa, a qual fora desenvolvida previamente para sua confecção. O que de forma alguma compromete os resultados do estudo, eis que são metodologias que funcionam muito bem em conjunto, mas cada uma tendo sua proposta.

Portanto, o que se segue doravante são os resultados oriundos do estudo empírico de teor qualitativo realizado a partir do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

3.1 Da metodologia e dos processos mais emblemáticos

É mister levar, em consideração, que a análise qualitativa tem como escopo o de obter dados voltados a compreender as atitudes, as motivações e comportamentos do objeto da pesquisa²⁴. Neste sentido, vários métodos podem ser utilizados para a coleta desses dados, quer sejam: questionários, entrevistas, pesquisas de opinião e também o estudo de caso, que foi o método aqui utilizado.

23 Nesse sentido: MEIRELES, Edilton. “Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro e suas repercussões no processo do trabalho”. *Novo CPC. Repercussões no processo do trabalho*. Carlos Henrique Bezerra Leite (org.). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 204.

24 YIN, Roberto K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 3ª Ed. Porto Alegre. Editora: Bookman. 2005, p. 212.

Nada obstante, houve vasta consulta à doutrina e à jurisprudência, porquanto fora e ainda sejam necessários incessantes estudos acerca da matéria que envolve o estudo alvo da presente pesquisa.

A análise consistiu do exame de partes específicas do processo do IRDR, tal como o recurso ou ação autônoma que deu origem ao incidente, o acórdão que o admitiu ou inadmitiu, as manifestações dos envolvidos e dos interessados no processo do incidente, a tese definida, assim como também os recursos interpostos etc., tendo como mais emblemáticos os processos de temas 3, 6 e 10, os quais, com propósitos didáticos, serão melhor desmembrados a seguir.

O tema 3 é pertinente ao processo de número 0804575-80.2016.4.05.0000, que trata de questão de Direito Processual Civil acerca do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e a natureza jurídica da intervenção da Caixa Econômica Federal no viés da Lei número 13.000/2014, de 18 de junho de 2014.

O processo de IRDR em questão fora encaminhado pelo Juiz Federal João Pereira de Andrade Filho da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, com o fito de obter a fixação de tese a respeito da influência da Lei 13.000/2014 acerca do entendimento firmado no Recurso Especial 1.091.393/SC.

Um detalhe extremamente importante é que no caso do tema 3 não havia causa pendente de julgamento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como preconiza o Código de Processo Civil ao dispor dos requisitos de admissibilidade do incidente.

A priori, duas observações importantes devem ser feitas: I) a primeira delas diz respeito a possibilidade de o juiz de primeiro grau propor a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas; II) a segunda observação se perfaz na possibilidade de o juiz poder ou não propor o incidente quando não há causa pendente no tribunal, quer seja, um recurso, remessa necessária ou uma ação originária.

A primeira observação é facilmente refutada ao passo que diante do artigo 977, inciso I, do Código de Processo Civil, o pedido de instauração do incidente

de resolução de demandas repetitivas poderá ser dirigido ao presidente do tribunal pelo juiz ou relator, por intermédio de ofício.

Isso é incontroverso diante das orientações emanadas pelo Código de Processo Civil. Deveras, o juiz teria, em tese, total legitimidade para propor a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A problemática toma forma quando se questiona se seria possível, diante da inexistência de causa pendente de julgamento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a legitimidade de o juiz propor o incidente.

Neste diapasão, duas correntes doutrinárias ganham força diante da questão. De um lado alguns autores defendem a legitimidade do juiz de propor o incidente sem que haja causa pendente de julgamento no tribunal, enquanto que do lado diverso, outros defendem que é imprescindível a existência de causa a ser julgada pelo tribunal.

Esta questão é extremamente importante de se compreender, porque foi um dos requisitos que mais gerou dúvidas tanto para o tribunal como para os jurisdicionados. Isto porque, sem dúvidas, há uma interpretação subjetiva quanto a este requisito em específico, que gerou incessáveis debates antes mesmo do Código de Processo Civil entrar em vigor e que perdura até os dias hodiernos.

Pela parte da doutrina que defende a instauração do incidente sem processo pendente de julgamento no tribunal estão, entre outros doutrinadores, Aluisio Mendes e Sofia Temer²⁵, Luiz Guilherme Marinoni²⁶ e Teresa Alvim Wambier²⁷.

Nesta continuidade, Humberto Theodoro Júnior²⁸ vem para resumir, de forma didática, seu pensamento e dos demais doutrinadores que defendem a desnecessidade de uma causa pendente de julgamento no âmbito do tribunal, conforme segue.

25 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord). Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. pp. 313-357.

26 MARINONI, Luiz Guilherme et. al. Novo Código de processo Civil Comentado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

27 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1551.

28 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 47. ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: editora Forense, 2016.

Para eles, o incidente de resolução de demandas repetitivas se trata de um procedimento incidental autônomo, tendo como fito o de obter simplesmente o julgamento abstrato de questões controvertidas de direito, ao passo que cria um procedimento-modelo, o que sem, contudo, repercutir diretamente no julgamento de uma causa propriamente dita.

Complementando, haveria o que se chama de cisão cognitiva: a tese jurídica é firmada pelo procedimento incidental e, depois disso, consequentemente, essa tese será aplicada às demandas repetitivas, por ocasião do julgamento da causa perante o juiz em que tramitar determinado processo²⁹.

Para eles ainda, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região poderia enfrentar o incidente de resolução de demandas repetitivas antes mesmo de que um recurso ou ação originária tenha provocado a competência para julgamento da causa em segundo grau de jurisdição. O processo que deu ensejo ao IRDR ficaria suspenso no juízo originário aguardando o pronunciamento do tribunal, cabendo a ele apenas fixar a tese e não julgar a causa.

É como se o Tribunal Regional Federal da 5ª Região só pudesse julgar a causa se esta já estivesse sob sua competência de julgamento, ou seja, pendente de julgamento em segundo grau. Todavia, mesmo não existindo causa pendente no tribunal, nada obstaría que a referida Corte pudesse fixar a tese, pois mesmo não existindo nenhum processo específico advindo daquele juízo de primeiro grau, é provável que outros recursos provenientes de outros juízos sobre aquela mesma questão repetitiva de direito estariam sob a sua competência e que não serviram para suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Neste sentido, foi firmado entendimento pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, através do Enunciado nº 22: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

29 Neste sentido, a tese fixada teria força vinculativa *erga omnes*, garantindo que ela fosse aplicada, uniformemente, a todos os litígios que envolvesse aquela mesma questão de direito controvertida em processos repetitivos.

No tocante a outra parte da doutrina, que defende a necessidade de haver um processo pendente de julgamento no âmbito do tribunal³⁰, estão Fred Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha³¹. O principal argumento para essa corrente doutrinária é que os Tribunais Regionais Federais podem sim criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem em sua jurisdição, no entanto, não cabe ao tribunal criar competências originárias. No máximo seria possível que houvesse a instauração do IRDR quando a sentença de primeiro grau estivesse sujeita necessariamente ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Já o tema 6 se trata do processo de número 0802886-98.2016.4.05.0000, que diz respeito à matéria de Direito Previdenciário acerca da renda mensal inicial, reajustes e revisões específicas na gratificação natalina, tendo como base a Constituição Federal de 1988.

O incidente fora suscitado através de petição dirigida diretamente ao TRF da 5ª Região, em decorrência de um processo que tramitava na 15ª Vara da Subseção Judiciária de Sousa no Estado da Paraíba, tratando, portanto, de processo proveniente de um Juizado Especial Federal. E além disso, assim como o processo pertinente ao tema 3 e 10, não havia recurso, remessa necessária e nem processo originário pendente de julgamento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A autora que, suscitou o incidente, fundamentou seu pedido alegando que existia reiteradas decisões díspares proferidas pelos magistrados sob a influência da incompetência da Justiça Federal que obstaculizava o acesso à Justiça de pensionistas e herdeiros de segurados falecidos no que concernia à habilitação de sucessores em processos de execução, confrontando aquelas decisões com as próprias jurisprudências do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, inclusive, as do Superior Tribunal de Justiça.

30 Neste sentido, os enunciados nº 342: “O incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se a recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária”; e nº 344: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”, do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis – FPPC.

31 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. reform. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 625.

Em outros termos, além de tentar demonstrar que havia decisões díspares sobre aquela mesma questão de direito naquelas Cortes, a autora tentou demonstrar também o preenchimento dos demais requisitos do artigo 976 do Código de Processo Civil.

Quanto ao juízo de admissibilidade, este fora realizado pelo Desembargador Federal e Relator Carlos Rebêlo Júnior, que votou pelo não cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado, pois não foi possível apurar a repetição efetiva daqueles processos em decorrência de decisões díspares.

Não sendo possível também visualizar o risco de violação da isonomia e da segurança jurídica diante dessas decisões discordantes no âmbito do TRF da 5ª Região.

Saliente-se, ainda, que o processo originário do Juizado Especial Federal se encontrava com recurso pendente de julgamento pela Turma Nacional de Uniformização. Ou seja, não havia causa pendente de julgamento pelo TRF5.

Desta forma, a consequência direta disso é que o Tribunal Regional Federal não pode admitir o incidente quando a multiplicidade se dá em razão de processos ainda pendentes de julgamento em primeiro grau³². Sendo que, mais uma vez, não havia sequer um recurso, remessa necessária ou ação originária pendente de julgamento naquela Corte.

Por fim, o tema 10 é o processo de número 0801882-26.2016.4.05.0000, que tramitou perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tratando de questões voltadas ao Direito Civil acerca dos fatos jurídicos, prescrição e decadência. Buscou-se, ainda, em sede de IRDR a fixação de tese a respeito da decadência do ato de revisão da forma de pagamento de horas extras pelo Departamento de Pessoal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) com relação a seus servidores.

32 Neste sentido, da simples leitura do parágrafo único do Artigo 978 do CPC, tem-se que o órgão competente para julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas “julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”. Em outros termos, não seria possível o Tribunal Regional Federal da 5ª Região admitir o IRDR suscitado, vez que ele não fora advindo de um processo que já tramitava naquela Corte, seja um recurso, seja um processo de competência originária do tribunal.

O incidente de resolução de demandas repetitivas fora suscitado em decorrência de ações movidas individualmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais pelo Senhor Benedito Brilhante da Fé e mais outras seiscentas e uma pessoas em face da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, com o fito de auferir o provimento de recursos por si interpostos na esfera da Turma Recursal do Rio Grande do Norte a da Turma Nacional de Uniformização, assim como ter reconhecida a decadência acerca do ato administrativo de revisão de suas horas extras.

Alegaram os autores que o ato revisor não poderia prosperar, uma vez que fora editado após o prazo decadencial de cinco anos contados da entrada em vigor da Lei nº 9.784/99 que em seu Artigo 54 estabelece para a Administração o referido prazo para que ela reveja seus atos. Em virtude de não terem seus pedidos acolhidos em primeira instância, interpuseram recursos inominados.

A Turma Recursal do Rio Grande do Norte, por sua vez, negou provimento aos recursos. Desta decisão, os autores interpuseram Pedidos de Uniformização, salvaguardando a divergência do acórdão da Turma Recursal com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria. Daí que um dos processos foi, sob forma de paradigma, remetido à Turma Nacional de Uniformização, decidindo esta pelo seu não reconhecimento, vez que não havia identidade fática e tampouco jurídica entre o caso e os supostos acórdãos divergentes, até porque nem sequer o STJ havia exarado seu posicionamento a respeito do tema.

Foi um processo oriundo de ações movidas individualmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais pelo Senhor Benedito Brilhante da Fé e mais outras seiscentas e uma pessoas em face da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Note-se que, conquanto orientação do CPC, não havia sequer um recurso, remessa necessária ou processo originário no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Em outros termos, não foi respeitado o disposto no parágrafo único do artigo 978 do CPC³³, que proclama a necessidade de um processo em trâmite perante o tribunal.

33 Neste sentido, artigo 978, parágrafo único do CPC: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Ademais, o Desembargador Federal e Relator Rubens de Mendonça Canuto, em seu voto em juízo de admissibilidade, deu enfoque à natureza jurídica do IRDR, diferenciando-o completamente de um recurso, pois, *in casu*, os autores dos processos supostamente repetitivos, tinham, por conjectura, a pretensão de verem as decisões de seus casos reformadas. Portanto, usar do incidente de resolução de demandas repetitivas não era a via correta para o caso.

Portanto, o referido incidente de resolução de demandas repetitivas restou inadmitido, primeiro porque não havia causa pendente de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, depois, porque depois de exaurirem todas as possibilidades de verem suas causas resolvidas, buscaram de forma equivocada o incidente para terem seus pedidos solucionados, como se o IRDR fosse algum tipo de recurso.

3.2. Do resultado geral da análise empírica a partir do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Diante do estudo de caso realizado acerca dos processos de IRDR que tramitaram perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, não seria menos que proveitoso, nesta oportunidade, apontar algumas críticas com o intuito de gerar o debate e, de forma direta ou indireta, contribuir para o processo de conhecimento.

Pode-se apontar, portanto, a urgente necessidade de que os nossos tribunais tenham de moldar suas estruturas para receber um instrumento tal como o incidente de resolução de demandas repetitivas, ao passo que, de fato, é um mecanismo novel, que ainda está em processo de amadurecimento e domínio.

Da análise qualitativa realizada a respeito desses processos, foi possível perceber que o maior empecilho enfrentado por todos, quer sejam, os jurisdicionados e o próprio TRF da 5ª Região, fora quanto ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por inúmeras vezes, as partes, os interessados e o próprio Ministério Público Federal trouxeram seus pareceres, seja para concordar com sua

admissibilidade ou discordar. Neste sentido, ainda, o fizeram, obviamente, em respeito ao contraditório que fomenta as discussões em processos de IRDR, mas também esse fato decorreu de que na maioria das vezes havia uma dúvida quanto ao cabimento ou não do incidente, vez que nem sempre fora possível visualizar os requisitos de forma clara.

Ademais, houve casos em que alguns incidentes não passaram pelo juízo de admissibilidade, daí sendo inadmitidos. Todavia, para incidentes semelhantes no que diz respeito ao trâmite processual houve casos em que ocorreu a mitigação desses requisitos, restando, portanto, admitidos. Em outros termos, sob o mesmo fundamento uns foram inadmitidos enquanto outros passaram pelo juízo de admissibilidade.

Um exemplo concreto disso é o que está contido nos temas 3, 6 e 10, sendo que apenas o tema 3 logrou êxito. Nos casos dos temas 6 e 10, o incidente de resolução de demandas repetitivas não prosperou simplesmente porque, além de serem provenientes de um Juizado Especial Federal, não havia processo em trâmite pendente de julgamento no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Diferentemente do que ocorrera no tema 3, pois, *in casu*, era proveniente de juiz de primeiro grau, mas também não havia nenhum processo pendente de julgamento no TRF da 5ª Região, assim se assemelhando nesse aspecto com os temas 6 e 10.

Neste sentido, trecho extraído da decisão que admitiu o tema 3, *in verbis*:

[...] No caso concreto, o incidente foi suscitado pelo Juiz de primeiro grau via ofício, em processo não sentenciado (Processo nº 0006259-48.2015.4.05.8200), invocando o art. 977, I, do CPC.

Diga-se: em que pese inexistir processo sob minha relatoria acerca da matéria controvertida, é notória a existência de inúmeros recursos sobre o tema em trâmite neste Tribunal. No *site* de consulta à Jurisprudência, constata-se que, em julho/2016, agosto/2016 e setembro/2016, foram julgados ao menos 10, 20 e 13 recursos acerca da controvérsia de mérito deste IRDR, demonstrando que já existe maturidade do debate no âmbito deste TRF5.

Como este incidente foi-me distribuído sem que haja sido selecionado um processo em trâmite no Tribunal, este órgão Plenário deve ser responsável apenas pela fixação da tese jurídica, a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua jurisdição (causa-modelo)³⁴.

Quanto ao tema 6, eis os principais argumentos para inadmiti-lo, *in verbis*:

Em que pese os argumentos lançados pela parte requerente, não se vislumbra situação autorizadora da instalação de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, à luz do referido dispositivo [...]

[...] Com efeito, o risco de violação da isonomia ou da segurança jurídica só se verifica quando a mesma questão jurídica estiver recebendo soluções distintas em nível recursal, não sendo suficiente para a admissão do Incidente a multiplicidade de processos ainda pendentes de julgamento em primeiro grau [...]

[...] Ademais, da leitura do parágrafo único do art. 978 da Lei Civil Adjetiva, tem-se que o órgão incumbido de julgar o IRDR “julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

A inteligência do referido dispositivo aponta para a imprescindibilidade de que a gênese do IRDR seja uma medida de competência do tribunal, não sendo possível instaurar-se o incidente quando não há nenhum recurso, fase processual ou ação sob a competência da respectiva Corte.

In casu, sendo o processo originário oriundo de Juizado Especial Federal, bem como a maioria das decisões paradigmáticas apresentadas, inexistente qualquer ligação do presente IRDR com eventual deliberação da competência deste Sodalício³⁵.

34 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0804575-80.2016.4.05.0000. Requerente: Juízo da 1ª Vara Federal da Paraíba. Requerido: Caixa Econômica Federal – CEF. Relator: Desembargador Federal Francisco Roberto Machado – Pleno, 19 de outubro de 2016. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pje/login.seam>. Acesso em: 20 de janeiro de 2024.

35 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0802886-98.2016.4.05.0000. Requerente: Maria Zeneide Gadelha de Oliveira. Requerido: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS. Relator: Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior – Pleno, 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pje/login.seam>. Acesso em: 20 de janeiro de 2024.

Não menos importante, eis os argumentos para inadmitir o processo de IRDR referente ao tema 10, *in verbis*:

[...] Não se está, aqui, a buscar a garantia de um julgamento uniforme a ser proferido nas ações ajuizadas em massa nos Juizados Especiais Federais ou, já em grau de recurso, na Turma Recursal do Rio Grande do Norte. Está-se a buscar, com o presente Incidente, a reversão de decisão já proferida pela Turma Recursal naquelas ações, posto que estaria divergente do entendimento do STJ.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, repiso, não aproveita a tal intento, eis que se trata de instituto de caráter preventivo, não podendo ser utilizado, a essa altura, para os fins pretendidos pelos autores, quando os autos já receberam julgamento, sofreram recursos em mais de um grau de jurisdição, não estando mais os feitos submetidos à jurisdição nesta 5ª Região³⁶.

O questionamento que fica é que se o Tribunal Regional Federal da 5ª Região acaba por admitir um incidente pelo qual não havia processo pendente de julgamento sob sua competência, por que não seria possível fazê-lo também no âmbito dos Juizados Especiais Federais que não tinham os referidos processos pendentes de julgamento?

Malgrado os temas seis e dez tivessem sido inadmitidos por outros motivos (com razão), mas também, inclusive, pelo fato de não ter processo pendente no TRF5, fica o questionamento acerca da mitigação deste requisito específico de admissibilidade para alguns casos, à exemplo do tema 3, devido à subjetividade de sua interpretação.

36 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0801882-26.2016.4.05.0000. Requerente: Manoel Luiz da Silva (e outros). Requerido: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto – Pleno, 16 de junho de 2016. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pje/login.seam>. Acesso em: 20 de janeiro de 2024.

Bastaria haver apenas a questão repetitiva seja em qualquer grau de jurisdição para que o tribunal pegasse para si a questão, julgasse, definisse a tese para que os demais a seguissem, agindo, como chama a doutrina, em uma verdadeira *cisão cognitiva*?

Ou será que deveria o TRF5 agir conforme os preceitos da codificação e acatar o que está estabelecido, no sentido de ser imprescindível que haja recurso, processo originário ou remessa necessária para que seja possível suscitar o incidente?

Essa aparente “simples” questão reverbera em muitas outras incontáveis questões, que não cabem nas limitadas páginas do presente artigo. A interpretação subjetiva acerca dos requisitos não deve ser adotada na prática forense. É imprescindível que nesses casos haja objetividade para se garantir a segurança jurídica.

É certo que a questão dos Juizados Especiais e suas espécies são de grande relevância para a doutrina, certamente quanto sua relação para com a aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas em seu âmbito, levando-se em consideração também a sistemática diferenciada daqueles.

Todavia, não seria menos oportuno destacar que, apesar da divergência doutrinária acerca da matéria, é defensável a aplicação da tese exarada em sede de IRDR nos Juizados, incidente este admitido e julgado por turmas recursais e órgão de uniformização. Destaque-se que, nesse caso, como é uma corrente minoritária da doutrina, na prática ainda há a preferência do julgamento por Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, com repercussão nos Juizados.

E é exatamente esta inconsistência que incomoda. Se há uma verdadeira predileção pelos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais para o julgamento de IRDRs, por que então as competências inerentes a cada um deles (inclusive aos Juizados) os impedem de julgar as matérias repetitivas independente de causas pendentes de julgamentos em seus âmbitos?

Bastaria então somente a efetiva repetição de processos que contivessem controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco eminente de ofensa à isonomia e à segurança, independentemente se naquele tribunal em questão existisse causa pendente ou não de julgamento. Afinal, bastaria tão somente resolver a questão repetitiva e os demais, como por exemplo o juízo de piso, simplesmente aplicassem a tese exarada.

Aliás, chega ser algo muito contraditório, porque se seguir esta lógica, mais prioridade ainda teriam os Tribunais Superiores, o que reverbera diretamente na envergadura do poder jurisdicional deles, uma vez que, por exemplo, o TRF age na região, enquanto os Tribunais Superiores agem no território nacional.

A tese exarada naquela Região ficaria adstrita a ela? Assim como no Tribunal de Justiça ficaria adstrita tão somente ao estado? São muitas outras questões que perfazem a realidade do manejo do incidente de resolução de demandas repetitivas, especialmente quando se afirmar que ele tem força de precedente.

Não há como negar a ocorrência de confusões, tais como as relatadas pelos processos trazidos nesta oportunidade, eis que ainda há muito a ser esclarecido e melhorado.

Afinal, a tese fixada no IRDR aplica-se aos processos dos Juizados Especiais, pela dicção do artigo 985, inciso I do CPC³⁷. Inclusive, mesmo não havendo previsão expressa no Código de Processo Civil, é evidente que os processos dos Juizados devem ser sobrestados quando da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme previsão do artigo 982, inciso I, do Código de Processo Civil.

Além disso, pode-se destacar também que as partes muitas vezes se valiam do mecanismo do incidente para ver suas causas julgadas novamente pelo

37 *In verbis*: “Art. 986. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou Região”

mesmo órgão. De fato, nesses casos, com razão de ser, os pedidos de instauração do incidente restaram inadmitidos/incabíveis, pois o IRDR não é recurso e muito menos é ou faz parecer ser uma ação rescisória.

Certamente que a discussão não se finda por aqui. Realmente é uma questão que merece mais atenção, inclusive até um estudo sistemático acerca das competências, com o fim de entender como aplicar um instrumento como o IRDR em todos os âmbitos, no que diz respeito, por exemplo, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Juizados Especiais etc.

Por derradeiro, realmente o preenchimento dos requisitos tem sido o maior dos empecilhos para conseguir admitir o IRDR. Neste sentido, levando-se em consideração o recorte temporal desta pesquisa, é possível perceber que quase todos os pedidos de instauração dos incidentes restaram inadmitidos/incabíveis. Isso implica questionar se realmente o TRF5 tem utilizado de forma eficiente o incidente ou se realmente há uma falta de uniformização quanto ao entendimento dos requisitos de admissibilidade.

Nos casos apresentados nesta oportunidade, especialmente quanto ao entendimento da necessidade ou não, de haver recursos, ações originárias ou remessas necessárias em trâmite nos tribunais como requisito para admissibilidade ou não do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pode-se concluir, portanto, que devido às falhas encontradas, a solução mais eficaz parece ser um melhor preparo por parte dos tribunais para conceber o incidente de resolução de demandas repetitivas, na busca paralela de compreender a real intenção do legislador, que pretendeu auferir, ao introduzir um instrumento tão importante no ordenamento jurídico, a celeridade, a isonomia e a segurança jurídica, todos com reflexo na melhor e mais eficaz prestação jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, entre outros, o incidente de resolução de demandas repetitivas. Diante da novidade, houve a superação do modelo coletivo de solução de conflitos e o surgimento de mecanismos capazes de verdadeiramente resolver as questões repetitivas.

Isso decorreu do fato de que mesmo com a utilização de um regime próprio para os processos coletivos, as demandas repetitivas ainda perduraram, multiplicando-se a cada dia. Portanto, as ações coletivas não estavam conseguindo resolver a grande quantidade de litígios.

Neste contexto, a importância de compreender um sistema híbrido que gera as demandas, julga e forma precedentes é inegável, especialmente considerando a necessidade de criação de uma técnica processual para, com força de precedente obrigatório, resolver as questões relativas às causas repetitivas.

Estudar um instrumento novel tal como o incidente de resolução de demandas repetitivas é imprescindível, porquanto a novidade trazida pelo CPC carece de melhor compreensão. Esse fato decorre da necessidade de que nossos tribunais têm de se moldar para conseguir comportar a sistemática inerente ao incidente e, também, da necessidade de compreender o verdadeiro intuito do legislador processual civil ao legislar acerca dele.

Nesta continuidade, fora indispensável a análise dos processos pertinentes ao IRDR que tramitaram na vigência do Código de Processo Civil de 2015 no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com o fito precípua de auferir o comportamento da referida Corte diante da novidade, comparando-se o que ocorrera na prática aos preceitos estabelecidos pela codificação.

Neste diapasão, da análise qualitativa realizada por meio de um estudo de caso desses processos foi possível concluir que a maior barreira a ser enfrentada por nossos tribunais e pelos jurisdicionados diz respeito ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade de todo e qualquer incidente de resolução de

demandas repetitivas, ou seja, aqueles contidos no artigo 976, do Código de Processo Civil.

Isso acontece porque a interpretação da intenção do legislador acerca dos requisitos para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas precisa ser melhorada. Afinal, diante da análise realizada, foi possível notar tamanha subjetividade dos fundamentos trazidos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, diante do pedido de instauração do incidente.

Pode-se dizer que à medida que a subjetividade toma conta do discurso jurídico, acaba-se por retirar a seriedade que o instituto do IRDR traz consigo, no sentido em que há a mitigação dos requisitos para admitir alguns casos e inadmitir outros sob o mesmo fundamento. Frise-se que esse fato não se dá necessariamente porque o aplicador do direito tem interesse na demanda. Pelo contrário, isso acontece porque, reitere-se, o entendimento acerca do incidente precisa ser melhorado.

Ademais, vale salientar que isso acontece também porque o instituto é prematuro, não sendo ainda possível dissertar a respeito dos seus efeitos a longo prazo. Por isso, a presente pesquisa teve como objetivo contribuir para o processo de conhecimento acerca da matéria, dando um passo à frente diante do desafio de compreender em todas as suas nuances um instrumento tão importante.

Ressalte-se que as discussões acerca da matéria não se findam por aqui. Pelo contrário, é com grande esperança que haja a continuidade do estudo sistemático sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, com intuito, mais uma vez, de contribuir para o processo de conhecimento.

Portanto, conclui-se que, malgrado o caminho que o incidente de resolução de demandas repetitivas necessita ainda percorrer para ser aperfeiçoado, é preciso enxergá-lo com bons olhos. A necessidade urgente da aperfeiçoamento do entendimento por parte dos tribunais para concebê-lo é realmente inegável, à proporção que o IRDR é um instrumento capaz de alcançar a melhor e a mais eficaz prestação jurisdicional, em respeito aos princípios da celeridade, da isonomia e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 196, jun./2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Lei, n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 10 de fev. 2024.

CABRAL, Antônio do Passo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Antônio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC**: a comparação entre a versão do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Novas tendências do processo civil. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Meio de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13ª edição. Editora JusPodivm, 2016, v. 3.

FÓRUM DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em: 15 de fev. 2024.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). Disponível em: <<https://www.fppc.com.br>> Acesso em: 15 de fev. 2024.

MANDELI, Alexandre Grandi. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v 13, n 93, janeiro/fevereiro de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme et. al. **Novo Código de processo Civil Comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro e suas repercussões no processo do trabalho. **Novo CPC. Repercussões no processo do trabalho**. Carlos Henrique Bezerra Leite (org.). São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord). **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PROCESSOS DE IRDR QUE TRAMITARAM PERANTE O TRF DA 5ª REGIÃO. Disponível em: <<https://pje.trf5.jus.br/pje/login.seam>> Acesso em: 20 de jan. 2024.

TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização**. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado apresentada e defendida na UERJ, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: editora Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et at. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. ed. **rev.atual. e ampl.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 234, ago/2014.

VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES E AO POSTULADO DO *IURA NOVIT CURIA* NOS §§ 10-C E 10-F, DO ART. 17, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

TRANSGRESSION OF THE CHECKS AND BALANCES AND THE PRINCIPLE OF IURA NOVIT CURIA IN PARAGRAPH 10-C AND 10-F, ARTICLE 17, OF THE MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE ACT. A COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Recebido: 04/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Matheus Lima Moreira de Oliveira

Advogado

Assistente Jurídico efetivo do Município de Campina Grande/PB

Pós-graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública

pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS)

RESUMO: O texto aborda a análise da Lei n. 8.429/92, com as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21, destacando (em tom crítico) a proibição de o julgador, no âmbito civil, modificar a capitulação legal na ação de improbidade administrativa. Contrapõe-se tal restrição ao modelo previsto no processo penal, que permite a *emendatio libelli*, possibilitando ao juízo criminal atribuir definição jurídica diversa, quando possível, pela descrição dos fatos. A diferenciação caminha em direção à inconstitucionalidade dos §§ 10-C e 10-F do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, por violação aos princípios do “*iura novit curia*” e da separação de poderes.

ABSTRACT: *The article deals the analysis of Law 8,429/92, with the amendments introduced by Law No. 14,230/21, highlighting the prohibition within civil jurisdiction for the judge to alter the legal classification in actions of administrative misconduct. It contrasts this restriction with the model outlined in criminal proceedings, allowing for ‘emendatio libelli,’ enabling the criminal court to assign a different legal definition based on the factual description. The differentiation leans towards the unconstitutionality of paragraph 10-C and 10-F of Article 17 of the misconduct in public office act, as it infringes upon the principles of ‘iura novit curia’ and the checks and balances.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as alterações na Lei de Improbidade Administrativa, especificamente as geradas pela Lei n. 14.230/21 (BRASIL, 2021), a qual trouxe significativas modificações no âmbito do processo judicial inerente à improbidade administrativa. O foco principal recai sobre a vedação expressa ao juízo cível de alterar a capitulação legal apresentada pelo autor da ação de improbidade administrativa, conforme estabelecido no art. 17, §§ 10-C e 10-F, da referida legislação.

Verifica-se um contraste com o cenário processual penal, em que o juízo criminal possui flexibilidade para atribuir definição jurídica diversa aos fatos descritos na denúncia, mediante o instituto da *emendatio libelli*. De forma distinta, a novel legislação de improbidade administrativa impõe uma rigidez que suscita questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Com isso, mostram-se indícios de violação ao princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição da República vigente (BRASIL, 1988), ao restringir a capacidade do Poder Judiciário de adequar a tipificação legal dos atos ímprobos, o que implicaria eventual (e indesejável) cenário de mero “*chancelador*” das exposições do Ministério Público (ou de quem esteja no polo ativo). A hodierna legislação parece restringir a cognição do juiz, com indução a um papel meramente “*homologatório*” das escolhas feitas pelo autor da ação.

Nesse contexto, emerge a indagação, sobre a conformidade funcional, princípio de interpretação constitucional que sugere a necessidade de coerência entre as normas e a distribuição de competências entre os poderes. Propõe-se, então, a reflexão sobre a possibilidade de adotar, no processo civil, o mesmo raciocínio flexível aplicado no processo penal, desde que submetido à discussão das partes, tendo em vista que o direito administrativo sancionador possui traços significativos do Direito Penal, além de se alicerçar, por vezes, nessa referida seara.

Ademais, em que pese a crítica doutrinária, não há de se negar que a análise se estende à discussão do *in dubio pro societate* e do princípio da correlação. Destaca-se, ainda, a importância de permitir ao juiz a investigação e a aplicação

do direito cabível sem se vincular estritamente à capitulação legal proposta pelo autor da ação.

Diante desse panorama, busca-se avaliar se as restrições impostas pelos §§ 10-C e 10-F do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa são compatíveis com os fundamentos constitucionais e se houve adequada “*reação legislativa*”, ou, ao contrário, se representam uma limitação excessiva à autonomia do Poder Judiciário. O artigo, por consequência, propõe-se a contribuir para a discussão jurídica sobre a constitucionalidade dessas normas, considerando as implicações para o sistema de controle da improbidade administrativa no Brasil.

Em síntese, a pesquisa é qualitativa e o método será a revisão bibliográfica, abordando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

1. “EMENDATIO LIBELLI”: PERMITIDA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL, IMOTIVADAMENTE VEDADA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE ATOS ÍMPROBOS

Como exposto no introito, verifica-se a vedação ao juízo cível de modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor da ação de improbidade administrativa, oriundas de uma finalidade regratória de tipicidade única, sendo nula (aspecto de validade) a condenação do(s) requerido(s) por tipo diverso daquele definido na petição inicial, conforme se prevê no art. 17, §§ 10-C e 10-F (BRASIL, 2021).

Diferentemente, no processo penal, de índole mais sensível ao réu por envolver seu *status libertatis*, conforme o *caput* do art. 383 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 11.719/08, o juízo criminal, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (BRASIL, 2008). Trata-se do intitulado *emendatio libelli*.

Não se mostra razoável tal diferenciação. Afinal, é lição hermenêutica: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica, ou seja, *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Nesse sentido, leciona

MAXIMILIANO (2017, n. p) que “*Os casos idênticos regem-se por disposições idênticas. [...] estende o preceito formulado para um caso às hipóteses iguais, ou fundamentalmente semelhantes*”. Claro que a referida formulação aqui utilizada não leva a uma igualdade plena, pois as searas são distintas (cível e penal). A identidade aqui mencionada, esclareça-se, é que, onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalecer a mesma regra (ou princípio) de Direito, conforme brocardo anteriormente citado.

Ao vedar, no processo civil, a possibilidade da atribuição diversa da capitulação legal e de condenar o requerido por tipo ímprobo diverso, o Poder Legislativo violou, notoriamente, o princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º, *caput*, da *Lex Mater* (BRASIL, 1988), limitando a cognição do Poder Judiciário.

Aparentemente, além de uma mera modificação legal, objetivou-se uma reação legislativa (superação legislativa da jurisprudência) do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou entendimento no sentido de que não há violação ao princípio da congruência quando a decisão judicial enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal. Um dos precedentes geradores da jurisprudência foi o decidido no Recurso Especial n. 842428 (BRASIL, 2007), de relatoria da Min. Eliana Calmon.

Todavia, tal modo de “*ativismo congressional*”, sob o pretexto de reverter situações de “*autoritarismo judicial*” ou que gere desarmonia entre os poderes, não pode ser aplicado de modo indistinto. Trata-se de técnica “*perfeitamente legítima — e, por vezes, desejável —, estimulando prodigioso ativismo congressional, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais*” como exposto pelo Ministro Luiz Fux, julgador relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105/DF (BRASIL, 2015). De modo contrário, com as modificações realizadas com direcionamento a uma limitação intelectual do magistrado, trouxe-se, na verdade, um desfavorecimento do mecanismo de freios e contrapesos com a referida *mens legislatoris*, não sendo um cenário legítimo para a reversão jurisprudencial.

Seria mais adequado ao ordenamento jurídico, em consonância com o princípio de interpretação constitucional denominado “*conformidade funcional*” (ou exatidão funcional), que o órgão jurisdicional pudesse se utilizar do mesmo raciocínio aplicável ao processo penal, desde que submeta a nova abordagem à discussão das partes, com base no art. 10 do Código de Processo Civil: vedação à decisão surpresa (BRASIL, 2015).

Sobre o referido princípio da “*justeza*”, Leciona MARTINS (2019, n.p) que “*A Constituição já estabeleceu quais são as competências de cada Poder, bem como dos entes federativos. Não pode o intérprete da Constituição perverter essa ordem já definida pela Lei Maior*”. Trata-se de exatidão funcional da repartição de competências.

Violado está, também, o *iura novit curia*. Conforme as lições de HERNÁNDEZ (2013, p. 31), referido princípio não significa meramente que juiz “*conhece o direito*”, como ordinariamente se prega, mas que se lhe impõe, sobretudo, a obrigação de investigar qual a norma (regra ou princípio) aplicável:

Se constata así que el iura novit curia garantiza la efectividad del derecho fundamental del acceso a la administración de justicia, en tanto permite que el juez resuelva de fondo un asunto según el ordenamiento que conoce [...] puesto que este aforismo no solo implica la presunción de que el operador jurídico lo conoce, sino que le impone a este la obligación de investigar el derecho aplicable, y de aportarlo al proceso de oficio

PALAIA (1997) *apud* GAJARDONI *et al* (2018) orienta no sentido de que o juiz não pode se abster de aplicar uma norma que existe, ainda que as partes não a tenham invocado ou que a tenham invocado uma pela outra. Uma vez proposta a ação, o juiz se atém à norma existente, conhecendo e aplicando a norma correspondente, suprindo, se for necessário, as partes, em seus erros e deficiências.

Embora não seja objeto direto do presente estudo, cabe trazer as pertinentes lições de BADARÓ (2013, pp. 147-148) a respeito da epistemologia

do termo *emendatio libelli*. Com exímia acuidade técnica quanto a origem da terminologia, leciona o autor que, em verdade, quando o julgador procede com definição jurídica diversa, há uma modificação do objeto do processo, mas não, necessariamente, uma emenda do libelo, que permanece intacto. Nas exatas palavras:

O libelo é denominação dada à peça escrita em que se veicula a acusação. E a peça acusatória, como tal, não é formulada pelo juiz, mas por quem tem a função de acusar. O juiz jamais formula o libelo. A *emendatio libelli*, por sua vez, é uma correção, uma emenda ao libelo, sem que se altere a essência da acusação. São correções ou alterações em aspectos accidentais ou secundários da acusação que serão usados, permanecendo ela substancialmente idêntica. Parece claro, portanto, que o libelo, como peça acusatória, não sofre qualquer emenda ou correção quando o juiz dá aos fatos nova classificação legal. O juiz, na sentença, classifica diversamente os fatos imputados. Em tal hipótese, há alteração do objeto do processo, mas a denúncia ou a queixa não sofrem qualquer emenda ou mutação

Voltando ao cerne, *mutatis mutandis*, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2022), no RHC nº 145.225/RO, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, em comparativo pertinente, pensar de forma diversa seria vincular a decisão do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo autor da ação de improbidade, como o Ministério Público, transformando o julgador em mero chancelador das manifestações do *parquet* ou de outro legitimado, praticamente, data máxima vênia, moldurando o teor de uma decisão judicial, acaso acolhidos os pedidos.

O que não pode haver é a violação ao “*princípio da correlação*” (ou congruência), ou seja, condenar o réu por fatos não narrados no petitório inicial. Em vista disso, leciona BRASILEIRO (2018, p. 1.028) que o fato previsto “*permanece o mesmo, ou seja, é mantida inalterada a base fática da imputação, limitando-se o juiz a corrigir uma classificação mal formulada*”. Além disso, não se está a orientar aqui um redefinir da tipificação do delito sem a oportunidade de

manifestação das partes, como tradicionalmente é posto o instituto, mas, sim, de modo que a *emendatio libelli* seja relida em consonância com o art. 10 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2016) – vedação à decisão surpresa – e, principalmente, com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório em seu aspecto substancial.

Por tais razões acima expostas, sem prejuízo de interpretações em sentido contrário, vislumbram-se inconstitucionais os §§ 10-C e 10-F, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa, por violação à separação de poderes, bem como se mostram em dissonância com o princípio do *iura novit curia*, tornando o julgador mero ratificador dos atos da petição inicial. Dessa forma, ou se julga improcedente ou se acolhe especificamente o que o legitimado requer. Com isso, vislumbra-se um efeito negativo que vai de encontro à primazia de mérito, com a limitação da cognição do magistrado no sentido de exercê-la (e exteriorizá-la) de forma plena.

Quer-se dizer que poderia ocorrer, na prática, de o juiz, discordando da tese do autor da ação de improbidade, optar por julgar pela improcedência, mesmo tendo convicção de que outro tipo de ato ímprobo seria aplicável e que poderia ser classificado pelo relato fático apresentado e diante das provas anexadas (princípio da correlação). No entanto, não poderia fazê-lo em razão da proibição legal apresentada, pois acarretaria em cabimento para uma ação rescisória. Ora, vale destacar que, na prática processual, é comum, na prática processual, que, durante a instrução, novas elementares venham a surgir para nova classificação do ato ímprobo.

Ou seja, envolvendo o *status libertatis*, no processo penal, de índole mais gravosa ao bem jurídico da liberdade, é possível a *emendatio*, mas na seara processual civil, envolvendo atos ímprobos, não é. Com isso, se não pode o magistrado discordar e o caminho seria a improcedência, em que pese aplicados alguns princípios do direito administrativo sancionador, estaria ultrajado o princípio do *in dubio pro societate*, vigente, ainda, nas ações de improbidade.

Cite-se a doutrina de COSTA e BARBOSA (2022, n.p), a qual concorda com inconstitucionalidade da vedação à *emendatio libelli*, citando, como um dos argumentos, a independência funcional do magistrado e aplicação do referido no

Processo Penal:

Entendemos, no que tange à vinculação, que os dispositivos são inconstitucionais, uma vez que violam o princípio da independência funcional do julgador. A vinculação à tipificação dada pelo autor, além de contrariar o entendimento majoritário em sede jurisprudencial, inclusive na esfera criminal, de que o réu defende-se dos fatos e não da capitulação legal, permite a decretação de nulidades por divergências interpretativas entre o Ministério Público e o juiz mesmo quando não se vislumbra qualquer prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Ora, até mesmo na esfera criminal, ultima ratio do ordenamento, o artigo 383 do Código de Processo Penal autoriza ao juiz a correção da capitulação dos fatos.

Em complemento, alerta COUTO *et al* (2022, n.p) sobre o retrocesso gerado pela reforma legislante e o eventual risco de impunidade em decorrência das alterações decorrentes da Lei n. 14.230/21 (BRASIL, 2021):

Emoldure-se situação em que seja imputada ao acusado a prática de ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário. No curso da instrução, porém, identifica-se que não houve lesão ao erário, mas ocorreu enriquecimento sem causa. Por força do art. 17, § 10-F, I, não se admite a emendatio libelli, instituto processual que possibilitaria o ajuste da tipificação [...] A reforma legislativa adotou restrição que, ao exigir tal nível de certeza na tipificação colacionada na petição inicial, pode trazer significativo risco à efetividade do Direito Sancionador, haja vista que implicaria o arquivamento do feito mesmo quando inequívoca a prática de atos ilícitos.

Corroborando, nas lições de MENDONÇA (2022, n. p), “*Isso não apenas transgride a independência do Poder Judiciário e o princípio da separação dos poderes, como mostra-se incompatível com regras e princípios ínsitos à prestação jurisdicional*”. Soa-se até incoerente a não aplicação do mesmo raciocínio do art. 383 do Diploma Processual Penal quando a própria Lei n. 8.429/92 determina que se aplicam “*ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei*

os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”, gerando aparente antinomia.

Ora, no direito administrativo sancionatório adotam-se, justamente, claro que não em sua totalidade, alguns princípios do Direito Penal. Nesse escopo, JUSTEN FILHO (2019, n.p) dispõe que “*os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, com a perspectiva de eventuais atenuações necessárias*”. Em complemento, MEDINA OSÓRIO (2006, p. 14) leciona sobre as bases do Direito Administrativo Sancionador:

Com efeito, o Direito Penal, mais bem consolidado do ponto de vista dogmático, com seus princípios e regras solidamente assentados em tradicionais doutrina e jurisprudência, nacionais e comparadas, era necessariamente a fonte inspiradora para a construção dogmática então incipiente, do Direito Administrativo Sancionador [...] Como resultado dessa evolução e sistematização sintetizadas, prepondera, hoje, a tese de que os princípios penais são aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, com matizes, a efeito de assegurar os acusados as básicas garantias constitucionais comuns ao Direito Público Punitivo

Verifica-se que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) questiona, dentre outras, a compatibilidade dos §§ 10-C e 10-F com a Constituição da República, por intermédio da ADI nº 7236 (BRASIL, 2022). Até a data de feitura deste trabalho, verifica-se que fora indeferida a medida cautelar em relação ao art. 17, §§ 10-C e 10-F, limitando-se a argumentar o Pretório que “*NÃO ESTÃO PRESENTES OS REQUISITOS para a concessão da medida cautelar pleiteada pela requerente*”. Portanto, a discussão não se encontra solucionada em grau exauriente.

Ainda não há julgamento definitivo sobre o tema. Todavia, como exposto alhures, há cenário de inconstitucionalidade nos §§ 10-C e 10-F, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa. O réu se defende dos fatos. Tecnicamente, conforme leciona BEZERRA NETO (2022), salvaguarda-se dos “*fatos*” (versão

sobre o que aconteceu) acerca dos “*eventos*” (acontecimento pretérito que jamais se repetirá), que lhe são imputados, e não da classificação legal, estando sob a competência do Poder Judiciário, respeitado o princípio da correlação, a realização da adequada subsunção.

2. DO PANORAMA ATUAL QUANTO AOS PRECEDENTES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO EM RELAÇÃO À EMENDATIO LIBELLI NA AÇÃO DE IMPROBIDADE

No âmbito do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o posicionamento quanto à *emendatio libelli*, diante do vigente estatuto regente das ações de improbidade, mostra-se sob dois pontos de vista, conforme extração dos entendimentos dos órgãos julgadores: um em direção à inconstitucionalidade da vedação à utilização do instituto oriundo do processo penal (análise da constitucionalidade) e outro relativo ao momento da propositura da ação (análise temporal).

No que se refere ao primeiro, nos autos do processo nº 0001307-18.2009.4.05.8303, em sede Apelação, de relatoria do Desembargador Francisco Roberto Machado (7ª Turma), citando decisão da 3ª Turma, o órgão julgante (BRASIL, 2023) se posicionou contrariamente à vedação da *emendatio libelli* no âmbito da ação judicial envolvendo atos de improbidade administrativa, citando a “*duvidosa constitucionalidade*” das novas disposições legais da Lei de Improbidade, pelo qual se mostra viável a transcrição:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 14.230/2021. TEMA 1199 DO STF. PRESCRIÇÃO. IR-RETROATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO CONDUTA DESCRITA NO ART. 10, VIII. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO EFETIVO AOS COFRES PÚBLICOS. ENQUADRAMENTO NO ART. 11, V, DA LEI Nº 8.429/92. POSSIBILIDADE. SANÇÕES. ART. 12, III, DA LIA. PENA DE MULTA.

[...]

17. Não se pode dizer que a modificação da capitulação jurídica dos fatos consubstanciaria violação ao art. 17, §10-F, I, da Lei nº 8429/92, o qual, por sua vez, é de duvidosa constitucionalidade por implicar aparente cerceamento, perpetrado pelo Poder Legislativo, à atividade jurisdicional típica. Afinal, é da essência do Poder Judiciário dar a resposta jurídica adequada, a partir dos fatos narrados pelas partes (“Da mihi factum, dabo tibi ius”), de modo que a limitação legal empreendida pode configurar violação ao art. 2º, CF/88. Precedente da 3ª Turma: Processo: 08046968320154058200, Apelação Cível, Desembargador Federal Rafael Chalegre do Rego Barros (Convocado), Julgamento: 25/05/2023)

18. O instituto da *emendatio libelli*, próprio da esfera penal e aplicável, em essência, na improbidade administrativa, pressupõe que os dispositivos legais potencialmente incidentes sobre os fatos narrados sejam igualmente vigentes e válidos

[...]

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 0001307-18.2009.4.05.8303. Rel. Des. Francisco Roberto Machado. 7ª Turma. Recife, PE, 12 de dezembro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>>. Acesso em: 30 de janeiro 2024).

Em outro *decisum*, todavia, nos autos do processo nº 08002096420154058202, cujo relator foi o Desembargador Manoel De Oliveira Erhardt, a tese defensiva da parte ré, a qual alegava nulidade da sentença por utilização *emendatio libelli*, foi rejeitada pela 4ª Turma (BRASIL, 2023), mas a motivação do órgão julgador para tanto é que se entendeu que deveria ser aplicada tal proibição apenas às ações propostas após a vigência da nova Lei e não por discordância diretamente ligada à vedação ao instituto:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RETORNO DOS AUTOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, do CPC. CONTROVÉRSIA AFETADA AO TEMA 1199 (ARE 843.989). O NOVO REGIME PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI 14.230/2021 É IRRETROATIVO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. PRELIMINARES REJEITADAS. ANÁLISE DO MÉRITO. FRAUDE À LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAR SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NA CAPACITAÇÃO DE PROFESSORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO CONCRETO AO ERÁRIO. AJUSTE NA IMPUTAÇÃO. ART. 11, V, DA LEI 14.230/21. POSSIBILIDADE. COMPORTAMENTO DOLOSO. INOCORRÊNCIA. APELAÇÕES DA DEFESA. PROVIMENTO.

16. Em relação à alegação de nulidade de sentença por ter aplicado a *emendatio libelli*, não prospera referida alegação, eis que já é consagrado na jurisprudência a possibilidade de o juiz enquadrar os fatos da ação de improbidade administrativa em outros dispositivos diferentes dos capitulados inicialmente pelo MPF, uma vez que, seguindo a mesma lógica do processo penal, os demandados se defendem dos fatos e não da capitulação legal.

[...]

19. Contudo, a Lei 14.230/21 restringiu o art. 10, VIII, da LIA aos casos de fraude à licitação com dano concreto ao erário, reservando o art. 11, V aos casos em que a fraude ocorra com dano presumido (*in re ipsa*).

20. Não se desconhece que a aplicação da Lei 14.230/21 convergiria para a impossibilidade de se levar a efeito qualquer forma de *emendatio* em relação à tipificação que constou na petição inicial, pois, a regra constante dos atuais artigos 17§ 10-D e 17, § 10-F, I, impedem a mudança.

21. Todavia, entende-se que essa alteração só deveria ser aplicada às ações propostas após a vigência da nova Lei, isso porque referido artigo está associado a uma outra questão, a petição inicial. Veja-se que a exordial foi distribuída em momento bem anterior a esta nova norma de maneira que não

poderia o órgão ministerial ser penalizado por uma demanda de tipificação determinada e precisa quando, à época, nem a jurisprudência nem a legislação faziam tal exigência, sob pena de causar insegurança jurídica e prejuízo à sociedade, em único grau, como bem salientou o magistrado a quo.

[...]

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível n. 0800209-64.2015.4.05.8202. Rel. Des. Manoel de Oliveira Erhardt. 4ª Turma. Recife, PE, 10 de outubro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>>. Acesso em: 30 de janeiro 2024).

Diante da análise dos posicionamentos, percebe-se uma diferenciação quanto à interpretação da legislação pertinente. Enquanto a 7ª Turma manifesta-se contrariamente à vedação da *emendatio libelli*, argumentando que a limitação legal pode configurar violação à Constituição, a 4ª Turma entende que a proibição deveria ser aplicada apenas às ações propostas após a vigência da nova lei, em que pese tenha citado a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da temática.

Trata-se de cenário que só será efetivamente esclarecido após a manifestação do Pretório Excelso no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7236 alhures mencionada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A rigidez na previsão de uma tipificação única na legislação de improbidade administrativa (e a impossibilidade de discordância por parte do Poder Judiciário de sua alteração) suscita questionamentos constitucionais.

Reitera-se a preocupação quanto ao magistrado se deparar, na prática, com uma situação de discordância em relação à tese do autor da ação e se ver diante de um cenário que opte por julgar pela improcedência dos pleitos, mesmo tendo convicção (fundamentada) de que outro tipo de ato ímprobo seria aplicável e que seria possível sua estipulação pelo relato fático apresentado e diante das

provas anexadas (princípio da correlação), mas não poder fazê-lo em razão da proibição legal apresentada, pois acarretaria o cabimento de uma ação rescisória.

A legislação parece limitar a cognição do juiz, transformando-o em um mero “homologador” das escolhas feitas pelo autor da ação, o que poderia comprometer a sua independência funcional e não se compatibilizar com o papel constitucional do julgador no âmbito processual.

Considerando a necessidade de coerência entre as normas e a distribuição de competências entre os poderes, a reflexão é pertinente quanto à possibilidade de adotar no processo civil o mesmo raciocínio flexível aplicado no processo penal quanto à *emendatio libelli*.

Até que o Pretório Excelso se manifeste expressamente a respeito, o presente trabalho tenta contribuir para a discussão jurídica sobre a constitucionalidade das restrições, impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, questionando se tais limitações comprometem os princípios constitucionais e a independência funcional do Poder Judiciário. Os posicionamentos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região também destacam a complexidade e a importância do debate acadêmico.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 outubro 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 03 outubro 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 junho 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 março 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 outubro 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 02 junho 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 842428 / ES (2006/0068856-1)**. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, DF, 24 de abril de 2007. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistr o&termo=200600688561&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 de fevereiro 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105 Distrito Federal**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 01 de fevereiro 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível n. 0001307-18.2009.4.05.8303**. Rel. Des. Francisco Roberto Machado. 7ª Turma. Recife, PE, 12 de dezembro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://julia-pesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>>. Acesso em: 30 de janeiro 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível n. 0800209-64.2015.4.05.8202**. Rel. Des. Manoel de Oliveira Erhardt. 4ª Turma. Recife, PE, 10 de outubro de 2023. Portal da Jurisprudência. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/pesquisa#resultado>>. Acesso em: 30 de janeiro 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação ex officio**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ac597b7eca2b4a550ad15962eeee42a>>. Acesso em: 17/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio do in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/53e3a7161e28b65688f14b84d61c610>>. Acesso em: 17/08/2023.

COSTA, Rafael de Oliveira et al. **Nova Lei de improbidade administrativa: atualizada de acordo com a Lei n. 14.230/2021**. São Paulo, Almedina, 2022.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, SaraivaJur, 2022.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, epub.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral**. São Paulo, Método, 2018.

HERNÁNDEZ, Victoria Eugenia Bohórquez. **El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial**. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia. Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador, Juspodivm, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. **Capitulação diversa do fato narrado na ação por improbidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-a->

go-11/ricardo-mendonca-capitulacao-diversa-fato-narrado-acao-improbidade. Acesso em 15 ago. 2023.

NETO, Bianor Arruda Bezerra. **Eventos, fatos e narrativas**: o juiz como construtor da verdade (parte 1). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-03/bezerra-neto-eventos-fatos-narrativas-parte>. Acesso em 16 ago. 2023.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2006.

O STANDARD DE PROVA NO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

THE STANDARD OF PROOF IN THE CRIME OF PASSIVE CORUPTION

Recebido: 22/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Temistocles Araujo Azevedo
Mestre em Direito Processual Civil pela UFRGS
Juiz da 37ª Vara/PE

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar o conceito de standards de prova e abordar a possibilidade de formular diferentes standards no direito penal, considerando não apenas o estágio procedimental em que a decisão é tomada, mas também o tipo de crime, com foco na corrupção passiva.

SUMMARY: *This article aims to analyze the concept of standards of proof and adress the possibility of formulating different standars in crminal law considering not only the procedural stage in which the decision is made, but also the type of crime, with focus in passive corruption.*

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é explorar os critérios fornecidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, acerca da prova de uma pretensão penal exposta na denúncia, e relacionando-os com um tipo penal específico: o crime de corrupção passiva.

Em todo o processo, o magistrado é posto diante de um fato que ele não presenciou, irrepetível, oriundo da experiência, não tendo dele um conhecimento direto, e que deve servir de suporte originário para a decisão. O magistrado deve guiar-se pelas hipóteses formuladas pelas partes por meio de suas narrativas e pelas provas que também são apresentadas pelas partes.

Sendo o contexto processual de incerteza inicial¹, pelo menos uma das partes, considerando a regra do ônus da prova, não medirá esforços para assim permanecer.

O crime de corrupção passiva normalmente é praticado adotando estratégias de ocultação e de dissimulação, de modo que seus autores pretendem se distanciar de eventual resultado delituoso dando ares de legalidade à sua conduta.

Considerando essa peculiaridade, indaga-se sobre a possibilidade de estabelecer uma diminuição da exigência probatória no crime de corrupção passiva, ou se seria o caso de se manter os mesmos parâmetros estabelecidos no processo penal para todos os tipos penais, hipótese em que deveriam ser aperfeiçoados os instrumentos de investigação.

A exigência probatória a que se refere é a prova suficiente para se acolher a pretensão penal. A finalidade de um *standard* de prova é estabelecer de modo objetivo em que momento uma pretensão pode ser considerada suficientemente comprovada para autorizar determinada decisão.

No processo criminal, é comum na doutrina e na jurisprudência a invocação do princípio *in dubio pro reo* como um lastro para concluir que o *standard* de prova no processo criminal é a prova além de toda dúvida razoável. Trata-se de

1 ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. Arizona Law Reviw, vol. 55, pág.558. TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (p. 351). Trotta. Edição do Kindle.

parâmetro oriundo do direito norte-americano e que também carece de devido esclarecimento, notadamente porque sujeito a inúmeras críticas que consistem na sua extrema subjetividade e indeterminação.

Por essa razão, determinados temas devem ser tratados necessariamente, como a natureza persuasiva ou racional da prova, e sua relação com a verdade no processo.

Nesse trabalho, inicialmente, será realizado um breve tratamento sobre o tipo penal de corrupção passiva. Em seguida, será feita uma breve abordagem dos *standards* de prova, da sua relação com a concepção racional da prova e com a epistemologia e, por fim, será realizada uma relação dos *standards* de prova com o crime de corrupção passiva, considerando a possibilidade de haver previsão de mais de um *standard* de prova no processo penal.

1. DO TIPO PENAL DA CORRUPÇÃO PASSIVA

A definição típica do crime está prevista no art. 317, do Código Penal Brasileiro:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. *(Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)*

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo o dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Os verbos do núcleo do tipo são solicitar, receber e aceitar. Solicitar é pedir ou requerer algo. Receber é tomar, obter, acolher, alcançar, entrar na posse. Aceitar promessa é anuir, concordar, admitir em receber².

Trata-se de crime autônomo que se consubstancia em exceção dualista à teoria monista do concurso de agentes porque é possível sua consumação independentemente da participação de um particular, notadamente em razão de a modalidade *solicitar* ser unilateral e não requerer a participação de um corruptor. As demais modalidades (*receber e aceitar promessa*) são modalidades bilaterais, que requerem a atuação de um corruptor.

O delito se afigura como um tipo misto alternativo, de modo que a realização de duas condutas em um mesmo evento não configura dois crimes de corrupção passiva. Assim, por exemplo, se um agente público solicita o pagamento de uma quantia em dinheiro para deixar de lavrar uma multa, e recebe o pagamento logo em seguida, deixando de praticar o ato de ofício a que estava obrigado, há um único crime.

O delito pode ser cometido pelo próprio funcionário público (modalidade direta) ou por meio de terceiros (modalidade indireta), sendo que, nesse último caso, o particular será imputado como coautor no crime de corrupção passiva, considerado o disposto no art. 30, do Código Penal.

A doutrina ainda costuma classificar a corrupção passiva, quanto ao tipo de ato a ser praticado pelo agente público, em própria, quando a vantagem indevida é solicitada, oferecida ou paga, para praticar ato ilícito, ou imprópria, quando o ato a ser realizado é lícito. Quanto ao momento em que é realizada a solicitação, ou aceitação ou recebimento, a corrupção pode ser antecedente, quando precede à realização do ato, ou subsequente, quando realizada após a prática do ato.

A vantagem exigida, de acordo com o tipo penal do caput, deve ser indevida, ou seja, deve estar fora do espectro legal como contraprestação pelo serviço a ser prestado, mesmo que se trate de corrupção própria. Por exemplo, um oficial de justiça que solicite uma quantia em dinheiro diversa das custas judiciais para

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro. Forense. 2015. p. 45; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. p. 169; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Niterói, Impetus, 6ª ed., 2010, p. 409.

agilizar o cumprimento de um mandado de citação ou de intimação comete o crime de corrupção passiva. Trata-se de contraprestação não estipulada em lei. Tratando-se de agente público, sua remuneração deve estar estritamente regulada na legislação dos servidores públicos. A vantagem indevida, não necessariamente, deve consistir em uma quantia em dinheiro, podendo consistir em favores sexuais, em obtenção de um título pessoal, uma indicação política, etc³.

O tipo penal requer a presença de dolo do agente público, bem como do elemento subjetivo do tipo “para si ou para outrem”.

Não há previsão no caput do art. 317, do CP, ao contrário do que ocorre na corrupção ativa, prevista no art. 333, do CP, de que a solicitação, o recebimento ou a aceitação, seja para a prática de um ato de ofício específico e bem caracterizado. A previsão legal é mais ampla na corrupção passiva, provavelmente porque se trata de tipo penal que visa abranger todas as espécies de agentes públicos, desde aqueles de caráter subalterno que estão na esfera mais inferior da Administração Pública, até os agentes políticos, dotados de maior poder e de maior discricionariedade em relação aos atos compreendidos em suas competências.

Desse modo, a denúncia não precisa narrar um ato de ofício específico como o objetivo do corruptor, ou que justifica a solicitação do agente público, quando se trata da conduta descrita no caput. A denúncia não precisa, nem mesmo, descrever necessariamente a vantagem indevida ou o corruptor, pois, tratando-se de crime formal, a solicitação da vantagem já consuma o crime⁴. O que importa é que a vantagem indevida seja solicitada ou oferecida em razão de um plexo de atos que tenham pertinência com o cargo ou a função pública exercida. Esse é a interpretação adequada do art. 317, caput, do CP, quando estabelece que a vantagem indevida solicitada, aceita ou recebida, o seja *em razão da função*, mesmo que *fora dela ou antes de assumi-la*.

A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que qualquer que seja a conduta narrada na denúncia, mesmo que seja aceitar promessa ou receber

3 NUCCI, Guilherme de Sousa. Op. Cit. p. 16; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. Ob cit., p.170.

4 Nesse sentido, Apn 841/DF.

vantagem, “para a condenação do autor por corrupção passiva é desnecessária a identificação ou mesmo a condenação do corruptor ativo”.⁵

É cediço que o STF, no passado, ao julgar a AP 307/DF, firmou a compreensão de que se o tipo penal faz alusão à relação com a função pública exercida, é porque há necessidade de já na denúncia descrever qual o ato de ofício pretendido. Esse entendimento não é mais o que vigora no âmbito da Egrégia Corte. No julgamento do Inquérito 4506, o STF firmou a seguinte tese:

“Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais” (Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 03-09-2018 PUBLIC 04-09-2018)

No julgamento da AP 1003, o Ministro Relator Edson Fachin assentou a necessidade de restar caracterizada a relação entre a vantagem indevida com a possibilidade da prática dos atos pretendidos, considerada a competência legal do agente público:

*Após minuciosa análise do conjunto probatório produzido nos autos, conclui-se pela ausência de elementos aptos a permitir a formação de um **juízo isento de dúvidas** acerca dessa referida solicitação da vantagem indevida por parte dos acusados Paulo Bernardo Silva e Gleisi Helena Hoffmann, sendo insuficiente, ainda, a apresentação de provas para o estabelecimento do imprescindível nexo de pertinência entre as funções exercidas pelos denunciados e a possibilidade de garantirem a manutenção de Paulo Roberto Costa no cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobras S/A (AP 1003, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018, ACÓR-*

5 AgInt no AREsp n. 1.064.109/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2017, DJe de 20/9/2017.

DÃO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018).

Esse entendimento restou mais explícito ainda no julgamento da Ação Penal 694:

“Corrupção passiva. Desimportante seja a vantagem indevida contraparte à prática de ato funcional lícito ou ilícito. O ato de ofício não é elementar do tipo (artigo 317 do CP), apenas causa de aumento da pena (§ 1º do mesmo dispositivo legal). Necessário o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública do agente”. (AP 694, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017)

A doutrina enxerga essa diferença no fato de que muitas vezes a vantagem indevida é paga ao agente público para prepará-lo para exigências futuras, ou para obtenções de vantagens permanentes, explorando as facilidades que podem ser propiciadas diante do amplo espectro de competências que o cargo ou função públicos propiciam. A propósito, vale transcrever importante lição doutrinária a respeito⁶:

“De fato, a exigência intransigente de um ato de ofício concreto na corrupção passiva, de um lado, ignora decisão explícita do legislador brasileiro em favor da assimetria e, de outro, acaba por deixar descoberto setor sensível da Administração Pública, a saber: o setor em que atuam altos funcionários com ampla margem de discricionabilidade. Nesse ponto, ao abrandar a exigência da identificação de um ato de ofício concreto, o Brasil não está sozinho – se bem que nosso tipo, ainda assim, permanece sendo um dos mais amplos de que se tem conhecimento. Na Alemanha,

6 LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. A amplitude do tipo penal da corrupção passiva. Comentários ao Resp 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. In: Informativo Jota, publicado em 26/12/2018. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corruptao-passiva-26122018#_ftn-ref12:~:text=Essa%20relativa%20amplitude,comp%20E2%80%9D%20o%20servidor. No mesmo sentido, NUC-CL, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 51 e págs. 56-57.

por exemplo, modificou-se no texto legal a expressão “ato de ofício ou funcional” (Diensthandlung) pela expressão “exercício da função” (Dienstausübung).

Essa relativa amplitude do tipo de corrupção passiva permite, por exemplo, que, em determinados casos, se puna a “compra de boas relações” com o funcionário público¹²², desde que outros requisitos estejam presentes. Prescindir da relação da vantagem com um ato de ofício determinado permite a punição de casos em que o funcionário público comercializa, mercantiliza sua função, ou, visto de outro ângulo, quando o particular “compra” o servidor¹²³. Permite-se, portanto, para usar a formulação de Hungria, punir a “venalidade em torno da função pública”.

A caracterização do ato de ofício é exigida apenas para a modalidade majorada do crime, no art. 317, §1º, havendo o legislador optado por aumentar a pena em virtude de o agente público realmente retardar, deixar de praticar ou praticar o ato com infração de dever funcional.

O §2º, por fim, prevê uma figura privilegiada em que o agente público retarda a prática do ato, ou deixa de praticá-lo, cedendo a pedido ou influência de outrem. Apesar de violar a moralidade administrativa, não viola dever funcional por conta de vantagem indevida, mas por influência de terceiro. Trata-se de modalidade que se aproxima da prevaricação⁷.

Depreende-se, dessa exposição, que a denúncia deverá narrar a conduta delituosa, que poderá ser unilateral do agente público (solicitar), ou bilateral (receber ou aceitar promessa), qual a vantagem indevida oferecida, qual a vantagem a ser obtida e sua relação com o plexo de competências do agente público, bem como explicar de que modo se deu esse contato, se direta ou indiretamente, sendo desnecessário narrar o ato de ofício específico, salvo no caso de imputação da conduta majorada, prevista no art. 317, §1º, do CP. Não há necessidade, de acordo com a jurisprudência do STJ, de individualização do corruptor ou, quando a conduta for solicitar, de descrição da vantagem indevida. O Ministério Público deverá apresentar evidências que autorizem concluir com segurança que estes elementos se configuraram tal como narrados.

7 GRECO, Rogério. Ob. Cit., p. 412.

E aqui surgem as dificuldades. Trata-se de delito que normalmente ocorre às escondidas, em que a indevida vantagem pode estar travestida de um negócio simulado, em que a relação pode estar ocultada por interposta pessoa, quando a solicitação é realizada indiretamente⁸.

Normalmente as provas apresentadas são indiretas⁹, baseadas em indícios, havendo advertência doutrinária que a avaliação da prova por indícios não pode ficar atrelada à subjetividade de quem está julgando¹⁰. Tratando-se de prova indireta, a verificação do grau de apoio que ela fornece à hipótese acusatória dependerá de dois fatores, segundo Taruffo: o grau de aceitabilidade que a prova confere à afirmação da existência do fato secundário, e o grau de aceitabilidade da inferência que se funda na premissa constituída por aquela afirmação¹¹. E nisso reside a grande dificuldade, pois a avaliação do julgador depende da sua atividade cognitiva no momento de produção da prova, bem como de sua experiência e cabedal de conceitos prévios, que certamente irão impactar na decisão acerca da regra de inferência a realizar. Daí a importância de serem estabelecidos parâmetros de apreciação da prova visando estabelecer uma conclusão sobre estar ou não um enunciado fático comprovado para fins de aplicação da lei penal, pois isso é o que importa na prestação jurisdicional.

Veja-se, por exemplo, na transcrição de trecho da fundamentação do Ministro Edson Fachin na AP 1003 referida acima. O Ministro fala em formação de um juízo isento de dúvidas. O próprio autor desse artigo refere que o Ministério Público deve apresentar evidências que autorizem concluir, com segurança, que o fato aconteceu como narrado. Trata-se, certamente, do grande desafio do julgador: fazer a análise da prova e justificar seu raciocínio unicamente com base nas evidências apresentadas, sem que sua fundamentação se torne puramente subjetiva, apesar de lançar mão de conceitos objetivos. Os standards de prova

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 30-33; JÚNIOR, José Paulo Baltazar. Ob. Cit., p. 167.

9 A prova indireta tem relação lógica com um fato secundário, diverso do fato objeto de análise judicial, mas a partir do qual é possível realizar inferências que fundamentam a decisão sobre a existência do fato principal. Nesse sentido, TARUFFO, Michelle. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (p. 376). Trotta. Edição do Kindle.

10 KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 50.

11 Taruffo, Michelle. La prueba de los hechos. P. 376.

têm essa função de orientar o raciocínio do julgador para o limiar admissível para declarar provada uma pretensão. Passemos a tratar brevemente da problemática dos standards de prova.

2. OS STANDARDS DE PROVA: FUNÇÃO E IDENTIFICAÇÃO

Jordi Ferrer Beltrán distingue duas concepções diversas da prova. A primeira, que ele chama de concepção persuasiva, teria as seguintes características: a) o recurso à íntima convicção do juiz como único critério de decisão; b) a defesa de uma versão muito forte do princípio da imediação, reservando-se quase que exclusivamente ao juiz de primeira instância a valoração da prova; c) exigências de motivação muito fracas ou inexistentes; d) um sistema de recursos que dificulta extraordinariamente o controle ou a revisão do julgamento sobre os fatos em instâncias sucessivas¹².

Como o objetivo da prova é a obtenção do convencimento judicial, o melhor método para consegui-lo é produzindo a prova diante do Juiz, o qual, na sentença, deverá apenas explicar, e não justificar, ou seja, ele não deverá fornecer razões para o acerto de sua decisão, e sim explicar as causas que o levaram a crer de determinada maneira. Por fim, o controle por meio recursal se torna muito difícil porque a prova foi produzida diante do Juiz e ninguém melhor do que ele para prover as razões do seu convencimento.

A outra seria a concepção racional da prova, também designada por alguns juristas como função demonstrativa da prova¹³. Essa concepção tem as seguintes características: a) o recurso ao método da corroboração ou refutação de hipóteses como forma de valoração da prova; b) a defesa de uma versão fraca ou limitada do

12 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Valoração Racional da Prova. São Paulo. Jus Podium. 2022. p. 93. Essa concepção persuasiva corresponde em parte ao que Alessandro Giuliani designa por modelo isonômico de prova (GIULIANI, Alessandro. Prova. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè editore. Tomo XXXVII). Também entusiastas desse modelo, CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, processo, scienza verità. Rivista de Diritto Processuale, nº I, 1950, p. 7.; MARINONI, Luis Guilherme. PROVA E CONVICTÃO. São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2015, p.63; JÚNIOR, Aury Lopes. Ob cit. p. 589; KNIJNIK, Danilo. A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro, Forense, 2007, págs. 10-14, esse último dizendo que a prova pode ter uma função demonstrativa e uma função argumentativa.

13 CARRATTA, Antonio. Funizione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório. Rivista de Diritto Processuale, gennaio/marzo 2001.

princípio da imediação; c) uma forte exigência de motivação da decisão subjetiva dos fatos; d) defesa de um sistema de recursos que ofereça um amplo campo para o controle da decisão e para a sua revisão em instâncias superiores¹⁴.

A quem escreve o presente artigo não parece que a prova tenha uma função persuasiva. A argumentação é a técnica imanente ao Direito para a solução de conflitos. Sendo a argumentação jurídica uma modalidade especial da argumentação prática geral¹⁵, em que a construção de decisões e formação de consensos pressupõe diálogo, então é da própria natureza da solução de conflitos jurídicos em um Estado de Direito um diálogo construído de acordo com regras predefinidas.

A prova, assim, teria uma função demonstrativa, no sentido de verificação da verdade da alegação realizada pelas partes. A prova seria o material com o qual uma pessoa que conduz uma investigação trabalharia para alcançar esse objetivo, que é encontrar uma resposta que seja verdadeira, verificar se uma afirmação de fato realmente ocorreu na realidade¹⁶.

Pode parecer que essa temática, por ser abstrata, não tenha relação com o processo penal. Esse raciocínio é errôneo, pois no processo penal se busca ve-

14 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Valoración Racional da Prova*, p. 96. Na obra *Provas sem Convicção*, São Paulo, Juspodium, 2022, págs. 305-327, o autor diz que as crenças do julgador são irrelevantes para definir se uma pretensão se encontra suficientemente comprovada, pois, para ele, o umbral de suficiência probatória é firmado por uma regra, um *standard*, que o magistrado deve simplesmente aceitar. Ensina o eminente professor que mesmo que o magistrado creia que a pretensão deva ser acolhida, por aceitar a regra, deve decidir em desconformidade com suas crenças. Quanto a esse ponto, a razão parece estar com Haack, para quem a própria aceitação implica uma crença (HAACK, Susan. *Defendendo A Ciência — Dentro Do Razoável: Entre o Cientificismo e o Cinismo* (Stentor Books: Filosofia) (Portuguese Edition) (p. 142). Stentor Books. Edição do Kindle.). De acordo com ela, mesmo a qualidade de uma evidência depende de pressupostos de fundo, que envolvem crenças. Assim, definir que uma pretensão se encontra ou não suficientemente comprovada depende das crenças do julgador, de seu *background* (HAACK, Susan. *Ob. cit.*, págs. 163-164). No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (pp. 371-372). Trotta. Edição do Kindle).

15 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de estudios constitucionales. 1997. p. 34: “La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como ‘discurso’, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como ‘discurso práctico’. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”.

16 Isso porque o objeto do processo penal não é o fato em si mesmo, mas a hipótese fática que consiste nas afirmações constantes da denúncia concernentes a um fato concreto, recortado da realidade e conectado a um específico tipo penal (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais. Ed. 2023. p. RB-1.12).

rificar a responsabilidade penal de uma pessoa por um fato ocorrido no passado. Então, em princípio, não é possível se contentar com todo o qualquer resultado.

Importante esclarecer que a adoção de um entendimento da existência de uma realidade objetiva não significa que se compreenda que ela será alcançada necessariamente no decorrer do processo judicial. Há diversos fatores que impedem muitas vezes que isso aconteça.

Em primeiro lugar, o caráter falibilista do conhecimento humano, ou seja, que a pessoa possa sustentar crenças falsas, o que certamente compromete suas decisões e conclusões¹⁷. A formação de conhecimento pressupõe um sujeito, o qual adquire crenças e as utiliza para se orientar no mundo. Então, uma série de fatores podem impedir a formação de um juízo verdadeiro, como, por exemplo, o estado atual de conhecimento do sujeito, o déficit de informações aportadas no processo, o estado do conhecimento da humanidade na época do processo, a qualidade da investigação, que pode levar ao processo número significativamente alto de genuínos culpados ou falsos culpados etc¹⁸.

Em segundo lugar, o processo tem um caráter epistêmico, mas decidir em conformidade com a verdade não é o seu único objetivo. Ele também tem como objetivo pacificar as relações sociais, o que exige que haja uma decisão em um

17 HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. São Paulo. Unesp. 2002. Tradução MORTARI, César Augusto, e DUTRA, Luís Henrique de Araújo. pág. 303: “Vou usar ‘falível’ no sentido de cognitivamente falível, isto é, falível *com respeito a crenças*, e não a, por exemplo, com respeito a promessas, resoluções, etc. Dizer que uma pessoa (ou grupo de pessoas, ‘a comunidade científica’, por exemplo) é falível é dizer que ela está sujeita a sustentar crenças falsas. Dizer que um método é falível é dizer que ele está sujeito a produzir falsos resultados”. Em outra obra (*Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice and American Way*. In: *Evidences Matter*, p. 30), a autora descreve que a evidência probatória que sustenta uma pretensão factual depende de quão bem é suportada pela experiência e pelo conjunto de crenças de uma pessoa que dá coerência a elas, e que tanto o conjunto de crenças quanto a evidência experiencial são independentes dessa pretensão factual. Por exemplo, se a polícia faz uma diligência no endereço cadastral de uma empresa e no local encontra uma residência, cujo proprietário diz morar há vários anos e que lá nunca funcionou referida empresa, então tem-se que a inexistência fática da empresa restou comprovada (evidência experiencial). As pessoas compreendem que uma empresa que nunca funcionou em seu endereço cadastral é de fachada, e que a abertura de empresas de fachada tem geralmente objetivos escusos. Esses dois elementos são independentes da afirmação em uma denúncia de que houve obtenção de financiamento mediante fraude, descrito no art. 19, da Lei 7.492/1986, mas dão sustentação à avaliação de quão boa é a evidência.

18 HAACK, Susan. *Evidencia y Investigación*. Madrid. Tecnos. 1997. p. 162; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Provas sem convicção*, págs. 221-222, para o qual a qualidade do material investigativo influencia na curva de distribuição de erros na medida em que seriam levados ao processo genuínos culpados, de modo que o número de condenações errôneas seria menor nessa hipótese.

tempo razoável, consideradas as características da demanda posta em julgamento. O magistrado não atua no processo como um historiador ou um cientista, pois não tem liberdade para encontrar uma solução prática. Essa limitação no tempo evidentemente irá impactar no resultado final¹⁹.

Em terceiro lugar, o procedimento é estruturado para atender outros valores muito caros ao processo, havendo regras antiepistêmicas que visam proteger direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, do princípio da vedação da admissibilidade das provas ilícitas, o que impede que uma parte invada a casa de outra para procurar provas²⁰.

Por fim, não se pode esquecer que diferentes pessoas, dotadas de uma formação cultural diversa, que consistem em crenças, conhecimentos técnicos e conceituais, ao analisar uma determinada evidência, podem chegar a conclusões diversas. Essa é uma importante observação porque nos processos judiciais, por mais que seja possível haver uma única hipótese formulada com uma única evidência apresentada, ou com diversas evidências que apontam todas para o mesmo sentido, é mais comum que haja enunciados hipotéticos fáticos competidores, todos eles com evidências apresentadas para lhe darem sustentação. Nessas situações, a verificação do caráter de coerência e de construção da melhor explicação muitas vezes dependerá dessa bagagem de crenças e conhecimentos que cada pessoa traz²¹. Essa diversidade cultural poderá também impactar na individualização

19 MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 73, jul./set. 2019 No trabalho referido as autoras tratam da realização de inferências pelo julgador, as quais ligam as informações probatórias à hipótese formulada no processo, e que funcionam como uma garantia, que visa assegurar a correção da cadeia de raciocínio. Essa garantia pode funcionar por meio de uma inferência epistêmica, que seria baseada em regras de experiência, ou por meio de uma inferência normativa, assegurada por meio de prescrições legais de presunção, ou por intermédio de uma inferência interpretativa, que pressupõe a correção da utilização de um conceito jurídico. O manejo dessas espécies de inferências depende do objetivo institucional estabelecido, que pode ser a maior aproximação da verdade ou a satisfação de algum objetivo institucional preestabelecido. Taruffo diferencia as inferências em dedutivas (“sempre que Y, então X”), probabilísticas (em 70% dos casos), ou com base em generalizações, como nas regras de experiência (TARUFFO, Michele. La pureba de los hechos, p. 386). Assim, a própria utilização das inferências pode não estar necessariamente vinculada à busca de uma decisão que corresponda à verdade, pois outros objetivos institucionais também são buscados por meio delas.

20 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-1.11. De acordo com o eminente processualista, a verdade no processo seria de caráter aproximativo, dentre outras razões, porque deve ser buscada respeitando as regras e garantias processuais.

21 HAACK, Susan. Evidencia y Investigación. págs. 282-284.

do fato, pois, por mais que haja uma previsão abstrata na norma jurídica, as palavras empregadas terão algum nível de vagueza e o enquadramento da conduta concreta, formulada em enunciado linguístico, em um tipo penal, termina por ser um processo complexo e que envolve uma atividade valorativa, caracterizando-se por ser relativa. Desse modo, enquadramentos diversos poderão conduzir, em uma mesma situação, a um juízo de atipicidade, entendendo que o fato descrito não é juridicamente relevante, ou a um juízo de conduta típica qualificada ou minorada em seus efeitos²².

Mesmo que sujeita a inúmeras divergências, adota-se nesse trabalho a definição da verdade como correspondência por uma questão de coerência com a ideia de Estado de Direito e com o princípio da legalidade²³. A lei, ao regular fatos previamente estabelecidos para auxiliar os indivíduos na calculabilidade de suas condutas e na confiança nos atos estatais, influencia os particulares a terem a expectativa de que a aplicação do direito vai corresponder ao que estabelecem as normas. Só um procedimento voltado a obter a verdade do que ocorreu é capaz de proteger adequadamente essas expectativas²⁴.

Isso não significa que a verdade objetiva seja alcançável sempre. Mas é certo que a comparação da prova com a alegação fática é capaz de revelar uma correspondência ou, pelo menos, que aquela hipótese argumentativa não se sustenta, permitindo concluir que há uma realidade diversa daquela que foi afirmada

22 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (págs.. 134, 135, 141, 146). Trotta. Edição do Kindle. Gustavo Badaró chega a dizer que “toda questão jurídica envolve matéria fática e matéria de direito”, de modo que existem “questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-2.2).

23 No mesmo sentido, Conceptualmente porque el concepto de verdad como correspondencia es el que más se ajusta a las intuiciones de los hablantes y al objetivo del proceso de prueba, que no es otro que averiguar lo efectivamente acaecido (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Cuestiones probatorias (Spanish Edition) . Universidad Externado. Edição do Kindle). No mesmo sentido, HAACK, para quem a verdade factual é uma questão de justiça substantiva (HAACK, Susan. Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law. In: Evidence Matter, p. 305); BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB 2.2.

24 No mesmo sentido, NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. A busca da verdade e a concretização da função epistêmica do processo. In: Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença, vl. 16, nº 2, jul.-dez. 2018, págs. 147-166; MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 73, jul./set. 2019, pág. 135.

pela parte²⁵. Não podemos esquecer que no processo não se busca verificar a verdade do fato tal como aconteceu, e sim a verdade tal como a afirmação foi descrita na peça inicial, que, no processo penal, corresponde à denúncia. Esse será o objeto do debate e uma vez que a prova apresentada não corrobore o enunciado correspondente à hipótese acusatória, isso já é suficiente para concluir, pelo menos, que o fato não ocorreu tal como afirmado nesse enunciado.

O que não se admitirá nesse artigo é que a verdade não importa de modo nenhum porque ela não é alcançável, ou porque aquilo que se considera verdadeiro, no mais das vezes, não passa de uma meia-verdade ou de uma falsidade. Semelhante conclusão eliminaria a própria premissa, na medida em que a própria definição de falsidade ou de meia verdade depende da admissão de uma verdade²⁶.

Por essa razão, a verdade a ser buscada no processo é relativa, mas não no sentido subjetivo, e sim, no sentido de relativa às evidências que são apresentadas durante a tramitação, bem como relativa à parte da verdade que foi narrada, visto ser possível que a realidade fática não seja trazida integralmente a debate. O objetivo não é descobrir a verdade do que realmente aconteceu, mas estabelecer se a pretensão apresentada restou suportada ou não pelas evidências apresentadas²⁷.

Diversas conclusões foram sendo realizadas ao longo da exposição. Aderiu-se à concepção racional da prova, segundo a qual a sua função é testar as hipóteses fáticas expostas no processo para corroborá-las, ao menos em parte, ou não. Essa afirmação não é incoerente com o reconhecimento do

25 POPPER, Karl. *Conjecturas e Refutações*. Lisboa. Biblioteca de filosofia contemporânea. 2018. p. 272: “Além disso, se testarmos a nossa conjectura e logarmos falsificá-la, veremos muito claramente que existia uma realidade – algo com a qual ela podia colidir”. Apesar de essa assertiva dizer respeito à ciência, revela-se aplicável ao processo como instrumento de investigação (no sentido de procedimento para averiguação da verdade – no sentido epistêmico, portanto), visto que as afirmações realizadas na denúncia, ou na defesa consistem em enunciados sobre hipóteses fáticas. No mesmo sentido, TUZET, Giovanni. *Abduction, IBE and standards of proof*. In: *The international journal of evidence and proof*. Vol. 23, 2019, pág. 116; Beltrán, Jordi Ferrer. *A valoração racional da prova*. págs. 180-198.

26 HAACK, Susan. *Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law*. In: *Evidence Matter*, p. 296. De acordo com a autora, passa-se da premissa verdadeira de que certas coisas que se dizem verdadeiras apenas passam por verdadeiras, para a falsa conclusão de que, por essa razão, a verdade é uma ilusão.

27 HAACK, Susan. *Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law*. In: *Evidence Matter*, p. 305. Como conclui Allen e Stein, as evidências não surgiriam da forma que surgiram se a narrativa por elas suportada não fosse verdadeira, de modo que elas são um indicativo da verdade, um horizonte do raciocínio judicial (ALLEN, Ron; STEIN, Alex. *Ob. cit.*, pág. 577).

caráter probabilístico do raciocínio probatório, no sentido de que não é possível ter uma certeza racional incontestável de que o resultado final reproduzirá exatamente o fato tal como ocorreu no passado, uma vez que esse raciocínio foi estabelecido diante da base de informações existentes em determinado momento, obtidas conforme as técnicas de obtenção de conhecimento da época²⁸.

Essa concepção exige do julgador que estabeleça um procedimento adequado de admissão e coleta da prova, cujo resultado deve ser rigorosamente exposto na valoração realizada por ocasião da fundamentação da decisão.

Diante da inadequação do raciocínio matemático para solucionar todas as dificuldades inerentes ao raciocínio probatório, adota-se, no presente trabalho,

28 TARUFFO, Michele. Notes about statistical evidence. Revista de PPGD UFRJ, janeiro-junho 2016, p. 162; Em outra oportunidade (Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos. Tradução: RAMOS Vitor de Paula. São Paulo. Marcial Pons, 2012. p. 105), o professor italiano esclarece que a relatividade decorre da relação entre o conhecimento da verdade e o contexto em que surge, o método utilizado e a quantidade e qualidade das informações fornecidas, de modo que pode haver uma maior ou menor aproximação da verdade, isso sim, é relativo. Haack, no mesmo sentido, argumenta ser necessário distinguir a verdade como fenômeno, e aspectos da verdade como fenômeno, estabelecendo que algumas pretensões narradas podem ser verdadeiras apenas em parte ou são verdadeiras apenas em um particular momento de um particular lugar (HAACK, Susan. Nothing fancy: some simple truths about Truth in the law. In: Evidence Matter, p. 297).

GASCÓN ABELLAN, Marina. Cuestiones probatorias (Spanish Edition). Universidad Externado. Edição do Kindle. No mesmo sentido, BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. págs. 150-173; ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Ob. cit., p. 571. De acordo com esses autores, a probabilidade matemática, ou frequentista, como dizem, é incompatível com o raciocínio natural das pessoas quando analisam evidências, que se concentra nos fatos individuais do caso, e não em um cálculo de chances de o evento acontecer como narrado dentre todos os eventos possíveis. Esse distanciamento do raciocínio probatório natural talvez derive, nas palavras de Taruffo, de sua escassa funcionalidade no contexto do processo, que se preocupa com o peso e com o significado dos elementos de prova disponíveis no caso concreto, fatores esses que dificilmente são traduzidos em números (TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition) (p. 272). Trotta. Edição do Kindle). Entretanto, a probabilidade matemática que é excluída é o raciocínio matemático puro e simples, sem atenção para as evidências, como um cálculo acerca da associação de eventos, ou seja, qual a frequência probabilística de um evento ocorrer quando o outro também está presente, ou mesmo de sua utilização para avaliação da prova em si. Mas a probabilidade matemática se revela útil em diversas ocasiões. Por exemplo, se um determinado artefato é localizado no local do crime e há êxito na coleta de material genético que identifica um indivíduo, sendo a conclusão nesse sentido extremamente forte, de modo que seria quintilhões de vezes mais provável que o indivíduo seja o acusado ao invés de um terceiro, esse é um elemento a ser considerado por ocasião da valoração, cuja cadeia de inferências poderá conduzir à responsabilidade penal, desde que haja prova de que ele foi relevante para o cometimento do crime e não foi encontrado aleatoriamente no local. A probabilidade matemática, nessa ocasião, ingressa na premissa do raciocínio, e não na sua conclusão final, que dependerá de haver coerência do meio de prova produzido nessas condições com as demais provas do processo. Nesse sentido. COHEN. L. Jonathan. The role of evidential weight in criminal proof. In: Boston University Law Review, vol. 66, 1986, p. 645.

como instrumento de valoração da prova, a probabilidade lógica ou baconiana²⁹, que é ordinal e não numérica, na medida em que se pauta em critérios de inferência e na correção da construção da inferência para estabelecer uma ordem entre as evidências apresentadas.

Como é comum que no processo exista mais de uma hipótese fática em disputa, é possível que haja evidências apresentadas em favor de todas elas, gerando a necessidade de se estabelecer qual delas prevalece.

Os *standards* de prova exercem importante papel no raciocínio probatório porque são padrões, regras, que são estabelecidas para orientar o julgador a concluir que determinada pretensão exposta no processo foi comprovada de modo suficiente a autorizar uma decisão favorável à parte que apresentou a evidência assim considerada. O professor espanhol Jordi Ferrer Beltrán diz que o *standard* de prova é uma regra que estabelece um umbral de suficiência probatória. No Brasil, Janaína Matida e Alexandre de Moraes Rosa explicam o conceito de *standard* de prova como regras que estabelecem sarrafos que devem ser superados para que a parte alcance uma decisão favorável³⁰. Se nenhuma das partes conseguem superar esse umbral, ultrapassar esse sarrafo, a solução advirá da aplicação da regra do ônus da prova.

A ideia de *standard* de prova como umbral de suficiência probatória também é compatível com uma concepção de falibilidade do conhecimento humano, que é construído em graus, e os *standards* oferecem um grau adequado de justificação de uma pretensão³¹.

29 Susan Haack entende que a probabilidade deve ser entendida, em relação ao raciocínio probatório, como grau de crença justificado pela evidência (The epistemological critique of exclusionary rules. In: Evidence matter, p. 57). Haack entende que não há probabilidade indutiva porque não existe um sistema formal indutivo (The epistemological critique of exclusionary rules. In: Evidence matter, p. 59-60). No livro Filosofia das Lógicas Haack defende que somente pode ser considerado como um sistema de lógica formal aquele em que as conclusões possam ser derivadas dos axiomas do sistema conforme regras do próprio sistema. Ela defende que o que ela chama de argumentos informais, por essa razão, podem no máximo ter força indutiva, porque não se inserem em um sistema determinado (HAACK, Susan. Filosofia das Lógicas, p. 44). A autora adota, então, o conceito de força indutiva do argumento a partir da prova e do grau de justificação da prova, que fornece um argumento menos do que dominante porque construído em graus.

30 MATIDA, Janaína; ROSA, Alexandre de Moraes. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. In: [Para entender standards probatórios a partir do salto com vara \(conjur.com.br\)](http://conjur.com.br).

31 HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence. In: Evidence matter. p. 17.

Não faz sentido falar de *standard* de prova quando se defende uma concepção persuasiva da prova, pois, se o objetivo da prova é obter o convencimento do magistrado, a suficiência probatória será alcançada sempre que o magistrado se convencer que determinada pretensão está provada. O perigo dessa forma de compreender o problema reside na sua falta de comprometimento com a clareza do raciocínio, notadamente porque dentro dessa concepção a motivação consiste em uma mera explicação de quais provas levaram à formação do convencimento, ao invés de uma justificação, ou seja, da exposição das razões pelas quais o raciocínio empreendido pelo magistrado está correto.

O *standard* de prova tem a função de distribuir os riscos de erros do processo, e não de reduzi-los. Explicando melhor.

Na obra *Error, Truth and Criminal Law*, Larry Laudan explica que as regras de direito probatório podem ter duas funções: uma função de redução do erro e uma função de distribuição de erros.

O *standard* de prova teria uma função de distribuição do risco de erro³² porque se admite a falibilidade do conhecimento humano, bem como em virtude das peculiaridades do direito criminal e do próprio processo judicial. Consequentemente, admite-se que o conhecimento humano alcançado no processo é probabilístico, não permitindo ao alcance de uma certeza racional que pudesse ser compreendida por qualquer pessoa, uma vez que não está baseada em conhecimentos básicos, autoevidentes. Se o conhecimento é probabilístico, então é previsível que erros sejam cometidos, sejam falsos positivos (condenações errôneas), ou falsos negativos (absoluções errôneas). A construção de *standards* de prova é uma das formas de escolher que tipo de erro é preferível, o que pressupõe uma valoração adequada sobre os custos que envolvem cada erro, e sobre a probabilidade de sua ocorrência³³.

32 Larry Laudan fala em distribuição do erro, ao passo que Jordi Ferrer Beltrán fala em distribuição do risco de erro. O professor espanhol diverge de Laudan nesse aspecto, aduzindo que “a quantidade total de erros que, de fato, se produzem e sua distribuição, não dependerá somente do nível de exigência probatória fixada pelo *standard*, mas também da incidência de outras regras processuais, da qualidade e da distribuição de genuínos inocentes e culpados que chegarem ao processo, do peso dos conjuntos probatórios disponíveis e do efeito dinâmico em todos esses aspectos que esses produzirem nas práticas processuais” (Provas sem convicção. p. 235). No texto, adotar-se-á como função dos *standards* de prova a de distribuição do risco de erros.

33 Por essa razão não é correto atribuir aos *standards* de prova a função de evitar o erro. Para isso, outras providências devem ser tomadas, como, por exemplo, melhorar a qualidade da investigação, pois quanto menor o nú-

A fixação de uma razão matemática sobre a probabilidade de ocorrência de erros depende de informação empírica sobre a quantidade de pessoas que eram genuinamente culpadas e foram condenadas, e de pessoas que genuinamente eram inocentes e foram absolvidas. Essa informação empírica não está disponível, pois seria necessário averiguar retrospectivamente cada processo para chegar a essa conclusão, e, ainda assim, ela não seria completa, pois, a confissão não é comum no processo criminal e a investigação pode conter diversas falhas que impedem, pela análise unicamente do acervo probatório, estabelecer essa conclusão com segurança³⁴. Ademais, como visto anteriormente, há outras regras e institutos de direito processual que também tem a função de redução do erro, bem como há regras de função antiepistêmica, cuja aplicação impede que se observe o efeito exclusivo do *standard* de prova sobre os resultados finais do processo.

Diante desse contexto, só resta conjecturar que há uma relação direta entre o rigor exigido para considerar uma pretensão comprovada e o custo do erro que se deseja evitar. Quanto maior o rigor, menor a chance de determinado tipo de erro³⁵. Dentro da seara penal, um *standard* adequado deveria incorporar todo o benefício da dúvida que se deseja socialmente aceitável ao réu. Além dos *standards* de prova, outros fatores interfeririam na distribuição de erros: o ônus

mero de genuínos inocentes levados a julgamento, menor o número de condenações falsas. Nesse sentido, ALLEN, Ronald J. Modelling Criminal Law. In: Law and Philosophy, vol. 28, nº 4, Symposium on crime and culpability, jul. 2010, pág. 470-471; ALLEN, Ronald J. How to think about errors, costs, and their allocation. In: Florida Law Review, vol. 64, 2012, p. 890.

34 De KAY, Michael. The difference between Blackstone-like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof. Law and society inquiry, vol. 95, 1996, p.131-132.

35 Larry Laudan, por exemplo, discute em seu livro a possibilidade de estabelecer um *standard* de prova com base em alguma *ratio* considerada socialmente aceitável. Invoca o que chama de *ratio* Blackstone, de preferência que dez culpados sejam absolvidos a que um inocente seja condenado, o que elevaria essa *ratio* para um patamar superior a 90%. Discorda do critério para definir a *ratio*. Prefere partir do número de acertos, e não de erros, e diz preferir que dez absolvições verdadeiras ocorram, e apenas uma condenação falsa. Ele não exclui a condenação falsa porque o conhecimento é falível e o resultado probatório probabilístico, de modo que o risco de erro sempre está presente. Conclui, então, que a *ratio* por ele fixada, que chama de *m*, por ser socialmente aceitável, em um patamar superior a 90% de confirmação probatória, o que ocasionaria uma indiferença pelo resultado do julgamento. Allen (ALLEN, Ronald J. Modelling Criminal Law) igualmente entende que a *ratio* Blackstone seria inadequada porque sua aplicação resulta em um número de erros muito superior ao de acertos. Esse equívoco de entender que o *standard* de prova, isoladamente, produz a redução do número de erros, é também identificado por Michael L. DeKay (The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of proof – Law and society inquiry, 95, 1996, p. 97).

da prova e a qualidade da investigação e da coleta de informes relevantes para a decisão, de modo que se conduzisse ao julgamento pessoas genuinamente culpadas, pois quanto menor o número de pessoas genuinamente inocentes sendo levadas ao processo, menor a chance de falsos positivos (condenação de pessoas inocentes).

Uma vez concluída a fixação do *standard* de prova adequado, incorporado todo o benefício da dúvida que se entende conforme aos valores sociais, seria necessário construir um procedimento probatório dotado de diversas regras jurídicas que permitam enriquecer o acervo probatório, admitidos os limites próprios do ordenamento jurídico, ou seja, as regras antiepistêmicas que tem por objetivo proteger os direitos fundamentais do réu, ou evitar a produção de provas irrelevantes ou excessivamente custosas e de baixa confiabilidade, que teriam o efeito de estender no tempo demasiadamente o procedimento³⁶.

Larry Laudan diz que uma vez que todo o benefício da dúvida considerado socialmente adequado já foi incluído na construção do *standard* de prova, com a distribuição do risco de erro, na construção do procedimento probatório não haveria mais sentido em estabelecer limitações a determinadas espécies de provas da acusação com o propósito exclusivo de aumentar o benefício da dúvida. Se se entende que o *standard* de prova ainda não incorporou o valor considerado justo de benefício da dúvida, o ideal é aumentar o rigor probatório na seara criminal, ao

36 Quanto a esse aspecto Jordi Ferrer Beltrán lança mão do conceito de peso probatório. O peso probatório é um conceito que tem a ver com a completude do acervo probatório, ou seja, com a maior quantidade possível de evidências disponíveis e acessíveis, o que envolve um juízo de valor sobre o seu custo, ou seja, se ela é excessivamente custosa. O peso probatório não tem relação com a corroboração da pretensão de cada uma das partes, e sim com o acervo considerado integralmente. O valor probatório de cada evidência, e das evidências consideradas integralmente, sim, tem relação com a corroboração da pretensão pelas provas apresentadas. O peso probatório pressupõe que quanto mais rico o acervo probatório, maior a probabilidade de acerto, considerando que há mais informação disponível. É o que Susan Haack chama *comprehensiveness*, o grau de completude das evidências disponíveis que permitem justificar uma pretensão (HAACK, Susan. *Evidences Matter* p. 60). J. Cohen considera esse conceito tão importante que, na visão dele, tornaria ociosa qualquer concepção da utilização da probabilidade aritmética como forma de avaliação da prova, que ele denomina Pascaliana, pois qualquer delas só faz sentido se construída com apoio na completude das informações relevantes, o que, na visão do referido autor, tornaria essas concepções desnecessárias (COHEN, L. Jonathan. *Ob. cit.*, p. 639). Uma importante observação de Gustavo Badaró é que, às vezes, todas as provas disponíveis e acessíveis podem, ainda assim, conduzir a uma justificação fraca, não sendo possível haver condenação criminal (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. p. RB-3.20.

invés de inserir no procedimento probatório, cuja única preocupação deve ser a redução do risco de erro, preocupações distribucionistas.

Essa forma de compreensão do problema não é adequadamente aplicada ao Direito porque existem diversas preocupações concernentes à proteção da pessoa do acusado e diversos valores constitucionais que devem ser preservados. A fixação de um *standard* de prova não é epistêmica, é fruto de uma decisão política onde, reconhecida a possibilidade do erro em virtude da falibilidade do conhecimento humano, são sopesados o risco de erro, o direito a ser afetado por esse erro possível, a utilidade/desutilidade social desse erro, bem como o estímulo ou desestímulo que a incidência desse erro pode ter em atividades sociais consideradas prejudiciais ou importantes³⁷. Tratando-se de decisão política, o ideal é que seja fixada em lei, favorecendo a segurança jurídica e permitindo que todas as pessoas possam traçar estratégias mais adequadas quando enfrentarem um processo judicial.

No direito norte-americano a doutrina e a jurisprudência sedimentaram a existência de três espécies de *standards* de prova, considerados o momento do processo em que a decisão será tomada e o objeto do processo: *preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* e *beyond any reasonable doubt*. Dotados de um sistema processual onde o júri tem protagonismo, e preocupados com a não motivação dos vereditos, desenvolveram um longo marco teórico para guiar os Juízes a orientar os jurados sobre como devem proceder para considerar uma pretensão suficientemente provada.

O *standard* da prova preponderante seria adequado para solucionar demandas onde os custos do erro fossem equivalentes, considerando a importância do que está em jogo. Seria utilizado para solucionar demandas cíveis de natureza eminentemente patrimonial, onde o objeto da perda é o mesmo: dinheiro. Considerando que não é racional decidir em favor de uma parte que não consegue comprovar sua pretensão mais do que a outra, a preponderância, se fosse explicada apenas para fins didáticos com recurso da matemática, seria alcançada sempre que uma parte conseguisse comprovar sua pretensão em 51% de um cálculo que

37 GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria. Revista Ius Comitalis, ano 2, vol. 3, janeiro-junho 2019, p. 185.

envolvesse 100% de probabilidade de correção³⁸. Explicitada em linguagem natural, seria possível dizer que a prova seria preponderante quando se pudesse concluir que é mais provável que aconteceu como diz o autor do que como diz o réu, por exemplo.

O *standard* da prova clara e convincente seria aplicado nas pretensões cíveis cuja disputa não envolve unicamente aspectos patrimoniais, mas que envolve, outrossim, dimensões extrapatrimoniais, existenciais ou valores essenciais à sociedade. Seria o caso da perda do poder familiar no âmbito do direito norte-americano, por exemplo, ou, no caso brasileiro, a condenação por improbidade administrativa na redação anterior às modificações empreendidas pela Lei 14.230/2021³⁹. Se fosse possível precisar em linguagem matemática, seria exigir que houvesse prova correspondente a 75% ou 80% de probabilidade de verificação do evento que corrobora a pretensão afirmada. Em linguagem natural, seria o mesmo que dizer que é altamente provável que tenha ocorrido como a parte afirmou.

No âmbito criminal, haveria o *standard* da prova além de toda dúvida razoável (BARD), considerando que o custo de um erro em uma condenação criminal errônea é extremamente maior do que o de uma absolvição falsa, pois, além de privar de liberdade uma pessoa genuinamente inocente, ocasiona danos graves ao projeto de vida dela e à sua reputação. Se fosse possível traduzir em linguagem matemática, seria uma prova que ultrapassa o umbral de 90% de probabilidade de correção da pretensão acusatória. Em linguagem natural, seria o mesmo que dizer que é quase certo que tenha ocorrido do modo como foi narrado pela acusação⁴⁰.

38 É importante deixar claro que o raciocínio matemático foi utilizado unicamente para fins de didática na explicação.

39 Essa era a doutrina de Danilo Knijnick (A prova nos Juízos cível, penal e tributário, p. 38). Esse entendimento, após as modificações promovidas pela Lei 14.230/2021, perdeu seu sentido, pois, além de o procedimento novo haver se tornado similar ao procedimento do CPP, a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do CPP, onde prevê, por exemplo, a ausência de prova suficiente para condenação (art. 21, §4º, da Lei 8.429/92).

40 KNIJNICK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. p. 45.

Depreende-se dessa breve exposição que o direito norte-americano, apesar dos defeitos dos *standards* formulados, objeto de diversas críticas da doutrina às definições e modo de aplicação, está à frente do nosso direito positivo porque pelo menos apresenta alguns parâmetros, mesmo que defeituosos, que são parcialmente consolidados com décadas de estudos e de jurisprudência sobre o tema. A existência desses *standards*, de elementos mínimos de definição de cada um deles e de identificação dos casos em que serão aplicados, promovem um ambiente de segurança jurídica, onde as partes podem, a partir da verificação das provas apresentadas, tomar decisões sobre a continuidade no processo ou sobre a aceitação de acordos, orientando a sua conduta processual. No Brasil, não há norma legal estabelecendo *standards* de prova.

O art. 155, do CPP, limita-se a dizer que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. O art. 156, do CPP, dispõe sobre ônus da prova e sobre poderes instrutórios do Juiz.

A redação do art. 155, do CPP, apesar de dizer que o objeto de livre apreciação do Juiz é a prova, o que exclui que ele possa decidir com base em elementos diversos (sua própria experiência, quando dissociada das provas, seu conhecimento privado, seus preconceitos, a lógica natural da vida), estabelece uma conclusão difícil de controlar: a prova tem por objetivo a formação da convicção do Juiz. Além de não haver a fixação de um *standard* de prova no âmbito criminal, determina como objetivo da prova a formação da convicção do magistrado, o que vai de encontro a uma concepção que requer *standards* de prova para possibilitar o controle do raciocínio judicial.

No mesmo sentido, o art. 412, caput, do CPP, estabelece que para prolatar a decisão de pronúncia o magistrado deverá estar convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Novamente, o dispositivo legal apenas diz que a justificativa da pronúncia se baseia no convencimento judicial, e não na existência de provas que justifiquem esse convencimento.

A legislação, assim, preocupa-se com a avaliação da prova, deixando de fixar *standards*⁴¹.

Em 2021, o STF reconheceu repercussão geral no RE 1.323.708 PA, em tema relacionado à suficiência probatória no crime de redução à condição análoga a de escravo. O acórdão de reconhecimento da repercussão geral restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ARTIGO 149 DO CÓDIGO PENAL. TIPICIDADE. STANDARD PROBATÓRIO. CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTE. REALIDADES DO TRABALHO RURAL E DO TRABALHO URBANO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES. VALORES SOCIAIS DO TRABALHO. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

A matéria ainda não foi debatida no âmbito do STF. De qualquer sorte, considerando os estritos limites da discussão, a solução será dada para o crime de redução à condição análoga à de escravo. Não há, até aqui, elementos seguros, firmados na lei ou na prática jurisprudencial, acerca dos *standards* de prova, seja no âmbito cível, no âmbito criminal, no direito tributário ou no direito administrativo sancionador, o que motivou a reflexão sobre o presente tema.

No julgamento do Resp 2091647-DF, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 03/09/2023, a Sexta Turma do STJ controlou a legalidade de decisão de pronúncia no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri estabelecendo parâmetros importantes⁴². Em primeiro lugar, acolheu o princípio

41 TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 51. Págs. 668-669.

42 No STF há precedente mais remoto, ARE 1067392, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 26/03/2019, a Segunda Turma decidiu que “diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido

da progressividade no âmbito dos *standards* de prova, segundo o qual o nível de exigência de um *standard* de prova aumenta à medida que se progride no âmbito do procedimento. Dessa forma, uma decisão inicial de admissão de uma demanda requer um conjunto de provas menos robusto que a decisão final do processo. Com isso a decisão de pronúncia somente é admissível quando estiver comprovada a materialidade e houver indícios suficientes de autoria. Caso haja dúvida quanto à existência dos indícios suficientes de autoria, então não se aplica a máxima *in dubio pro societate*, que nem mesmo tem existência no direito positivo brasileiro. Nesse caso, deve-se aplicar o princípio *in dubio pro reo*, pois se trata de decisão que requer um conjunto probatório mais robusto, notadamente porque tem como consequência levar o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, ocasionando maior invasão em sua esfera jurídica. Tendo a função de distribuir os riscos de erro no processo, a progressão do procedimento requer conjunto probatório mais robusto e, caso não apresentado, o risco de erro nessa etapa já é atribuído à acusação.

Outro ponto importante do precedente é que estabeleceu *standards* para o procedimento do Tribunal do Júri, dentro dessa progressividade. Para o recebimento da denúncia, basta que a hipótese acusatória, considerados os elementos de prova apresentados com a denúncia, seja mais provável do que a hipótese absolutória, “mesmo que isso não signifique efetiva solidez do acervo probatório produzido e que ambas sejam pouco prováveis”. Esse, entretanto, não poderia ser o *standard* de prova admissível para levar o réu a Júri popular, porque ocasionaria o risco de sua condenação por mera preponderância de provas, o que seria “francamente incompatível com a presunção de inocência que ilumina o processo penal”. Para a decisão de pronúncia, seria necessário que o magistrado se baseasse em um *standard* intermediário entre a mera preponderância de provas e da prova além de toda dúvida razoável, que é designado como “prova ou mesmo um certo conjunto de prova que indique, com elevada probabilidade, a autoria, embora não se trate de certeza da autoria”, correspondente ao que no direito

de não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados”, diante da “primazia da presunção de inocência”. No mesmo precedente, o relator estabeleceu que, “embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade”.

norte-americano se designa por *clear and convincing evidence*. Nesse aspecto, o STJ admitiu que o Júri condene o réu com base no *standard* da prova clara e convincente, pois considerou esse risco, o que permite concluir, a partir da leitura do acórdão, que não há uma ligação intrínseca entre o princípio da presunção de inocência e a necessidade de um *standard* de prova mais rigoroso no âmbito penal, que seria o da prova além de toda dúvida razoável.

No mesmo sentido, no julgamento do AResp 2236994/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 21/11/2023, a Quinta Turma estabeleceu que a decisão de pronúncia tem a função de proteção do réu contra erros judiciais e, por conta disso, ela deve estar fortemente corroborada, com alto grau de probabilidade, por provas claras e convincentes, e que o conjunto probatório seja completo.

Depreende-se desses dois precedentes do STJ que a jurisprudência do Tribunal, nas duas Turmas com competência para julgar Direito Penal e Processual Penal, vem se sedimentando em adotar o princípio da progressividade, de modo que quanto mais inicial for uma decisão, e menos invasiva dos direitos do réu ou do investigado, menor é o *standard* de prova exigido. Essa exigência aumenta à medida que a decisão é prolatada após acréscimo do acervo probatório e em que se atinge com maior impacto a esfera jurídica do acusado. Uma conclusão necessária acerca da adoção desse princípio é que o processo penal não requer, necessariamente, um único *standard* de prova, pois é possível e até mesmo necessário adotar diversos *standards* a depender do tipo de decisão⁴³. Não há um dispositivo legal específico que assim estabeleça, mas se trata de uma orientação interpretativa possível a partir da leitura de diversos dispositivos do CPP.

No art. 387, VII, o CPP determina ao Juiz que absolva o réu quando não existir prova suficiente para a condenação. O art. 16, do CPP, estabelece que o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, o que significa que a denúncia não pode ser oferecida sem base probatória mínima, pois, na falta desse substrato mínimo, a ação penal deve ser objeto de arquivamento, na forma do art. 28, do CPP, ou, caso não haja

43 No RHC 158580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado pela Sexta Turma em 19/04/2022, o STJ indicou que a busca pessoal, requer um *standard* específico.

promoção de arquivamento pelo Ministério Público, deverá ser rejeitada pelo magistrado por falta de justa causa (art. 395, III, do CPP). Após o oferecimento da resposta escrita do art. 396-A, do CPP, o magistrado está autorizado a prolatar decisão de absolvição sumária quando houver prova manifesta de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, ou quando o fato evidentemente não constituir crime ou estiver extinta a punibilidade. A absolvição sumária requer que a prova produzida pela defesa seja suficiente para rechaçar as provas produzidas pela acusação, pois a lei utiliza o termo “manifestamente”. Caso não haja essa prova manifesta, o procedimento deve seguir. Considerando que o Ministério Público deve narrar na denúncia o fato, com todas as suas circunstâncias, e que há a presunção de inocência protegida constitucionalmente (art. 5º, LVII), é incumbência do Ministério Público comprovar suas alegações, embora nada se diga a respeito do grau de suficiência probatória para considerar afastado o disposto no art. 387, VII⁴⁴.

Na decisão da Sexta Turma do STJ (Resp 2091647-DF), invocam-se *standards* de prova do direito norte-americano que receberam diversas críticas por conta de sua falta de clareza, sua quase inexistente objetividade e por recorrerem a critérios eminentemente subjetivos do julgador. Por mais que a linguagem natural seja um obstáculo para fixação de *standards* objetivos por conta da sua inevitável vagueza, é necessário que parâmetros com menor grau de indefinição possível sejam especificados. Como ensina Larry Laudan, equidade e devido processo não são assegurados, nem de modo provável, em um sistema onde diferentes juízes dimensionam de modo diverso os *standards* de prova⁴⁵.

Já a decisão da Quinta Turma acima mencionada (AResp 2236994/SP), foi mais precisa e mais feliz, pois invocou em seu auxílio os parâmetros fixados pelo autor Jordi Ferrer Beltrán em sua obra “**Provas sem convicção. Standards de prova e devido processo**”. O Professor de Girona constrói 7 standards de prova

44 JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, nº 23, jan./jun. 1986. Págs. 36-37. Gustavo Badaró aduz que uma alegação excludente de ilicitude ou de culpabilidade, por exemplo, não importam em ampliação ou alteração do objeto do processo, pois esse consiste na pretensão penal exposta pelo Ministério Público, e sim em ampliação do objeto de cognição do Juiz, e, consequentemente, do objeto da prova (BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB 1.13.

45 LAUDAN, Larry. Truth, error and criminal law. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. p. 31.

que poderiam ser aplicados nos mais diversos procedimentos existentes, tanto na seara cível, tributária, penal e direito administrativo sancionador⁴⁶. No caso, o relator entendeu aplicável, para a decisão de pronúncia, o standard 4 proposto por Jordi Ferrer Beltrán⁴⁷.

Depreende-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, atualmente, trilha um caminho de estabelecer critérios visando controlar o raciocínio judicial, ao mesmo tempo em que se preocupa em prover o magistrado de instrumentos que facilitem a exposição da decisão sobre a suficiência probatória. A jurisprudência também admite a existência de *standards* de prova diversos dentro do mesmo procedimento penal. Em relação ao julgado da Quinta Turma do STJ, verifica-se também que há uma preocupação em definir o *standard* de prova, conforme palavras de Larry Laudan, em termos de características do caso apresentado para a condenação, e não em termos de estado mental do julgador⁴⁸.

Mas não há clareza sobre a possibilidade de haver *standards* de prova diversos a depender de diversas circunstâncias, como, por exemplo, a espécie de crime e a maior dificuldade de comprovação em virtude da natureza da conduta descrita e das diversas formas de disfarçá-la, fazendo-a parecer conforme a lei, ou mesmo pelas características da própria conduta, que não se aperfeiçoa, em regra, diante de terceiros que possam testemunhá-la.

Como proceder diante de casos iguais a esses? Larry Laudan entende que o *standard* de prova extremamente rigoroso, que no direito norteamericano corresponde à prova além de toda dúvida razoável, não deveria ser aplicado em todos os casos no processo criminal para fins de condenação. Ele defende que a gravidade da pena interfira na construção do *standard* de prova, de modo que crimes cuja pena seja mais severa, como a privativa de liberdade, requerem um *standard* mais exigente porque o risco de erro causa um dano

46 Em curso realizado no ano de 2023, intitulado “Curso de Extensión Universitaria em Estándares de Prueba y Debido Proceso”, o processor Jordi Beltrán acrescentou mais quatro standards que deverão ser melhor explorados em uma segunda edição da sua obra.

47 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. p. 367: “a) que seja a hipótese mais provavelmente verdadeira, à luz dos elementos de juízo existentes nos autos do processo; b) que o peso probatório do conjunto de elementos de juízo relevantes incorporados ao processo seja completo (excluídas as provas redundantes)”

48 Laudan, Larry. Truth, error and criminal law. p. 52.

grave ao indivíduo. Entretanto, se a pena for leve, como uma prestação de serviços ou o pagamento de uma multa, o *standard* da prova clara e convincente seria suficiente e seria compatível com a presunção de inocência, pois não seria admissível uma condenação criminal com base em mera probabilidade preponderante. O custo para montar a prova desses processos de penas mais leves também influenciaria na construção do procedimento probatório e dos *standards* de prova⁴⁹.

Argumentando sobre as razões para determinar um *standard* de prova, Jordi Ferrer Beltrán elenca seis motivos que podem ser considerados pelo legislador⁵⁰: 1) a gravidade do erro em caso de condenação falsa; 2) o custo do erro das falsas absolvições; 3) as dificuldades probatórias do tipo do caso; 4) a incidência de outras regras que distribuem o risco de erro; 5) a distribuição de poder entre as partes; 6) a etapa do processo para a qual deve ser tomada a decisão.

O crime de corrupção passiva é punido com pena de reclusão dois a doze anos, e multa, o que significa que, a depender do caso, o acusado pode ter sua pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que observados os demais requisitos do art. 44, do CP, considerando que um dos requisitos é que a pena privativa de liberdade fixada não tenha sido superior a quatro anos. Por mais que essa substituição seja possível, a previsão abstrata é de pena privativa de liberdade, que é grave, sem contar que a condenação criminal insere o condenado no estado de reincidência, que obsta que ele tenha benefícios de institutos criminais despenalizadores ou desencarcerizadores por cinco anos, como, por exemplo, a suspensão condicional do processo⁵¹, a transação penal,⁵² o acordo de não persecução penal⁵³ e a suspensão condicional da pena⁵⁴.

49 Laudan, Larry. Truth, error and criminal law. págs. 55-56.

50 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. págs. 262-298.

51 Aplicação, por analogia, do disposto no art. 76, §2º, II, da Lei 9.099/1995: RHC 80170/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017; HC 370047/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016; HC 366668/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016; RHC 55924/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 24/06/2015; HC 209541/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013.

52 Art. 76, §2º, II, da Lei 9.099/1995.

53 Art. 28-A, §1º, III, do CPP.

54 Art. 77, I, do CP.

O custo da falsa absolvição é grande, considerando que o bem jurídico protegido é a probidade administrativa e, consequentemente, o erário, de tal forma que moldar um procedimento que dificulte a condenação de genuínos culpados importa em descumprir o dever de proteção por parte do Estado a esses valores constitucionais.

As dificuldades probatórias são evidentes nesse tipo de crime porque o agente público corrupto não passa recibo, nem descreve a causa da atribuição patrimonial de forma verdadeira (prática de ilegalidade ou omissão ilegal). Pelo contrário, com o passar dos anos são aperfeiçoados métodos de dissimulação da vantagem indevida com o objetivo de dificultar a fiscalização e, quiçá, em caso de processo judicial, beneficiar-se da dúvida decorrente de um *standard* de prova muito exigente.

Duas estratégias poderiam ser formuladas: modificar o tipo penal do crime de corrupção passiva, de modo a considerar crime o agente público ter um patrimônio incompatível com sua remuneração e sem justificativa plausível, ou reduzir o *standard* de prova.

A primeira estratégia parece estar fora do propósito do Congresso Nacional atual. Os movimentos foram em sentido contrário, tanto que a Lei 14.230/2021, excluiu a figura do ato de improbidade administrativa qualificado pelo dano ao erário, por culpa, bem como equiparou toda a estrutura da lei de improbidade à do direito penal.

A segunda estratégia parece mais passível de ser alcançada, porém, também demandaria a atuação do Poder Legislativo. Considerando que a jurisprudência do STJ já fez apontamentos sobre a diversidade de *standards* de prova dentro do mesmo procedimento criminal, não parece descartável que essa intervenção seja realizada pelo Poder Judiciário, entretanto, por uma questão de segurança jurídica, o mais correto é que ela ocorresse mediante os instrumentos criados pelo novo CPC para estipulação de teses vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário subordinados ao Tribunal que editá-las.

Um questionamento comum que pode surgir é que o devido processo legal no processo criminal exige um *standard* de prova rigoroso e exigente, pois a presunção de inocência estabelece uma preferência política sobre um maior risco de erro de absolvições falsas.

Assim como Larry Laudan, mencionado acima, Jordi Ferrer Beltrán defende em sua obra que o devido processo legal exige, apenas, que uma condenação somente será admissível quando superado o *standard* de prova estabelecido para esse fim, ou seja, o que o devido processo legal exige é um *standard* de prova, e a presunção de inocência nada fala sobre o *standard* de prova necessário⁵⁵, podendo ser qualquer um mais exigente do que o firmado normalmente para a seara cível patrimonial, notadamente porque o risco de erro não é indiferente na sentença criminal, ao contrário do que ocorre na sentença cível⁵⁶.

Essa afirmação não parece estar em contradição com o que acontece no ordenamento jurídico. O princípio *in dubio pro reo*, comumente utilizado no processo penal, diversas vezes é transplantado para seara diversa, como, por exemplo, o direito administrativo sancionador⁵⁷. Nem por isso se defende que nesse âmbito, por exemplo, para a aplicação de pena de demissão a um servidor público, o *standard* de prova deva ser o mesmo que vigora no âmbito do processo criminal. Consequentemente, não há inconstitucionalidade em qualquer proposta legislativa que construa *standards* de prova menos rigorosos no âmbito criminal, desde que mais exigentes do que o da preponderância da prova⁵⁸.

55 Em sentido diverso, BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3.16.

56 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção págs. 256-260. Essa mesma preocupação perpassa Allen, Ronald. Modelling Criminal Law. págs. 471-472. AGUILERA GARCIA entende que o direito fundamental à prova exige que o *standard* de prova seja formulado com base na metodologia da corroboração da hipótese pelas evidências apresentadas, e não com base em estados mentais do julgador, e que o nível de exigência seja estabelecido de forma mais racional possível, considerando a diversa gama de consequências positivas ou negativas, de custos e benefícios de cada tipo de erro.

57 Por exemplo, a Quinta Turma do STJ, ao julgar o RMS 24584/SP, em 09/02/2010, entendeu aplicável o princípio *in dubio pro reo* em processo administrativo que resultava em sanção disciplinar. O Pleno do STF igualmente já aplicou esse princípio no processo administrativo disciplinar no MS 23262: EMENTA Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. (...). 2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. (...) (MS 23262, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23-04-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014). No âmbito doutrinário, OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Administrativas. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2ª ed. 2005. págs. 25-26.

58 Uma proposta em sentido contrário, MOTTA, Tiago de Lucena. Valoração da prova na persecução penal da corrupção: um argumento contra a variabilidade de *standards* probatórios. In: Direito Brasileiro Anticorrupção. Org: MALTA, Carlina Souza. ENFAM. Volume 3, págs. 362-368.

3. FORMULAÇÃO DE STANDARDS DE PROVA PARA O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Considerando a possibilidade de se construírem diversos *standards* de prova a partir de preocupações valorativas e políticas diversas, bem como considerando que o princípio da presunção de inocência no processo criminal não tem relação necessária com a adoção de um único *standard* de prova, que seja o mais rigoroso, e que o devido processo legal exige tão-somente a construção de *standards* claros e, no máximo possível, objetivos, a proposta aqui desenvolvida não importará os *standards* construídos no direito norte-americano (prova além de dúvida razoável e prova clara e convincente).

Serão analisadas outras propostas formuladas em âmbito doutrinário para verificar sua melhor adequação ao crime de corrupção passiva, considerados os valores envolvidos e mencionados no tópico acima.

Larry Laudan, em sua obra *Error and truth in criminal law*, analisa algumas propostas de *standards* com as quais, posto afirme não concordar que seriam as melhores, pelo menos teriam a virtude de estabelecer que o julgador deve decidir com base na prova do processo.

Uma primeira proposta analisada é a seguinte⁵⁹:

If there is credible, inculpatory evidence or testimony that would be very hard to explain if the defendant were innocent, and no credible, exculpatory evidence or testimony that would be very difficult to explain if the defendant were guilty, then convict. Otherwise, acquit.

De acordo com esse *standard*, é necessário estabelecer uma comparação entre as provas produzidas, e entre as provas produzidas e as diversas hipóteses rivais no processo.

Caso haja apenas provas da acusação, então elas deverão ser dotadas de credibilidade tal que torne difícil explicar qualquer hipótese contrária, ou seja,

59 LAUDAN, Larry. *Error and truth in criminal law*. p. 82.

que o crime não aconteceu. Se houver apresentação de provas pela defesa, então a prova da acusação tem que ter alguma característica que permita superá-la e justifique a condenação.

Depois, o autor norte-americano passa a analisar uma instrução formulada para os jurados nas Cortes do Estado da Califórnia a respeito da apreciação da prova circunstancial, e que vigorou nas Cortes Federais até o ano de 1954⁶⁰:

However, a finding of guilt as to any crime may not be based on circumstantial evidence unless the proved circumstances are not only (1) consistent with the theory that the defendant is guilty of the crime, but (2) cannot be reconciled with any other rational conclusion. . . . Also, if the circumstantial evidence permits two reasonable interpretations, one of which points to the defendant's guilt and the other to innocence, you must adopt that interpretation that points to the defendant's innocence, and reject that interpretation that points to guilt.

A prova circunstancial ou indiciária deveria ter duas características: a) deve ser consistente com a hipótese acusatória; b) não pode ser reconciliada com qualquer outra conclusão racional. Isso significa que se a prova circunstancial der ensejo a duas interpretações possíveis da hipótese fática, uma delas compatível com a apontada pela defesa, então o réu deve ser absolvido. Fica pendente de explicação os casos em que, embora seja possível haver alguma outra interpretação possível incompatível com a hipótese acusatória, seja de frágil justificação, considerando o contexto global das provas. Esse questionamento é importante porque no processo, em regra, acusação e defesa formulam hipóteses rivais e apresentam provas divergentes, o que significa que há possibilidade de haver interpretações divergentes.

Esse *standard* analisado por Laudan é complementado por outro analisado pelo mesmo autor⁶¹:

60 LAUDAN, Larry. Error and truth in criminal law. p. 82.

61 LAUDAN, Larry. Error and truth in criminal law. p. 83.

Figure out whether the facts established by the prosecution rule out every reasonable hypothesis you can think of that would leave the defendant innocent. If they do, convict; otherwise, acquit.

O fundamento dessa relação de complementação reside na necessidade de que o fato estabelecido e comprovado pela acusação ter a necessidade de excluir toda razoável hipótese que se possa pensar e que tornaria o réu inocente, então ele deve ser condenado. Caso contrário, deve ser absolvido. Esse *standard* complementa o anterior também porque admite interpretações divergentes e estabelece que um juízo condenatório somente está justificado se a outra interpretação possível não for razoável.

Há, assim, um ponto de partida para formular o *standard* de prova: credibilidade da prova produzida, relação de coerência entre a prova produzida e a hipótese acusatória, que não seja possível, a partir da prova produzida, formular uma interpretação divergente, razoável e compatível com a inocência do réu.

Outra proposta de *standards* de prova pode ser encontrada na obra de Jordi Ferrer Beltrán, intitulada “**Provas sem Convicção: Standards de prova e devido processo**”. O autor espanhol propõe três *standards* diversos para o processo criminal de conhecimento que finda com sentença condenatória ou absolutória, pois defende que não há uma ligação necessária entre o princípio da presunção de inocência e a existência de um único *standard* de prova para o processo penal que fosse o mais rigoroso de todos, de modo que o legislador poderia fazer um desenho institucional diverso, a depender dos fatores a serem levados em consideração por ocasião da construção dos *standards* para determinados tipos de crime. Os *standards* propostos são os seguintes⁶²:

STANDARD 1:

- a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova ao processo;

62 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção. págs. 366-367

- b) Deve-se ter refutado todas as demais hipóteses alternativas plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele, excluindo as meras hipóteses *ad hoc*;

STANDARD 2:

- a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova ao processo;
- b) Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele;

STANDARD 3:

- a) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova ao processo;
- b) Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele, desde que tenha sido aportado alguma prova que lhe confira algum grau de confirmação;

Esses três *standards* propostos devem ser analisados no contexto da teoria criada pelo referido doutrinador. Jordi Ferrer rejeita os *standards* de prova que apelam para a convicção do julgador, ou que são descritos de tal maneira que é difícil de precisar suas hipóteses de aplicação.

Ademais, considera que os *standards* de prova têm uma função de distribuição do risco de erro, devendo o legislador, em uma decisão política, escolher qual o erro se está mais disposto a correr, se uma condenação falsa ou uma

absolvição falsa. Isso não exclui a importância da epistemologia na construção dos *standards*, diante da relevância de se fornecer instrumental eficiente para a construção de conhecimento seguro e justificado acerca do juízo de fato.

Por essa razão ele adota o conceito de peso probatório, já referido mais acima, que significa o grau de completude do acervo probatório, considerando o estado do conhecimento presente. Quanto mais completo o acervo probatório, maior a probabilidade de acerto, notadamente porque haverá uma maior quantidade de informações no processo.

Desse modo, não é correto entender que sua proposta de construir *standards* de prova menos rigorosos para alguns delitos despreze o risco de erro da condenação de um inocente. O conceito de peso probatório tem esse efeito, de aproximar o julgador do acerto, e esse conceito está presente no tópico a) dos três *standards* mencionados acima⁶³.

Na valoração da prova o julgador tem que considerar não a sua convicção, mas a relação entre a prova e a hipótese, visando estabelecer uma análise de justificação suficiente.

Por essa razão, segundo o professor de Girona, nos três *standards* a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular deve ter resultado confirmadas e aportadas como prova no processo. Ele pressupõe um acervo probatório robusto porque o conceito de peso probatório é muito importante para ele. Isso significa que o *standard* de prova estará preenchido se houver peso probatório significativo, o que aumenta as chances de acerto da decisão.

Nesse sentido, não parece acertada a crítica ao professor de Ferrer Beltán ao dizer que a proposta de criar diversos *standards* de prova, a depender da espécie de crime, desconsidera a gravidade do erro que é a condenação criminal⁶⁴.

63 O professor Jordi Ferrer fala que as diversas hipóteses têm que ser objeto de corroboração sucessiva e, caso isso não exista, haveriam lacunas probatórias que impediriam satisfazer o *standard* (Provas sem convicção, pág. 375). As lacunas probatórias decorrem de “provas que deveriam ter sido aportadas ao processo, mas não foram” (Ob. cit., pág. 375). Por essa razão, é possível que toda a evidência disponível não seja suficiente a satisfazer o *standard* de prova criminal, porque algumas questões cruciais, como diz J. Cohen, podem permanecer indetermináveis (COHEN, J. Ob. cit. p. 642).

64 MOTTA, Thiago de Lucena. Ob. cit. pág. 363. Sem fazer crítica expressa ao professor Jordi Ferrer, mas criticando uma proposta de diversificar os *standards* de prova no processo criminal, concluindo que esse tipo de

Pelo contrário, requerer um grande peso probatório tem maior comprometimento com o acerto, revelando a consciência de que o procedimento probatório deve ser construído da melhor maneira possível para diminuir os erros, com a consciência de que a função dos *standards* de prova não é evitar o erro, e sim distribuir os riscos de sua ocorrência⁶⁵. De qualquer sorte, os erros judiciais são prejudiciais, e um sistema que resulte em número significativo de falsos negativos (absoluções errôneas) também ocasionaria problemas.

Ao falar de predição, o professor Jordi Ferrer não diz que o julgador faz uma previsão sobre o futuro. Ele utiliza predição no sentido de conhecer informações que até então não eram explicadas ou mesmo reveladas. Para que isso seja possível, é necessário que a hipótese acusatória seja devidamente explicada de modo coerente pelas provas do processo, e integradas de modo racional mediante uma complexa operação de inferências, notadamente porque o raciocínio probatório é probabilístico, e a probabilidade não é a matemática, e sim a que ele chama de lógica ou baconiana.

Gustavo Henrique Badaró não concorda com essa proposta de predição porque diz que no processo judicial a defesa está apresentando provas voltadas a falsear, ou pelo menos causar dúvida, sobre a hipótese acusatória, diversamente do que ocorre com o cientista, de modo que não haveria fato desconhecido. Entretanto, não são raros os casos em que a defesa não formula teses defensivas. Considerando o princípio da comunhão da prova e o princípio da presunção de inocência, o magistrado, à luz do acervo probatório, pode identificar lacunas probatórias que obstam a confirmação do fato alegado ao menos em parte, impedindo uma integração explicativa.

O referido doutrinador também critica o segundo tópico do *standard* 1, ao afirmar que o Juiz deve considerar as provas existentes efetivamente e não deve

entendimento é um resquício do sistema inquisitório, JÚNIOR, Aury Lopes. Ob. cit. pág. 565. Também discorda dessa compreensão, ROSA, Alexandre de Morais da. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. Florianópolis, Editora EMais, 6ª ed., 2020, p. 659.

65 “Por isso, uma vez que tenhamos feito tudo o que era possível para diminuir o número total de erros, é necessário tomar a decisão sobre como distribuir entre as partes o risco do erro restante” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. Provas sem convicção, pág. 361).

fazer lucubrações fantásticas ou formular hipóteses cerebrinas⁶⁶. Na realidade, quando o magistrado raciocina, ele pode pensar que a prova apresentada indica que o fato pode ter acontecido como consta na denúncia, mas pode ter acontecido de outra maneira, levando em consideração a integração explicativa das diversas evidências e o contexto em que inserido o acusado. Importante destacar que o próprio professor Badaró, mais além em sua obra, diz que “numa epistemologia falsificacionista, o julgar deve assumir uma posição de incredulidade constante diante da hipótese acusatória, submetendo-a a sistemáticas tentativas de refutação”⁶⁷, trecho que pode ser interpretado como uma autorização ao magistrado a fazer raciocínios sobre hipóteses mais benéficas ao réu, à luz da prova apresentada pela acusação, pela sua integração explicativa e considerando critérios de generalização que não sejam espúrios. Como o próprio Gustavo Badaró diz, é necessário que a hipótese absoluta ou a prova da defesa seja apta a fornecer uma explicação dos fatos ocorridos, ou seja, uma integração explicativa à luz das evidências apresentadas no processo e consideradas integralmente.

Seguindo na sua exposição, Badaró aduz que uma justificação suficiente com base nas evidências não é idônea para justificar uma condenação criminal, mas pode justificar o recebimento da denúncia. E, logo a seguir, aduz que, numa escala gradual, se o nível de justificação sofrer aumento de intensidade e tornar-se forte, haverá elevadíssima probabilidade da tese acusatória, apta a justificar a condenação criminal. Aparentemente, ele está admitindo que é possível no processo haver progressividade no conhecimento, não havendo muita distância para o que o professor Jordi Ferrer chama predição.

Essas operações, entretanto, não são suficientes para alcançar o *standard* de prova, que se consubstancia em um umbral de suficiência probatória. Não basta que as provas produzidas expliquem de modo coerente em uma atividade de integração explicativa a hipótese acusatória. Elas não podem também ser compatíveis com hipóteses idôneas a impedir a condenação.

E é nesse ponto que reside a distinção entre os três *standards* construídos: no primeiro, é necessário que o julgador considere toda e qualquer hipótese que seja

66 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3.19.

67 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3-20.

compatível com a absolvição do réu, mesmo que não tenha sido por ele formulada na defesa, ou ainda tenha sido formulada, mas que não haja prova a respeito, ou seja, o julgador deverá conjecturar qualquer hipótese rival com as quais a prova acusatória também seja compatível; no segundo, é necessário que o réu formule alguma hipótese absolutória, não estando o magistrado obrigado a apreciar o resultado da produção probatória com qualquer hipótese absolutória, se o acusado mesmo não o propuser; e por fim, na terceira, a prova deve ser incompatível com a hipótese formulada pelo acusado e para a qual apresentou provas⁶⁸.

Esse escalonamento em graus permite concluir que, de acordo com o *standard* adotado, o réu pode não ter qualquer tipo de ônus (nem de construir uma hipótese absolutória, nem de provar), pode ter apenas um ônus de construir uma hipótese absolutória, para fins de verificação da compatibilidade da prova apresentada também com essa hipótese, ou pode ter o ônus de construir a hipótese absolutória e de apresentar provas que a corrobore.

O umbral de suficiência probatória, assim, será alcançado, no *standard* 1, se a integração explicativa alcançada com toda a prova disponível for capaz de rechaçar toda e qualquer hipótese que fosse compatível com a absolvição, no *standard* 2, se a integração explicativa alcançada com toda a prova disponível for capaz de rechaçar a hipótese absolutória formulada pelo réu, e no *standard* 3, se a integração explicativa alcançada com toda a prova disponível for capaz de rechaçar a hipótese formulada e provada pelo réu. Essa prova do réu, para ser considerada suficiente, não precisa alcançar o umbral mais exigente, bastando que haja probabilidade de ocorrência da hipótese absolutória formulada.

No *standard* 1 o autor diz que estão excluídas como hipóteses capazes de evitar o alcance do umbral de suficiência probatória aquelas que ele considera *ad hoc*, que seriam as hipóteses de impossível contrastação, que não podem ser submetidas a testes mediante prova. Seria o caso de o réu apontar como álibi o fato de haver sido abduzido no exato instante em que o crime ocorreu, ou quando

68 Importante consignar que no texto não há diferença entre o *standard* 2 e o *standard* 3, entretanto, na p. 391 do livro mencionado (Provas sem convicção), o autor diz o seguinte: “Definitivamente, para considerar confirmada a hipótese da culpabilidade não será necessário refutar a hipótese da inocência alegada pela defesa se essa não contar com provas específicas a seu favor, o que restaria contido na formulação do *standard* 3) apresentado no item anterior”.

o acusado o tempo inteiro se diz perseguido. A cada prova que se apresenta ele diz que foi perseguido, que está sendo vítima de um grande conluio entre Polícia, Ministério Público e Judiciário, circunstâncias essas que não são passíveis de comprovação.

O crime de corrupção passiva, viu-se no tópico 1, pelas próprias características da conduta que o permeia, é de difícil elucidação, além de a absolvição errônea ter um alto custo social e jurídico. O agente público envolvido nesse tipo penal tentará disfarçar a vantagem indevida, ou dissimular a solicitação ou recebimento da vantagem, seja por interposta pessoa ou por documentos falsos, o que dificulta de veras a caracterização do crime.

Importante fazer uma observação de que, embora os criminosos em geral tenham a preocupação de evitar deixar rastros dos crimes que cometem, na corrupção passiva existe algo diverso: o acusado tentar ludibriar, seja por meio de simulação ou dissimulação, para dar ares de legalidade. Em um homicídio o réu pode deixar registros de material genético, um furto ou roubo pode ser objeto de filmagem por câmeras de prédios vizinhos, sendo certo que em ambos os crimes o autor do delito tenta evitar ser descoberto, entretanto, na corrupção passiva o autor do delito tenta não apenas praticá-la longe dos olhos alheios, não apenas apagar rastros, mas transfigurá-la, dando a ela muitas vezes formas sofisticadas de modo a transparecer legalidade, ou de ocultar o verdadeiro beneficiário da vantagem indevida, o que ocasiona dificuldade probatória bem mais elevada⁶⁹.

Por conta disso, os *standards* 2 ou 3, tal como propostos por Jordi Ferrer Beltrán, seriam os mais adequados, recaindo sobre o acusado o ônus de formular uma hipótese absolutória no sentido de justificar a conduta, o recebimento, a solicitação, a inexistência de conduta ilegal ou a inexistência de vantagem indevida, ou de, além desse ônus, o de apresentar provas a respeito⁷⁰. Caberá

69 Entendendo de forma diversa, MOTTA, Thiago de Lucena. Ob cit. pág. 364.

70 Essa proposta enfrenta maiores resistências na dogmática brasileira, visto que se entende que o réu não tem qualquer ônus justamente por conta do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, JÚNIOR, Aury Lopes. Ob. cit. pág. 562-565. Ainda na doutrina, Alexandre de Moraes da Rosa (Ob. cit., p. 660-662), aduz que se a defesa inaugurar uma nova narrativa no processo, como afirmar um álibi, passa a ter o ônus da prova dessa nova afirmação. Entretanto, acrescenta, o fato de não comprovar o álibi não significa necessariamente condenação, porque a acusação deve provar os fatos tal como afirmados na denúncia. Gustavo Badaró tem entendimento semelhante ao de Aury Lopes Júnior, no sentido de que todo o ônus probatório recai sobre a acusação, mas admite que existe uma cor-

ao réu, assim, justificar ou, além disso, comprovar que não houve cobrança de vantagem indevida, que ele não tem nenhuma relação com a pessoa que ao final foi a destinatária dos valores, que houve mero ressarcimento em conformidade com as regras legais, etc. Caso seja adotado o *standard* 1, o benefício da dúvida que acarreta falsas absolvições será socialmente prejudicial, na medida em que nenhuma justificação sequer seria necessária quando houvesse evidências de malversação de dinheiro público. A prova apresentada pela defesa, entretanto, deve ser dotada de racionalidade ou plausibilidade prática, de modo a ser possível a hipótese defensiva, o que significa que não há exigência de que a prova da defesa alcance um *standard* elevado de prova⁷¹.

Essa interpretação de estabelecer um *standard* de prova penal menos rigoroso para o crime de corrupção passiva que o estabelecido para outras espécies de delito tem por fundamento, também, disposições do nosso ordenamento jurídico que obrigam o agente público a ter transparência em sua vida patrimonial.

Assim, a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o art. 39, §4º, da Constituição, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, a estabelecer que não pode haver pagamento fora do que está previsto na lei (art. 37, X, da Constituição). A Constituição tratou expressamente dos atos de improbidade administrativa no art. 37, §§4º e 5º.

No art. 13, da Lei 8.429/1992, é estabelecida como condição para a posse do servidor público a apresentação de declaração do imposto de renda e de

rente intermediária, no sentido de que o acusado, uma vez alegada excludente de ilicitude, teria um ônus da prova diminuído, bastando que sua tese tenha um certo grau de probabilidade. Na visão do eminente processualista, não haveria violação do princípio da presunção de inocência nessa concepção (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, Ed. 2023, página RB 10-24.

No STJ, entretanto, há precedentes que estabelecem que se o réu faz alguma alegação no processo, ele passa a ter o ônus de prová-la. Por exemplo, no AgRg no REsp n. 1.952.117/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 17/11/2023, e no AgRg no HC n. 700.369/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022).

71 BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. p. RB-3.20. Nas palavras do eminente professor, não basta que a hipótese defensiva seja puramente conjectural, ainda que plausível, ou uma eventualidade remota, abstratamente formulável, mas cuja efetiva realização não tenha obtido qualquer confirmação na prova produzida. Mas se houver um nível fraco de justificação, considerando o contexto probatório integral, já não haverá condições de prolatar sentença condenatória.

proventos de qualquer natureza encaminhada à Secretaria da Receita Federal do Brasil, havendo obrigação de atualização anual dessa informação, com a cominação de pena de demissão ao servidor que se opuser à apresentação da declaração de bens e patrimônio. Essa é uma exigência que tem por objetivo permitir à Administração Pública acompanhar a evolução patrimonial do agente público, fazendo uma análise de compatibilidade com a remuneração que somente pode advir da própria Administração Pública dentro dos parâmetros fixados pela legislação.

Ora, diante de apresentação de indícios de recebimento de vantagem indevida por agente público, há a probabilidade de ter havido alguma falha ou omissão dolosa na declaração de imposto de renda apresentada anualmente à Administração Pública. Essa interpretação, portanto, não contraria a lógica do ordenamento jurídico enquanto regra de proteção da probidade administrativa. Da mesma forma, existe um código de conduta do agente público que impõe sobriedade e cuidado nas relações com agentes privados sujeitos a fiscalização ou beneficiários de atos administrativos.

Alguns exemplos extraídos da jurisprudência se revelam importantes para elucidação do funcionamento desse *standard*.

No REsp n. 2.038.394/SC⁷², o STJ apreciou caso em que um Juiz de Direito teria designado o seu sogro como perito para realizar diversas perícias de engenharia por longos anos, tendo o dinheiro sido destinado para uma empresa que estava no nome das filhas do perito, dentre elas, a esposa do magistrado.

Concluiu o STJ, na esteira do Tribunal *a quo*, que não havia prova produzida pela acusação de que a esposa do magistrado, filha do perito, tivesse efetivamente recebido vantagem indevida. Isso porque a empresa destinatária dos pagamentos das perícias estavam no nome das três filhas do perito e havia sido constituída antes de ele iniciar a realização das perícias. Por essa razão não ficou caracterizado o recebimento de vantagem indevida pelo magistrado. Em relação ao sogro, o recebimento dos honorários periciais não foi considerado “vantagem

72 REsp n. 2.038.394/SC, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 28/11/2023.

indevida” porque houve a escorreita prestação do serviço e não havia prova de que ele teria beneficiado alguma das partes ou sido inepto.

A defesa comprovou que o trabalho do perito foi prestado e que a empresa já existia anos antes da designação. Com isso, a acusação não conseguiu apresentar provas suficientes para refutar a alegação de que a vantagem não era indevida de que a vantagem não era indevida. A caracterização da vantagem indevida, por óbvio, depende também de uma valoração jurídica acerca da melhor caracterização a ser dada ao fato. O Ministério Público sustentava com base nas provas, que havia corrupção passiva, ao passo que o STJ entendeu que se houve contraprestação efetiva pelo perito e se não havia prova de que a esposa do magistrado ou esse se locupletaram, então não há configuração da corrupção passiva.

Para o STJ, caso o agente público cobre por algum serviço prestado que seja custeado parcialmente pelo Estado com utilização de equipamentos particulares, em uma espécie de ressarcimento, não há vantagem indevida. No AgRg no HC n. 541.447/SP⁷³, o STJ se deparou com acusação de corrupção passiva a um médico que realizou um procedimento cirúrgico coberto pelo SUS e cobrou valores a título de ressarcimento pela utilização de equipamento que importava em técnica cirúrgica não coberta pelo sistema público de saúde. O STJ compreendeu que se trata de reembolso, de ressarcimento de despesas, pois o SUS cobre o procedimento cirúrgico “aberto”, e não com uso do equipamento de videolaparoscopia. O Tribunal assentou que houve assentimento do paciente a esse tipo de cirurgia e aos custos. Assim, por se tratar de reembolso ou ressarcimento de custos devidos, não haveria vantagem indevida que caracterizasse a corrupção passiva, e sim mera irregularidade administrativa.

Assim, a formulação de um *standard* de prova adequado ao ordenamento jurídico brasileiro poderia ser a seguinte:

- 1- A hipótese acusatória de promessa, solicitação ou aceitação de vantagem indevida em razão da função exercida pelo agente público deve ser capaz de explicar os dados disponíveis concernentes a transferências patrimoniais espúrias, integrando-os de forma coerente-

73 AgRg no HC n. 541.447/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021

te, consubstanciando a demonstração de desvio da finalidade do cargo ou função públicos e remuneração fora dos parâmetros legais;

2- Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele;

Ou

1- A hipótese acusatória de promessa, solicitação ou aceitação de vantagem indevida em razão da função exercida pelo agente público deve ser capaz de explicar os dados disponíveis concernentes a transferências patrimoniais espúrias, integrando-os de forma coerente, consubstanciando a demonstração de desvio da finalidade do cargo ou função públicos e remuneração fora dos parâmetros legais;

2- Deve-se ter refutado a hipótese alternativa formulada pela defesa da parte contrária, e para a qual foi apresentada alguma prova que lhe visando conferir algum grau de confirmação, se for plausível, explicativa dos mesmos dados e compatível com a inocência do acusado/demandado ou mais benéficas para ele;

Apesar de dotado de um certo grau de abstração, os *standards* propostos estabelecem parâmetros para justificar o grau de suficiência probatória para esse tipo de delito. O ideal, como dito acima, seria que houvesse disposição legal específica, a qual poderia, inclusive, ser inserida na lei de improbidade administrativa, criando um microssistema de *standard* probatório para os crimes contra a administração pública praticados por agente público.

A análise da suficiência probatória atribuirá ao magistrado o ônus argumentativo de demonstrar o raciocínio inferencial por ele desenvolvido, visando evitar que o *standard* seja mero recurso linguístico, como pode ocorrer com o da prova além de toda dúvida razoável, em que o magistrado pode simplesmente dizer que não tem dúvida acerca da responsabilidade penal do acusado. Mas esse é um tema que ultrapassa os limites desse trabalho.

CONCLUSÃO

Os *standards* de prova são padrões, regras construídas para fixar um grau de suficiência probatória que justifique a intervenção estatal por meio de decisões judiciais. Podem ser formulados de modo mais ou menos exigente, a depender do tipo de decisão a ser tomada, do grau de afetação da esfera jurídica, do momento do procedimento em que a decisão é prolatada e do custo do erro cometido.

Sua função é não reduzir os erros, e sim distribuir os riscos de erro, o que faz com que sua formulação seja uma tarefa eminentemente política, auxiliada por instrumentos da epistemologia.

Construir um *standard* de prova diverso para o crime de corrupção passiva, que não seja o mais rigoroso existente, é compatível com a Constituição Federal e com as diversas normas que regulam a probidade da administração pública.

O princípio da presunção de inocência não requer, necessariamente a adoção de um *standard* de prova o mais rigoroso possível no âmbito penal, e sim a existência de um *standard* claro, formulado em linguagem o mais precisa e objetiva possível, e com determinação clara das hipóteses de sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid. Centro de estudios constitucionales. 1997.

_____. **Modelling Criminal Law**. In: Law and Philosophy, vol. 28, nº 4, Symposium on crime and culpability, jul. 2010.

ALLEN. Ronald J. How to think about erros, costs, and their allcation. In: **Florida Law Review**, vol. 64, 2012.

ALLEN, Ronald J.; STEIN, Alex. Evidence, probability, and the burden of proof. **Arizona Law Review**, vol. 55.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Prova Penal. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. Ed. 2023.

_____. Processo Penal. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, Ed. 2023

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração Racional da Prova**. São Paulo. Jus Podium. 2022.

_____. **Provas sem Convicção**, São Paulo, Jus Podium, 2022.

CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, processo, scienza verità. **Rivista de Diritto Processuale**, nº I, 1950.

CARRATTA, Antonio. Funizione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório. **Rivista de Diritto Processuale**, gennaio/marzo 2001.

COHEN. L. Jonathan. The role of evidential weight in criminal proof. In: **Boston University Law Review**, vol. 66, 1986

De KAY, Michael. The difference between Blackstone-like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof. **Law and society inquiry**, vol. 95, 1996.

GARCIA, Edgar Ramón Aguilera. Derecho fundamental a la prueba y estándares de suficiencia probatoria. **Revista Ius Comitalis**, ano 2, vol. 3.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Cuestiones probatorias** (Spanish Edition) . Universidad Externado. Edição do Kindle.

GIULIANI, Alessandro. **Prova**. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè editore. Tomo XXXVII

HAACK, Susan. **Epistemology and law of evidence**. In: Evidences Matter. Nova York. Cambridge University. 2014.

_____. **Defendendo A Ciência — Dentro Do Razoável**: Entre o Cientificismo e o Cinismo (Stentor Books: Filosofia) (Portuguese Edition) Stentor Books. Edição do Kindle.

_____. **Filosofia das Lógicas**. São Paulo. Unesp. 2002. Tradução MORTARI, César Augusto, e DUTRA, Luís Henrique de Araújo.

_____. **Evidencia y Investigación**. Madrid. Tecnos. 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça**, Rio de Janeiro, nº 23, jan./jun. 1986

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo, Saraiva, 11ª ed., 2ª tiragem.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes Federais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. Por què um estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es um estándar?. **Revista Doxa**, 2005, volume 28.

_____. **Truth, error and criminal law**. Cambridge. Cambridge University Press. 2006.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; GRECO, Luís. **A amplitude do tipo penal da corrupção passiva**. Comentários ao Resp 1.745.410/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. In: Informativo Jota, publicado em 26/12/2018. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-amplitude-do-tipo-penal-da-corrupcao-passiva-26122018#_ftnref12:~:text=Essa%20relativa%20amplitude,compra%E2%80%9D%20o%20servidor

MARINONI, Luis Guilherme. PROVA E CONVICÇÃO. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 3ª ed., 2015.

MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 73, jul./set. 2019.

_____; ROSA, Alexandre de Moraes. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>.

MOTTA, Tiago de Lucena. Valoração da prova na persecução penal da corrupção: um argumento contra a variabilidade de standardts probatórios. In: **Direito Brasileiro Anticorrupção**. Org: MALTA, Carlina Souza. ENFAM. Volume 3

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro. Forense. 2015.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas. Revista dos Tribunais**. São Paulo. 2ª ed. 2005.

POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**. Lisboa. Biblioteca de filosofia contemporânea. 2018.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis, Editora EMais, 6ª ed., 2020.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos** (Estructuras y Procesos. Derecho) (Spanish Edition). Trotta. Edição do Kindle.

_____. Notes about statistical evidence. **Revista de PPGD UFRJ**, janeiro-junho 2016.

_____. **Uma simples verdade**. O Juiz e a construção dos fatos. Tradução: RAMOS Vitor de Paula. São Paulo. Marcial Pons, 2012.

_____. Rethinking the standards of proof. In: **The American Journal of Comparative Law**, vol. 51

TUZET, Giovanni. Abduction, IBE and standards of proof. In: **The international journal of evidence and proof**. Vol. 23, 2019.