

REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade
& Sociedade

Volume 1 | Edição Especial n.4
Setembro 2025



SENTENÇA DO ZERO

ISSN 2965-7695



EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.
Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil.
Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campo Grande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepień Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Belíña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portuguesa Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.

Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.

Dr Mauricio López Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.

Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.

Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.

Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.

Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.

Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO

Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.

Capa e Diagramação:

Di'Artes



ÍNDICE

FÁBIO CAMARGO ROSA

1. ANÁLISE DA REPERCURSSÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 347 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 07

JORGE CORREIA DA SILVA JÚNIOR

2. DIREITO CONSTITUCIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL: O DIREITO À INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE IMPRENSA FRENTE ÀS FALSAS ACUSAÇÕES EM ENTREVISTAS. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA, O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DIANTE DE DECLARAÇÕES INVERÍDICAS NOTICIADAS PELA MÍDIA, EM UMA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL 17

ALEXANDRE CERIBELLI LÓIS

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE 28

MARIANA PETERSEN ALONSO

4. TEMA 1.068 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS VEREDITOS 43

PATRICIA SELHORST

5. USO DA VEGETAÇÃO PARA A ATENUAÇÃO DA POLUIÇÃO SONORA NAS VIAS DE CURITIBA 54

LUANA MONTEIRO PONTES

6. DIREITO REAL DE LAJE: DA NATUREZA JURÍDICA AO DIREITO À MORADIA 70

BRUNA RAFAELLA DA SILVEIRA VASCONCELOS

7. CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA GRUPOS VULNERÁVEIS NO BRASIL 84

TERCIO ADELINO DANTAS

8. DA JURISDIÇÃO ESTATAL À JUSTIÇA MULTIPORTAS: UM NOVO PARADIGMA NO ACESSO À JUSTIÇA 101

WILLYAM GUILHERME SANDRI JUNIOR LOPES

9. A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VISÃO DOS TRIBUNAIS 117

**EDUARDA BERNARDINO CORRÊA SOBRAL**

10. AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS EM PROL DA MULHER E A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA EFETIVA PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO 143

PATRICK DE MORAIS

11. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E OS TIPOS PENAIS DE ATOS PREPARATÓRIOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO 167

BRAYAN MAURI DA SILVA

12. OS CRITÉRIOS PARA A VALIDADE DA CONFISSÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 192

JEFFERSON NÓBREGA BARBOSA

13. O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA: DA EXCLUSÃO À INCLUSÃO ESCOLAR 218

VILMAR FRARÃO SCHRAMM

14. IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS 239

TIAGO MENDES FREIRE

15. A VIDA PELO TRABALHO: O DANO EXISTENCIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA 266

WEYBER SILVA OLIVEIRA

16. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NOS CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO ATÉ JULGAMENTO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 932 290

MAX GALDINO PAWLOWSKI JÚNIOR

17. RESTITUIÇÃO DO ICMSPAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA 307

FABIOLA FITZ NICCO

18. O DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E A SHAM LITIGATION NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL 329



ANÁLISE DA REPERCURSSÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 347 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

ANALYSIS OF THE IMPACT OF THE DECISION MADE IN ADPF 347 ON THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

Fábio Camargo Rosa¹

RESUMO: O artigo analisa o desenvolvimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e realiza uma comparação com as políticas criminais adotadas pelo Governo Federal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Buscou-se demonstrar que a decisão proferida na ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal apresenta forte resistência na cultura político-criminal brasileira, a qual recrudesce os aparatos repressores diante da dificuldade institucional na implementação de garantias sociais e direitos fundamentais. Tal embate fomenta o ativismo judicial, porém mitiga o postulado fundamental do Estado Democrático, qual seja, a separação dos poderes. Buscou-se evidenciar a necessidade de um maior diálogo entre os poderes para a real implementação dos objetivos da Carta Magna.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional, direitos fundamentais, políticas criminais.

Abstract: This monograph analyzes the development of the Unconstitutional State of Things of the Brazilian prison system and makes a comparison with the criminal policies adopted by the Federal Government since the promulgation of the Federal Constitution of 1988. It is intended to demonstrate that the decision passed in ADPF 347 by the Federal Supreme Court presents strong resistance in the Brazilian criminal-political culture, which aggravates the repressive apparatuses in face of the institutional difficulty to implement social guarantees and fundamental rights. Such clash fosters judicial activism, but mitigates the fundamental postulate of the Democratic State, namely the separation of powers. The aim was to highlight the need for better dialogue between the powers for the real implementation of the goals of the Magna Carta.

Keywords: Unconstitutional State of Things, fundamental rights, criminal policies.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará como tema, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e a sua aplicabilidade no contexto das políticas criminais desenvolvidas a partir da Constituição Federal de 1988. Será feita uma análise do sistema carcerário brasileiro e comparada com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, no qual será explorado os limites para sua implementação.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduado em Direito Público Aplicado pela Escola Brasileira de Direito. Assessor de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. E-mail: fabiocamargorosa@gmail.com.

Tal análise mostra-se relevante, pois pretende examinar como as inovações trazidas pela internalização do conceito de Estado de Coisas Inconstitucionais pode agravar a crise da separação dos poderes. Tal apontamento faz-se necessário, pois se os direitos fundamentais previstos na Carta Magna possuem aplicabilidade imediata, por qual motivo o Poder Judiciário deve apontar ao Legislativo e Executivo quais são as medidas que devem ser tomadas a fim de minorar a violação massiva dos direitos fundamentais dos detentos.

A resposta para tais indagações não é pacífico na doutrina e jurisprudência brasileira, sendo justo afirmar, que o problema da violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no Brasil não será resolvido com decisões oriundas do Poder Judiciário. Dessa forma, resta evidente que o presente trabalho não pretende apresentar as medidas que deveriam/deverão ser tomadas pelo Estado Brasileiro para corrigir a questão carcerária, mas tão somente, delinear o impacto do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais na realidade.

2. FUNDAMENTAÇÃO TÉORICA

O Estado Democrático de Direito não pode ser concebido como a união pura e simples do Estado de Direito e o Estado Democrático. Conforme ensina João Afonso da Silva o seu significado possui um aspecto totalmente inovador, pois o democrático qualifica o direito e não o Estado:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art.1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando [...] (p.121 – Silva, José Afonso da. (Curso de direito constitucional positivo-42. Ed., rev. e atual/ até a Emenda Constitucional n.99, de 14.12.2017 – São Paulo: Malheiros, 2019)

Em razão disso, a ordem constitucional ganha legitimidade, pois condiciona o exercício do poder aos limites constitucionais e funciona como efetiva forma de garantir e preservar os direitos do homem.

É neste aspecto que a noção de democracia está diretamente relacionada com os direitos fundamentais, pois exerce importante função para que os cidadãos

desfrutem das liberdades civis e políticas. Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que tais direitos estiveram no centro da proteção jurídica, na forma de cláusulas pétreas (art.60, §4º IV), os quais possuem “caráter normativo e vinculante, que outrora eram considerados ‘simples promessas’ ou ‘meras declarações solenes’ revestidas apenas de valor moral” (Novelino, 2014, p.378).

A partir da sua proclamação, a concepção de que todo ser humano deve ter garantido o direito a uma vida digna, livre e igual recebeu especial enfoque. O termo fundamental que qualifica tais direitos refere-se, em uma análise não exauriente da matéria, ao reconhecimento de determinadas situações em que o ser humano “não se realiza, não convive e nem mesmo sobrevive”, fato que gera um dever-agir pelo Estado na sua efetivação.

Ressalte-se, nesse ponto, que por estarem no centro do ordenamento jurídico possuem aplicabilidade imediata (art.5º, §1º) e são dotados das prerrogativas necessárias para a imediata aplicação às situações e comportamentos que regulam. Significa, portanto, que as instituições devem obediência e aplicação no exercício das suas funções e o Poder Judiciário, ao ser invocado, não pode deixar de aplicá-los diante de uma situação concreta.

No entanto, a aplicação imediata das garantias e direitos fundamentais, por si só, não é suficiente para resolver todos os problemas atinentes à dignidade, liberdade e igualdade. Logo, em regra, tais direitos exigem um dever-agir estatal como forma de efetivá-los.

No que tange aos reclusos do sistema carcerário brasileiro, a Constituição Federal enumerou diversos direitos que evidenciam condutas negativas e positivas para preservar a dignidade daqueles que encontram cumprindo pena (art.5º, XLIX, L, LXII, LXIII e LXIV). Isto porquê, é dever constitucionalmente previsto o de proteção estatal daquele que está sob sua custódia, fato que justifica a responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, §6º da Constituição Federal.

2.1 Da judicialização das questões prisionais

Em face desta normatização constitucional, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou, por diversas vezes, em repercussões gerais, temas relacionados à inobservância estatal do dever específico de proteção dos presos. No julgamento do RE 592.581, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski asseverou que o sistema carcerário brasileiro é precário e que são recorrentes os relatos de sevícias, torturas

físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas.

Em tal julgamento foi assentada a tese de que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes” (j. 13.08.2015, DJE de 1º.02.2016).

Ademais, no julgamento do RE 580.252, a Corte fixou a tese de que é dever do Estado manter os seus presídios em padrões mínimos de humanidade, fato que justifica o ressarcimento de danos, inclusive morais, quando comprovados a falta e insuficiência das condições legais para manutenção do preso.

Observa-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a precariedade do sistema prisional, bem como o dever de proteção do Estado para com aqueles que estão cumprindo pena. Não obstante tais decisões, o sistema prisional brasileiro ainda constitui uma grave questão inconstitucional, na medida em que se destaca na inobservância dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-preso.

É neste contexto que a Corte vem adotando provimentos jurisdicionais diferenciados para solucionar a problemática do sistema carcerário, especialmente pelo fato dos direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – poderem ter sua materialização cobrada judicialmente. A ADPF 347 mostrou a transformação na abordagem da questão prisional, pois enfatizou o descumprimento persistente e generalizado dos direitos fundamentais e os princípios que regem a Constituição.

Essa nova abordagem de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal somente foi possível pela própria natureza dos direitos fundamentais. Trata-se do reconhecimento de que constituem um “sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos,

integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante” (Sarlet, 2015, p.73).

2.2 A aplicação do estado de coisas inconstitucional ao sistema brasileiro

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional foi criado pela jurisprudência da Corte Constitucional do Estado da Colômbia como forma de declarar o descumprimento contínuo e propagado de direitos e princípios fundamentais. O pronunciamento jurisdicional reconhece a inatividade do Poder Público na solução de violações significativas de direitos constitucionalmente previstos e impõe às autoridades públicas a adoção de medidas saneadoras.

A aplicação deste conceito pressupõe a existência de um quadro generalizado de violações de direitos fundamentais associado à inércia do Poder Público em efetivá-los. Ademais, exige-se que tais violações atinjam uma coletividade, pois não se busca com tal medida solucionar demandas particulares. Por fim, o provimento judicial determina que as instituições públicas em sua totalidade solucionem a problemática apresentada, especialmente pela sua abrangência de descumprimento. Em razão disso, a decisão judicial não se limita a indicar determinado órgão estatal a cumprir a determinação.

Objetiva-se solucionar as consequências do descumprimento reiterado do dever de efetivação dos direitos fundamentais e evitar que voltem a ocorrer. Assim, o objetivo central é a realização de uma mudança basilar nas instituições do Estado, pois foram elas que ultimaram ou contribuíram para consolidar o conjunto de inconstitucionalidades vivenciadas.

Feitas tais considerações, faz-se necessário examinar a forma como o Supremo Tribunal Federal recepcionou-a no contexto brasileiro.

No dia 27/05/2015, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual requereu o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

A petição inicial foi formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ

Direitos. Conforme relatório elaborado pelo Ministro Marco Aurélio, os pedidos realizados foram fundamentos na violação massiva e generalizada dos direitos dos presos, especialmente pela superlotação dos cárceres brasileiros e condições degradantes do sistema prisional. Foi asseverado que tais condições configuram “um cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.”

No que tange às violações reiteradas foram ressaltadas a superlotação, insalubridade dos presídios, proliferação de doenças infectocontagiosas, ausência de produtos higiênicos, água potável, assistência judiciária, bem como a submissão a torturas, espancamentos, violência sexual, os quais são praticados pelos próprios detentos bem como pelos agentes estatais.

Em sede liminar foi pleiteado diversas providências, quais sejam:

a – aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b – aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c – aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d – aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e – ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; f – ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; g – ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (Brasil, 2015)



E, no mérito foi pleiteado o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário e conseqüentemente a formulação de um plano nacional para superar a falência do sistema penitenciário, no prazo de 03 (três) anos. Foi requerido que a formulação do plano envolvesse a Defensoria Pública da União, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Nacional do Ministério Público, Conselho Nacional de Justiça, Procuradoria Geral de Justiça, entre outras instituições. Ademais, os pedidos não se limitam à formulação do plano nacional, mas também pela sua efetiva fiscalização.

Os pedidos formulados denunciaram as diversas violações sistêmicas vivenciadas pelos presos no sistema prisional brasileiro. O destaque que se apresenta é a extensão dos pedidos, bem como o lapso temporal requerido para que o Supremo Tribunal Federal atue na condição de julgador, implementador e fiscalizador das medidas necessárias para eliminação ou diminuição dos problemas.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio suscitou o questionamento sobre os limites impostos ao Supremo Tribunal Federal diante de um quadro sistêmico de inconstitucionalidades. Foi ressaltado como eventual decisão da Corte pode resultar no exercício atípico da implementação de políticas públicas e violação do sistema de tripartição dos poderes. Ademais, foi salientado que a impopularidade de políticas públicas que visem melhorar, em certa medida, a execução penal do preso é fator determinante para a inércia dos demais poderes, fato que limita o desenvolvimento de ações efetivas na área.

Apesar disso, o Ministro Relator destacou o limite jurisdicional do Supremo Tribunal Federal diante do caso narrado. Ressaltou que o Poder Judiciário pode provocar a atuação do Legislativo e Executivo para forçá-los a desenvolverem políticas públicas, porém, desde que não haja fixação dos seus detalhes. Trata-se de aplicação do entendimento de que deve existir uma significativa liberdade para criação legislativa e executiva, sob pena de violação da tripartição dos poderes. Nesse sentido:

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de



inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações (Brasil, 2015)

Tais apontamentos são importantes, pois vão definir a atuação do Supremo Tribunal Federal na análise do bloqueio institucional e a violação generalizada e sistêmica que recai sobre o sistema penitenciário brasileiro. Entretanto, a grande dificuldade de aplicação da tese concerne a delimitação concreta do limite de atuação do Poder Judiciário. Ou seja, entre os pedidos formulados na petição inicial, quais permitem a atuação positiva do Supremo Tribunal Federal e quais extrapolam a sua função típica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora diante de todos os conflitos culturais, políticos e sociais que o Brasil apresentou desde a transição da ditadura militar até a consolidação do Estado Democrático de Direito, atualmente, o país possui a quarta maior população prisional mundial, o que contrapõe aos princípios fundadores deste novo regime político. Conforme já fora salientado, tal realidade é resultado de um complexo formado por uma cultura punitiva advinda da ditadura militar, um senso comum que suplica por uma maior presença das instituições repressoras na sociedade, o desenvolvimento de políticas criminais que ultrapassam os limites constitucionais para buscarem soluções notadamente sociais e ainda a falta de implementação de políticas públicas voltadas para a assistência social das populações mais vulneráveis ao controle do Estado.

É neste contexto, que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional sobre o sistema carcerário possui relevância. O reconhecimento da realidade dos presídios brasileiros, bem como a cultura de encarceramento que se instaurou é fator de notoriedade pelo Supremo Tribunal Federal que efetivamente apresenta-se sensibilizado com a problemática.

No entanto, a atuação do Poder Judiciário, nesse contexto, não é, e tampouco será a solução das violações generalizadas e sistêmicas dos direitos dos presos. Além da possibilidade na interferência da tripartição dos poderes, a efetividade da decisão a ser prolatada pelo Supremo Tribunal Federal encontrará fortes óbices diante das políticas criminais já criadas e aplicadas na sociedade.

Em suma, a nova estrutura que o Estado brasileiro veio consolidando, revela como o desenvolvimento de políticas públicas, em especial, as voltadas para o



sistema prisional agravam a violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal poderá apresentar-se como forte precedente para o início da superação do problema carcerário, na medida em que ressalta a necessidade de uma modificação estrutural das instituições ao tratar do sistema prisional e preservação dos direitos fundamentais.



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.**). Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator Ministro Marco Aurélio, Distrito Federal, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional** – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014

NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. In. **Discursos Sediciosos - crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, Ed. RelumeDumará, ano 1, n.º 1, p. 132, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. Atua e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. ISBN 978-85-7348-935-4

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 42. Ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. ISBN 978-85-392-0432-8

SHERCAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2010.



**DIREITO CONSTITUCIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL: O DIREITO À
INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE IMPRENSA FRENTE ÀS FALSAS
ACUSAÇÕES EM ENTREVISTAS. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA COLISÃO
ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA, O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS
DIREITOS DA PERSONALIDADE DIANTE DE DECLARAÇÕES INVERÍDICAS
NOTICIADAS PELA MÍDIA, EM UMA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL**
CONSTITUTIONAL LAW AND CIVIL LIABILITY: THE RIGHT TO INFORMATION
AND FREEDOM OF THE PRESS IN THE FACE OF FALSE ACCUSATIONS IN
INTERVIEWS. CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE COLLISION BETWEEN
FREEDOM OF THE PRESS, THE RIGHT TO INFORMATION AND PERSONALITY
RIGHTS IN THE FACE OF UNTRUE STATEMENTS REPORTED BY THE MEDIA,
FROM A JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVE

Jorge Correia da Silva Júnior¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar os direitos constitucionais à informação e à comunicação à luz da responsabilidade dos veículos de imprensa quando há divulgação de falsas acusações por meio de entrevistas. A liberdade de expressão e de imprensa são dois pilares componentes do Estado Democrático de Direito, entretanto, não possuem caráter absoluto, devendo ser harmonizadas com os demais direitos existentes no ordenamento pátrio, mormente os direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a dignidade. A pesquisa, de natureza qualitativa e exploratória, adota abordagem dedutiva, com base em revisão doutrinária e jurisprudencial, observando o estudo, em especial, como o Supremo Tribunal Federal tem tratado a responsabilidade civil dos veículos de imprensa, considerando o dever de verificação prévia das informações. Ao final, conclui-se que a ponderação entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana exige critérios objetivos e jurisprudência coerente para resguardar o equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos.

Palavras-chave: Liberdade de imprensa. Direito à informação. Responsabilidade civil. Direitos da personalidade. Falsa acusação.

Abstract: This article aims to analyze the constitutional rights to information and communication in light of the liability of press outlets when false accusations are disseminated through interviews. Freedom of expression and freedom of the press are two fundamental pillars of the Democratic State under the rule of law; however, they are not absolute and must be balanced with other rights enshrined in our legal system, particularly personality rights such as honor, image, and dignity. This qualitative and exploratory study employs a deductive approach, grounded in doctrinal and jurisprudential review, focusing especially on how Brazil's Supreme Federal Court (STF) have addressed the civil liability of press entities, taking into account the duty of

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso. Pós-graduado em: direito penal e processual penal; segurança pública; inteligência policial. Delegado de Polícia Civil PCPA. E-mail: jorgecorreia.sj@gmail.com

prior verification of information. In conclusion, it is determined that a proper balance between freedom of expression and the protection of human dignity demands objective criteria and coherent jurisprudence to safeguard the equilibrium among the fundamental rights involved.

Keywords: Freedom of the press. Right to information. Civil liability. Personality rights. False accusation.

1. INTRODUÇÃO

No cenário democrático hodierno, o direito à informação e o direito à comunicação desempenham papel essencial para o pleno exercício da cidadania das pessoas. A imprensa, nesse contexto, sobleva-se como instrumento vital para a difusão do conhecimento, fiscalização do poder público e fortalecimento da sociedade civil, de um modo geral. Todavia, o exercício desse direito (liberdade de imprensa) deve se harmonizar e respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo quando envolvem acusações infundadas que comprometem a honra e a imagem de terceiros.

A Constituição Federal de 1988 assegura, em seus artigos 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, bem como no artigo 220, a liberdade de expressão, o livre acesso à informação e o direito à resposta e indenização por violação à intimidade, à honra e à imagem. Nesse sentido, surge o conflito entre dois blocos de direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de imprensa; de outro, os direitos da personalidade.

A responsabilidade civil dos veículos de imprensa em razão de entrevistas contendo falsas acusações perpetradas por parte dos entrevistados configura temática relevante e atual, diante de sua recorrência na prática jornalística e dos impactos que pode causar na esfera privada dos indivíduos atingidos.

Dessa forma, este artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica dos fundamentos constitucionais do direito à informação e à comunicação, confrontando-os com os limites jurídicos da atuação da imprensa e os critérios para eventual responsabilização civil em casos de falsas acusações veiculadas em entrevistas.

2. DIREITO À INFORMAÇÃO, COMUNICAÇÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à informação e à comunicação está inserido no rol dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna de 1988. O Texto Constitucional, em

seu artigo 5º, inciso XIV, garante a todos o acesso à informação, bem como resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Por sua vez, o artigo 220 assegura a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, vedando qualquer forma de censura prévia.

A liberdade de imprensa, corolário da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX), é imprescindível ao regime democrático de direito, uma vez que assegura o debate público, o pluralismo de ideias e a fiscalização pela sociedade. Conforme leciona Paulo Bonavides (2008), tais liberdades formam a espinha dorsal dos regimes democráticos, sendo essenciais para o controle da esfera pública.

Contudo, como todo direito (fundamental ou não), a liberdade de imprensa não é absoluta, encontrando limites nos demais direitos fundamentais, notadamente os direitos da personalidade, como a intimidade, a honra, a imagem e a dignidade da pessoa humana (art. 5º, incisos V e X).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS VEÍCULOS DE IMPRENSA POR DECLARAÇÕES DE ENTREVISTADOS

A responsabilização dos meios de comunicação por declarações ofensivas feitas por terceiros em entrevistas vem sendo objeto de relevante controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Entre os pontos em debate, a principal questão reside em saber se e quando o veículo de imprensa deve ser responsabilizado solidariamente (ou não) com o entrevistado, bem como se sua conduta deve ser avaliada sob a ótica do dever de cuidado e diligência.

De rigor que em uma sociedade democrática a imprensa não pode ser compelida a censurar previamente seus conteúdos, sob pena de violação à liberdade de expressão e informação. Entretanto, isso não significa que os veículos de comunicação estejam isentos de responsabilidade em hipóteses de publicação negligente ou dolosa de conteúdo sabidamente falso ou ofensivo a terceiros.

Consoante informado pelo Pretório Excelso: “Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por

intromissões ilícitas externas.” STF. Plenário. RE 1.075.412/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2023 (Repercussão Geral – Tema 955) (Info 1120).

A doutrina majoritária aponta que a responsabilidade da imprensa deve ser analisada sob o viés da responsabilidade subjetiva, observando-se a existência de dolo ou culpa na publicação da informação. O STF, no julgado acima, por sua vez, estabeleceu que a empresa jornalística só responde por danos morais se houver:

1) Má-fé: o veículo sabia previamente que a declaração era falsa e mesmo assim a divulgou;

2) Negligência evidente: o veículo não apurou minimamente os fatos e não buscou o contraditório (ou seja, não tentou ouvir o outro lado);

3) Não ofertou direito de resposta nem a possibilidade de remoção do conteúdo.

Assim, nada obstante a posição relevante no ordenamento jurídico pátrio, bem como a importância da liberdade de imprensa para sociedade democrática, embora não seja passível de censura prévia, o veículo de comunicação pode responder civilmente quando deixar de apurar minimamente a veracidade das informações ou quando a entrevista tem conteúdo nitidamente difamatório.

4. O DEVER DE DILIGÊNCIA NA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES

O dever de diligência impõe que os veículos de comunicação sejam obrigados a verificar, dentro dos limites do razoável, a veracidade das informações que eles irão divulgar, especialmente quando tais informações são passíveis de causar, potencialmente, danos a terceiros.

Neste ponto já decidiu o STF que na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios. Prosseguiu a Suprema Corte dizendo que nestes casos, quando o entrevistado imputar falsamente a prática de um crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente pela divulgação da entrevista se comprovada sua má-fé, caracterizada por dolo ou culpa grave. (STF.

Plenário. RE 1.075.412/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2023. Repercussão Geral – Tema 955).

Em julgamento complementar posterior, no qual se analisou Embargos de Declaração opostos contra a decisão retrocitada, o STF estabeleceu que:

Na hipótese de publicação de entrevista, por quaisquer meios, em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se comprovada sua má-fé caracterizada: (i) pelo dolo demonstrado em razão do conhecimento prévio da falsidade da declaração, ou (ii) culpa grave decorrente da evidente negligência na apuração da veracidade do fato e na sua divulgação ao público sem resposta do terceiro ofendido ou, ao menos, de busca do contraditório pelo veículo; 2. Na hipótese de entrevistas realizadas e transmitidas ao vivo, fica excluída a responsabilidade do veículo por ato exclusivamente de terceiro quando este falsamente imputa a outrem a prática de um crime, devendo ser assegurado pelo veículo o exercício do direito de resposta em iguais condições, espaço e destaque, sob pena de responsabilidade nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal; 3. Constatada a falsidade referida nos itens acima, deve haver remoção, de ofício ou por notificação da vítima, quando a imputação permanecer disponível em plataformas digitais, sob pena de responsabilidade. (STF. Plenário. RE 1.075.412 ED/PE, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/03/2025. Repercussão Geral – Tema 995)

Doutra banda, situação divergente ocorre nos casos em que as ofensas perpetradas pelo interlocutor são propagadas em entrevista realizada e transmitida ao vivo, ocasião em que, segundo o Pretório Excelso, “o ato exclusivamente de terceiro exclui a responsabilidade do veículo de comunicação, que deverá assegurar o direito de resposta em iguais condições, espaço e destaque, sob pena de responsabilidade (art. 5º, V e X, CF/88). Constatada a referida falsidade, a imputação deverá ser removida, de ofício ou por notificação da vítima, das plataformas digitais em que estiver disponível, sob pena de responsabilidade”. (STF. Plenário. RE 1.075.412/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 29/11/2023. Repercussão Geral – Tema 955).

Dessarte, o que se denota é que embora a imprensa não tenha o dever de provar a veracidade absoluta dos fatos por si noticiados, deve agir, em seu mister, com cautela, especialmente quando dá voz a terceiros para realizar acusações graves.

O princípio da boa-fé objetiva e o dever de lealdade no exercício da liberdade de informação e imprensa impõem a necessidade de checagem mínima das alegações feitas por entrevistados, sob pena de restar resonsável por eventual dano



ocasionado a terceiros, de ordem material, moral ou, inclusive, pela perda de uma chance em determinadas situações.

5. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

A solução para os conflitos entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade perpassa pela utilização de critérios hermenêuticos e de interpretação constitucional, em especial pelo método da ponderação, desenvolvido por Robert Alexy, o qual consiste na análise concreta do caso, visando identificar qual direito deve prevalecer à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade naquele determinado caso concreto (análise casuística).

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) constitui valor central na Constituição Federal, devendo ser resguardada inclusive frente ao exercício da liberdade de imprensa. Portanto, quando a veiculação de uma entrevista resultar em violação à honra ou imagem de terceiro, ocasionando-lhes danos (materiais ou cíveis), cabe verificar se houve abuso ou desvio no exercício da liberdade de expressão, bem como falha no dever de diligência do veículo de comunicação, fato que lhe acarretará, igualmente, responsabilidade civil perante o ofendido.

6. POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem oscilado ao longo do tempo, mas, atualmente, o assunto está pacificado pelo STF pelo julgamento do RE 1.075.412 ED/PE, de relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 20/03/2025, Tema de Repercussão Geral cadastrado sob o nº 995, cuja ementa tem o seguinte teor:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO-DEVER DE INFORMAR. REPRODUÇÃO DE ENTREVISTA. RESPONSABILIDADE ADMITIDA NA ORIGEM. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A responsabilização civil de veículo de imprensa pela publicação de declarações feitas por outra pessoa em uma entrevista prejudica gravemente a contribuição da imprensa para a discussão de questões de interesse público. 2. Exigir que os jornalistas se distanciem sistemática e formalmente do conteúdo de uma declaração que possa difamar ou prejudicar uma terceira parte não é conciliável com o papel da imprensa de fornecer informações sobre eventos atuais, opiniões e ideias. 3. Caso não seja feita declaração de isenção de responsabilidade (disclaimer), pode haver ofensa a direito da

personalidade por meio de publicação, realizada em 1993, de entrevista de político anti-comunista na qual se imputa falsamente a prática de ato de terrorismo, ocorrido em 1966, a pessoa formalmente exonerada pela justiça brasileira há mais de 13 anos. Tese de julgamento fixada após debates na sessão de julgamento: “1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. 2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios”.

Tema 995 - Controvérsia relativa à liberdade de expressão e ao direito à indenização por danos morais, devidos em razão da publicação de matéria jornalística na qual terceiro entrevistado imputa a prática de ato ilícito a determinada pessoa.

Tese

1. Na hipótese de publicação de entrevista, por quaisquer meios, em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se comprovada sua má-fé caracterizada: (i) pelo dolo demonstrado em razão do conhecimento prévio da falsidade da declaração, ou (ii) culpa grave decorrente da evidente negligência na apuração da veracidade do fato e na sua divulgação ao público sem resposta do terceiro ofendido ou, ao menos, de busca do contraditório pelo veículo; 2. Na hipótese de entrevistas realizadas e transmitidas ao vivo, fica excluída a responsabilidade do veículo por ato exclusivamente de terceiro quando este falsamente imputa a outrem a prática de um crime, devendo ser assegurado pelo veículo o exercício do direito de resposta em iguais condições, espaço e destaque, sob pena de responsabilidade nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal; 3. Constatada a falsidade referida nos itens acima, deve haver remoção, de ofício ou por notificação da vítima, quando a imputação permanecer disponível em plataformas digitais, sob pena de responsabilidade.

Posteriormente, o julgado foi objeto de embargos de declaração (RE 1075412 ED), julgado em 20/03/2025, pelo qual restou estabelecido:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DIREITO-DEVER DE INFORMAR. REPRODUÇÃO DE ENTREVISTA. ERRO MATERIAL, OMISSÃO E OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURADOS. APERFEIÇOAMENTO DE TESE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. I. CASO EM EXAME 1. Embargos de declaração opostos em face de acórdão proferido pelo Plenário desta Corte, que, apreciando o Tema 995 da sistemática da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e

responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. 2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios". II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Alega-se equívoco nas premissas no acórdão embargado, argumentando-se que a decisão se baseou erroneamente na ideia de que o jornal negligenciou o dever de cuidado, além de afirmar que o jornal não concedeu espaço para a defesa do ofendido e de ter considerado documentos prévios como suficientes para comprovar a inocência do mesmo, ignorando confirmação posterior. Contesta-se, também, a falta de contextualização da opinião do entrevistado, argumentando que o preâmbulo da matéria já continha observações a esse respeito. Afirma-se, por fim, omissão e obscuridade, especialmente quanto à possibilidade de eliminação de subjetividades, presentes na redação da tese do Tema 995 da sistemática da repercussão geral firmada no julgado embargado, postula-se o aperfeiçoamento da redação da referida tese fixada por esta Corte. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. **Para haver a responsabilização são obrigatoriamente necessárias evidências claras e convincentes da falsidade das declarações e actual malice** – o que pressupõe saber-se falsa a informação ou agir com desleixo em relação à apuração da verdade ou à busca por fontes confiáveis. 4. **A liberdade de imprensa goza de um regime de prevalência, sendo exigidas condições excepcionais para seu afastamento quando em conflito com outros princípios constitucionais, de modo que, para além da configuração de dolo ou culpa grave do agente, é necessário também que as circunstâncias fáticas indiquem uma incomum necessidade de salvaguarda dos direitos da personalidade, pois somente será possível a responsabilização quando o veículo de comunicação, sem aplicar protocolos de busca pela verdade objetiva e sem propiciar oportunidade ao direito de resposta ao ofendido, reproduz unilateralmente, entrevista que imputa fatos inverídicos a terceiros.** 5. A construção dessa compreensão, acerca da questão constitucional posta à análise desta Suprema Corte, deu-se após laboriosas sessões de discussões entre os Ministros que compõem o colegiado plenário da Suprema Corte brasileira. A composição da compreensão, que ficou expressa na tese, emergiu de audiências, discussões e diálogos apartados nas sessões plenárias sobre a tese originalmente fixada no julgamento do presente feito, compondo-se em atenção ao método de julgamento conhecido como modelo per curiam. 6. A utilização do modelo per curiam denota método deliberativo em que a Corte, de forma colegiada, expressa uma opinião única, fruto de entendimentos discutidos pelos seus integrantes, num grupo que não identifica a origem individual de cada ideia ou argumento. A decisão per curiam publiciza não o voto e o entendimento isolado de um membro da Corte, mas a síntese da fundamentação colhida de todos os membros que compõem o respectivo colegiado. IV. DISPOSITIVO 7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para, mantida a condenação no caso concreto, declarar, com exclusivo efeito de aprimoramento da tese de repercussão geral, que a Tese do ARE 1075412, **Tema 995 da sistemática da repercussão geral, passa a ter a seguinte redação: "1. Na hipótese de publicação de entrevista, por quaisquer meios, em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se comprovada sua má-fé caracterizada: (i) pelo dolo demonstrado em razão do conhecimento prévio da falsidade**

da declaração, ou (ii) culpa grave decorrente da evidente negligência na apuração da veracidade do fato e na sua divulgação ao público sem resposta do terceiro ofendido ou, ao menos, de busca do contraditório pelo veículo; 2. Na hipótese de entrevistas realizadas e transmitidas ao vivo, fica excluída a responsabilidade do veículo por ato exclusivamente de terceiro quando este falsamente imputa a outrem a prática de um crime, devendo ser assegurado pelo veículo o exercício do direito de resposta em iguais condições, espaço e destaque, sob pena de responsabilidade nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal; 3. Constatada a falsidade referida nos itens acima, deve haver remoção, de ofício ou por notificação da vítima, quando a imputação permanecer disponível em plataformas digitais, sob pena de responsabilidade." Grifei

Como se observa, o STF estabeleceu, em regime de repercussão geral, que a liberdade de imprensa é ampla, mas não ilimitada, e que o seu exercício não pode servir de escudo para práticas ilícitas, tampouco se seguir indiscriminado à mercê da observância de direitos fundamentais de terceiros.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise acima demonstra que os direitos à informação, à comunicação e à liberdade de imprensa são dois pilares do Estado Democrático de Direito, mas devem ser exercidos em harmonia com os demais direitos existentes, em especial aqueles relativos à personalidade.

A responsabilidade civil dos veículos de comunicação por entrevistas ofensivas não decorre da simples publicação do conteúdo, mas, em especial, de seu dolo, quando demonstrado o conhecimento prévio da falsidade da declaração, ou pela sua culpa grave, decorrente da evidente negligência na apuração da veracidade do fato e na sua divulgação ao público sem resposta do terceiro ofendido ou, ao menos, de busca do contraditório pelo veículo.

Ademais, na hipótese de entrevistas realizadas e transmitidas ao vivo, fica excluída a responsabilidade do veículo por ato exclusivamente de terceiro quando este falsamente imputa a outrem a prática de um crime, devendo ser assegurado pelo veículo o exercício do direito de resposta em iguais condições, espaço e destaque, sob pena de responsabilidade nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal.

Por fim, ainda estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que, uma vez constatada a falsidade referida nos itens acima, deve haver remoção, de ofício ou por



notificação da vítima, quando a imputação permanecer disponível em plataformas digitais, sob pena de responsabilidade.

Portanto, o que se verifica é que é juridicamente possível a responsabilização da imprensa quando esta contribui, ainda que de forma indireta, para a propagação de ofensas e falsas acusações, haja vista que o equilíbrio entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana requer atuação consciente e responsável por parte dos meios de comunicação.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 995 – repercussão geral (RE 1.075.412/PE)**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5263701&numeroProcesso=1075412&classeProcesso=RE&numeroTema=995>>. Acesso em: 29 ago. 2025.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A imprensa só responde por falsa acusação feita em entrevista se houver dolo ou culpa grave; em transmissão ao vivo, a responsabilidade é excluída, mas deve haver direito de resposta e remoção do conteúdo falso**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/88fce63f42b8b78770aae2e70ccb67bc>>. Acesso em: 29/08/2025

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INDÚSTRIA DO TABACO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE

THE CIVIL LIABILITY OF THE TOBACCO INDUSTRY: AN ANALYSIS FROM THE
PERSPECTIVE OF THE THEORY OF CONCURRENT RISK

Alexandre Ceribelli Lóis¹

RESUMO: O presente artigo é inspirado em um caso concreto, qual seja uma ação que fora proposta na cidade de Londrina/PR, contra a Souza Cruz S/A - empresa multinacional fabricante de cigarros -, na qual a autora pleiteou indenização por ter sofrido um infarto agudo do miocárdio no ano de 2000 devido ao consumo de cigarros desde a juventude. Pretende-se analisar, de forma sintética, aspectos gerais da responsabilidade civil, percorrendo um rápido trajeto desde sua evolução histórica, passando pela consolidação da responsabilidade subjetiva, culminando com a visão moderna - de acordo com a Constituição da República -, da responsabilidade objetiva. Analisar-se-á, nesse sentido, a aplicação da teoria do risco e suas ramificações dentro do direito civil constitucional, notadamente acerca da novíssima temática da teoria do risco concorrente, sempre circundando, durante a exposição - o Código de Defesa do Consumidor, a CF/88, e a aplicação dos referidos diplomas em casos análogos, de vítimas do cigarro contra as empresas fabricantes do tabaco. Pretende-se, sobretudo, provocar uma reflexão acerca da intrincada questão do fumo, seus males e a responsabilidade das empresas fabricantes, que possui hoje em dia contornos de matéria pacificada nos tribunais em favor das empresas fabricantes do tabaco.

Palavras-chave: Cigarro. Vítima. Consumidor. Risco. Indenização.

Abstract: The following work is inspired by a true case of a lawsuit that was proposed in the city of Londrina/PR, against Souza Cruz S/A - multinational company that produces cigarettes - in which asked for indemnity for suffering a heart attack in the year 2000, with the allegation that the illness was aggravated by years of smoking dependence. It is the purpose of this work to analyze what are the general aspects of civil responsibility in this lawsuit, tracing a historical background that goes through the consolidation of the subjective responsibility, culminating with the modern aspect - according to the Constitution of the Republic - of the objective responsibility. We will analyze, in this sense, the applicability of the risk theory and their consequences within the civil right, notably regarding the brand new theory called 'concurrency risk theory', having always in sight the Consumer Defense Code, a CF/88, and the applicability in analog cases, of smoking victims going against the tobacco industry. The main objective of this article is, above all, to sustain a debate about the complex question of smoking addiction, your damages to the society and the true responsibility of the companies that produces cigarettes.

Keywords: Cigarette. Victim. Consumer. Risk. Indemnity.

¹ Bacharel em direito, graduado pela UEL - Universidade Estadual de Londrina (2012). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL - Universidade Estadual de Londrina (2017). Assessor de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná (2013-2015 e 2021-2025). E-mail: alelois78@gmail.com



1. INTRODUÇÃO: O PARADOXO JURISPRUDENCIAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DA INDÚSTRIA TABAGISTA

O ordenamento jurídico brasileiro, refundado sob os pilares da dignidade da pessoa humana e da proteção aos vulneráveis pela Constituição da República de 1988 (CF/88), inaugurou uma era de avanços significativos na tutela dos direitos fundamentais. A promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990 consolidou essa nova perspectiva, estabelecendo um microssistema protetivo robusto, vocacionado a reequilibrar as relações assimétricas de consumo. Contudo, a aplicação prática desses diplomas em face da indústria do tabaco revela um profundo paradoxo: enquanto a arquitetura legal oferece ferramentas para a responsabilização dos fabricantes pelos danos massivos causados por seus produtos, a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores tem, sistematicamente, blindado essas empresas, neutralizando a intenção progressista do legislador por meio de uma interpretação judicial conservadora e apegada a dogmas superados.

Essa dissonância é evidenciada pelo cenário social e publicitário que precedeu a ordem constitucional vigente. Em um passado não distante, a indústria tabagista investiu maciçamente na construção de um imaginário que associava o ato de fumar ao sucesso, à liberdade e à saúde. Mensagens publicitárias, como as veiculadas em horário nobre na década de 1970, apresentavam jovens saudáveis e bem-sucedidos que celebravam suas conquistas acendendo um cigarro, sob o eloquente slogan: "ao sucesso, com Hollywood". Essa engenharia social, que transformava um produto aditivo e letal em um símbolo de status e bem-estar, foi fundamental para induzir e manter o vício em gerações de consumidores, que não dispunham de informações claras sobre os riscos a que se expunham.

Apesar da posterior mudança de paradigma legal, a resposta do Poder Judiciário tem sido majoritariamente refratária às pretensões indenizatórias das vítimas. Uma pesquisa sobre as decisões proferidas em segunda instância entre janeiro de 2007 e abril de 2010 demonstra a dimensão do problema: 66,6% dos julgados foram favoráveis às empresas fabricantes de cigarro, contra apenas 12,5% de decisões favoráveis às vítimas. Essa tendência revela uma cristalização jurisprudencial em torno de teses defensivas como o livre-arbítrio do fumante, a licitude da atividade produtiva e a ausência de nexo causal, argumentos que ignoram a vulnerabilidade do consumidor e a natureza do produto.

O caso paradigma que inspira este estudo, oriundo da 6ª Vara Cível da Comarca de Londrina, Paraná, serve como um microcosmo desse conflito nacional. Em primeira instância, o magistrado, em decisão sensível ao novo direito civil-constitucional, condenou a empresa Souza Cruz S/A a indenizar uma consumidora que sofreu um infarto agudo do miocárdio após décadas de tabagismo iniciado na juventude, sob forte influência publicitária. Contudo, o Tribunal de Justiça do Paraná reformou a sentença, recorrendo aos argumentos tradicionais da culpa exclusiva da vítima e do livre-arbítrio, perpetuando a imunidade da indústria. O embate entre essas duas decisões não representa uma mera divergência sobre fatos, mas um profundo choque entre duas filosofias jurídicas: de um lado, uma visão social e protetiva, alinhada aos princípios da CF/88; de outro, uma concepção individualista e liberal, que se mostra inadequada para reger as complexas relações de consumo em massa.

Este artigo se propõe a analisar criticamente essa questão. Primeiramente, buscar-se-á caracterizar a relação entre fumante e fabricante como uma relação de consumo, sujeita à aplicação imediata do CDC. Em seguida, será traçada a evolução do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, da culpa subjetiva à responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco. A partir dessa base, será apresentada a inovadora teoria do risco concorrente, proposta por Flávio Tartuce, como uma solução doutrinária capaz de superar o impasse jurisprudencial. Por fim, aplicar-se-á essa teoria para desconstruir os principais argumentos utilizados pela indústria do tabaco, demonstrando sua fragilidade diante de um direito civil repaginado pelos valores constitucionais.

2. O REDIMENSIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988 E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A controvérsia sobre a responsabilidade civil da indústria do tabaco deve, necessariamente, ser analisada sob a ótica do microsistema de proteção ao consumidor. A relação jurídica estabelecida entre o fumante, que adquire o produto para consumo pessoal, e a empresa que o fabrica e comercializa em larga escala, enquadra-se perfeitamente nos conceitos delineados nos artigos 2º e 3º do CDC. De um lado, tem-se o consumidor, destinatário final do produto, e de outro, o fornecedor, que desenvolve atividade de produção e distribuição no mercado de consumo. A patente hipossuficiência técnica e financeira do consumidor frente ao poderio econômico e informacional da indústria reforça a necessidade de aplicação do regime

consumerista, cujo propósito é precisamente o de restaurar o equilíbrio em relações intrinsecamente desiguais.

Um dos principais obstáculos processuais enfrentados pelas vítimas é a questão da aplicação da lei no tempo, uma vez que, em muitos casos, o início do tabagismo ocorreu décadas antes da vigência do CDC, em 1991. A defesa das empresas frequentemente invoca o princípio da irretroatividade para afastar a incidência da lei. Todavia, tal argumento não se sustenta. O CDC é classificado pela doutrina como uma norma cogente, de ordem pública e interesse social, o que lhe confere aplicabilidade imediata aos efeitos futuros de relações jurídicas estabelecidas anteriormente à sua vigência. A relação entre o fumante e a indústria não é um ato isolado, mas uma relação jurídica continuativa, marcada pela dependência química que perpetua o consumo ao longo do tempo. Assim, mesmo que o vício tenha se iniciado nos anos 1960 ou 1970, seus efeitos danosos, como o desenvolvimento de doenças, manifestaram-se e se prolongaram sob a égide da lei consumerista, que passa a reger a relação a partir de sua entrada em vigor.

Superada a questão da aplicabilidade, o ponto central da análise recai sobre a natureza do produto. O artigo 12 do CDC estabelece a responsabilidade objetiva do fabricante por danos causados aos consumidores por "defeitos" em seus produtos. A jurisprudência defensiva, em geral, interpreta o conceito de defeito de forma restritiva, limitando-o a falhas de fabricação ou anomalias que fazem com que um produto específico se desvie do padrão. A indústria argumenta que o cigarro não é defeituoso, pois funciona exatamente como projetado. Essa linha de raciocínio, contudo, ignora a dimensão da segurança. O defeito do cigarro não reside em um erro de produção, mas em seu próprio projeto: trata-se de um produto concebido para criar e manter a dependência química por meio da nicotina, enquanto libera mais de 4.700 substâncias tóxicas que sabidamente causam doenças e morte.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), citado no trabalho original, classifica a dependência de nicotina como um transtorno mental, destacando que, embora mais de 80% dos fumantes desejem parar, menos de 5% conseguem sem auxílio externo. Isso demonstra cientificamente que o uso continuado do produto não é uma mera questão de escolha, mas uma consequência direta de uma dependência farmacológica deliberadamente explorada pelo fabricante. Portanto, o cigarro possui um vício intrínseco de segurança, pois não oferece a segurança que o consumidor pode legitimamente esperar. Um produto cuja função



precípua é viciar o usuário e expô-lo a um risco inaceitável de dano à saúde é, por definição, defeituoso em seu projeto, atraindo a responsabilidade objetiva do fabricante, independentemente de culpa.

3. DA CULPA AO RISCO: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A compreensão da responsabilidade da indústria tabagista exige uma análise da evolução histórica do próprio instituto da responsabilidade civil no Brasil. O sistema jurídico brasileiro, fortemente influenciado pelo Direito Romano, por meio da Lex Aquilia, e pelo Código Napoleônico, consolidou no Código Civil de 1916 a teoria da responsabilidade subjetiva. Segundo essa concepção clássica, o dever de indenizar estava atrelado à comprovação de quatro elementos: conduta, dano, nexo causal e, fundamentalmente, a culpa (*lato sensu*) do agente. A culpa, manifestada por negligência, imprudência ou imperícia, era o pilar central que justificava a imposição da reparação.

Entretanto, a Revolução Industrial e o surgimento das relações de produção e consumo em massa tornaram o modelo da culpa insuficiente para dar resposta aos novos danos sociais. A dificuldade da vítima em provar a culpa do agente em atividades complexas e de grande escala, como o transporte ferroviário ou a produção industrial, resultava frequentemente na ausência de reparação, gerando uma injustiça sistêmica. Em resposta a essa realidade, o direito brasileiro iniciou um lento, mas contínuo, movimento em direção à objetivação da responsabilidade. Marcos legislativos importantes, como o Decreto-Lei nº 2.681, de 1912, que estabeleceu a responsabilidade das estradas de ferro, e, posteriormente, legislações sobre acidentes de trabalho e danos nucleares, começaram a dispensar a prova da culpa em situações específicas.

Essa evolução culminou na consagração da teoria do risco como um fundamento autônomo da responsabilidade civil, positivada de forma ampla no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. Segundo essa teoria, aquele que, por sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, deve responder por ele, independentemente de ter agido com culpa. A responsabilidade desloca-se da conduta do agente para a atividade por ele desenvolvida. Duas vertentes dessa teoria são particularmente aplicáveis à indústria do tabaco:

1. Teoria do Risco-Proveito (Risco-Proveito): Fundamentada no brocardo latino *ubi emolumentum, ibi onus* (onde está o ganho, aí reside o encargo), essa teoria estabelece que aquele que auferir lucros de uma atividade perigosa deve arcar com os prejuízos dela decorrentes. A indústria do tabaco, uma das mais lucrativas do mundo, obtém seus ganhos precisamente da venda de um produto que causa danos. Seria socialmente injusto permitir que essa indústria privatizasse seus lucros exorbitantes enquanto socializa os custos devastadores de seu negócio — custos estes que recaem sobre os indivíduos, suas famílias e o sistema público de saúde (SUS). A responsabilidade objetiva, nesse caso, funciona como um mecanismo de internalização dessas externalidades negativas, forçando a empresa a incluir em seus custos os danos que sua atividade gera.

2. Teoria do Risco Criado (Risco-Criado): De acordo com essa vertente, o dever de indenizar surge do simples fato de se ter criado e introduzido um perigo na sociedade. Ao fabricar, promover e comercializar em massa um produto com conhecido potencial cancerígeno e aditivo, a indústria do tabaco cria um risco social de proporções epidêmicas. A responsabilidade não decorre do lucro, mas da própria atividade de risco. Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, aquele que põe em funcionamento uma atividade responde pelos eventos danosos que ela gera. A indústria tabagista não apenas cria um risco, mas o faz de forma calculada, ciente das consequências estatísticas de seu negócio.

A recusa de parte da magistratura em aplicar a responsabilidade objetiva a esses casos representa um anacronismo doutrinário, uma falha em utilizar o instrumento jurídico projetado exatamente para lidar com os danos em massa característicos da sociedade contemporânea. A insistência na análise da culpa do consumidor ignora que a própria atividade da indústria é a fonte primária do risco e do dano.

4. A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE COMO SOLUÇÃO CONTEMPORÂNEA PARA O LITÍGIO TABAGISTA

A principal dificuldade enfrentada pelos tribunais ao julgar casos contra a indústria do tabaco reside em um impasse conceitual. De um lado, impor 100% da responsabilidade ao fabricante parece ignorar a agência do consumidor, que, em última análise, acendeu o cigarro. De outro, isentar completamente o fabricante com base na "culpa exclusiva da vítima" é uma solução simplista que desconsidera o poder



viciante da nicotina, as décadas de publicidade enganosa e a assimetria informacional. Essa polarização entre responsabilidade total e absolvição total tem levado a uma paralisia judicial, com a balança pendendo, por inércia, para a não responsabilização.

É nesse contexto que a teoria do risco concorrente (Teoria do Risco Concorrente), defendida por Flávio Tartuce, surge como uma proposta doutrinária sofisticada e equitativa, capaz de superar essa falsa dicotomia. A teoria parte do conceito de concausalidade, reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, no artigo 945 do Código Civil, que trata da culpa concorrente da vítima como fator de atenuação da indenização. O magistrado do caso paradigma de Londrina, aliás, aplicou raciocínio semelhante ao ponderar, na fixação do *quantum* indenizatório, a existência de outras comorbidades e fatores de risco da autora, como sedentarismo e histórico familiar, reconhecendo que o tabagismo foi uma das causas do dano, mas não a única.

A inovação de Tartuce consiste em transportar essa lógica para o campo da responsabilidade objetiva. Se, na responsabilidade objetiva, a culpa é um elemento irrelevante, falar em "culpa concorrente" é uma contradição em termos. A teoria do risco concorrente propõe, então, substituir a aferição de culpas pela ponderação dos riscos assumidos por cada uma das partes na relação. O foco se desloca da reprovabilidade da conduta para a análise da contribuição de cada agente na criação e assunção do risco que resultou no dano.

Nessa nova perspectiva, a análise judicial se daria em dois níveis:

- O risco assumido pelo fornecedor: A indústria do tabaco assume um risco-proveito imenso ao colocar no mercado um produto sabidamente perigoso e viciante, lucrando com a doença e a dependência alheias. Esse risco é a base de seu modelo de negócio.
- O risco assumido pelo consumidor: O consumidor, por sua vez, assume o risco de consumir um produto que, em algum nível, sabe ser prejudicial.

A tarefa do julgador não seria mais a de declarar um único "culpado", mas sim a de distribuir a responsabilidade de forma equitativa, sopesando a magnitude dos riscos assumidos por cada parte. Essa abordagem permite uma solução intermediária e mais justa, preenchendo a lacuna existente entre a isenção total e a condenação integral. Em vez de um modelo binário de "tudo ou nada", a teoria do risco concorrente oferece um espectro de responsabilização, permitindo que o juiz module a

indenização de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Essa flexibilidade é a chave para destravar o impasse jurisprudencial, alinhando a responsabilidade civil à sua função moderna de distribuição de perdas (*loss distribution*), em vez de uma busca por punição moral.

5. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE E A RELEITURA DOS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIAIS

A adoção da teoria do risco concorrente oferece uma nova lente através da qual é possível reexaminar e desconstruir as principais teses defensivas que sustentam a jurisprudência favorável à indústria do tabaco.

5.1 Livre-Arbítrio (Livre-Arbítrio)

O argumento do livre-arbítrio, pilar da tese de culpa exclusiva da vítima, fundamenta-se em uma concepção liberal e abstrata do indivíduo, que não corresponde à realidade das relações de consumo. Como aponta Tartuce, na pós-modernidade, o conceito de autonomia irrestrita cede lugar ao reconhecimento da vulnerabilidade e à necessidade de proteção estatal. No caso do tabagismo, o "livre-arbítrio" é severamente comprometido em dois momentos: primeiro, pela publicidade massiva e enganosa que, por décadas, fabricou o desejo e minimizou os riscos; segundo, pela ação farmacológica da nicotina, que sequestra a capacidade de escolha do indivíduo e o aprisiona em um ciclo de dependência. Sob a ótica do risco concorrente, a "escolha" do fumante não anula a responsabilidade do fabricante, mas representa um dos fatores na equação de distribuição de riscos.

5.2 Atividade Lícita (Atividade Lícita)

A alegação de que a fabricação e venda de cigarros é uma atividade lícita e, portanto, isenta de responsabilidade, é igualmente frágil. O direito civil brasileiro admite a responsabilização por atos lícitos em diversas hipóteses, como no estado de necessidade agressivo. Ademais, a licitude da atividade não confere uma carta branca para o abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil. Comercializar um produto sem informar adequadamente sobre seus riscos ou explorar deliberadamente sua capacidade de causar dependência configura um exercício de direito que excede os limites impostos pela boa-fé e pelos fins sociais e econômicos. A "licitude" da

atividade tabagista é, na verdade, uma permissão estatal cada vez mais restrita e condicionada, como demonstra a vasta legislação de controle editada desde a CF/88.

A análise da evolução legislativa revela um movimento inequívoco do Estado brasileiro no sentido de cercear a indústria, reconhecendo a gravidade do problema de saúde pública que ela representa.

Tabela 1: Evolução da Legislação Federal Restritiva ao Tabaco no Brasil Pós-CF/88

Ano	Norma	Ementa/Objetivo Principal
1988	Constituição Federal	Sujeita a publicidade de tabaco a restrições legais e advertências sobre malefícios.
1990	Lei nº 8.069 (ECA)	Proíbe a venda a crianças e adolescentes de produtos que causem dependência.
1996	Lei nº 9.294	Proíbe o uso de produtos fumígenos em recintos coletivos, exceto em fumódromos.
2000	Lei nº 10.167	Restringe a publicidade a pontos de venda e proíbe o patrocínio de eventos culturais e esportivos.
2001	Medida Provisória nº 2.190-34	Determina a inclusão de advertências com imagens nas embalagens de cigarros.
2003	Resolução ANVISA nº 335	Dispõe sobre a inserção de novas advertências com imagens e proíbe descritores como "light" ou "suave".
2003	Lei nº 10.702	Proíbe a venda de produtos de tabaco a menores de 18 anos.
2006	Decreto nº 5.658	Promulga a Convenção-Quadro para o Controle do Uso do Tabaco da OMS no Brasil.

Fonte: Compilação baseada em estudo da UNICAMP.

Esta tabela demonstra que a "licitude" é uma concessão estatal em franco processo de retração, tornando insustentável o argumento de que a atividade é exercida sob um manto de aprovação incondicional.

5.3 Nexo Causal (Nexo Causal)

A alegação de ausência de nexo causal é frequentemente sustentada pela multifatoriedade das doenças tabaco-relacionadas. Contudo, em sede de responsabilidade objetiva, o nexo a ser provado é entre o dano e a atividade de risco. O cigarro é o principal fator de risco para diversas doenças, e essa previsibilidade estatística é suficiente para estabelecer o nexo de causalidade. A indústria não pode alegar surpresa quando os danos que se materializam são exatamente aqueles que a ciência médica associa de forma inequívoca ao consumo de seu produto.

5.4 Aplicação Prática do Risco Concorrente

A aplicação da teoria do risco concorrente permite uma solução ponderada. Conforme sugere Tartuce, a distribuição dos riscos deve variar conforme o grau de informação disponível ao consumidor no momento em que iniciou o vício. Para um indivíduo que começou a fumar nas décadas de 1970 ou 1980, bombardeado por publicidade glamorosa e sem acesso a advertências claras, a maior parcela do risco (e, conseqüentemente, da responsabilidade) deve ser atribuída à indústria — talvez 80% ou 90%. Já para um jovem que começa a fumar hoje, ciente das advertências gráficas, das campanhas de saúde e da proibição da publicidade, a sua parcela de risco assumido é significativamente maior. Contudo, mesmo neste último caso, a responsabilidade da indústria não se anula por completo, pois ela continua a lucrar com um produto defeituoso e aditivo, mantendo uma parcela do risco que deve ser convertida em dever de indenizar.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se do presente trabalho, em primeiro lugar, que a responsabilidade aplicável, tanto no caso paradigma apresentado quanto em qualquer demanda análoga de pessoa vitimada pelos males causados pelo cigarro contra as empresas fabricantes do produto, é objetiva, pela patente relação de consumo entre as partes. Verifica-se que a sentença do magistrado de primeiro grau proferida no referido caso se embasou, a priori, na referida tese; deve-se aplicar, portanto, o Código de Defesa do Consumidor em lides desta espécie.

Expõe-se, nesse sentido, o entendimento de que foram corretas as teses que fundamentaram a referida sentença, notadamente naquele caso concreto, no qual, em que pese ao fato do vício do cigarro ter sido adquirido ainda nos anos 70 pela vítima

do fumo, os efeitos do referido vício, quais sejam as doenças por ele provocadas, foram constatados quando da vigência do CDC, isso em relação à questão do defeito — ou vício intrínseco de segurança — no produto cigarro, na forma como previsto na lei consumerista.

Destaca-se que durante os trabalhos de pesquisa para a elaboração do presente trabalho, constatou-se a existência na doutrina de uma nova teoria em relação à responsabilidade objetiva, defendida pelo professor Flávio Tartuce, qual seja a teoria do risco concorrente, que se encaixa por completo na temática em análise.

Salienta-se que diante das perspectivas do Estado democrático de direito brasileiro, emanadas da Constituição da República de 1988, na efetiva busca pela chamada justiça no caso concreto, conclui-se ser a teoria do risco concorrente de grande utilidade, no que tange à responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarro. A referida tese preenche, no âmbito da responsabilidade objetiva, lacuna existente na tecnologia jurídica hodierna, entre a ausência total de responsabilidade — a exemplo da culpa exclusiva da vítima, à luz do CDC — e a responsabilidade integral de indenizar; vislumbra-se dela, quando aplicada em casos desta espécie, maior aproximação com o justo.

Noutro giro, reflete-se em relação ao objeto do presente estudo — na busca de enxergar a questão posta em análise através de um prisma lógico-jurídico mais global — no sentido de que algo está errado no que cerne à questão do cigarro, o mal que ele causa às pessoas, e a visão pacificada da atual jurisprudência pátria no sentido da não responsabilização das empresas fabricantes do tabaco, notadamente depois do amadurecimento da Constituição da República de 1988, que está prestes a completar 24 anos de promulgação.

Não se vislumbra possível, diante da tecnologia jurídica e das ferramentas oferecidas pelo ordenamento brasileiro que estão à luz da principiologia CF/88 — a exemplo do CDC —, que os tribunais se mantenham inertes — no sentido de acomodados — perante o pacificado posicionamento, notadamente diante da temática moderna da responsabilidade civil. Verifica-se que tal fato não se coaduna com o Estado democrático de direito, inaugurado com a CF/88, no qual a população brasileira, ao menos em tese, escolheu viver.

Nesse passo, é fato que não se pode negar que a questão gera uma inquietude muito grande àqueles que são adeptos à busca da atualização do direito sob a luz do diploma maior que rege o Estado brasileiro. Salienta-se que não se defende no



presente trabalho, em nenhuma hipótese, que o jurista deve, no processo normativo, deixar de lado as regras que embasam a segurança jurídica e o estado democrático de direito.

Porém, indaga-se: não existem ferramentas disponíveis para que de alguma forma esses danos sejam em parte amenizados? Seria a teoria do risco concorrente a solução que está a surgir para essa intrincada questão da responsabilidade civil dos fabricantes de cigarro em relação às doenças causadas pelo fumo? Deixam-se no ar essas questões, para uma sequência do presente estudo em outras searas acadêmicas, ocasião em que se pretende, além do aprofundamento em relação à teoria do risco concorrente, abordar outras teorias possíveis de serem aplicadas, a exemplo da responsabilidade pressuposta.



REFERÊNCIAS

ADIER, Leandro Bittencourt. Responsabilidade civil do fabricante de cigarros. **Revista Jurídica**, n. 257, out. 1999. São Paulo: Notadez, 1999.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BARROS, Sebastião Amoedo de. **Valores e tabagismo: o recontexto do desvio**. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BORGES, Rodolfo. **Tabagismo: o cigarro faz parte da idade da pedra**. UnB Agência. Brasília, 20 mar. 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 5.658, de 02 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre controle do uso do tabaco. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jan. 2006.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Pressupostos da responsabilidade civil à luz do Novo Código**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. v. XIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7: responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009.

GONALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROU, Karina Bozola; SALAZAR, Andrea Lazzarini. **Ações indenizatórias contra a indústria do tabaco: estudo de casos e jurisprudência**. Aliança de Controle do Tabagismo, 2011.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Responsabilidade pressuposta. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. **Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006.

INKIS, Maria Beatriz D'Almeida Ramos. **Aspectos polêmicos sobre decadência e prescrição no Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1803, 8 jun. 2008.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **Responsabilidade civil: evolução e apanhado histórico**. Artigos Jurídicos. 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. v. 5. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil das empresas tabagistas**. Curitiba: Juruá, 2009.



NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 727416-6**. Relator: Des. José Augusto Gomes Aniceto. 9ª Câmara Cível. Julgado em 17 fev. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. LIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

POPP, Carlyle. Direito civil constitucional: princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**. v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011.

UNICAMP. **Legislação federal sobre tabaco no Brasil**. Divisão de Controle do Tabagismo e outros Fatores de Risco de Câncer/Conprev/INCA, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.



TEMA 1.068 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SOBERANIA DOS VEREDITOS

THEME 1,068 OF THE FEDERAL SUPREME COURT: ANALYSIS OF THE CONFLICT BETWEEN THE PRINCIPLES OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE SOVEREIGNTY OF VERDICTS

Mariana Petersen Alonso¹

RESUMO: O presente estudo trata da Execução Provisória da pena, em específico, acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal, observado o princípio da presunção de inocência, ao longo dos anos. Tem por objetivo analisar as mudanças jurisprudenciais e aparente conflito entre os entendimentos firmados nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 e a tese fixada no Tema 1.068, do STF. Para tanto foi efetuada pesquisa sobre o tema, em doutrinas, artigos, monografias, legislação e jurisprudência. Dessa maneira, o trabalho tratará dos principais aspectos relacionados ao tema.

Palavras-chave: Execução Provisória da pena. Constituição Federal. Direitos fundamentais. Presunção de inocência. Tribunal do Júri. Soberania dos vereditos. Tema 1.068 STF.

Abstract: This study examines the Provisional Execution of criminal sentences, with a particular focus on the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) over the years, in light of the principle of the presumption of innocence. The objective is to analyze the jurisprudential shifts and the apparent conflict between the positions established in the Direct Actions of Constitutionality (ADCs) 43, 44, and 54, and the thesis consolidated in STF Theme 1,068. To this end, the research draws on legal doctrine, academic articles, monographs, legislation, and case law. Accordingly, this paper discusses the main aspects related to the topic.

Keywords: Provisional execution of criminal sentences; Federal Constitution; Fundamental rights; Presumption of innocence; Jury Court; Sovereignty of verdicts; STF Theme 1,068.

INTRODUÇÃO

O tema proposto trata do conflito entre os princípios constitucionais da presunção de inocência e da soberania dos vereditos, notadamente no que concerne à possibilidade, ou não, da execução provisória da pena.

O artigo abordará a evolução jurisprudencial e controvérsia doutrinária acerca da execução provisória da pena ao longo dos anos, correlacionado ao entendimento firmado sobre o que a presunção de inocência abarca.

¹ Bacharel em direito, graduada pela Universidade do Estado Do Rio De Janeiro – UERJ (2020). Pós-graduada em Direito Processual Penal (IBMEC- SP) e em Ciências Criminais (CERS). Advogada. E-mail: marianap.alonso@hotmail.com



Ademais, faz-se necessário o estudo em comento, pelo fato de que, na ponderação dos direitos fundamentais envolvidos, o Supremo Tribunal Federal excepcionou um entendimento jurisprudencial consolidado acerca da impossibilidade de execução provisória da pena.

Objetiva-se abordar a compreensão do instituto da execução imediata da pena, sem trânsito em julgado, no âmbito do Tribunal do Júri, em conformidade com os princípios expressos na Constituição Federal e os entendimentos adotados nas ADCs 43, 44 e 54, a partir do exame dos fundamentos relevantes considerados pelo STF no RE 1.235.340/SC, que culminou na fixação de Tese no Tema de Repercussão Geral 1.068.

1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

O princípio substancial do sistema acusatório é o da presunção de inocência, expresso no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Consiste em garantia essencial do indivíduo frente ao poder do Estado, assegurando um julgamento justo, imparcial e com a observância do contraditório e ampla defesa.

O princípio da presunção de inocência, igualmente conhecido como princípio de não culpabilidade, em razão de a Carta Magna utilizar a terminologia culpado, em que pese a jurisprudência brasileira fazer referência a ambos os termos, tal diferenciação, segundo Badaró, é inútil e contraproducente, devendo ser reconhecida a equivalência das formas.²

No Estado Democrático de Direito, as garantias individuais estão em patamar elevado, vez que prescritas tanto na Constituição Federal, que irradia para o ordenamento jurídico, em virtude da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, quanto em Tratados Internacionais como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto de São José da Costa Rica.

O princípio da presunção de inocência, nesse sentido, é alicerce do sistema democrático e garante que os demais princípios penais sejam plenamente exercidos pelos sujeitos de direitos.

² BADARÓ. Gustavo Henrique. Ônus do processo penal. apud. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – 6ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 44.

Aury Lopes Jr. acrescenta que a dimensão interna³ desse princípio garante que o ônus de provar a culpa do suspeito é do Ministério Público, órgão constitucionalmente dotado da titularidade da ação penal pública no sistema acusatório, desse modo, não é possível a inversão do ônus da prova no processo penal, sendo indispensável a existência de elementos informativos verossímeis aptos a embasar a acusação.

Em virtude disso, caso a valoração das provas não culmine em certeza ou em dúvida além da razoável no sentido da condenação, pela presunção de inocência, a medida justa é a absolvição, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*.

Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. [...]

O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito.⁴

Aury Lopes Jr. descreve, ainda, que a presunção de inocência detém acepção externa ao processo, no sentido de que há necessidade de proteção do acusado contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do réu, sobretudo nas mídias, bem como das garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade⁵.

Vale destacar que Aury Lopes Jr., citando o jurista Vegas Torres⁶, menciona que a presunção de inocência deve estar garantida em todo o processo, até mesmo na fase pré-processual.

Tal circunstância decorre do fato de que o investigado se encontra em posição vulnerável, tendo em vista que o inquérito policial constitui fase meramente investigativa, voltada à obtenção de elementos informativos acerca da materialidade do delito e de indícios de autoria.

Por se tratar de etapa inquisitorial não ocorre produção de provas, pois os elementos de convicção não são produzidos sob o crivo do contraditório, há apenas a reunião de dados que poderão lastrear eventual ação penal.

³ LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.p. 53.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – 6ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 44.

⁵ LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.p. 53.

⁶ VEGAS TORRES, Jaime. apud. LOPES JR., Aury. Direito processual penal – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.p. 53.

2. TRIBUNAL DO JÚRI E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

A Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, prevê o Tribunal Júri como competente para julgar crimes dolosos contra a vida, tratando-se, portanto, de cláusula pétrea.

Ademais, os princípios regentes do Júri são expressos nas alíneas desse artigo na Carta Magna, dentre eles, o da soberania dos vereditos.

Conforme extraído do acórdão no RE 1.235.340/SC, esse princípio consiste:

Para Guilherme de Souza Nucci, “o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, quanto ao mérito, por qualquer Tribunal togado.” Nada mais é – prossegue Nucci – do que “mecanismo constitucional, escolhido pelo Poder Constituinte originário, para atingir o veredito justo.”. Tratando-se, portanto, nas palavras de Ricardo Vital de Almeida, de “patrimônio da cidadania e garantia fundamental, a soberania plena dos vereditos do Júri está acima de quaisquer pretensas justificativas que possam permitir sua negação”⁷

No entanto, o princípio da presunção de inocência é igualmente assegurado na Constituição Federal como direito fundamental do indivíduo e, conforme doutrina consolidada, os direitos fundamentais não são absolutos e deve ser aferido qual preponderará no caso analisado, a partir de uma verificação casuística.

Acrescente-se que a decisão do júri é dotada de soberania, é colhida de maneira sigilosa e com base no sistema da íntima convicção, sem necessidade de fundamentação por seus integrantes leigos⁸, relativizando o previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Durante anos, prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que seria possível o cumprimento provisório da pena no caso de interposição de Recurso Extraordinário ou Especial, tendo em vista não serem dotados de efeito suspensivo, tendo como fundamento legal o disposto no art. 637, CPP.

Nesse sentido, havia súmula editada pelo STJ, a nº 267: a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição

⁷ <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372019407&ext=.pdf>>. Pg. 63. Acesso em: 09/09/25.

⁸ CAMPOS, Walfredo Cunha apud. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – 6ª. ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2018. p. 1.349.

de mandado de prisão. Em tese, com a sentença condenatória, ratificada em apelação, já seria possível a imposição do recolhimento do réu à prisão.

Em 2009, contudo, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, o Plenário do Supremo alterou sua orientação jurisprudencial, afinando seu posicionamento com o expresso de forma literal na Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Assim, apenas após o trânsito em julgado da condenação seria possível executar a pena imposta, ressalvadas as hipóteses de cabimento de prisão cautelar, segundo os pressupostos do art. 312, do CPP.

Essa mudança do entendimento, em 2016, sofreu nova reviravolta. No julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos novamente:

(...) o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu pela possibilidade de execução provisória do acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento da apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, e mesmo que ausentes os requisitos de prisão cautelar, sem que se possa obstar suposta violação ao princípio da presunção de inocência, já que é possível fixar determinados limites para a referida garantia constitucional.⁹

O STF pautou-se em fundamentos como o de que na instância ordinária esgota-se a possibilidade de exame de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial como têm efeito devolutivo limitado, apenas para exame de matérias de direito, não seria considerado propriamente desdobramento do duplo grau de jurisdição, de modo que após a apelação haveria preclusão da matéria envolvendo elementos fático-probatórios da causa.

Ainda, de que muitos estariam manejando recursos de forma imprópria, com disfarçado intuito protelatório, com finalidade, não raramente, de alcançar uma prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Renato Brasileiro¹⁰, com a devida vênia, não concordou com o a posição adotada pela maioria do Supremo Tribunal Federal, que admitiram a execução provisória da pena, pois afirma ser flagrantemente contrário ao que expressa a Constituição Federal no art. 5º, LVII, bem como o art. 283, CPP, que só admite prisão temporária ou preventiva ao longo da persecução, isto é, antes do trânsito em julgado

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – 6ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 47.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – 6ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 48.



da sentença condenatória, quando há ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

O entendimento foi confirmado no Plenário virtual do STF, com repercussão geral reconhecida, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, dessa forma, tal tese firmada teve de ser aplicada nos demais processos em andamento nas demais instâncias.¹¹

Contudo, em 07 de novembro de 2019, ao julgar as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, ajuizadas pelo partido Patriota e conselho do PCdoB, com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, que dispõe ser necessário para a prisão definitiva, dentre outras condições, o trânsito em julgado da sentença condenatória, o STF entendeu, por maioria, pela procedência das ADCs, ou seja, se posicionou contrário à prisão em segunda instância. Com o placar de votação em 6 votos contra 5, o efeito da decisão é vinculante, de eficácia *erga omnes*.

Assim, deve-se esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória para que o condenado inicie o cumprimento de sua pena, em consonância ao estabelecido expressamente no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

A partir do panorama de insegurança jurídica que se instaurou na Corte, vale mencionar as críticas doutrinárias no sentido de que a solução para o "caos do sistema punitivo brasileiro" deveria, caso necessário, passar por mudança legislativa¹², não jurisprudencial, já que o Judiciário trouxe, em outros momentos, interpretação desconforme ao texto literal de uma norma constitucional de eficácia plena, produzida pelo poder constituinte originário, desse modo, eventual reforma deveria se dar pelo poder constituinte derivado reformador, ou seja, o Legislativo.

Além disso, se preenchidos os requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP), o réu pode responder ao julgamento preso, sem necessidade da execução provisória da pena.

¹¹ Ibid. p. 51.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – 6ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 50.

4. TEMA 1068 STF: CONFLITO ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A SOBERANIA DOS VEREDITOS

Como explicitado, o entendimento atual da Corte Suprema firmou-se no sentido de que é incabível a execução provisória da pena de prisão, em observância ao princípio da presunção de inocência.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese no Tema 1.068 de Repercussão Geral: A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada."

Inicialmente, destaca-se que a Lei nº 13.964 de 2019 introduziu parágrafos novos ao artigo 492, do Código de Processo Penal, que trata da sentença no âmbito do Tribunal do Júri e passou a prever que:

Art. 492, CPP

(...)

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

(...)

Nesse contexto, passou a ser previsto no CPP que a apelação contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a pena igual ou superior a 15 anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

A partir disso, passou-se a discutir em âmbito doutrinário o porquê de o legislador escolher esse quantitativo de pena, bem como a impossibilidade de uma lei infraconstitucional relativizar o preceito constitucional da presunção de inocência reconhecido pelo STF como obstáculo à execução provisória da pena.

A questão ascendeu ao STF, por meio do Recurso Extraordinário 1235340/SC, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, que destacou como argumentos:

Após discorrer sobre os pressupostos de admissibilidade do recurso, inclusive quanto à repercussão geral da matéria, a parte recorrente apresentou os seguintes argumentos: (i) o acórdão recorrido violou o art. 5º, inciso XXXVII, "c", da CF/88, tendo em vista que a imediata execução de condenação proferida pelo Tribunal do Júri decorre da soberania dos veredictos, sendo desnecessário aguardar a sua confirmação em grau de

apelação; (ii) a decisão recorrida desconsiderou a interpretação conferida pela Primeira Turma desta Suprema Corte, na sessão de 07.03.2017, no julgamento do HC 118.770/SP, para o qual fui designado redator para o acórdão (Relator originário o Min. Marco Aurélio); (iii) o entendimento adotado no HC 118.770/SP está alinhado com o Tema 925 da repercussão geral (ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki), que passou a admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação; (iv) não há razão para impedir a execução da pena aplicada pelo Júri, porquanto eventual interposição de apelação não possibilitará ao Tribunal a usurpação da soberania dos veredictos do conselho de sentença.¹³

No julgamento do mencionado Recurso, a Corte fundamentou a decisão conferindo interpretação conforme a Constituição, com redução do texto, ao art. 492, do CPP, com a redação da Lei nº 13.964/2019, *in verbis*:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, por maioria de votos, em apreciando o tema 1.068 da repercussão geral: a) conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento para negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus e considerar que, neste caso específico, é possível a prisão imediata do acusado; (b) dar interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, ao art. 492 do CPP, com a redação da Lei nº 13.964/2019, excluindo do inciso I da alínea "e" do referido artigo o limite mínimo de 15 anos para a execução da condenação imposta pelo corpo de jurados. Por arrastamento, excluir do § 4º e do § 5º, inciso II, do mesmo art. 492 do CPP, a referência ao limite de 15 anos; e (c) fixar a seguinte tese: "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada" (...)¹⁴

No contexto, o STF entendeu, em síntese, que a soberania dos veredictos conferida ao Tribunal do Júri, nos termos do art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal, se sobrepõe ao princípio da presunção de inocência, em virtude da necessidade de proteção eficiente à vida humana. Nesse sentido:

No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Conselho de Sentença, e o Tribunal de segundo grau não pode substituir-se à deliberação dos jurados (CF/1988, art. 5º, XXXVIII, "c"), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos a que ela visa resguardar (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII, e 144), notadamente a vida humana. [...]¹⁵

¹³ <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372019407&ext=.pdf>>. Pg. 55. Acesso em: 09/09/25.

¹⁴ <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372019407&ext=.pdf>>. Pg. 05. Acesso em: 09/09/25.

¹⁵ <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372019407&ext=.pdf>>. Pg. 68. Acesso em: 09/09/25.

Extrai-se, desta forma, que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Tribunal do Júri, deu especial relevância ao princípio da soberania dos veredictos, em detrimento do princípio da presunção de inocência, que, destaca-se, não é eliminado.

O princípio da presunção de inocência continua a ser observado em todos os procedimentos penais e, no caso do Júri, é possível a interpretação no sentido de elevação da soberania dos veredictos, em virtude de o procedimento do Júri ser especial e necessitar de dupla filtragem, já que divide-se em duas fases, tais quais: a fase de formação da culpa, ou *iudicum accusationis*, que tem início com o recebimento da denúncia e termina com uma das seguintes decisões: pronúncia; impronúncia; absolvição sumária ou desclassificação, com a presença exclusiva do juiz togado; e a fase de julgamento da causa, ou *iudicium causae*, que se inicia com a preparação do processo para julgamento em plenário, logo após a preclusão da pronúncia, e é concluída com a sentença.

Desse modo, o procedimento bifásico do Tribunal do Júri garante proteção ao princípio da presunção de inocência, ademais, quanto aos eventuais recursos, ressalte-se que a legislação processual penal estabelece hipóteses vinculadas de fundamentação no art. 593, III, não sendo possível que qualquer matéria seja analisada pelo Tribunal de segundo grau, já que o juiz natural da causa é o corpo de jurados. Nesse aspecto:

[...] o Tribunal de segundo grau, no tocante à autoria e à materialidade delitiva, jamais poderá substituir a vontade popular manifestada pelos jurados, mas apenas determinar, nas excepcionais hipóteses legalmente previstas, quando for o caso, a realização de um novo julgamento por uma única vez [...]¹⁶

CONCLUSÃO

A Constituição brasileira assegura como garantia fundamental o princípio da presunção de inocência, que fundamenta a impossibilidade, em regra, da execução provisória da pena, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54.

De outro lado, é consagrado, no mesmo capítulo do texto constitucional, a soberania dos veredictos como um dos princípios regentes do Tribunal do Júri e, a partir

¹⁶ <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372019407&ext=.pdf>>. Pg. 64. Acesso em: 09/09/25.



disso, o STF relativizou o decidido nas ADCs 43, 44 e 54, decotando as condenações decorrentes do Conselho de Sentença.

A partir do exposto, compreende-se que, em regra, não é cabível a execução provisória da pena, salvo nas condenações oriundas do Tribunal do Júri, independentemente da pena cominada, tendo em vista que o princípio da soberania dos vereditos, conforme o STF, prepondera sobre o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que a proteção do direito à vida deve ser eficiente.

Assim, o entendimento do STF, consentâneo ao ordenamento jurídico e concretizado pela unidade da Constituição, é o de que a execução da pena, imediatamente após a condenação do réu pelo Conselho de Sentença, não viola a presunção de inocência.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.235.340/SC**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal** – 6ª. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 13ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 800-805.



USO DA VEGETAÇÃO PARA A ATENUAÇÃO DA POLUIÇÃO SONORA NAS VIAS DE CURITIBA

USE OF VEGETATION TO ATTENUATE NOISE POLLUTION ON CURITIBA'S ROADS

Patricia Selhorst¹

Resumo: Esse artigo realizou um levantamento bibliográfico com o intuito de avaliar a eficácia da vegetação existente e o uso como barreira para a atenuação da poluição sonora na Linha Verde, demais regiões de Curitiba e outras regiões. Para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica de estudos de casos aplicados, artigos e demais publicações com os mapeamentos sonoros elaborados e ainda dados sobre a efetividade da utilização da cobertura vegetal, e posterior análise do conteúdo obtido. A capital do Paraná é uma das mais populosas do país, ficando em 8º lugar entre as grandes cidades do Brasil. Consequentemente tem um volumoso tráfego de veículos, um dos fatores causadores da poluição sonora. Define-se poluição sonora como ruídos indesejáveis. Esses, trazem diversos malefícios à saúde humana. O uso da vegetação como barreira para atenuar ruídos, tem sido aplicado em larga escala em diferentes lugares, o que é defendido por muitos autores. Como resultado foi possível verificar a eficácia da utilização como atenuante bem como seus aspectos na utilização. Além de promover diminuição da poluição atmosférica, da contaminação do solo, conforto térmico, controle de erosão, benefícios paisagísticos, e melhoria na qualidade de vida da população. Ainda, a falta de dados e estudos que não permitiram a avaliação mais detalhada em alguns locais. Espera-se, que estudos como esse possam ser utilizados nas propostas futuras, garantindo melhoria ambiental, na qualidade de vida e saúde da população.

Palavras-chave: Poluição sonora; Linha Verde; Barreira de vegetação.

Abstract: This article carried out a bibliographic survey in order to evaluate the effectiveness of the existing vegetation and its use as a barrier to mitigate noise pollution on the Green Line, other regions of Curitiba and other regions. For this, a bibliographic search of applied case studies, articles and other publications was carried out with the sound mappings elaborated and data on the effectiveness of the use of vegetation cover, and subsequent analysis of the content obtained. The capital of Paraná is one of the most populous in the country, ranking 8th among the major cities in Brazil. Consequently, it has a high volume of vehicle traffic, one of the factors that cause noise pollution. Noise pollution is defined as undesirable noise. These bring several harms to human health. The use of vegetation as a barrier to attenuate noise has been applied on a large scale in different places, which is defended by many authors. As a result, it was possible to verify the effectiveness of the use as a mitigation as well as its aspects in the use. In addition to reducing air pollution, soil contamination, thermal comfort, erosion control, landscape benefits, and improving the population's quality of life. Still, the lack of data and studies that did not allow a more detailed assessment in some places. It is hoped that studies like this can be used in future

¹ Engenheira Ambiental Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho. Técnica em química.

proposals, ensuring environmental improvement, in the quality of life and health of the population.

Keywords: noise pollution; Green Line; vegetation barrier.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas a população brasileira cresceu consideravelmente, segundo o censo do IBGE (2000, 2010) no ano de 2000 eram 169.799.170 habitantes e em 2010 passou para 190.755.799 habitantes. As projeções são de 211.755.692 habitantes em 2020 e 224.854.415 habitantes no Brasil para 2030 (IBGE, 2020).

Atrelado a esse crescimento populacional está o fato de as pessoas migrarem cada vez mais das áreas rurais para as urbanas. Esta mudança nas características na sociedade deve-se em grande parte a mecanização na agricultura, o que fez que sobrasse mão de obra na área rural. Desta forma, aumentou o êxodo rural, levando a busca por novas oportunidades nas grandes cidades. Também a modernização na forma de viver da sociedade trouxe a busca de outros interesses.

De acordo com o censo IBGE (2010) é demonstrado que a população é mais urbanizada do que no ano de 2000, tendo um aumento de 81% para 84% dos brasileiros que vivem em áreas urbanas. Nos dias atuais, cerca de metade da humanidade vive nos centros urbanos. Devido a essa realidade da constante transformação, a World Health Organization - WHO (2019) enfatiza que até 2050, 70% da população mundial viverá em áreas urbanas.

Esse aumento da densidade populacional acarretou o crescimento das cidades, que na maioria das vezes é desordenado. Tal crescimento traz consigo o aumento dos problemas ambientais, dentre esses um dos mais ocorrentes nos grandes centros urbanos, a poluição sonora. A elevação dos ruídos nos centros densamente povoados é atribuída a crescente migração da população, advindas das áreas rurais. Esse aumento a nível mundial dos centros urbanos, de forma desordenada, contribui e muito para a elevação da poluição sonora (Soares, 2018).

Segundo Sánchez (2013), o som ou ruído é o resultado da vibração acústica capaz de produzir sensação auditiva, podendo ser considerada como som indesejado pelo ouvinte, causando efeitos negativos. A poluição sonora ocorre quando o som altera a condição normal de audição em um determinado ambiente, seja pela soma de ruídos, oriundos do trânsito de veículos, como ruídos de motores, escapamentos, buzinas, sirenes e até mesmo o atrito com a pavimentação; das indústrias com ruído



interno e externo, com seus maquinários e sirenes; das obras e construções entre outros locais de concentrações urbanas. Com o aumento de indústrias e circulação de veículos aumentou também a poluição sonora, causando males ao meio ambiente e problemas de saúde à população (Amarilla, 2019).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), ruídos acima de 55 dB durante o dia e 40 dB à noite são prejudiciais à saúde (Estêvez e Nucci, 2015).

Marques (2015) informa que de forma geral os ruídos vêm de todas as partes, de diversas fontes geradoras, dificultando assim o seu controle e tornando-o insignificante em cada fonte isolada, estando normalmente o problema no conjunto dessas fontes, trazendo os males de forma gradativa. Contudo, de acordo com Soares (2013) em seus estudos, 70% do ruído urbano é advindo do tráfego de veículos, com principal contribuição os veículos pesados, como caminhões, ônibus e motocicletas.

Segundo Santos e De Oliveira, (2017) a poluição sonora é um problema de saúde coletiva, pois traz não somente o desconforto, como uma série de males como: distúrbios psicológicos e do sono, diminuição do rendimento no trabalho, hipertensão e agravamento de doenças cardiovasculares. Para Amarilla (2019), é considerada como uma ameaça à saúde pública e ambiental. Na atualidade é notório o crescimento das doenças psicossomáticas atribuídas ao estresse diário. Explica ainda, que países europeus, Estados Unidos, Austrália e Extremo Oriente demonstram grande preocupação com os efeitos da poluição sonora na população, adotando em seus planos de ação a utilização de barreiras acústicas. Essa preocupação levou a elaboração de um quadro legislativo motivando as autoridades responsáveis a minimizar os ruídos urbanos, semiurbanos e até os rurais. No Brasil, não há Lei Federal específica para a poluição sonora.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, declara a proteção especial ao meio ambiente, englobando o bem estar do cidadão e a qualidade sonora. A Lei 6.938/81 de crimes ambientais dá respaldo a poluição de forma ampla. A regulamentação específica é de responsabilidade dos estados e municípios, e dos órgãos administrativos a expedição de resoluções e normas técnicas sobre a exposição à poluição sonora (Santos e De Oliveira, 2017).

Diante dessa problemática, fazem-se necessárias pesquisas e estudos para implantação de técnicas para mitigar ou atenuar a poluição sonora dos centros urbanos.

O mapeamento do ruído urbano faz a identificação dos níveis fora dos limites aceitáveis, possibilitando direcionar a gestão das medidas que serão adotadas para solucionar os problemas da região em questão, bem como definir o uso futuro de um espaço decorrente da urbanização (De Alencar Bessa, De Lima e Junior, 2017).

Brasil possui 5570 municípios, dos quais 324 são considerados grandes centros urbanos (mais de 100 Mil habitantes), onde se concentram 57,4% da população. A Cidade de Curitiba é um desses grandes centros urbanos, sendo a oitava cidade mais populosa do país, com 1.933.105 habitantes em 2019 (IBGE, 2019).

Segundo o IBGE (2017 e 2018) e o Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba (2015), Curitiba possui um território de 434.892 km², com sua área quase toda ocupada, sendo a área verde de 58m²/hab. A cidade conta com 24 parques, 16 bosques, 1 jardim botânico, 1 reserva, 2 bosques de conservação, 15 reservas particulares/patrimônio natural municipal - RPPNM e 1039 praças de jardins, que refletem a importância dada ao meio ambiente pela cidade. Ainda, segundo a Agência FIEP (2018), é uma cidade com polo industrial representado por vários segmentos, classificada em quatro setores: extrativista, de transformação, de construção civil e de utilidade pública, possuindo em 2018 uma frota de 1.551.463 veículos. Devido as características de urbanização, Curitiba tem uma grande poluição ambiental, onde a sonora é uma grande problemática. A Lei Municipal 10.625/2002, dispõe sobre ruídos urbanos, proteção do bem estar e do sossego público e dá outras providências.

Nas cidades, o zoneamento é feito com diferentes tipos de áreas: áreas de sítios e fazendas; área estritamente residencial urbana ou de hospitais ou escolas; área mista, predominantemente residencial; área mista com vocação comercial e administrativa; área mista, com vocação recreacional e área predominantemente industrial. O fato de ocorrer as misturas de áreas, dificulta a avaliação dos parâmetros sonoros. A NBR 10151, determina e delimita os parâmetros para avaliação desse critério em diferentes tipos de área (Estêvez, Nucci, 2015).

Na busca de soluções para mitigar a poluição sonora existe a prática da aplicação de arborização urbana como barreira acústica. Curitiba possui muitas ruas e avenidas arborizadas, pois faz parte do seu projeto de urbanização.

Conforme Pinto (2018), um dos principais símbolos associados ao meio ambiente, com certeza é a árvore, fazendo um elo entre a humanidade e a natureza.

As plantas têm sido aliadas da humanidade na luta pela sobrevivência e prosperidade. No trato ao planejamento urbano, a arborização é essencial, especialmente às áreas residenciais, levando em consideração os inúmeros benefícios aos respectivos habitantes. Purificação do ar, melhoria de qualidade da vida local, absorção de parcela considerável da poluição sonora, diminuição dos impactos das águas pluviais no solo, a diminuição da formação das ilhas de calor, entre outros benefícios. Com a arborização urbana é possível obter diversos benefícios para a população, como a estética local, harmonia paisagística, diminuição do microclima consequentes das sombras e evapotranspiração, redução da poluição do ar e da poluição sonora e atração da avifauna. Agregando ainda, benefícios psicológicos, fisiológicos, valorização de imóveis e sociais (Ransan, Figueiredo, 2015).

A arborização urbana tem uma grande importância na mitigação da poluição sonora, sendo utilizada em larga escala.

Assim, tendo a preocupação com a crescente poluição sonora na cidade de Curitiba e suas implicações e impactos no meio ambiente e na saúde pública, essa pesquisa busca fazer um levantamento bibliográfico de estudos sobre a utilização e efetividade da arborização como barreira acústica na cidade de Curitiba e se possível avaliar a efetividade da arborização na Linha Verde, na qual, ao longo de sua extensão, foram plantadas diversas árvores. Para isso será realizado o levantamento de estudos sobre o efeito de áreas verdes na atenuação de ruídos de tráfego em Curitiba ou outros grandes centros, o levantamento de pontos positivos, pontos de melhoria e ou discussão encontrados nesses trabalhos, e fatores de influência para se alcançar a eficácia do uso de áreas verdes. Por fim, uma comparação dos materiais publicados disponibilizados e análise para a verificação da eficácia no uso de vegetação como barreira acústica em vias urbanas.

Sendo comprovada a eficácia do uso da vegetação em grandes centros como barreira para o controle da poluição sonora, pode-se usar como exemplo e implantar em outras áreas urbanas que também são afetadas. Além do controle da poluição sonora, pode-se ter melhoria na qualidade do ar, controle da temperatura, melhoria estética da paisagem, além da qualidade de vida da população com a arborização.

2. METODOLOGIA

A pesquisa iniciou-se com o levantamento bibliográfico, ou seja, a busca por artigos, livros, periódicos científicos e publicações relacionadas ao tema da utilização de áreas verdes como atenuantes da poluição sonora, conforme abaixo:

a) Levantamento de estudos sobre o efeito de áreas verdes na atenuação de ruídos de tráfego em Curitiba:

Foi realizado o levantamento bibliográfico de estudos publicados sobre o efeito de áreas verdes na atenuação de ruídos de tráfego na cidade de Curitiba. Para tal, utilizaram-se plataformas como *Scielo - Scientific Electronic Library Online*, Google Scholar e revistas científicas, entre as principais RSBAU – Revista da Sociedade Brasileira de Arborização Urbana. Tendo como principais filtros os tópicos atenuação da poluição sonora, vegetação e eco barreiras e poluição sonora, primeiro voltados para a Linha Verde, depois Curitiba e por fim demais regiões. Buscando a avaliação da poluição sonora e sua situação atualmente nessas regiões, se existe mapeamento acústico, e se foram realizadas medições e pesquisas de campo que comprovem o efeito das áreas verdes na atenuação da poluição sonora.

b) Levantamentos de pontos positivos apresentados nos estudos publicados:

Durante o estudo das publicações encontradas, foi realizado um levantamento dos pontos positivos ao se utilizar áreas verdes na atenuação da poluição sonora em vias urbanas, seja na eficácia da sua utilização, melhoria da qualidade do ar, qualidade de vida da população, entre outros.

c) Levantamento de pontos de melhoria/discussão encontrados:

Foi realizado um levantamento dos pontos de possíveis melhorias e ou discussões encontradas nos estudos, seja no levantamento de dados, na dificuldade de obtenção desses, coleta ou análise dos materiais ao longo das pesquisas realizadas.

d) Levantamento de fatores de influência para se alcançar a eficácia do uso de áreas verdes:

Ao longo das pesquisas nos materiais apresentaram-se fatores de influência para obtenção da eficácia da utilização de áreas verdes, como alterações climáticas, uso do solo ou porte dos veículos no fluxo analisado. Esses fatores foram listados para apresentação neste estudo e posterior análise.

e) Comparar as diferenças entre os estudos:

Foi realizada uma comparação entre os estudos publicados que abrangem tanto a cidade de Curitiba quanto outras cidades, visando obtenção de pontos em comum, sejam esses positivos ou negativos.

f) Verificação da eficácia no uso de vegetação como barreira acústica em vias urbanas de Curitiba:

Através dos dados obtidos, da análise e comparação dos materiais publicados, foi realizada uma avaliação sobre a eficácia da aplicação de vegetação como barreira acústica no controle da poluição sonora na cidade de Curitiba, e se possível, na via conhecida como Linha Verde.

3. RESULTADOS

Todos os cidadãos têm direito ao meio ambiente sustentável e ao bem-estar. O maior causador de sons indesejáveis em centros urbanos é o tráfego de veículos, causando danos tanto ao meio ambiente como à saúde da população (Carneiro, 2017).

A redução da cobertura arbórea nas cidades se dá muito ao crescimento desordenado das mesmas, o que traz diversos problemas como a escassez de áreas verdes e o aumento da poluição, resultando também em mudanças climáticas e no comprometimento dos recursos naturais, bem como malefícios para a vida de seus habitantes, como distúrbios biológicos e psicológicos. A arborização de ruas da cidade faz parte da floresta urbana, possibilitando a conectividade das áreas verdes urbanas (Panasolo, 2016).

A qualidade de vida e saúde dos habitantes das cidades pode ser impactado pela poluição sonora. Uma das soluções mitigadoras para a atenuação dos ruídos é a implantação de barreiras vegetativas (Lozano, 2018).

Como forma de controle para a poluição sonora, a vegetação é considerada um material de baixo custo se comparada com concreto, metal, plástico e outros materiais artificiais. Os três efeitos principais que a vegetação diminui a poluição sonora são: difração e reflexão das ondas pela vegetação; absorção das ondas transformando em vibrações mecânicas e destrutivas; interferência das ondas sonoras (Lopez e Souza, 2018).

Níveis sonoros que ultrapassam 55 dB(A) trazem preocupação pois causam irritação pelo desconforto auditivo. Uma exposição crônica a níveis de 65 a 80 dB(A), podem trazer danos auditivos. Segundo os autores, a poluição sonora advinda do

tráfego de veículos pode causar problemas fisiológicos, cognitivos, distúrbios do sono e estresse. (Lopez e Souza, 2018).

Fazer o mapeamento acústico das cidades é um dos primeiros passos, para obter uma base fundamental para a análise acústica da saúde da cidade. Esses dados podem ser utilizados para a tomada de decisões e planejamentos (Lopez, Souza, 2018).

O zoneamento ambiental acústico corrobora com o alcance de cidades sustentáveis, uma vez que pode contribuir com a criação de soluções para o controle da poluição sonora (Bressane, et al, 2015).

4. MAPEAMENTO ACÚSTICO

A elaboração do mapa de ruído formado pelos dados coletados in loco e os dados calculados por meio de ferramentas de cálculo pode se tornar uma ferramenta para controlar e reduzir a poluição sonora e melhorar a qualidade ambiental dos grandes centros. Um mapa acústico permite ver o problema como um todo amplamente, não apenas pontual, como uma medição, sendo essencial para a avaliação e o diagnóstico da poluição sonora ambiental. É uma ferramenta que contribui para o desenvolvimento sustentável e visa melhorar a qualidade de vida da população urbana (Soares, 2013).

Segundo Soares (2013), o controle de ruído usando mapas acústicos tem sido usado com sucesso em muitos países, pois permitem identificar as principais fontes sonoras em meio urbano, bem como sua quantificação, que são os levantamentos dos níveis sonoros emitidos pelas fontes de diversas regiões (apud Annecke & Zimmerman, 2008).

Soares (2013) explica ainda que são utilizados softwares avançados para a confecção desses mapas, onde são calculados níveis de imissão sonora para um número expressivo de pontos a partir de suas características topográficas e dos parâmetros de tráfego do local avaliado, gerando assim um mapa dos níveis de ruído que utiliza uma escala de cores que se relaciona aos níveis sonoros. Sendo assim possível, através da leitura direta no mapa gerado, conhecer os níveis de ruído em qualquer ponto de uma grande área avaliada. Além disso, permitem simulações nos parâmetros determinantes da emissão e imissão do ruído, o que o torna uma ferramenta poderosa na avaliação do impacto ambiental causado pelo ruído do tráfego

e para avaliar previamente a eficácia de alternativas controladoras que possam vir a ser adotadas (apud Manvell & Banda, 2006).

Mapeamentos acústicos são ferramentas excepcionais para a gestão do ruído ambiental, pois fornecem uma visão ampla do problema, uma análise da situação avaliada e futura, identificam e quantificam as principais fontes de ruído urbano, além da criação e a manutenção de bases de dados sobre estudos da poluição sonora (Soares, 2013).

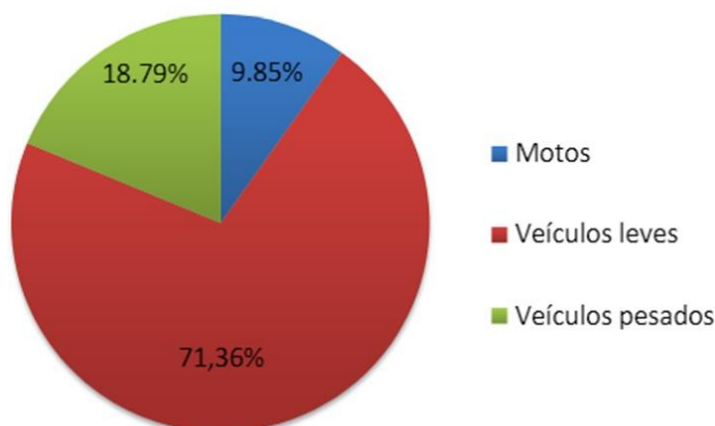
5. ESTUDOS DE CASO

Foram encontrados alguns estudos de caso publicados para a avaliação do ruído e da verificação da eficácia da utilização de vegetação atuando como barreira acústica em diversos locais. Serão, portanto, apresentados os tópicos para a cidade de Curitiba e demais regiões, evidenciando os pontos mais importantes desses materiais, sejam esses positivos ou não para esse levantamento e para a comprovação da eficácia da utilização desse sistema de atenuação da poluição sonora.

5.1. Curitiba

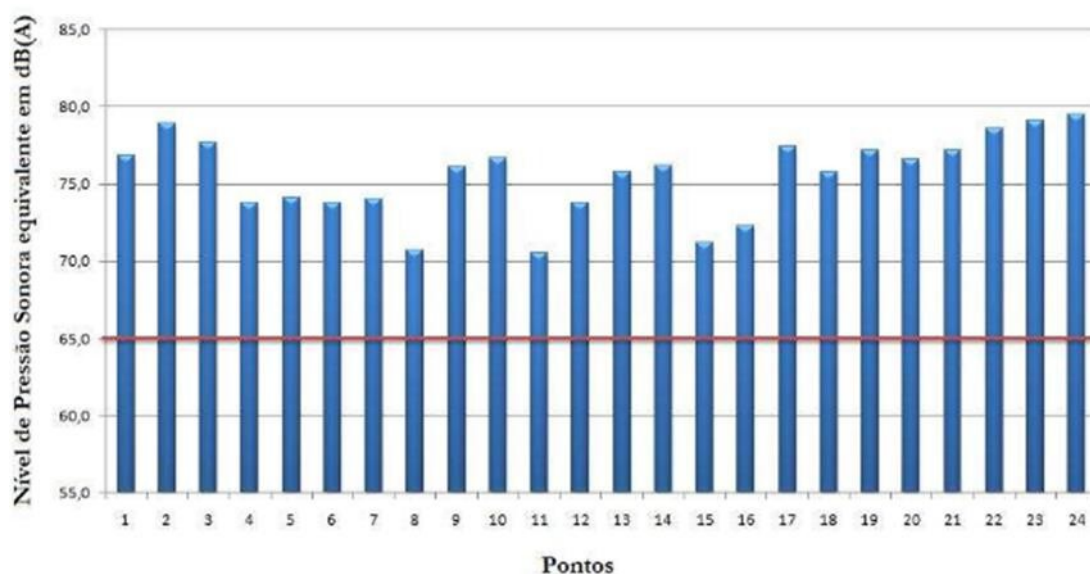
Bunn, Oliveira Filho e Zannin (2015), mostram através de seu estudo uma análise sobre o ruído proveniente do tráfego na Via Linha Verde, a qual está inserida em uma região da cidade de Curitiba denominada Zona de Transição – BR 116 e Setor Especial – BR 116. Adotaram para as medições um trecho de 12 quilômetros de extensão, com monitoramento em 24 pontos distanciando-se entre si em 500 metros. Através do resultado das medições, os autores obtiveram a composição geral do tráfego, os níveis de pressão sonora equivalente e calcularam os mapas acústicos para os pontos analisados ao longo do trecho sul da via, conforme as figuras 1 e 2 (apud PMC, 2002).

Figura 1: Composição Geral do Tráfego na Linha Verde – Trecho Sul



Fonte: Bunn, Oliveira Filho e Zannin, 2015.

Figura 2: Nível de Pressão Sonora Equivalente de acordo com a Localização do Ponto



Fonte: Bunn, Oliveira Filho e Zannin, 2015

Bunn, Oliveira Filho e Zannin (2015), verificaram, portanto, que em todos os 24 pontos, presentes na Zona de Transição BR-116 e Setor especial BR-116, a imissão de ruído está cima do limite de 65 dB(A), conforme recomendado pela lei municipal 10.625/02. Seus mapeamentos gerados também mostraram a dispersão do ruído de tráfego em função da distância sendo as regiões próximas a rodovia as mais afetadas. E que comparando com a Lei Municipal 10.625/02 foi possível perceber que em todos os casos simulados, os níveis de pressão sonora equivalente nos locais próximos a

rodovia foram maiores que o permitido, caracterizando um ambiente urbano declaradamente poluído no que tange ao ruído ambiental (apud PMC, 2002.).

Ao longo da Linha Verde de Curitiba, constataram que os níveis de pressão sonora são inadequados para as pessoas que moram ou trabalham ao longo da via. Dos 24 pontos analisados, todos estão acima dos valores estabelecidos pela lei municipal de Curitiba, nº 10.625/02, que estabelece 65dB(A) para o período diurno. De acordo com os estudos a geração de ruídos tem como causadores o fluxo intenso de veículos leves (carros de passeios e utilitários) e veículos pesados (caminhões e ônibus) (Bunn, Oliveira Filho e Zannin, 2015).

Nos mapeamentos acústicos na Linha Verde, verificaram que as edificações instaladas no percurso da rodovia funcionam como barreira acústica. Por outro lado, foi configurado um problema de saneamento para moradores destas edificações, tendo em vista que, muitas delas são submetidas a níveis de pressão sonora equivalentes ou superiores a 70 dB(A) (Bunn, Oliveira Filho e Zannin, 2015).

A desvalorização dos imóveis é um dos impactos encontrados, uma vez que é fácil encontrar em pesquisas a advertência por administradores de imóveis referente a influência do excesso de ruídos (Marques, 2015).

De Oliveira et al, (2018) mostra que todas as áreas onde realizou as coletas (Jardim Botânico, Parque São Lourenço) foram caracterizadas fisicamente para o melhor entendimento da influência que cada área exerceu no bloqueio do ruído sonoro, e que a observação das diferenças demonstra a importância da caracterização microclimática do local para avaliação do ruído, pois medições acústicas in loco podem ser afetadas pelas condições atmosféricas, de temperatura, umidade relativa e gradientes do ar, as quais variam com as condições locais, o clima, e ciclos diurnos de insolação (apud Bucur (2006).

Conforme De Oliveira et al, (2018) apresenta em seu trabalho, a vegetação pode bloquear efetivamente o ruído, e a combinação de vários fatores, incluindo a forma e o tamanho dos fragmentos de vegetação, afeta a propagação do ruído. O local com menor área de vegetação obteve valores menores de amenização e aquele com maiores quantidades se mostrou mais efetivo, com maior bloqueio. Outro ponto importante, foi a diferença entre os resultados dos bloqueios analisados entre o verão e o inverno, e entre distâncias com a presença de árvores caducifólias e semi-caducifólias, as quais se mantiveram estatisticamente iguais, evidenciando que tal condições não interferem em sua efetividade. Lopes (2009) apresenta que a direção

dos ventos pode influenciar na efetividade do funcionamento das barreiras, sejam essas de maiores proporções ou arbóreas.

Além disso, De Oliveira et al, (2018) apresenta também um conceito importante para entender o processo de atenuação, onde a folha da planta absorve a energia acústica transferindo a energia cinética da molécula de ar que vibra em um campo sonoro para o padrão de vibração das folhas. Assim, a energia de vibração é retirada do campo acústico e parte dessa energia é perdida por transferência pelo atrito da folha (apud Aparicio-Ramon; Surez 1993; Kragh, 1981; Lercher, 1995).

Ainda, que a cobertura do vegetal, obteve uma resposta alta na redução do ruído sonoro. Portanto, a utilização de vegetação foi eficiente para atenuar a poluição sonora, e que os fatores referentes a composição e o tipo de cobertura arbórea possuem papéis fundamentais onde o número de indivíduos e a densidade das árvores obtiveram correlações muito fortes com os valores de decibéis bloqueados, além dos valores de área basal, espaçamento entre árvores, DAP médio e altura do tronco das árvores com a quantidade de ruído bloqueado. Também, que não houve diferença estatística significativa nos valores médios do bloqueio do ruído entre verão e inverno.

Soares (2013), conclui em seu estudo que a população que reside na região noroeste de Curitiba já está vivendo em um ambiente com poluição sonora e caso não sejam tomadas medidas mitigatórias, de acordo com simulações, dentro de 10 a 15 anos haverá um impacto ambiental muito mais significativo.

5.2. Demais regiões

No caso do estudo em outras regiões, Albani et al (2016), confirma o que foi evidenciado nos estudos em Curitiba, onde espécies de médio porte apresentam menor capacidade e, portanto, possuem menores índices sonoros, enquanto espécies de grande porte apresentam maiores índices de efetividade na atuação como barreira. Porém, apresentam também a limitação quanto a essa atuação, uma vez que a capacidade se torna limitada, principalmente devido a presença de grande fluxo de veículos, a principal fonte de ruído urbano. De Oliveira et al, (2018) mostra também estudos realizados em outros países, onde constataram que uma faixa de árvores com uma largura de 30 metros resulta em uma redução significativa do ruído, cerca de mais 8 dB de atenuação do que a mesma área sem árvores (apud Hothersall e Kim, 1998).

De acordo com Lopez e Souza (2018), a conclusão é que o uso da vegetação como controle da poluição sonora tem potencial atenuador de ruídos. Os resultados da pesquisa trazem informações importantes que servem de base para o planejamento urbano e para avaliações acústicas usando a vegetação, trazendo base para a proposição de áreas verdes urbanas. Segundo Gerges (1992) para atenuar 2dB em 1kHz é necessária uma área de árvores densas a 10 m da fonte e com uma largura de 20 m. No caso da existência de grama densa e folhagens no solo, aumenta para 4dB a atenuação.

Os resultados do levantamento bibliográfico demonstraram que a vegetação presente nas áreas de estudo proporciona um isolamento acústico expressivo, o que realça importância de áreas verdes com faixas de vegetação próximas às vias de intenso fluxo de veículos. Infelizmente não foram encontrados estudos ou projetos que abordem a temática da utilização de vegetação como barreira acústica na Linha Verde, o que inviabiliza a análise da efetividade de tal propósito nessa área. Para outras regiões da cidade foram encontrados estudos efetivos sobre a utilização da barreira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho foi realizado com o intuito de avaliar a eficácia do uso de vegetação como barreira para atenuar a poluição sonora em vias públicas na cidade de Curitiba. Como foi exposto, tais vias possuem intensa circulação de veículo automotores, acarretando a poluição sonora ao longo de sua extensão. Percebe-se a eficácia da utilização da vegetação como controle da poluição sonora em grandes vias na cidade de Curitiba. Fica claro que medidas ou projetos para o plantio de vegetação densa são essenciais para a atenuação da poluição sonora, bem como seus impactos, na melhoria da qualidade de vida da população do entorno, bem como na saúde pública e do meio ambiente. Tal levantamento é importante para acrescentar informações e dados atuais referente à poluição sonora na cidade. Esses dados podem corroborar para o fortalecimento de propostas de melhorias junto aos órgãos competentes pelo planejamento urbano de Curitiba. Espera-se, portanto, que estudos como esse possam ser utilizados nas propostas futuras, garantindo melhoria ambiental, na qualidade de vida e saúde da população.

REFERÊNCIAS

ALBANI, Vivian et al. **Avaliação da contribuição da vegetação para a amenização de ruídos urbanos em praças.**

AMARILLA, Rosemara Santos Deniz et al. **Estudo de barreira acústica no controle de ruído em um câmpus universitário.** 2019.

ANNECKE, R. AND ZIMMERMAN, U. (2008) '**Examples of using traffic management measures on noise in cities** - Munich' in Ellebjerg, L. (ed) (2008)

BRASIL. IBGE. **Estatísticas Sociais: população. 2000.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao.html>>. Acesso em: 05 mai.2020.

BRASIL. IBGE. **Estatísticas Sociais: população. 2010.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao.html>>. Acesso em: 05 mai.2020.

BRASIL. IBGE. **Projeções da População: população. 2020.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=o-que-e>>. Acesso em: 05 mai.2020.

BRASIL. IBGE. **Cidade de Curitiba: panorama.** Panorama. 2017. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/curitiba/panorama>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRESSANE, Adriano et al. **Zoneamento ambiental acústico como estratégia de gestão e controle da poluição sonora urbana.** Raega-O Espaço Geográfico em Análise, v. 35, p. 147-168, 2016.

BUNN, Fernando; OLIVEIRA FILHO, Marcus Manfrin; ZANNIN, Paulo Henrique Trombetta. **Impacto ambiental sonoro no trecho sul da Linha Verde na cidade de Curitiba, Paraná, Brasil.** Raega-O Espaço Geográfico em Análise, v. 38, p. 07- 34, 2016.

CARNEIRO, Rúbia Lemos Ferreira et al. O uso de jardins verticais como forma mitigatória da poluição sonora decorrente do tráfego de veículos. **Revista de acústica**, v. 49, n. 3, p. 21-27, 2018.

CURITIBA, P.M. **Leis Municipais: lei nº 13.909.** LEI Nº 13.909. 2011. Disponível em: <<https://www.curitiba.pr.gov.br/conteudo/operacao-urbana-leis-municipais/555>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

DE ALENCAR BESSA, Júlio César; DE LIMA, Aline Maria Meiguins; JÚNIOR, João de Athaydes Silva. **AValiação da Poluição Sonora e Zoneamento de Ruído em Área Piloto no Município de Manaus- AM.** Engevista, v. 19, n. 2, p. 409-426, 2017.



DE OLIVEIRA, Jefferson Dias et al. ATENUAÇÃO DO RUÍDO DE TRÁFEGO DE VIAS URBANAS PELA VEGETAÇÃO EM CURITIBA-PARANÁ, BRASIL. **Revista da Sociedade Brasileira de Arborização Urbana**, v. 13, n. 2, p. 13-26, 2018.

ESTÊVEZ, Laura Freire; NUCCI, João Carlos. A questão ecológica urbana e a qualidade ambiental urbana. **Revista Geografar**, v. 10, n. 1, p. 26-49, 2015.

FIEP, Agência Sistema. Indústria de transformação do Paraná é a terceira maior do País, diz IBGE. 2018. Disponível em: <<https://agenciafiep.com.br/2018/06/26/industria-de-transformacao-do-parana-e-terceira-maior-do-pais-diz-ibge/>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

GERGES, Samir NY. Ruído: fundamentos e controle. In: **Ruído: fundamentos e controle**. 1992. p. 600-600.

LOPEZ, Guillermo Angel Perez; SOUZA, Léa Cristina Lucas de. **Urban green spaces and the influence on vehicular traffic noise control**. Ambiente Construído, v. 18, n. 4, p. 161-175, 2018.

LOZANO, Milena Rosa Lopes. **Influência de diferentes coberturas do solo na propagação do ruído ambiental: uma proposta para redução dos níveis de poluição sonora**. 2018.

MANVELL D., BANDA E.H. **Good practice in the use of noise mapping software**. Applied Acoustics 72 (2011)

MARQUES, José Roberto. Os danos causados ao meio ambiente por poluição sonora, eletromagnética, visual e luminosa: reparação, sanções penais e administrativas. De jure: **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2015.

PANASSOLO, A; PETERS, E.L.; NUNES, M.k.S. **Áreas Verdes Urbanas: à luz da nova legislação florestal**. Curitiba: Ambientejuris, 2016. 292 p.

PARANÁ. INSTITUTO DE PESQUISA E PLANEJAMENTO URBANO DE CURITIBA - IPPUC. **Plano Diretor**. Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://ippuc.org.br/>>. Acesso em 20 de jun. 2020.

PARANÁ. PMC – PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA -SECRETARIA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE – CURITIBA (SMMA). Lei No. 10.625, de 19 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre ruídos urbanos, proteção do bem estar e do sossego público e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Paraná**, 9 p., 2002.

PINTO, Marina Salgado. **O desafio da floresta urbana: história do processo de arborização de Brasília (1960-1970)**. 2018.

RANSAN, Jéssica; FIGUEIREDO, Anelice Maria Banhara. A ARBORIZAÇÃO URBANA NO MUNICÍPIO DE CHAPECÓ E IMPORTÂNCIA DO PLANTIO DE ESPÉCIES CONDIZENTES AO LOCAL. **Revista Tecnológica**, v. 3, n. 2, p. 15- 33, 2015.



SANCHES, L. H. **Avaliação de Impacto Ambiental: conceitos e métodos**. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SANTOS, Aline Passos; DE OLIVEIRA, Amanda Santos. **ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A POLUIÇÃO SONORA**. Textura, v. 10, n. 19, p. 105- 115, 2017.

SOARES, Fabiano Silva. **Avaliação do uso de barreira acústica para escolas municipais em Porto Alegre**. 2018.

SOARES, P. D. **Avaliação Da Poluição Sonora Ambiental na Parte Noroeste da Cidade de Curitiba**. 2013. 103 f. Dissertação (Pós-Graduação) - Curso de Engenharia Ambiental, Setor de Tecnologia, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global action plan on physical activity 2018-2030: more active people for a healthier world**. World Health Organization, 2019.

**DIREITO REAL DE LAJE: DA NATUREZA JURÍDICA AO DIREITO À MORADIA****SLAB RIGHT: FROM THE LEGAL NATURE TO THE RIGHT TO HOUSING**Luana Monteiro Pontes¹

Resumo: O presente artigo analisa a natureza jurídica do direito real de laje, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.465/2017. O instituto, embora positivado recentemente, já se encontrava consolidado socialmente como forma alternativa de acesso à moradia. A controvérsia central consiste em definir se a laje deve ser qualificada como direito real sobre coisa alheia, como modalidade de superfície por sobrelevação ou como nova forma de propriedade. A pesquisa apoia-se nos fundamentos constitucionais da função social da propriedade e do direito à moradia, além da disciplina civil do Código. Defende-se que a laje configura modalidade de propriedade sobre coisa própria, compatível com a função social e com a regularização fundiária.

Palavras-chave: Direito de laje; Natureza jurídica; Propriedade; Função social; Moradia.

Abstract: This article analyzes the legal nature of the slab right (*direito de laje*), introduced into Brazilian law by Act No. 13.465/2017. Although recently codified, the institute had already existed socially as an alternative form of access to housing. The central controversy is whether the slab should be classified as a real right over another's property, as a type of surface right by superlevation, or as a new form of property. The research is based on the constitutional foundations of the social function of property and the right to housing, as well as the Civil Code discipline. It is argued that the slab constitutes a form of property over one's own thing, consistent with the social function and land regularization.

Keywords: Slab right; Legal nature; Property; Social function; Housing.

1 INTRODUÇÃO

O direito de laje consiste na possibilidade de um proprietário ceder a superfície inferior ou superior do seu imóvel para que outrem construa, abaixo ou acima dessa superfície, respectivamente, unidade autônoma. Dessa relação resulta, então, o imóvel cuja superfície foi cedida, a construção ou imóvel-base, e a nova construção, conhecida como laje. Como faticamente é muito mais comum que seja cedida a superfície superior, ao instituto foi dado o nome de laje, mas tal denominação pode ser empregada, também, se a nova construção for feita sob o imóvel-base.

Esse instituto foi incluído dentre os direitos reais previstos no art. 1.225 do Código Civil. Tal inclusão foi realizada pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que

¹ Bacharela em Direito pela UFAL. Oficiala de Justiça e Avaliadora no Tribunal de Justiça do Piauí.



também introduziu ao diploma legal civilista os artigos 1.510-A a 1.510-E, que tratam especificamente do novo instituto.

Importante ressaltar que a referida lei, inserida no ordenamento, inicialmente, como medida provisória - MP nº 759 -, tem como principal escopo dispor sobre a regularização fundiária urbana, regulando uma situação fática informal. É nesse relevante contexto que surge, pois, o direito de laje.

Apesar de juridicamente a laje poder ser constituída em qualquer esfera econômico- social, trata-se de um fenômeno que possui origem nas favelas. Portanto, sem essa contextualização, não seria possível estudar a laje, que surge como um fato próprio das áreas marginalizadas.

O IBGE (BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/-imprensa/ppts/00000015164811202013480105748_802.pdf>. Acesso em: 13 abril 2019, verificou que, no Sudeste, região onde se encontram as maiores favelas do país, mais de 50% dos domicílios ocupados em setores censitários de aglomerados subnormais possuem dois pavimentos ou mais. Essa verticalização das construções constitui o que ordinariamente denominamos “puxadinhos”, fato social que originou o direito de laje.

Para além da contextualização da sua origem, se faz necessário dedicar uma parte deste artigo à natureza jurídica do direito de laje. Apesar da divergência da doutrina, será adotado, após análise dos principais argumentos, um posicionamento sobre o assunto, que desde antes mesmo da positivação do direito já era debatido pelos civilistas interessados em Direito das Coisas.

Para realizar essa análise, será utilizado o método jurídico-dogmático, tendo em vista o estudo sistemático das normas jurídicas e a sua efetiva aplicação, além da análise doutrinária dessas normas. Para isso, bibliografia e legislação serão essenciais.

2. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LAJE

2.1. A tese do direito real sobre coisa alheia

A doutrina majoritária entende que os direitos reais sobre a coisa alheia são aqueles aos quais falta algum elemento da propriedade. Orlando Gomes explica de forma clara tal concepção, ressaltando, posteriormente, seu próprio posicionamento:

Os direitos reais na coisa alheia seriam o resultado da decomposição dos diversos poderes jurídicos contidos no direito de propriedade. O proprietário desmembraria um desses poderes e o atribuiria a outra pessoa. Os direitos elementares do domínio ou poderes jurídicos do proprietário são os direitos de usar, gozar e dispor da coisa (*jus utendi, fruendi et abutendi*). Destacando algum ou mais de um desses direitos elementares, o proprietário constitui um direito real limitado. Se, v.g., desmembra o direito de usar, constitui o direito real de uso; se destaca o direito de usar e gozar, constitui o direito real de usufruto, e assim por diante. (...)

(...)

(...) Haveria impropriedade em qualificar os direitos reais na coisa alheia como formas de propriedade limitada. Não seriam, propriamente, mas, sim, limitações ao direito único do proprietário. Melhor se designam, pois, como direitos limitados. (Gomes, 2010, p. 25-26.)

Ainda quando da vigência da Medida Provisória nº 759, Pablo Stolze assim classificou o direito de laje:

Imaginemos, a título meramente ilustrativo, o sujeito que constrói um segundo andar em sua casa, conferindo-lhe acesso independente, e, em seguida, transfere o direito sobre o mesmo, mediante pagamento, para um terceiro, que passa a morar, com a sua família, nesta unidade autônoma.

Não se tratando, em verdade, de transferência de “propriedade” - que abrangeria, obviamente, o solo -, este terceiro passa a exercer direito apenas sobre a extensão da construção original, ou seja, sobre a laje.

Trata-se, portanto, de um direito real sobre coisa alheia - com amplitude considerável, mas que com a propriedade não se confunde -, limitado à unidade imobiliária autônoma erigida sobre a construção original, de propriedade de outrem. (Stolze, 2017)

De forma semelhante, tal classificação estaria corroborada pela regra segundo a qual se deve averbar a laje na matrícula do imóvel que constitui a construção-base, bem como pelo direito de preferência que possui o proprietário do imóvel-base em uma eventual venda da laje.

É possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirmação de que o direito de laje constituiria direito real na coisa alheia (Brasil, 2019.), em precedente que, entretanto, não analisava a questão (*obiter dictum*), de forma que ainda não resta pacificada.

2.2. A tese da superfície por sobrelevação

Parte da doutrina opta por classificar a laje como uma espécie de direito de superfície (classificado como direito real de fruição ou gozo sobre coisa alheia (Gonçalves, 2018, p. 220) de alta complexidade (Mazzei, 2007), a superfície por sobrelevação:

O direito de laje não constitui um direito real novo, mas uma modalidade de direito de superfície que, desde 2001, já tem previsão expressa na legislação brasileira, a superfície por sobrelevação.

O que caracteriza o direito de superfície e distingue o seu tipo dos demais direitos reais é a possibilidade de constituir um direito tendo por objeto construção ou plantação, separadamente do direito de propriedade sobre o solo.

Em sentido mais técnico, há superfície quando se suspende os efeitos da acessão sobre uma construção ou plantação a ser realizada ou já existente. O implante que, por força da acessão, seria incorporado ao solo, passa a ser objeto de um direito real autônomo, o direito real de superfície. (Albuquerque Júnior, 2017)

Com o intuito de validar esse entendimento, tal corrente doutrinária se utiliza do Enunciado 568 - das Jornadas de Direito Civil, realizadas pelo Conselho da Justiça Federal -, o qual valida a sobrelevação da superfície: “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística”.

Cabe ressaltar, entretanto, que essa ampliação do conceito de superfície (incluindo a sobrelevação) é anterior à positivação do direito real de laje, de forma que alguns autores defendem que tal esforço interpretativo não mais seria necessário, havendo, dessa forma, esvaziamento do referido enunciado.

Não obstante, discorda-se dessa corrente doutrinária.

Deve-se levar em conta que tanto o direito de superfície quanto o direito de laje estão positivados no rol dos direitos reais constante do art. 1.225 do Código Civil. Se se tratasse do mesmo instituto, por que o legislador se incomodaria em acrescentar um inciso, criando o direito de laje? Cabe destacar que, se não houvesse direito real de laje, o regramento da superfície não poderia ser aplicado. Isso porque o rol do mencionado dispositivo é taxativo (*numerus clausus*), de modo que toda limitação ao direito de propriedade não prevista em lei tem natureza obrigacional¹²¹. Portanto, não se poderia usar regras de um direito real (superfície) analogicamente.

Outrossim, ambos são constituídos de forma diversa. Enquanto o direito de superfície é constituído mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, a laje surge é unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria.

Note-se que há diferença entre registro e matrícula. O registro é o ato que constitui ou transfere direito real sobre bens imóveis, já a matrícula se submete ao princípio da unitariedade matriarcal, isto é, “cada imóvel será objeto de uma matrícula

e cada matrícula descreverá apenas um imóvel”, o qual, se alienado, receberá novo número de registro (Chaves de Farias; El Debs; Dias, 2019, p. 219-220.). Ou seja, para haver matrícula, deve haver um novo imóvel, mas para haver um novo registro, não é necessário constituição de novo imóvel. Dessa forma, a laje, ao exigir matrícula própria, e não registro na matrícula da construção-base, constitui um imóvel novo, e não um direito real sobre imóvel alheio.

Cristiano Chaves (Chaves de Farias; El Debs; Dias, 2019, p. 220.) ressalta a consequência para o direito de laje do princípio da unitariedade matriarcal, que seria a “ação da natureza jurídica do direito real de laje como direito real sobre coisa própria e não um direito real sobre coisa alheia, pois se assim fosse, não poderia gerar uma matrícula própria”. Assim, considerando que o direito de superfície é classificado como *ius in re aliena*, há respeitável corrente doutrinária, baseada na lei, que afasta essa classificação.

Quanto ao aspecto temporal, a superfície, nos termos do Código Civil, é constituída por tempo determinado, enquanto “o direito de laje apresenta-se como *perene* e não se extingue com o transcurso do prazo ou advento do termo” (Fiuza; Couto, 2017. p. 4).

Conclui-se que direito de laje e direitos de superfície são autônomos, diferenciados pelo legislador, ao acrescentar mais um direito ao rol dos direitos reais; mas não só isso, pois, além de tudo, possuem importantes características que os diferenciam.

2.3. A tese da nova modalidade de propriedade

Propriedade (ou domínio, conforme Silvio Rodrigues) se distingue dos demais direitos reais porque incide sobre coisa própria, enquanto aqueles têm por objeto coisa alheia (Rodrigues, 2003, p. 77.). Assim, é o único classificado como direito real na coisa própria.

Passa-se, então, à análise do conceito de direito de propriedade segundo os critérios sintético, analítico e descritivo, propostos por Orlando Gomes (Araújo, 2018. Gomes, 2010, p. 103.), comparando-o com as características do direito de laje.

De acordo com o critério sintético, explica o autor, direito de propriedade é o poder de submeter uma coisa, em todas suas relações, a uma pessoa. (Gomes, 2010, p. 103.)

Pode-se afirmar que o direito de laje se ajusta a esse critério, uma vez que a lei lhe conferiu caráter real, sendo o direito real conceituado como aquele que afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou certos aspectos (se sob todos, é domínio; sob certos, é direito real desmembrado do domínio, como servidão), e a segue em poder de quem quer que a detenha (Pereira, 2004, p. 21.). Como não se observa nenhum desmembramento, no caso da laje, é possível dizer que direito de laje se identifica com o de propriedade, sob o critério analisado.

Analiticamente, o direito de propriedade consiste no “direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui” (Gomes, 2010, p. 103.). Similarmente, ao titular da laje são conferidos, por expressa disposição do Código Civil, os direitos de usar, usar e dispor de sua unidade imobiliária (Brasil, 2002).

Comparando-se os institutos, percebe-se que o direito de reaver o bem não foi mencionado. No entanto, Cristiano Chaves entende que o dispositivo merece uma interpretação extensiva, pois se trata de uma “clara situação em que a letra da lei traz mais do que os olhos podem ver” (Chaves De Farias; El Debs; Dias, 2019, p. 91.). Afinal, os outros poderes ficariam esvaziados se, no caso de um terceiro injustamente possuir o bem, o seu titular não pudesse pleitear restituição. Se ele pode dispor, observando os limites legais e constitucionais, como não poderia reaver o bem? Não faria sentido. Assim, entende-se que o direito de laje é assimilado pelo critério analítico.

O último critério utilizado por Orlando Gomes para definir direito de propriedade é o descritivo. Segundo ele, o direito é caracterizado por ser complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo e elástico (Gomes, 2010, p. 104-105.).

Verifica-se, a partir de então, se o direito real de laje possui tais características.

A propriedade é direito complexo porque, apesar de ser um só, confere um feixe de direitos ao seu titular, consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa (Gomes, 2010, p. 104.). Na laje, essa complexidade, como visto, também é verificada. O titular da laje pode, por exemplo, alienar seu imóvel ou mesmo ceder a sua superfície para que um terceiro construa uma sobrelaje. (Brasil, 2002)

É direito absoluto pois “confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda se lhe convém limitá-lo” (Gomes, 2010, p. 104.). É igualmente absoluto pois oponível a todos (oponibilidade erga omnes) (Gomes, 2010, p. 104.). Ainda:

Por último, seu caráter de direito absoluto se manifesta mais nitidamente no aspecto real de poder direto sobre a coisa com o qual se distingue das outras relações jurídicas. Mitiga-se no novo Código Civil o caráter irrestrito do direito real de propriedade com a adoção de um condicionamento finalístico, cuja teleologia é dada pela ordem econômica e social, e pela tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico. (Gomes, 2010, p. 104.)

Assim, pode-se considerar que o direito de laje também é absoluto, pois confere ao seu titular o poder de dispor do bem, ou seja, pode aliená-la, destruí-la, limitá-la, mesmo que tenha de respeitar o direito de preferência (Brasil, 2002).

Além disso, tem, assim como a propriedade, oponibilidade erga omnes, podendo-se verificar essa característica mesmo no fato de constituir direito real, como pela necessidade de abertura de matrícula no registro de imóveis e de averbação desse fato na matrícula da construção-base.

Entende-se que o direito de propriedade é perpétuo pois possui duração ilimitada. Como visto, quando da diferenciação entre laje e superfície, a perpetuidade é uma das características do direito de laje. A excepcionalidade da suas hipóteses de extinção previstas no Código Civil a aproxima ainda mais do instituto ora em análise.

Conforme Orlando Gomes, a exclusividade é um aspecto inerente ao direito de propriedade, garantindo ao proprietário o poder de impedir que terceiros exerçam qualquer domínio sobre o bem. Considerando que a laje se configura como um direito real, dotado de oponibilidade erga omnes e registro próprio, é lógico que ela siga a mesma regra da propriedade, que, em geral, não admite mais de um titular. Da mesma forma, o titular da laje não pode possuir fração ideal do terreno ou participação nas áreas já edificadas.

Finalizando a análise do critério descritivo colocado por Orlando Gomes, o direito de propriedade é elástico, “conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis”, qualidade verificável quando constituídos outros direitos reais sobre sua propriedade (Gomes, 2010, p. 105.).

Na laje, a elasticidade é verificada, por exemplo, na permissão que a lei confere ao titular daquela de constituir nova laje. Assim também, como decorrência da faculdade de dispor, pode, por exemplo, instituir hipoteca sobre a laje ou até mesmo usufruto, uma vez que lhe é permitido, também, usar e fruir, faculdades destacáveis.

Da análise do conceito apresentado por Orlando Gomes, percebe-se que ao direito de laje não faltam qualidades para ser apresentado como uma nova concepção do direito de propriedade, até então o único direito sobre coisa própria.

Ademais, é preciso um alargamento do próprio conceito, que ainda é visto por alguns como um direito atrelado ao solo:

Compreende-se, pois, a laje como um novo direito real sobre coisa própria, a partir de um entendimento mais consentâneo com a compreensão constitucionalizada do Direito Civil, notadamente do direito de propriedade, vencendo sua velha concepção monista e monolítica, pela qual, imperativamente, a propriedade, precisaria estar atrelada ao solo. (...)

(...)

É, enfim, uma nova perspectiva para o direito de propriedade (direito real sobre coisa própria), não se reduzindo aos estreitos limites de um direito limitado, sobre coisa alheia, com subordinação e dependência. (Chaves de Farias; El Debs; Dias, 2019, p. 67-68.)

Assim, tendo sido delineada a natureza jurídica do direito de laje como um direito real por expressa previsão legal, bem como tendo sido esclarecido o posicionamento adotado em relação à espécie de direito real usada para classificá-lo, percebe-se a íntima identificação com o direito de propriedade.

Além de ser uma constatação, essa identidade surge como uma necessidade, dada a autonomia característica desse direito, de forma com a se harmonizar com a própria intenção do legislador na criação do direito de laje como um direito autônomo.

3. LAJE, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO À MORADIA

Considerando a natureza jurídica do direito de laje, cabe a sua análise sob a perspectiva da função social da propriedade.

Sobre o tema, há quem considere ser a funcionalização uma “função específica da sociedade humana” que oferece os melhores meios de atingir os fins sociais. Trata-se da visão instrumental da função, segundo a qual “o direito seria um meio (função) à disposição da sociedade para aperfeiçoar a convivência social” (Ehrhardt Jr.; Farias, 2017, p. 17-36).

Especificamente sobre a propriedade urbana, a Constituição estabeleceu expressamente o conteúdo mínimo da função social, condicionando-a ao cumprimento do plano diretor (Art. 182, § 2º).

Ainda sobre o tema, partindo das lições de Stefano Rodotà sobre as dimensões estrutural e funcional da propriedade, Orlando Gomes analisa, separando os temas que constituem a expressão, o significado semântico de “função social” (Gomes, 2010, p. 120).



O autor explica a função sob tríplice aspecto: a privação de determinadas faculdades inerentes ao direito de propriedade; a criação de um complexo de condição para que o proprietário possa exercer seus poderes e, por fim, a função como a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio. O termo “social”, por outro lado, possui mais ambiguidade, pois, segundo o significado apresentado pelo autor, há desaprovação da fórmula de que social equivale a não individualístico, “para defini-lo, como critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, para maior integração do indivíduo na coletividade” (Gomes, 2010, p. 120.).

Os arts. 186 e art. 182, §2º, da Constituição Federal de 1988 traçam os requisitos objetivos para o atendimento da função social da propriedade rural e da propriedade imobiliária urbana, respectivamente. Além disso, o art. 5º, incisos XXII e XXIII, também trata sobre o tema. Enquanto o inciso XXII garante o direito de propriedade, o inciso seguinte determina que “a propriedade atenderá à sua função social”. Ademais, tanto a propriedade quanto sua função social foram elevados a princípios da ordem econômica.

O Código Civil, ao tratar de propriedade privada, trouxe, no art. 1.228, as faculdades inerentes ao proprietário, isto é, “usar, gozar e dispor da coisa”, bem como estabeleceu o direito de reivindicá-la do injusto possuidor ou detentor. Na esteira da Constituição, o legislador infraconstitucional determinou, no § 1º do referido dispositivo, que tal direito deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e patrimônio histórico, artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas, isto é atrelou o exercício do direito à função social.

Tal separação - propriedade de um lado, e função social de outro – nos remete à ideia de que o instituto existe em separado do atendimento aos requisitos desta. No entanto, tal conclusão não é verdadeira 43 (43 Posicionando-se de forma diversa, Paulo Lôbo afirma: “(...) A antinomia é reproduzida no artigo 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito.” Muito embora faça a ressalva de que “a função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A

função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. (...)” (Lôbo, 1999, p. 99-109):

A noção encontra-se de tal forma consolidada na experiência brasileira dos últimos anos, que não há dúvidas de que a garantia da propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais. Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social. (Tepedino; Schreiber, 2005, p. 105.)

Não há que se falar, portanto, em ponderação entre princípios, como se função social e propriedade privada fossem opostos. “A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular” (Tepedino; Schreiber, 2005, p. 106.). Dessa forma, a propriedade só é garantida se atender à sua função social.

Saber a natureza jurídica do direito de laje e, a partir disso, estudar a propriedade e sua função social, porém, não são suficientes. Faz-se necessário analisar o novo instituto sob a perspectiva do direito à moradia.

Muito embora o titular do direito de laje, nova espécie de propriedade, possa dar ao bem destinação outra, o novo instituto está intimamente relacionado, como bem podemos extrair da leitura da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 75949, ao direito à moradia. Definido como “mecanismo eficiente para a regularização fundiária de favelas” (Brasil, 2016)

No Brasil, até a emenda constitucional nº 26 de 2000, não havia previsão expressa do direito à moradia na Constituição Federal.

Ainda assim, muitos doutrinadores já o consideravam um direito fundamental implícito (Toledo; Mokarzel, 2015, p. 117.), uma vez que a atual Constituição Federal prevê a competência administrativa de todos os entes federativos para a promoção de programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico.

Posteriormente, no contexto da Constituição Federal de 1988, por intermédio do Poder Constituinte Reformador, o direito à moradia foi inserido no rol de direitos sociais. Assim, são direitos sociais: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

Ingo Sarlet afirma que além de um direito social, a moradia é um direito fundamental, ainda que se possa controverter a respeito de sua amplitude (Sarlet, 2010, p. 1019-1049, 1024.). Sustenta, ainda, que:

(...) mesmo dentre os que, pelo menos em termos gerais, questionam a própria fundamentalidade dos direitos sociais, há quem admita o caráter fundamental (e, como tal, juridicamente exigível) de um direito à moradia, designadamente naquilo que integra um direito às condições mínimas para uma existência digna. (...) (Sarlet, 2010, p. 1026.)

Inquestionável, portanto, a importância e a fundamentalidade do direito em questão. Igualmente, sabemos que não é qualquer habitação que possui a capacidade de efetivá-lo. Para chegarmos à conclusão de que o direito à moradia e, paralelamente, o direito de laje, estão sendo efetivados, é preciso perquirir sobre o conteúdo daquele.

Nessa conjuntura, pode-se afirmar que o direito de laje tem a capacidade de possibilitar que vários benefícios, relacionados ao direito à moradia sejam efetivados, pois “(...) direitos básicos de cidadania passam a ser incorporados no cotidiano das pessoas, como endereço oficial, a obtenção de crédito em lojas e bancos, o recebimento do correio, a comprovação de que são moradores da cidade, dentre outros”. (Matosinhos; Faria, 2017, p. 67-68.)

No entanto, o direito de laje, tendo origem nos núcleos urbanos informais, e tendo em vista o conceito de favela apresentado pelo IBGE como um lugar pobre em serviços públicos essenciais, está evidentemente distante de preencher os requisitos de uma moradia digna. Nesse sentido, ele possui, ainda, uma efetividade limitada.

É preciso, por consequência, que o advento do direito de laje esteja acompanhado de políticas públicas, uma vez que o direito à moradia constitui um direito social inter-relacionado com diversos direitos fundamentais importantes para a concretização da dignidade humana.

Da análise da Lei nº 13.465/17, pode-se constatar que o direito de laje está dentro do Título II, que dispõe sobre o instituto da Regularização Fundiária Urbana (REURB). O já mencionado instituto possui diversos objetivos no sentido de promover, além da regularização fundiária, moradia digna.

Dessa forma, partindo da obrigação de se dar efetividade ao direito de laje, é pertinente sugerir que o direito de laje seja interpretado e utilizado pelo gestor público como um instrumento complementar à REURB, de forma a incluir também, além da segurança da posse, outros critérios concretizadores da moradia digna.

Assim, a moradia necessita deixar ser vista pelo Poder Público e pelo setor imobiliário como mera mercadoria ou fato gerador de tributos. Deve, portanto, fazer parte de uma política pública de desenvolvimento urbano sustentável.

4. CONCLUSÃO

O direito real de laje surgiu como uma resposta jurídica a um fenômeno social já consolidado: a expansão vertical não oficial de moradias em áreas urbanas marginalizadas. A Lei nº 13.465/2017 incluiu esse instituto no rol de direitos reais do artigo 1.225 do Código Civil, reconhecendo-o como um direito real autônomo. Isso significa que ele pode ter sua própria matrícula no registro de imóveis e ser negociado de forma independente.

As discussões doutrinárias sobre a natureza jurídica do direito de laje resultaram em três principais teses. Uma o classificava como um direito real sobre coisa alheia, outra como um direito real sobre coisa alheia, igual ao direito de superfície, e a última como uma nova forma de propriedade.

Após uma análise cuidadosa, a conclusão é que a laje é, de fato, uma nova modalidade de propriedade. Ela não é um direito limitado ou temporário, mas uma propriedade autônoma, conferindo ao seu titular as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem, mesmo que sob as limitações da sua função social.

Na esfera constitucional, o direito de laje é crucial para a aplicação da função social da propriedade e para o direito fundamental à moradia. No entanto, ele não é uma solução completa por si só, pois depende de políticas públicas que incluam urbanização, infraestrutura e serviços essenciais para cumprir tal função social.

Em suma, o direito real de laje deve ser visto como uma forma especial de propriedade, adaptada à realidade brasileira e orientada pelos valores constitucionais da dignidade humana e da função social da cidade. Mais do que apenas legalizar os "puxadinhos", ele tem o potencial de ser uma ferramenta importante para promover moradia digna e um desenvolvimento urbano sustentável, desde que seja interpretado e aplicado em harmonia com a Constituição e as diretrizes da Regularização Fundiária Urbana (REURB).



REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. **O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície**. Consultor Jurídico, 2 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ARAÚJO, Raquel Magalhães. **A natureza jurídica do Direito de Laje**. 72 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial nº 020/2016, de 21 dez. 2016**. Portal da Presidência da República, 23 dez. 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaodemotivos-151740-pe.html>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.478.254/RJ**, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; EL DEBS, Martha; DIAS, W. I. **Direito real de laje: do puxadinho à digna moradia**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

EHRHARDT JR., Marcos; FARIAS, Luiz Roberto Barros. Por um sistema jurídico que funcione: discutindo a funcionalização do Direito Civil. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer et al. (org.). **Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização**, v. II. João Pessoa: IDCC, 2017.

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017**. Civilistica.com, v. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso em: 26 maio 2019.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5: Direitos Reais. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

MATOSINHOS, Ana Paula; FARIA, Edimur Ferreira de. A efetividade do direito real de laje como instrumento de política pública para acesso à moradia digna. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, v. 3, n. 2, p. 56-71, jul./dez. 2017.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 2. v. Brasília: Senado Federal: STJ, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: **Direito das Coisas**. Vol. 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SARMENTO, Daniel; PEREIRA, Cláudio (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STOLZE, Pablo. **Direito real de laje: primeiras impressões**. Jus Navigandi, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, n. 6, p. 101-119, 2005.

TOLEDO, Cláudia Mansini Queda de; MOKARZEL, Carolina Baracat. A relação entre direito de propriedade e o direito de moradia na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, ano 1, n. 2, p. 105-127, jul./dez. 2015.



CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA GRUPOS VULNERÁVEIS NO BRASIL

CONFLICT BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH AGAINST VULNERABLE GROUPS IN BRAZIL

Bruna Rafaella da Silveira Vasconcelos¹

Resumo: A liberdade de Expressão é considerada um dos pilares fundamentais da democracia, uma garantia constitucional e um direito fundamental. O ser humano encontra seu direito de manifestar-se sem sofrer retaliação ou censura no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988. Ocorre que, o indivíduo que usufruir desse direito deve ter consciência e responsabilidade sobre suas palavras, pois o excesso destas pode ser enquadrado como violência. O discurso de ódio, muitas vezes camuflado sob o pretexto da liberdade de opinião, é um tipo de violência que ataca diretamente o indivíduo ou determinado grupo. O presente estudo aborda alguns grupos vulneráveis no Brasil e seus diversos tipos de discriminação e preconceitos mascarados pela proteção desse pilar fundamental, mas que na realidade carregam um discurso de ódio. Existe um limite para tudo, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto. Por isso, se faz necessário uma análise da liberdade de expressão sob a ótica dos princípios constitucionais, principalmente à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio, Grupos Vulneráveis, Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais, Igualdade.

Abstract: Freedom of expression is recognised as one of the fundamental pillars of democracy, enshrined both as a constitutional guarantee and as a fundamental right. The Brazilian Federal Constitution of 1988, in Article 5, item IX, secures the right of individuals to express themselves without suffering retaliation or censorship. Nonetheless, individuals exercising this right bear the responsibility to act with due awareness, as its abuse may constitute a form of violence. Hate speech, frequently cloaked under the pretext of freedom of opinion, constitutes a form of violence that directly targets individuals or specific groups. This study examines vulnerable groups in Brazil and the various forms of discrimination and prejudice that, although often shielded by the discourse of freedom of expression, in fact embody hate speech. Since no fundamental right is absolute, it becomes imperative to analyse freedom of expression through the lens of constitutional principles, particularly with regard to human dignity, equality, and non-discrimination.

Keywords: Freedom of expression; Hate speech; Vulnerable groups; Human dignity; Fundamental Right; Equality.

¹ Bacharel em direito, graduada pela FAAP – Fundação Armando Alvares Penteado. Pós-graduanda em Direito Tributário Empresarial e Planejamento Fiscal pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie. Atuação como advogada no San Martín Carvalho Sociedade de Advogados, na área de contencioso tributário administrativo e judicial. E-mail: contato.brunarvasconcelos@gmail.com



INTRODUÇÃO

O direito fundamental à liberdade de expressão encontra previsão legal no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988, e compreende a liberdade manifestação de pensamentos, ideias e opiniões. Historicamente, esse direito sempre esteve regulado nas constituições brasileiras, sendo considerada um dos pilares do Estado Democrático. Entretanto, a constituição não estabelece hierarquia entre os direitos fundamentais, sendo assim, parte do pressuposto que nenhum direito fundamental é absoluto.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a situação dos grupos que, historicamente, sofreram perseguição, destacando a necessidade de uma proteção jurídica efetiva. Muitas vezes, a discriminação, o preconceito, o racismo e a intolerância são camuflados pela liberdade de expressão. Conhecido como discurso de ódio, trata-se da manifestação de ideias que incitam ódio e violência contra determinados grupos, majoritariamente vulneráveis, como pessoas negras, pessoas LGBTQI+, imigrantes, mulheres e religiosos. Tais discursos podem fomentar o preconceito, a discriminação, a intolerância e violência contra determinados grupos, gerando um sentimento de inferioridade e repulsa, agravando a vulnerabilidade desses grupos na sociedade e colocando-os em risco.

É evidente a complexidade dessa problemática, considerando variedade de formas pelas quais o ódio se manifesta na sociedade, assim como a diversidade de expressão do pensamento. O debate sobre esse tema ganhou destaque em 2022, diante de casos polêmicos, como opiniões acerca da criação de partidos políticos com ideias nazistas, manifestações políticas em eventos musicais e discursos de ódio contra grupos vulneráveis. Embora não exista uma resposta única para todos os casos, é possível estabelecer parâmetros para verificar até que ponto a manifestação encontra amparo na liberdade de expressão. A dignidade da pessoa humana, assim como a igualdade e o direito à não discriminação, são princípios que servem de guia e limite a um dos direitos fundamentais mais importantes do Estado Democrático de Direito, sem que seja considerado censura. Tal limitação deve ser cuidadosamente examinada e aplicada em casos de extrema necessidade, visando à proteção da diversidade, sem comprometer a democracia, o desenvolvimento da sociedade e gerar revolta. É necessário sopesar, com base no princípio da proporcionalidade, entre o direito à liberdade de expressão e o direito a não discriminação.



Diante do exposto, presente o artigo trabalho faz uma análise da relação entre o discurso de ódio e o direito fundamental à liberdade de expressão. Dividido em quatro partes, o primeiro ponto abordará o nascimento do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, incluído a liberdade de expressão. O segundo terá como foco a liberdade de expressão na constituição federal e suas características, como vedação a censura e ao anonimato. Por fim, será abordado o discurso de ódio, a forma como ele se camufla sob a proteção da liberdade de expressão e as possibilidades de sua criminalização

1. NOÇÕES GERAIS

1.1. Dignidade da Pessoa Humana

A luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é uma evolução histórica, que nunca atingirá seu fim. Mesmo não tendo sido positivados por intermédio de normas jurídicas, as sociedades antigas conheceram os direitos do ser humano. Assim defende Bobbio, acerca da temática do nascimento e das mudanças dos direitos constantes, diante das circunstâncias e evoluções históricas:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacré et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18)²

Toda a ética dos direitos humanos decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que navegou por mares revoltos na história da cultura, da religião e da filosofia ocidentais, até conquistar espaço no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que estabelece que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.³

Esse princípio é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais. Cobre a existência do ser humano durante toda a sua vida, ou seja, desde seu

² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18

³ AGRA, W. M.; BONAVIDES, P.; MIRANDA, J. Comentários à Constituição Federal de 1988. Forense; 9ª edição, 2009.

nascimento até o momento de sua morte⁴. Isso se dá devido ao fato de que o ser humano, apenas por existir em sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por todos, principalmente pelo Estado. Assim conceitua Sarlet sobre o tema, defendendo que não haverá dignidade da pessoa humana onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano.⁵:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011^a, p. 71.)

Foram necessárias diversas violações, diversas experiências de indignidade e práticas de exploração da condição humana, para que a própria noção de dignidade surgisse um pouco mais concreta aos olhos do pensamento contemporâneo⁶. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro. Anuncia, em seu artigo nº1, o princípio fundamental do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana em seu inciso III. Desse modo, os direitos fundamentais devem ser compreendidos em sua totalidade, levando-se em conta os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, tanto no âmbito interno dos Estados quanto no plano mundial, pois só assim se concretizará o princípio maior da dignidade humana.⁷

⁴ BASTOS, E. A. V.; MERLIN, L. T.; CICHOVSKI, P. B. Constitucionalismo e Direitos Fundamentais. Método, 1ª edição, 2017.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011^a, p. 71.

⁶ AGRA, W. M.; BONAVIDES, P.; MIRANDA, J. Comentários à Constituição Federal de 1988. Forense; 9ª edição, 2009, p.53.

⁷ LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. Democracia e Direitos Fundamentais, Atlas, 1ª edição, 2016, p.301.

1.2. Direitos Fundamentais

Os chamados direitos fundamentais referem-se aos direitos do ser humano positivados em determinado ordenamento constitucional, ou seja, recepcionados e admitidos como válidos dentro da ordem concreta de um determinado Estado Nação. Originalmente, esses direitos foram criados como uma ferramenta para limitar o poder Estatal, para garantir que os indivíduos disponham de autonomia e liberdade. Surgiram como um escudo para proteger os cidadãos contra a interferência excessiva do Estado, assim como contra os abusos de poder.⁸ Eles possuem a finalidade de garantir a ampla e plena salvaguarda da dignidade da pessoa humana em seus mais diversos âmbitos. São fundamentais devido ao fato de serem considerados imprescindíveis, tendo sua aplicabilidade imediata, pois a simples existência desses direitos já é suficiente para que sejam cumpridos.

Se diferem dos chamados direitos humanos, já que estes se encontram positivados na esfera do direito internacional, sendo reconhecidos internacionalmente. São aplicáveis:

Ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (Linhares, Emanuel A, 2016)

No campo internacional, a Declaração e Programa de Ação de Viena prevê, em seu item nº 5, que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, devendo a comunidade internacional tratá-los de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Universalidade refere-se que todo ser humano é protegido por tais direitos. Indivisibilidade consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, essenciais para uma vida digna. E interdependentes e inter-relacionados pelo fato de haver uma mútua dependência entre os direitos humanos, pois o conteúdo de um pode vir a se vincular ao conteúdo de outro, ocorrendo também a interação, complementaridade e desdobramentos entre eles.⁹

⁸ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. Pág. 33.

⁹ RAMOS, André de C. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Editora Saraiva, 2019, p. 230.

Em regra, assim estabelecido no artigo 1º do Pacto de San José da Costa Rica 16, qualquer pessoa é titular dos direitos ali contidos, pois basta que seja um ser humano, não importando a idade, a cor da pele, a religião, a condição financeira, a crença, a orientação sexual, a nacionalidade, portador de deficiência mental ou qualquer outro atributo.¹⁰

No Brasil, esses direitos fundamentais possuem três características que facilitam a sua efetivação judicial e proteção: a) possuem aplicação imediata, (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988) e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis; b) são cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição); c) possuem hierarquia constitucional – leis que dificultem ou impeçam sua efetivação poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Estando inserida nos direitos fundamentais de primeira geração, a liberdade de expressão, protegida pela Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, inciso IX, assegura o desenvolvimento social e mental do ser humano, que participa ativamente da vida em sociedade, prevendo a livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença:

Hoje até se concebem os direitos de quarta geração ou quarta dimensão, relacionados com o patrimônio genético do indivíduo, os números de identificação do DNA da pessoa natural. Dessa forma, a pessoa tem o direito de não revelar tais números, em caso de eventual investigação de paternidade, não cabendo condução coercitiva para tal fim. Trata-se do direito fundamental à intimidade genética. [...] Também já afirma a doutrina existirem os direitos de quinta geração ou quinta dimensão, relacionados com a proteção do ambiente ou intimidade virtual, existente no âmbito da internet e do mundo cibernético. Cite-se o direito ao esquecimento como verdadeiro direito da personalidade (Tartuce, 2018. p. 176-177)

Tal direito também encontra previsão no artigo 200, no qual garante que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” Assim como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 19, que dispõe que toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, e esse direito “incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir

¹⁰ MARMELESTEIN (2019, p. 235)

informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.”¹¹

Observa-se a existência de inúmeras formas de se expressar, como livros, textos, discursos, podcasts, propagandas comerciais, vídeos, manifestações artísticas (música, filme, teatro, poesia), pinturas, desenhos, cartazes, fotografias, e assim por diante. Faz parte da natureza do ser humano a comunicação, ser sociável e viver em sociedade, assim como defende Pimenta Bueno.¹²

A liberdade de expressão pode ser classificada com suas subdivisões, sendo elas: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de imprensa); (e) liberdade de expressão religiosa (ou simples liberdade de culto).¹³ Ela pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação¹⁴, incluindo também a liberdade de informação.

É indispensável que esse direito seja garantido, conforme assevera Konrad Hesse:

Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos “meios de comunicação de massa” modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como “formação preliminar a vontade política” não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver.(Hesse, Konrad, 1998, p. 302/303)

Pois consiste em um valor inerente ao Estado Democrático. A opinião pública assume verdadeira dimensão institucional na sociedade aberta, própria à democracia, onde a difusão das ideias não se encontra condicionada pelos governos ou poderes do Estado.¹⁵

¹¹ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2025.

¹² São Vicente, Jose Antonio Pimenta Bueno, Marques de. Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>>, 1857. Acesso em: 11 set. 2025.

¹³ SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, p. 452 e 454.

¹⁴ BRANCO, Paulo G. Direitos Fundamentais em espécie. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁵ Liberdade de expressão e democracia. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/06/23/liberdade-de-expressao-e-democracia/>>. Acesso em: 11 set. 2025.

Trata-se de “proteção de toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não”¹⁶ entretanto, não pode colocar em risco a existência de outros direitos igualmente protegidos.

2.1 Liberdade de Expressão na Constituição brasileira

A liberdade de expressão encontra fundamento na Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, inciso IX. Trata-se de um instituto essencial do Estado Democrático, uma forma de proteger a sociedade de opressões. É um direito da personalidade, irrenunciável, inalienável, irrevogável e intransmissível, essencial para que se concretize o princípio da dignidade humana. Somente por intermédio deste instituto denunciando a tirania assegura-se a democracia diante da fiscalização da sociedade pela própria sociedade, mantendo assim a garantia da união pelo progresso socialmente sustentável.¹⁷

Não restam dúvidas que a livre circulação de ideias é preservada no Brasil, no qual o Estado fica impossibilitado de qualquer interferência e proibição. As manifestações jamais serão objeto de comprovação ou refutação pelo Estado. Ela deve ser constitucionalmente protegida, não porque viabiliza um desejado resultado, mas porque o respeito ao indivíduo leva, conseqüentemente, à proteção das comunicações que definem, desenvolvem ou protegem o seu ser.¹⁸

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁹, que reforça que a livre expressão de ideias e pensamentos constitui um pilar essencial da democracia, devendo ser protegida de qualquer intervenção ou restrição estatal:

A Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento. [...] Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo

¹⁶ BRANCO, Paulo G.; MENDES, Gilmar F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2020, p.268

¹⁷ Responsabilidade Civil na Liberdade de Expressão. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista049/RESPONSABILIDADE_CIVIL_NA_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO.pdf>. Acesso em: 24 abril 2022.

¹⁸ SANKIEVICZ, Alexandre. SÉRIE IDP - Liberdade de Expressão e Pluralismo, Perspectivas de Regulação, 1ª edição. Editora Saraiva, 2011, p. 22.

¹⁹ Pet 2.653-AgR/AP, Rel. Min. Celso de Mello - MS 24.261/DF, Rel. Min. Celso de Mello - AO 175-AgR-ED/RN, Rel. Min. Octavio Gallotti. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/-informativo/documento/informativo398.htm>>. Acesso em: 11 set. 2025

Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado. (Pet 2.653-AgR/AP, Rel. Min. Celso de Mello - MS 24.261/DF, Rel. Min. Celso de Mello - AO 175-AgR-ED/RN, Rel. Min. Octavio Gallotti)

Contudo, nenhum direito fundamental é absoluto, razão pela qual a manifestações abusivas que violem direitos de outrem poderá ser objeto de controle de responsabilidade civil ou de imputação penal, após o seu devido processo legal.

2.2 Vedação à Censura

Palavra proveniente do latim, censura consiste no exame de trabalhos artísticos ou de material de caráter informativo, a fim de filtrar e proibir o que é inconveniente, do ponto de vista ideológico, moral, social ou político.

Tem o objetivo de influenciar e manipular a opinião pública de forma a evitar que outras ideias, que não as predominantes ou convenientes, tenham receptividade pela sociedade.²⁰

Existem dois tipos de controle sobre a manifestação do pensamento: a censura preventiva, na qual há intervenção sobre qualquer manifestação de pensamento antes de sua publicação ou exibição. Tal censura exerce vigilância sobre esses materiais, fora da intervenção dos tribunais. Já a censura punitiva ou repressiva consiste na vedação do material impresso após a sua publicação, onde aquele que professa uma crença, ideologia ou pensamento contrário a determinados interesses, sofreria consequências.

Assim, o desafio reside em equilibrar a proteção à livre manifestação de pensamento com a preservação de direitos fundamentais e normas jurídicas vigentes, um linear entre limitar a liberdade de expressão e incidir na censura, e de outro, caso não se combata juridicamente o discurso de ódio, certos grupos ficarão cada vez mais sujeitos à discriminação e à violência, e conseqüentemente, terão seus direitos fundamentais violados²¹.

²⁰ Ibidem.

²¹ GOMES, Fabrício V.; SALVADOR, João Pedro F.; LUCCAS, Victor N. Discurso de Ódio. Portugal, Grupo Almedina, 2020. P. 38.



2.3. Vedação ao Anonimato

A Constituição Federal brasileira de 1988 traz a liberdade de expressão como uma garantia fundamental, entretanto, também consiste em direito de o cidadão cobrar a responsabilidade civil, ou penal, daquele que abusar da liberdade de expressão e interferir em seu direito.

O anonimato, do latim *anónimo* + *ato*, vem da ausência de identificação a fim de ocultar ou dificultar a identidade do autor/responsável. Observa-se que, do mesmo modo em que a Constituição Federal protege a liberdade de expressão face a censura, ela também veda o anonimato na manifestação do pensamento, com a finalidade de preservação dos direitos da personalidade ao possibilitar a responsabilização em caso de abuso e ofensa a tais direitos.

A liberdade de expressão engloba tanto a liberdade que o ser humano tem de se expressar quanto a vontade de informar ou explicitar, estendendo-se a liberdade de comunicação, de informação e de imprensa. Em todos os casos, é garantido a livre manifestação, entretanto, deve sempre estar informado a titularidade/autor da mensagem, pois em casos de exageros, incidirá responsabilidades de seus autores.

2.4. Limitação da liberdade de expressão como forma de proteção dos direitos fundamentais

A liberdade de expressão possui limitações decorrentes não apenas da própria Constituição Federal, mas também do Código Civil e do Código Penal. Não se trata de um direito absoluto, imune de restrições, tampouco possui uma posição hierárquica superior em relação aos outros direitos fundamentais.²² A verdadeira liberdade respeita o próximo, ou seja, quando tal ação afeta negativamente o outro, se trata de violência, e não liberdade.

Assim como é garantido o direito de livre expressão, também se estabelece a consequências para aquele que exceder e abusar desse direito. Conforme estabelecido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sendo assim, a responsabilidade civil surge quando os limites da liberdade de expressão são ultrapassados. Cometerá ato ilícito, gerando dever de indenizar, àquele

²² Limites e Responsabilização em face do Exercício da Liberdade de Expressão. Disponível em: <file:///C:/Users/bruna/Downloads/arrabal,+e8965-1.pdf>. Acesso em: 11 set. 2025.

que fizer o uso abusivo desse exercício, conforme previsto no artigo 186 do Código Civil “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O artigo 187 do mesmo código também prevê que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.²³ A obrigação de reparar o dano causado encontra previsão legal no artigo 927, caput, do referido código, no qual dispõe que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Na esfera civil, o abuso da liberdade de expressão pode gerar o dever de reparar danos materiais, morais e à imagem. Já na esfera penal, as consequências do abuso da liberdade de expressão tendem a ser mais severas, podendo resultar em sanções criminais, conforme previsão do artigo 2º do Código Penal Brasileiro, que estabelece as consequências da discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O mesmo prevê a lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito.

3. DISCURSO DE ÓDIO

Mandela escreveu em sua autobiografia que “ninguém nasce odiando outro pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar”. Essa reflexão evidencia que o sentimento de ódio possui uma construção social, moldada pela educação e pelas formas como se ensina a lidar com as diferenças.

No plano jurídico, essa problemática se manifesta na tensão entre o combate à discriminação e a proteção à liberdade de expressão. O artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que “será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 assegura o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, nos termos do artigo 5º, inciso IX, e do artigo 220. Essa dualidade impõe limites complexos: não é possível estabelecer, de forma absoluta, quais ideias podem ou não ser manifestadas sem incorrer em censura. Como consequência, algumas manifestações,

²³ Ibidem, p. 14.



embora formalmente protegidas pelo direito à liberdade de expressão, ocultam discursos de ódio dirigidos a grupos vulneráveis e minoritários, exigindo uma análise cuidadosa do contexto, do conteúdo e do efeito social dessas manifestações.

Nas palavras de Conrado, a expressão discurso de ódio (ou hate speech) pode ser definida como um ataque direcionado a grupos vulneráveis, caracterizado por “pregar a intolerância em relação aos discriminados, buscando ou propondo, direta ou indiretamente, sua exclusão da sociedade”.²⁴

Esse discurso pode impulsionar, fomentar e propagar violência, preconceito, intimidação e intolerância contra grupos vulneráveis. Além disso, o indivíduo que adota tais posturas pode influenciar outras pessoas com pensamentos semelhantes, ampliando o alcance do discurso de ódio e tornando-o socialmente perigoso, especialmente com o auxílio das redes sociais, que funcionam como potentes instrumentos de sua disseminação.

3.1 Caráter Multifacetado na Sociedade Digital

O mundo das redes sociais é mais perigoso do que pode parecer. O sujeito com um tipo de pensamento pode encontrar seu nicho, devido aos algoritmos, e acreditar que pode dizer e fazer tudo aquilo que pensa e sente vontade. Uma vez postado, aquela mensagem discriminatória chega em milhões de pessoas em segundos, gerando consequências irreparáveis.

A sociedade digital deve ser compreendida como uma extensão da sociedade real, apenas mediada por um ambiente distinto. A internet acabou virando uma ágora, uma praça pública cheia de informações e manifestações. Por mais que o indivíduo ache que ali seja um espaço de fala livre e que pode se expressar como e do que quiser, haverá consequências pelos danos de suas palavras. Como mencionado anteriormente, é vedado a censura prévia no Brasil, entretanto, será responsável pelas consequências na esfera civil ou penal caso extrapole o seu direito de manifestar-se.

Evidenciou-se a necessidade de regular e estabelecer limites ao exercício da liberdade de expressão, especialmente diante da modernidade, que potencializou a propagação de ideias discriminatórias. No contexto da pandemia de Covid-19, foi

²⁴ CONRADO, Rômulo Moreira. A vedação ao discurso do ódio na Constituição Federal de 1988. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2018, n° 3555, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24047>>. Acesso em: 11 set. 2025.

constatado um aumento expressivo do discurso de ódio nas redes sociais²⁵, que se tornou o principal meio de divulgação e compartilhamento de ideias e sentimentos preconceituosos. Nessas situações, aqueles que utilizarem a internet com a finalidade de atingir um indivíduo ou grupo específico devem responder por seus atos e pelos danos causados. Diante disso, foram necessários tomar medidas mais rigorosas e criminalizar tais condutas.

3.2. Criminalização

Historicamente, o discurso de ódio sempre existiu na sociedade e também no Estado, como por exemplo a Alemanha Nazista, período entre os anos de 1933 e 1945, em que o Governo defendia o extermínio de judeus, ciganos, negros, homossexuais e pessoas com deficiência, por serem considerados “impuros”, dizimando assim cerca de 6 milhões de seres humanos. Diante disso, motivado pelo desejo de promover um maior consenso global sobre a relação apropriada entre o respeito à liberdade de expressão e a promoção da igualdade, foram elaborados os Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade. O princípio nº12 faz referência a incitação do ódio, no qual propõe que todos os Estados “devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio)”.²⁶

Pode-se dizer que a maior preocupação incide sobre manifestações impressas, publicadas e afixadas em locais públicos, postadas na internet, difundida em programas de rádio, televisão, podcasts, ou seja, todas aquelas capazes de compor um ambiente visível e perceptível.²⁷ São as manifestações realizadas de forma pública, que tenham receptores que compartilham o mesmo pensamento e que propagam a mesma ideia, aumentando os apoiadores e o número de vítimas.²⁸

Uma discussão bastante polêmica seria a criminalização desse discurso de ódio, até onde deveria ser imposto os limites na liberdade de expressão. Atualmente,

²⁵ Safernet registrou 74 mil denúncias de crimes de ódio na web em 2022. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2023-02/safernet-registrou-74-mil-denuncias-de-crimes-de-odio-na-web-em-2022>>. Acesso em: 11 set. 2025.

²⁶ Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Disponível em: <<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2009/04/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2025.

²⁷ Jeremy Waldron, The Harm in Hate Speech. Disponível em: <<https://danielwharris.com/-teaching/394/Waldron.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2025

²⁸ Combate ao Discurso de Ódio nas Redes Sociais. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/187510/O_Combate_ao_Discurso_de_Odio_nas_Red_Sociais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 set. 2025.

não existe um instituto que trata especificamente das condutas do discurso de ódio, porém, estabelece consequências da discriminação e do preconceito, podendo ser aplicado de forma análoga a Lei nº 7.716 de 1989 que define os crimes resultantes de preconceito e racismo, o artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que tipifica o crime de injúria preconceituosa ou racial que consiste no insulto que utiliza elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição da pessoa idosa ou portadora de deficiência, a Lei n. 12.288 de 20 de junho de 2010 que promove o Estatuto da Igualdade Racial, entre diversos outros.

Sua regulação tem como objetivo a proteção desses grupos vulneráveis, principais alvos de ataques do discurso de ódio. Podem ocorrer várias consequências, como o dano psicológico, aumento da violência e agravamento da vulnerabilidade.²⁹ É por esse motivo que os tais discursos devem ser identificados e demarcados como fora do campo democrático. Isso possibilita combater manifestações que ultrapassam os limites impostos pela liberdade de expressão, aquelas que acabam ferindo a dignidade da pessoa humana.

4.CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo destacar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana em face de outros direitos fundamentais, especialmente quando em conflito com a liberdade de expressão. Foi demonstrado que a liberdade de expressão é um pilar essencial em um Estado Democrático, garantindo a todos o direito de manifestar suas ideias, mas ao mesmo tempo impondo a responsabilidade de arcar com as consequências de suas manifestações quando estas violam direitos de terceiros que a liberdade de expressão constitui um pilar essencial do Estado Democrático, assegurando a todos o direito de manifestação, mas impondo também a responsabilidade pelas consequências quando tais manifestações violam direitos de terceiros e, principalmente, de grupos vulneráveis, com a intenção de lesar e causar sentimento de inferioridade, angústia, ódio ou violência, conferindo-lhes um estatuto de inferioridade.

A análise realizada evidencia a diferença crucial entre limitar e restringir a liberdade de expressão: limitar implica estabelecer parâmetros para proteger outros direitos fundamentais e prevenir danos, sem cercear o debate democrático; restringir,

²⁹ GOMES, Fabrício V.; SALVADOR, João Pedro F.; LUCCAS, Victor N. Discurso de Ódio. Portugal, Grupo Almedina, 2020. P. 45.



por outro lado, poderia significar silenciar a sociedade, manipular cidadãos e comprometer o próprio funcionamento da democracia. Além disso, deve-se diferenciar claramente a liberdade de expressão da liberdade de agressão. Enquanto a primeira protege o direito de manifestar opiniões, a segunda abrange comportamentos que promovem violência, ódio ou discriminação contra indivíduos ou grupos vulneráveis.

Por fim, este estudo reforça que, embora discursos de ódio possam se camuflar sob a proteção da liberdade de expressão, é necessário um equilíbrio cuidadoso entre a proteção à dignidade humana e a manutenção do debate público livre, considerando o contexto, o conteúdo e os efeitos sociais das manifestações, especialmente no ambiente digital, onde sua propagação é potencializada.

**REFERÊNCIAS**

AGRA, W. M.; BONAVIDES, P.; MIRANDA, J. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Forense; 9ª edição, 2009.

BASTOS, E. A. V.; MERLIN, L. T.; CICHOVSKI, P. B. **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Método, 1ª edição, 2017.

BRANCO, Paulo G. **Direitos Fundamentais em espécie**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 2.653-AgR/AP**, Rel. Min. Celso de Mello - MS 24.261/DF, Rel. Min. Celso de Mello - AO 175-AgR-ED/RN, Rel. Min. Octavio Gallotti. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo398.htm> >. Acesso em: 11 set. 2025.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

GOMES, Fabrício V.; SALVADOR, João Pedro F.; LUCCAS, Victor N. **Discurso de Ódio**. Portugal, Grupo Almedina, 2020. P. 38.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 302/303

LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. **Democracia e Direitos Fundamentais**, Atlas, 1ª edição, 2016, p.301.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

RAMOS, André de C. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Editora Saraiva, 2019, p. 230.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29.

SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição, p. 452 e 454.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011ª, p. 71.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. I, 14.ed. **Revista Atualizada e Ampliada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 176-177



_____. **Responsabilidade Civil na Liberdade de Expressão.** Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista049/RESPONSABILIDADE_CIVIL_NA_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO.pdf>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. **Limites e Responsabilização em face do Exercício da Liberdade de Expressão.** Disponível em: <file:///C:/Users/bruna/Downloads/arrabal,+e8965-1.pdf>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. **Safernet registrou 74 mil denúncias de crimes de ódio na web em 2022.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2023-02/safernet-registrou-74-mil-denuncias-de-crimes-de-odio-na-web-em-2022>>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. **Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade.** Disponível em: <<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2009/04/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. **The Harm in Hate Speech by Jeremy Waldron.** Disponível em: <<https://danielwharris.com/teaching/394/Waldron.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. **Combate ao Discurso de Ódio nas Redes Sociais.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/187510/O_Combate_ao_Discurso_de_Odio_nas_Redes_Sociais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).** Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. São Vicente, Jose Antonio Pimenta Bueno, Marques de. **Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>>, 1857. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. CONRADO, Rômulo Moreira. A vedação ao discurso do ódio na Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2018, n° 3555, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24047>>. Acesso em: 11 set. 2025.

_____. **Liberdade de expressão e democracia.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/06/23/liberdade-de-expressao-e-democracia/>>. Acesso em: 11 set. 2025.



DA JURISDIÇÃO ESTATAL À JUSTIÇA MULTIPORTAS: UM NOVO PARADIGMA NO ACESSO À JUSTIÇA

FROM STATE JURISDICTION TO THE MULTI-DOOR COURTHOUSE: A NEW
PARADIGM IN ACCESS TO JUSTICE

Tercio Adelino Dantas¹

Resumo: O presente trabalho analisa o modelo da Justiça Multiportas como alternativa e complemento ao sistema jurisdicional tradicional, diante da necessidade de respostas mais céleres, adequadas e eficazes às demandas sociais. Partindo da evolução histórica da jurisdição e da consolidação do monopólio estatal na resolução de conflitos, examina-se a proposta de Frank Sander e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e do Código de Processo Civil de 2015. O estudo destaca os principais mecanismos autocompositivos e heterocompositivos, como conciliação, mediação, arbitragem e institutos despenalizadores no âmbito penal, ressaltando seus benefícios na promoção da pacificação social. Conclui-se pela importância da Justiça Multiportas como instrumento de democratização do acesso à justiça, de valorização da autonomia das partes e de fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Justiça Multiportas; Mediação; Conciliação; Arbitragem; Acesso à Justiça.

Abstract: This paper analyzes the Multi-Door Courthouse model as an alternative and complement to the traditional judicial system, in light of the growing demand for faster, more adequate, and more effective solutions to social conflicts. Starting from the historical evolution of jurisdiction and the consolidation of the state monopoly in dispute resolution, the study examines Frank Sander's proposal and its reception in Brazilian law, particularly through the National Council of Justice Resolution No. 125/2010 and the 2015 Code of Civil Procedure. The research highlights the main consensual and adjudicative mechanisms, such as conciliation, mediation, arbitration, and criminal law instruments, emphasizing their role in fostering social pacification. It concludes by underscoring the importance of the Multi-Door Courthouse model as a tool for democratizing access to justice, enhancing party autonomy, and strengthening the Rule of Law.

Keywords: Multi-Door Courthouse; Mediation; Conciliation; Arbitration; Access to Justice.

1 INTRODUÇÃO

A evolução histórica da jurisdição revela que o processo de resolução de conflitos sempre acompanhou o desenvolvimento da vida em sociedade. Desde a

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Arnaldo Janssen. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Arnaldo Janssen. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. E-mail: tercio.ad@gmail.com



vingança privada até a consolidação da jurisdição estatal, observa-se um movimento contínuo de busca por mecanismos mais justos, eficazes e racionais de pacificação social. Nesse contexto, o modelo tradicional de justiça, centrado na figura do Estado-Juiz, consolidou-se como resposta necessária ao monopólio estatal da jurisdição. No entanto, a crescente complexidade das relações sociais e jurídicas demonstrou os limites da resposta exclusivamente jurisdicional, especialmente diante da sobrecarga dos tribunais e da necessidade de soluções céleres, adequadas e satisfatórias para as partes envolvidas.

É nesse cenário que se insere a concepção da chamada “Justiça Multiportas”, expressão introduzida pelo professor Frank Sander, que propõe a utilização de diferentes métodos de resolução de conflitos, a depender da natureza da controvérsia, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e, quando necessário, a própria decisão judicial estatal. Esse modelo representa não apenas uma alternativa, mas um complemento ao sistema tradicional, deslocando o foco da imposição coercitiva da sentença para a busca de soluções adequadas, consensuais e efetivas. No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 reforça a importância desse paradigma, estabelecendo bases normativas que reconhecem e estimulam os meios consensuais de solução de litígios.

Diante disso, a análise da Justiça Multiportas revela-se fundamental não apenas para compreender os avanços legislativos e doutrinários nesse campo, mas também para refletir sobre o papel do processo na atualidade, em que se exige um sistema mais acessível, democrático e voltado à pacificação real dos conflitos.

2. JUSTIÇA MULTIPORTAS

2.1 Jurisdição: breve síntese

Segundo Aristóteles, “o homem é um animal gregário”. Como tal, é comum que o seu desenvolvimento como espécie se dê através da formação de grupos, comunidades, coletivos, que, ao fim, tornam-se nações.

Em uma visão deveras simplista, como decorrência da convivência humana, é natural o surgimento de conflitos entre os pares. Dessa maneira, nos primórdios da sociedade, as contendas eram resolvidas de maneira privada, em que cada qual se utilizava da força para ver satisfeita sua pretensão. Por óbvio, essas disputas fomentaram situações reprováveis e indesejadas, como a vingança, motivo pelo qual, em determinado momento foi necessária a criação da jurisdição estatal.



Nesse contexto, em nosso estado democrático de direito, esse múnus é exercido pelo poder judiciário, que passou a promover a pacificação de conflitos interindividuais, substituindo as vontades íntimas das partes em prol da aplicação do direito ao caso concreto. Para tanto, leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito narrados e fornece o aparato necessário para a efetivação da pretensão eventualmente julgada favorável ao demandante.

2.2 Justiça multiportas

Considerando o ora explicitado, a expressão "Justiça Multiportas" vai de encontro ao tradicional sistema judicial, que, como visto, privilegia a atuação jurisdicional estatal como a única protagonista capaz de pacificar os conflitos sociais, que são inerentes à convivência humana.

O referido sistema foi mencionado de forma pioneira pelo professor Frank Sander, de Havard, e prevê uma fórmula consubstanciada em diversos mecanismos de tutela de direitos, sendo cada qual direcionado, de acordo com suas características, para determinado conflito, visando uma especialização adequada, desburocratizada e eficaz do método.

Destaca-se, porquanto oportuno, que tal teoria não tem por objetivo substituir a jurisdição estatal como conhecemos, mas sim auxiliá-la na hercúlea tarefa de resolver conflitos. Assim, a moderna teoria não trata a tradicional como ultrapassada, mas considera a possibilidade de haver outros métodos de resolução de conflitos além do exclusivamente estatal.

Trata-se, bem verdade, de um esforço teórico contemporâneo que não visa a reação estatal como um fim em si mesmo, privilegiando o entendimento consensual entre as partes litigantes para que a disputa seja efetivamente resolvida, não apenas por coerção, mas principalmente através da postura ativa dos principais interessados. Estes, por estarem de fato cientes de todas as peculiaridades que envolvem o caso, podem, através de esforço comum, concessões mútuas ou da intervenção de um terceiro imparcial, obter um resultado personalizado e satisfatório para ambas as partes.

Conforme leciona Leonardo Carneiro da Cunha:

“Costumam-se chamar de ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution - ADR).

Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’: mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal.

Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.

O direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado.” (Cunha, p. 637).

O modelo de justiça tradicional caracteriza-se pelo autocentrismo, no sentido de que as contendas, em sua maioria, devem, por fundamento, serem resolvidos perante o poder estatal materializado através do Estado-Juiz.

De fato, como já explicitado, trata-se de importante característica intrínseca à evolução do Direito e das relações humanas, notadamente no aspecto substitutivo da vingança privada, proibindo-se, assim, a famigerada “justiça pelas próprias mãos”.

Já o modelo multiportas, como proposta a ser considerada, soma-se ao modelo tradicional e prevê também as soluções extrajudiciais, notadamente as autocompositivas e as hetercompositivas.

As primeiras ocorrem principalmente através da mediação, conciliação ou outros métodos de solução consensual de litígios, a exemplo da negociação direta. Quanto as segundas, a mais observada na atualidade é a arbitragem.

Corroborando esse entendimento, Marco Aurélio Peixoto e Renata Peixoto, citando a lição de Rafael Alves de Almeida, Tânia Almeida e Mariana Hernandez Crespo apontam as vantagens do sistema multiportas (Peixoto, 2018, p. 118):

- a) o cidadão assumiria o protagonismo da solução de seu problema, com maior comprometimento e responsabilização acerca dos resultados;
- b) estímulo à autocomposição;
- c) maior eficiência do Poder Judiciário, porquanto caberia à solução jurisdicional apenas os casos mais complexos, quando inviável a solução por outros meios ou quando as partes assim o desejassem;

d) transparência, ante o conhecimento prévio pelas partes acerca dos procedimentos disponíveis para a solução do conflito.

2.2.1 Justiça multiportas no Código Processual Civil

Após a segunda guerra mundial, a teoria proposta pelo professor Frank Sander passou a ser vista com maior proeminência nos Estados Unidos e em algumas regiões da Europa.

Por outro lado, no nosso ordenamento jurídico, algumas iniciativas conseguiram razoável sucesso sobre o bom emprego do método. Nesse ínterim, audiências de conciliação tornaram-se comuns no âmbito cível e criminal, a ponto de restarem inseridas na cultura jurídico processual com a ênfase necessária para tornarem-se recomendadas por diversos órgãos judiciais, como o Conselho Nacional de Justiça e os próprios tribunais superiores.

Estabelecendo um paralelo entre a introdução paulatina da justiça multiportas no ordenamento jurídico nacional e a sua efetiva formalização legislativa, a teoria tridimensional de Miguel Reale defende a existência de três etapas que devem ser levadas em conta e estudadas em um caso jurídico: o fato, o valor e a norma.

Em apertada síntese, no aspecto fático, o Direito é visto a partir de sua efetividade social e histórica. O Valor, por sua vez, trata-se da vertente axiológica, sendo o Direito como valor de justiça. Por fim, a normatividade é consubstanciada no ordenamento e sua respectiva ciência formal, nos moldes da teoria positivista.

A justiça multiportas, portanto, é responsável por trazer uma importante visão sobre a integração do Direito, permitindo uma efetiva proximidade das leis com os ideais de justiça e, por consequência, normas que visam servir ao propósito do homem em suas relações sociais complexas. Nesse sentido, conforme Reale, o Direito é visto através de uma interação dinâmica e dialética dos três elementos que o integram, cujo dinamismo só pode ser compreendido ao levar em consideração não só a dimensão norma, mas também as dimensões fato e valor.

Nesse diapasão, o Código de Processo Civil de 2015 atribuiu especial relevância aos métodos de solução consensual, trazendo, como exemplo, a audiência de conciliação como ato integrante e autônomo no procedimento comum.

Outrossim, restou expressamente consignado no denominado capítulo “DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL”:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Como se observa no parágrafo terceiro do artigo terceiro do CPC, os métodos de solução consensual deverão ser estimulados pelos diversos agentes que atuam no processo, inclusive o membro do Ministério Público.

Outrossim, especificamente quanto a atuação jurisdicional propriamente dita, ou seja, a atividade técnica do Juiz ao dirigir um processo, o CPC também desvelou especial relevância à solução consensual dos conflitos, senão vejamos:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Quanto aos meios autocompositivos de resolução de conflito previstos na legislação de regência, alguns aspectos diferenciam seus procedimentos, bem como em relação aos envolvidos, como a seguir sinteticamente demonstra-se.

2.2.1.1 Conciliação

A Conciliação é “dirigida” ativamente por um terceiro imparcial e capacitado, cuja ênfase é o acordo entre as partes, que será obtida através de sugestões. Em sendo frutífero o acordo, o resultado é a extinção do processo.

Nos termos do parágrafo segundo do artigo 165 do CPC:

“O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

Vê-se, portanto, que a atuação do conciliador é baseada no incentivo, facilitação e apresentação de proposições com o fim de auxiliar as partes a chegarem ao acordo. Esse meio é mais indicado para relações circunstanciais.

2.2.1.2 Mediação

Já no que diz respeito à Mediação, trata-se de uma intervenção por um terceiro imparcial junto às partes conflitantes, cuja intervenção é baseada na busca de solução pelas próprias partes, que serão as verdadeiras protagonistas do ato.

Nesse sentido, preleciona o art. 165, §3º, do CPC:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Assim, o papel do mediador é facilitar o diálogo para que os litigantes construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema, objetivando o consenso, visto que a intenção não se limita apenas a aplicação da norma, mas a real pacificação do conflito, cujo cerne mostra-se muitas vezes norteador de caráter subjetivo. Conforme o próprio dispositivo, essa modalidade será utilizada quando houver, entre as partes, vínculos anteriores ao conflito.

2.2.1.3 Arbitragem

O procedimento para a aplicação da arbitragem, por sua vez, não está prevista de forma expressa, no CPC. Entretanto, o código, também no capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil, sem sombra de dúvidas permite o método:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Lado outro, o art. 359 do CPC prevê:

Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

Resumidamente, a arbitragem consiste no julgamento do litígio por terceiro imparcial, escolhido pelas partes. É espécie de heterocomposição de conflitos, que se desenvolve mediante trâmites mais simplificados e menos formais do que o processo jurisdicional. Assim, o árbitro analisa os argumentos das partes e profere uma decisão, conhecida como sentença arbitral, que não se sujeita a recurso ou apreciação pelo Poder Judiciário.

A legislação específica, nos termos do artigo Art. 1º da Lei 9.037/96, assim prevê: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Trata-se, portanto, de método que visa a solução de conflitos de forma célere, visando tão-somente dirimir litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, motivo pelo qual não deverá ser utilizado no âmbito penal.

Assim, percebe-se que o legislador atentando-se aos movimentos sociais e evolutivos da forma de aplicação do Direito no âmbito jurisdicional, formalizou a denominada justiça multiportas no âmbito do Processo Civil, tornando-a norma fundamental do processo.

Essa conformação mostra-se de fundamental importância ao ordenamento jurídico como um todo, visto que, como regra, o CPC possui uma característica de suma importância em relação às demais normas, qual seja, a sua aplicação supletiva em relação a outros diplomas normativos, das mais diversas naturezas.

Dessa forma, é sabido que, como exemplo, o CPC é aplicado de forma supletiva ao Código de Processo Penal, bem como às normas administrativas e trabalhistas.

2.2.2 Justiça multiportas no âmbito criminal

Como visto no presente estudo, o sistema de justiça multiportas não só é aplicável como também é recomendável e incentivado pelo Código de Processo Civil de 2015. No que diz respeito ao aspecto criminal, também é possível auferir sua aplicabilidade, como de fato já o tem sido feito há décadas.

De fato, embora controvertido o espectro sobre a comparação valorativa entre bens jurídicos distintos, é certo que no plano fático o Direito Penal é tratado como *ultima ratio* para a proteção dos referidos bens.

Outrossim, a solução consensual sobre questões relacionadas a infrações criminais deve obedecer a requisitos considerados mais rígidos, técnicos e envolver diagnósticos de política criminal que tenham concluído pelo benefício social dos institutos despenalizadores frente a punibilidade exercida através da coercitividade estatal.

Destarte, as formas previstas sobre a concretização de soluções consensuais no âmbito criminal foram previstas, inicialmente, para delitos de menor potencial ofensivo, cuja repercussão negativa ao bem jurídico tutelado seja menos danoso e, por conseguinte, recomendável ao tratamento sobre o caso.

Nesse contexto, em 1995 foi sancionada a Lei nº 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A referida legislação, como já explanado no presente trabalho, trouxe alguns métodos de solução considerados eficazes, seja envolvendo a vontade da vítima imediata do delito, como nos casos envolvendo as ações penais de natureza privada, seja através da intervenção do Ministério Público nas ações cuja natureza jurídica seja pública.

Diversa não é a opinião de Alice Bianchini:

Em tais âmbitos (infração de menor potencial ofensivo etc.), conciliação e mediação parecem fórmulas idôneas e eficazes, porque o julgamento convencional e a sanção penal produzem efeitos nocivos irreparáveis elevando a níveis preocupantes o custo social da intervenção penal clássica. Se de um lado ainda não temos amplas iniciativas de mediação já desenvolvidas em nosso País, de outro, no que concerne à conciliação, a realidade é bem diferente. A Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95, art. 74) prevê a possibilidade de conciliação como resolução final do conflito (isso se dá nas infrações de menor potencial ofensivo e desde que a ação penal seja de iniciativa privada ou pública condicionada). Nesses casos, a conciliação (acordo) quanto à reparação dos danos significa renúncia ao direito de queixa ou de representação (extinguindo-se o *ius puniendi*). Como se vê, a conciliação (pura e simples) não é desconhecida no nosso direito (Bianchini, 2009, p. 34).

Nesse sentido, quanto aos delitos que envolvam necessariamente uma postura ativa por parte da vítima para o início da persecução penal, no caso, os crimes e contravenções cuja a ação penal possui como condição de procedibilidade a representação ou a proposição de queixa-crime, o sistema multiportas mostra-se útil e necessário para a consecução da mens legis dos juizados.

Do mesmo modo, importante salientar a opinião do supracitado autor:

O sistema clássico de Justiça criminal se acha sempre em crise. Porque absolve ou condena, mas não resolve o problema criminal (praticamente nada de positivo faz para a verdadeira solução do problema). Porque impõe suas decisões com imperium, mas sem auctoritas. Porque se preocupa exclusivamente com o castigo do agente culpável- isto é, com a pretensão punitiva do Estado, que é só um dos sujeitos implicados no problema criminal- mas não atende às legítimas expectativas dos restantes: da vítima, da comunidade, do próprio infrator. A efetiva reparação do dano causado pelo delito, a preocupação com a reinserção social do delinquente e a pacificação das relações interpessoais e sociais afetadas pelo crime não são consideradas seriamente por aquele que, atua guiado mais por critérios de eficiência administrativa do que de justiça e equidade.

Lado outro, no que se refere às infrações que são processadas por ação penal pública incondicionada, cuja titularidade é constitucionalmente conferida ao Ministério

Público, a solução consensual também se faz presente, desta feita, sem a participação da vítima imediata, mas necessariamente através de uma postura ativa do *Parquet*.

Assim, nos delitos dessa natureza, quando preenchidos os requisitos legais, é possível o oferecimento pelo órgão ministerial dos institutos denominados “transação penal e suspensão condicional do processo”, previstos, respectivamente, nos artigos 76 e 79 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

2.2.2.1 Transação penal

Inicialmente, impende ressaltar, dada a sua importância, que a transação, como acordo pessoal entre o, em tese, autor do fato e o Ministério Público, pode ser considerada uma das “portas” do sistema teorizado por Frank Sander.

Inclusive, dada sua característica pré-processual, trata-se de medida de baixíssimo custo e com considerável efetividade, porquanto, na prática, são determinadas ao beneficiário responsabilidades mais brandas, mas que surtem efeitos benéficos para todos os envolvidos.

O instituto está previsto no artigo 76 da Lei 9.099/95, senão vejamos:

“Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Em apertada síntese, a transação penal é um acordo celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, por meio do qual o Parquet, antes de oferecer a denúncia, propõe ao autor que ele, mesmo sem ter sido condenado, aceite cumprir uma pena restritiva de direitos ou pagar uma multa, sob o compromisso legal de que isso impedirá a proposição de eventual ação penal.

Portanto, conclui-se que restou criada no nosso ordenamento uma espécie de justiça negociada criminal, que embora seja comum no direito comparado, não era facilmente perceptível no ordenamento pátrio.

2.2.2.2 Suspensão condicional do processo

Da mesma forma que ocorre com a transação penal, a suspensão condicional do processo pode ser conceituada como um instituto despenalizador que poderá ser oferecida ao agente delituoso, observada certa discricionariedade por parte do Ministério Público, desde que o autor do fato preencha alguns requisitos previstos na

legislação, possibilitando, após o cumprimento e observância dos termos previamente acordados – incluindo o lapso temporal – a extinção da punibilidade do agente.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre com a transação penal, a suspensão condicional do processo, não impede a proposição da ação penal propriamente dita. Ou seja, o princípio da obrigatoriedade da ação penal continua presente no processo em que se oferece o instituto.

Vejamos o que preleciona o artigo 89 da Lei nº 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Conforme o texto legal, o oferecimento da denúncia pelo presentante do Ministério Público se faz necessária para o oferecimento do benefício. Outrossim, ao aceitar a proposta, a denúncia será recebida, formalizando, portanto, o processo criminal.

A mitigação do princípio da obrigatoriedade, portanto, é consideravelmente mais branda, ou talvez inexistente, visto que o processo terá início com o recebimento da denúncia, no entanto, seu prosseguimento restará suspenso por prazo determinado, caso o acordo seja aceito pelo réu.

Ademais, interessante notar que a nomenclatura utilizada pelo legislador reforça a ideia da justiça multiportas, tendo em vista que emprega a expressão “proposta”, o que inevitavelmente remete a situação negocial.

Em acordo com a perspectiva de um sistema consensual no Direito Processual Penal brasileiro, especificamente no que se refere as inovações trazidas pelos Juizados Especiais Criminais, o jurista Eugênio Pacelli de Oliveira preleciona que:

“A nosso aviso, mais que isso, a Lei nº 9.099/95 inaugurou um novo modelo processual no Brasil, que até então sempre convivera com o antigo sistema

penal condenatório. A partir dela, e como alternativa ao modelo condenatório de processo, cuja característica é a imposição das penas, existe outra solução para determinadas infrações penais. Podemos, então, falar em um modelo consensual de Justiça e de processo penal, por meio do qual a escolha da sanção estatal poderá contar com a participação do acusado, desde que com a intervenção, indispensável, de um advogado, constituído ou designado pelo Estado (Oliveira, 2014, p. 751)."

Portanto, percebe-se que a Lei nº 9.099/95, além de criar os Juizados Especiais Criminais, também serviu para dar um importante passo rumo a um novo modelo de sistema processual penal no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, um modelo consensual que se adequa ao conceito de justiça multiportas.

2.2.2.3 Composição dos danos civis

Como um dos corolários especificados na Lei dos Juizados Especiais Criminais, sempre que possível se obterá a reparação dos danos sofridos pela vítima, nos termos expressamente dispostos no artigo 62:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Assim, nos termos dos artigos 74 e 75 da aludida lei, nos casos de crimes processados pelas vias da ação penal privada ou ação penal pública condicionada a representação da vítima, será possível a formalização do acordo entre as partes que, homologada judicialmente, acarreta renúncia ao direito da queixa ou da representação, conforme se observa:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Como se observa, o acordo formalizado entre as partes, quando homologada judicialmente, acarreta a imediata extinção de punibilidade do autor do fato.

Eventual debate sobre descumprimento das condições transacionadas não gera a revogação da sentença extintiva de punibilidade, mas tão somente a possibilidade de execução cível no Juízo competente, porquanto o referido acordo terá natureza jurídica de título executivo judicial.

Trata-se, portanto, de mais um método eminentemente consensual prevista em legislação específica visando uma alternativa ao modelo judicial tradicional e que confere às partes envolvidas no fato delituoso, autor do fato e vítima, especial protagonismo para a resolução do conflito, adequando-se em essência ao sistema multiportas ora estudado.

2.2.2.4 Acordo de não persecução penal

Em uma mesma perspectiva dos institutos despenalizadores ora analisados, o Acordo de Não Persecução Penal foi recentemente acrescentado ao Código de Processo Penal e trouxe nova possibilidade de extinção de punibilidade por parte de determinado agente delituoso. Para tanto, o investigado, caso aceite a proposta formulado pelo Ministério Público, deve preencher uma série de requisitos para ter sua punibilidade extinta.

Seguindo as mesmas conclusões anteriormente vislumbradas para os demais institutos despenalizadores, o ANPP também é visto como uma das maneiras possíveis para a concretização da justiça multiportas.

Em atenção, também, à teoria tridimensional de Miguel Reale, o legislador criou o referido acordo após a patente necessidade estatal de se obter soluções céleres e efetivas no que diz respeito a crimes de baixa e média gravidade. Estes últimos eram pouco abordados pelo instituto da Suspensão Condicional do Processo, que exige, como requisito, pena mínima em abstrato cominada igual ou inferior a um ano.

Dessa forma, a intenção legislativa é no sentido de que o ANPP atue como um mecanismo de solução consensual no âmbito criminal e voltado à fixação de uma política criminal realizada pelo Ministério Público.

Nesse íterim, preleciona Souza:

“À natureza negocial pré-processual, soma-se a vocação programática do instituto, voltado para a fixação de um programa de política criminal pautado em critérios decisórios bem ordenados e que procura enfrentar o inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade com racionalidade, em vistas à realidade social (Souza, 2020, p.122)”.

Nessa perspectiva, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca, no exercício da relatoria referente ao HC nº 2020/0210339-9, utilizou expressamente a expressão “justiça multiportas”, nos seguintes termos:

O acordo de não persecução penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa.

Pelo exposto, é possível asseverar que o ofício do Parquet, quando atua na formalização do ANPP, insere-se no conceito da “justiça multiportas”, que por sua vez, parte do pressuposto que a sentença judicial muitas vezes não é forma mais adequada para solucionar um conflito.

3. CONCLUSÃO

A experiência da Justiça Multiportas evidencia uma mudança paradigmática no modo de compreender e operacionalizar o acesso à justiça. Mais do que um mecanismo alternativo, esse modelo configura-se como um sistema integrado de soluções, capaz de direcionar cada conflito ao método mais adequado para sua resolução. Ao promover a mediação, a conciliação, a arbitragem e outros meios consensuais, ao lado da jurisdição estatal, cria-se um ambiente em que as partes assumem protagonismo na construção da solução, o que favorece não apenas a eficiência, mas sobretudo a legitimidade e a satisfação com os resultados alcançados.

No Brasil, a adoção de instrumentos normativos como os previstos no Código de Processo Civil de 2015 e, em âmbito penal, os institutos previstos na Lei nº 9.099/95 e no Acordo de Não Persecução Penal, reforçam o compromisso com um sistema de justiça plural, mais célere e ajustado às demandas contemporâneas.

Assim, a relevância da Justiça Multiportas reside justamente em sua capacidade de democratizar o acesso à justiça e ampliar as possibilidades de pacificação social, sem prescindir do papel do Estado-Juiz, mas somando esforços em busca de um modelo mais inclusivo e eficaz.

Trata-se de importante instrumento para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, que se compromete não apenas com a aplicação da lei, mas



com a construção de soluções verdadeiramente adequadas às necessidades da sociedade.



REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 2ª. Ed.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Lei Juizados dos Especiais Criminais. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996**. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo HC 607.003/SC**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002103399&dt_publicacao=27/11/2020>. Acesso em 22 de abril. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 13ª ed.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, 18ª ed.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003, 5ª ed.

SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.



A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VISÃO DOS TRIBUNAIS

THE NOTARIAL ACT AS A MEANS OF EVIDENCE: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE COURTS

Willyam Guilherme Sandri Junior Lopes¹

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade compreender a ata notarial como meio de prova a partir da visão do Poder Judiciário. A ata notarial ganhou popularidade a partir de 2015, com a promulgação do Código de Processo Civil. Por meio desse instrumento público, o Tabelião, a pedido de parte interessada, constata fatos, coisas, pessoas e situações que lhe constem ou que ocorram em sua presença, sem qualquer juízo pessoal, com presunção relativa de veracidade e fé-pública. Em alguns casos, a ata notarial é o único meio de prova de um fato ou uma situação. Em razão disso, o presente trabalho visa estudar o instituto da ata notarial, em especial com vistas a aferir o seu valor na carga probatória de uma demanda judicial. A pesquisa foi realizada pelo método dialético e análise de bibliografias e legislação sobre a parte teórica e pela pesquisa documental em relação a jurisprudência dos Tribunais. Ao final, concluiu-se que o uso da ata notarial ganhou maior incidência na prática forense a partir do Código de Processo Civil de 2015, sendo um instrumento efetivo como meio de prova em demandas judiciais, em razão da fé-pública do Tabelião, da presunção relativa de veracidade desse documento público, da imparcialidade do Notário e da agilidade em sua confecção.

Palavras-chave: Ata Notarial. Meio de Prova. Jurisprudência.

Abstract: The purpose of this study is to understand the notarial act as a means of proof from the perspective of the Judiciary Branch. Notarial minutes gained popularity as of 2015, with the enactment of the Civil Procedure Code. By means of this public instrument, the Notary Public, at the request of an interested party, verifies facts, things, people and situations that appear or occur in its presence, without any personal judgment, with a relative presumption of veracity and public faith. In some cases, the notarial act is the only means of proof of a fact or situation. For this reason, the present work aims to study the institute of notarial act, with a view to assessing its value in the evidentiary load of a lawsuit. The research was carried out through the dialectical method and analysis of bibliographies and legislation on the theoretical part and through documentary research in relation to the jurisprudence of the Courts. In the end, it was concluded that the use of notarial minutes gained greater incidence in forensic practice from the 2015 Code of Civil Procedure, being an effective instrument as a means of evidence in legal claims, due to the public faith of the Notary, of the relative presumption of veracity of this public document, the impartiality of the Notary and the agility in its preparation.

Keywords: Notarial Act. Means os Proofs. Jurisprudence.

¹ Bacharel em direito, graduado pela Universidade Positivo – UP (2018). Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Centro de Estudos Renato Saraiva- CERS. Servidor Público Federal ocupante do cargo de Analista do MPU/Direito, com lotação no Ministério Público Federal do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

A prova é o meio destinado “para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”, conforme previsão do artigo 369 do Código de Processo Civil. Assim, é a prova que garantirá a satisfação processual ou para o autor ou para o réu.

Um dos meios de prova previstos no ordenamento jurídico é a ata notarial. Segundo o art. 384 do Código de Processo Civil “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”.

Em síntese, por meio da ata notarial, o Tabelião, profissional do direito dotado de fé-pública, constatará fatos que lhe constem ou que ocorram em sua presença com presunção relativa *iuris tantum*, a fim de que o interessado faça prova em uma demanda.

Nos últimos anos, a ata notarial ganhou bastante relevância na prova de crimes cibernéticos e de notícias falsas (*fake News*) no período eleitoral. Além disso, atualmente, as relações humanas estão bastante interrelacionadas com a tecnologia, sendo a ata notarial um instituto jurídico que pode auxiliar as partes na prevenção e resolução de conflitos oriundos de documentos eletrônicos, tais como e-mails, aplicativos de conversas instantâneas, plataformas de publicação de vídeos, fotografias etc.

Nos Tribunais, a utilização de atas notariais para prova de algum fato cresceu consideravelmente após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Nesse contexto, o presente estudo propõe uma análise do instituto em apreço, abordando suas peculiaridades e características, bem como a sua relevância, valor e utilidade como prova judiciária.

O objetivo do presente estudo é aferir o valor da carga probatória da ata notarial no processo judicial nas searas cível, criminal, trabalhista e eleitoral, estes três últimos a partir da aplicação suplementar e subsidiária do Código de Processo Civil de 2015, nos termos do seu artigo 15.

Justifica-se o presente trabalho em decorrência da necessidade de se conhecer o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro sobre o valor da carga probatória da ata notarial, de modo a saber se o referido instituto jurídico contribui ou não com as probabilidades de êxito da parte que utiliza esse documento público em seu favor.

2. A ATA NOTARIAL

2.1. Conceito

O Código de Processo Civil de 2015 dedicou um artigo ao instituto da ata notarial. De acordo com o artigo 384 do diploma processual civil (BRASIL, 2015), “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”.

A lei não define o que é a ata notarial, mas a doutrina a conceitua como “instrumento formalizado por tabelião para constatar a realidade de um fato que ele presenciou ou do qual tomou conhecimento, sem qualquer emissão de opinião pessoal” (Donizetti, 2019, p. 901).

Luiz Roberto Loureiro (2021, p. 1353) define a ata notarial como sendo o “documento notarial que se destina à constatação de fatos ou a percepção que dos mesmos tenha o notário sempre que por sua índole não possam ser qualificados de contratos, assim como pelos seus juízos e qualificações”.

Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues, ao realizar um estudo do direito comparado e de normas estrangeiras, apresentam o seguinte conceito de ata notarial: “instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência, ou o seu estado” (Ferreira; Rodrigues, 2020, p. 146).

Enfim, a ata notarial trata-se de um instrumento público em que o Tabelião de Notas, profissional dotado de fé-pública, constata fatos, coisas, pessoas e situações que lhe constem ou que ocorram em sua presença, de forma imparcial.

2.2. Objeto e conteúdo

O objeto da Ata Notarial são os fatos jurídicos ou as ações humanas, conforme ensinam Ferreira e Rodrigues (2020, p. 159).

Na ata notarial, os fatos jurídicos são o objeto. Um pássaro voando, a composição química das águas de um rio, a inação de uma pessoa, todos estes fatos podem ser objeto da ata notarial. Ações humanas também podem ser objeto de atas, como, por exemplo, a entrega de uma coisa de uma pessoa para outra, caso em que a vontade dos agentes não efeito para o ato notarial.

Diversos fatos podem ser provados por meio da ata notarial, como, por exemplo: 1) uso indevido de fotografias; 2) textos em vernáculo diferente do nacional (inglês, espanhol e etc.); 3) uso indevido de logotipos e nomes comerciais; 4) atestado de vida (para o INSS); 5) funcionamento regular de linha telefônica; 6) Declarações sobre fatos presenciados por terceiros ou que teve conhecimento; 7) Declarações de estado civil e de ausência de impedimento ao casamento; 8) Declaração de herdeiros (para as seguradoras); 9) Declaração de residência; 10) assembleia societária; 11) abertura forçada de cofre; 12) transmissão e exibição de programa televisivo; 13) demissão de funcionário; 14) vacância de imóvel alugado; 15) abandono de imóvel alugado; 16) Constatação da negatória de autoria e aposição de rubricas ou assinaturas em documento; 17) Constatação do estado de envelope lavrado não apreciado em licitação; 18) uso da imagem de uma pessoa notória em estabelecimento comercial; e 19) compra de produto em estabelecimento comercial (Ferreira; Rodrigues, 2020, p. 271-274).

Há um leque infinito de fatos que podem ser atestados por meio da ata notarial, “haja vista que os fatos da vida também o são, e justamente estes são objeto da ata notarial” (Carvalho Filho, 2020, p. 95).

Muitos dos exemplos acima narrados, se não fosse a ata notarial, seriam “hipóteses nas quase dificilmente outros meios de prova poderiam ser produzidos com sucesso” (Neves, 2018, p. 763).

2.3. O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DA ATA NOTARIAL

2.3.1. A ata notarial na esfera cível

Embora a ata notarial esteja prevista no ordenamento jurídico brasileiro muito antes da promulgação do atual Código de Processo Civil, a sua utilização, na prática forense, era muito tímida, mas, a despeito disso, a jurisprudência já reconhecia a presunção juris tantum e a fé-pública da ata notarial como uma prova segura.

Em 1999, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1999) admitiu como válida vistoria realizada em imóvel acompanhada de autoridade revestida de fé-pública (o Tabelião), sem a presença do ex-locatário:

LOCACAO. RESSARCIMENTO DE DANOS. REPAROS NO IMOVEL, FINDA A LOCACAO. DEVEM SER PRECEDIDOS DE PREVIA VISTORIA. ACOMPANHAMENTO E PARTICIPACAO DO LOCATARIO E FIADORES. INTIMACAO. DESNECESSIDADE. RESPALDO PROBATORIO NO ARTIGO 332 DO CPC. A VISTORIA, EMBORA REALIZADA SEM A PARTICIPACAO

DE TODOS OS INTERESSADOS, DEVE SER APROVEITADA E CONSIDERADA CORRETA, FACE A POSSIBILIDADE DE COMPROVAR A NECESSIDADE DE REPAROS NO IMÓVEL, NOS TERMOS DO ARTIGO 332 DO CPC. TAL VISTORIA APRESENTADA PELO LOCADOR FOI REALIZADA VIA ATA NOTARIAL, LOGO APÓS A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL, POR PROFISSIONAL TÉCNICO E COM FE-PÚBLICA. ALEM DISSO, UMA DAS PARTES, MÃE DO EX-INQUILINO, FOI COMUNICADA, PRESSUPONDO QUE ELE TENHA SIDO AVISADO DA VISTORIA. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 599154093, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em: 11-08-1999).

Com o Código de Processo Civil de 2015, a ata notarial ganhou tratamento de meio de prova típico e com credibilidade em razão da presunção juris tantum e da fé-pública, trazendo mais celeridade ao processo judicial. Em razão disso, a ata notarial passou a ser mais utilizada na prática forense pelos operadores do direito e os Tribunais passaram a valorar ainda mais esse instituto como elemento probatório, conforme se passa a demonstrar.

Em dezembro de 2015, a 3ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diante da divergência existente entre o locador e o locatário acerca da data de entrega das chaves, entendeu que deveria prevalecer a data mencionada na Ata Notarial, por ser um documento público dotado de presunção legal de veracidade:

RECURSO INOMINADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO CONTRAPOSTO. INVIABILIDADE EM SEDE DE EXECUÇÃO E RESPECTIVOS EMBARGOS. TERMO FINAL DO CONTRATO. ENTREGA DAS CHAVES. ATA NOTARIAL QUE CONFIRMA TESE DO EXEQUENTE. FÉ PÚBLICA DO TABELIÃO. Inviável o pedido contraposto em sede de execução ou de seus respectivos embargos, uma vez que tal figura é exclusiva do processo de conhecimento. Ante a controvérsia existente entre as partes acerca da data da entrega das chaves, termo final do contrato, deverá prevalecer a data constante na declaração firmada pelo Tabelião, por se tratar de documento público, com presunção legal de veracidade. RECURSO DESPROVIDO. (Terceira Turma Recursal Cível, Recurso Cível, Nº 71005630728, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em: 10-12-2015)

Em março de 2018, a 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar uma ação de rescisão de contrato de prestação de serviços para criação de página eletrônica na internet, entendeu que houve inadimplemento da empresa contratada, considerando que a ata notarial anexada pelo contratante evidenciava que o site entregue estava incompleto e sem todas as funcionalidades, fato que gozam de presunção de veracidade e a empresa contratada não se desincumbiu do ônus de demonstrar o cumprimento da obrigação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE WEBDESIGN E WEBMARKETING – CRIAÇÃO E DISPONIBILIZAÇÃO DE PÁGINA ELETRÔNICA NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET) – ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE REVELAM EFETIVO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO, PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA RÉ – ATAS NOTARIAIS QUE ATESTAM QUE O SÍTIO ELETRÔNICO FOI ENTREGUE INCOMPLETO E SEM TODAS AS FUNCIONALIDADES OPERANTES – RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS DESCRITOS NA ATA NOTARIAL NÃO AFASTADA – NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE TERCEIRO PRESTADOR DE SERVIÇOS PARA FINALIZAR A CRIAÇÃO DO WEBSITE – EXECUÇÃO PARCIAL DOS SERVIÇOS QUE NÃO AFASTA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO DA RÉ E NÃO IMPEDE A CONDENAÇÃO DESTA A REEMBOLSAR OS VALORES DESPENDIDOS PELO AUTOR COM A CONTRATAÇÃO DE OUTRO PROFISSIONAL PARA DAR CABO ÀS PRESTAÇÕES ASSUMIDAS PELA PRESTADORA INADIMPLENTE – PRETENSÃO DE CUMULAR O REEMBOLSO DAS DESPESAS COM TERCEIRO E DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO PREÇO – IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – TERCEIRO CONTRATADO QUE NÃO INICIOU O TRABALHO DO ZERO, VINDO A APROVEITAR A PARCELA DOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADA PELA RÉ – GASTOS COM A ELABORAÇÃO DA ATA NOTARIAL QUE INTEGRAM O CONCEITO LEGAL DE DESPESA PROCESSUAL – ART. 84 DO CPC, COM SUJEIÇÃO AO REGIME DA SUCUMBÊNCIA – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. - Recurso da ré desprovido e recurso do autor provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1100911-09.2014.8.26.0100; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/03/2018; Data de Registro: 02/03/2018)

Em setembro de 2019, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que a ata notarial contendo a transcrição de áudio em que o devedor confessa o montante do débito devido é documento hábil para embasar a propositura de ação monitória:

AÇÃO MONITÓRIA. ATA NOTARIAL. CONVERSAS VIA WHATSAPP. EMBARGOS MONITÓRIOS JULGADOS IMPROCEDENTES. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CONSTITUÍDO. ART. 702, §8º DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ: ATA NOTARIAL. PROVA ESCRITA HÁBIL A DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA. EMBARGOS MONITÓRIOS CORRETAMENTE JULGADOS IMPROCEDENTES. TÍTULO JUDICIAL CONSTITUÍDO EM FAVOR DA EMPRESA EXPORTADORA. ART. 702, §8º DO CPC. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consoante previsto no art. 700 do Código de Processo Civil, a "Ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz: I – o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; III – o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer". 2. É perfeitamente plausível a utilização de ata notarial como documento escrito capaz de provar a relação jurídica de crédito firmada entre as partes e comprovar o valor do débito ainda não quitado pra ser cobrado via ação monitória; refutada qualquer impugnação quanto à legitimidade da referida prova, nos termos do artigo 384, CPC (TJ/AM, Relator (a): João de Jesus Abdala Simões; Comarca: Manaus/AM; Órgão julgador: Terceira Câmara Cível; Data do julgamento: 28/01/2018; Data de registro: 30/01/2018). 3.

“Hipótese em que as provas apresentadas com a petição inicial, consistentes em cópias de e-mails e de diálogos travados entre as partes pelo aplicativo “Whatsapp”, configuram, no caso, prova escrita idônea para a propositura de ação monitória” (TJSP; Apelação Cível 1030520-93.2017.8.26.0562; Relator (a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/09/2018; Data de Registro: 18/09/2018). (TJPR - 17ª C.Cível - 0011224-13.2017.8.16.0035 - São José dos Pinhais - Rel.: DESEMBARGADOR LAURI CAETANO DA SILVA - J. 10.10.2019)

Em janeiro de 2021, a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso confirmou sentença que declarou a nulidade do reajuste das mensalidades do curso de medicina, em razão da ausência de divulgação com antecedência mínima de 45 dias do valor da anuidade. A prova utilizada pela aluna em desfavor da instituição de ensino foi uma ata notarial, cujo documento, de acordo com a fundamentação, goza de fé-pública:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REAJUSTE DE PARCELA ESTUDANTIL – INSTITUIÇÃO DE ENSINO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – DESCUMPRIMENTO AO 2º DA LEI Nº 9.870/1999 – PROVA TRAZIDAS PELA PARTE AUTORA, QUE GOZAM DE FÉ PÚBLICA (ATA NOTARIAL) - NECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DO VALOR DO REAJUSTE – CUMPRIMENTO NÃO DEMONSTRADO – REAJUSTE AFASTADO – RECURSO DESPROVIDO. O artigo 2º da Lei nº 9.870/99 determina que a IES deva divulgar, em local de fácil acesso ao público, o valor total da anuidade ou semestralidade, com antecedência mínima de 45 dias da data da matrícula, o que não se verificou no caso. (TJMT, N.U 1000585-02.2018.8.11.0041, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, SEBASTIAO BARBOSA FARIAS, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 26/01/2021, Publicado no DJE 12/04/2021)

Apesar de reconhecer o valor da carga probatória da ata notarial, importante destacar que a sua admissibilidade não é irrestrita em favor da parte que está se valendo desse instrumento. Os Tribunais, ao se depararem com processos com atas notariais, realizam sua análise de acordo com os exatos termos do conteúdo desse documento e levando em consideração as características do fato probando.

Em julho de 2019, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que a ata notarial anexada pela parte autora prova a existência de rachaduras no imóvel, mas não serve como prova de inabitabilidade do imóvel, o que era sustentado pelo requerente:

1) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL POR VÍCIOS REDIBITÓRIOS. TUTELA DE URGÊNCIA. SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DO FINANCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. ATA NOTARIAL

INSUFICIENTE. a) De acordo com o artigo 300 do CPC/2015 “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.”. b) A Ata Notarial apresentada serve apenas de constatação da existência, naquela data, de rachaduras no imóvel, e não de prova da inabitabilidade no referido bem ou até da responsabilidade dos Requeridos, porque desprovida de análise técnica. c) Assim, não se vislumbra, neste momento, a probabilidade do direito apta a justificar a suspensão do pagamento das parcelas vincendas do financiamento, mormente porque os valores adimplidos poderão lhe ser restituídos, no momento oportuno. 2) AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível - 0016964-86.2019.8.16.0000 - Maringá - Rel.: DESEMBARGADOR LEONEL CUNHA - J. 30.07.2019)

A partir da regulamentação pelo Código de Processo Civil de 2015, a ata notarial ganhou maior visibilidade como meio de prova processual, em razão de se tratar de um documento público, com presunção de veracidade e originada da fé-pública notarial.

Os operadores do Direito passaram então a utilizar esse instrumento e os Tribunais passaram a reconhecer o valor probante da ata notarial como meio de prova no processo judicial cível para diversas finalidades, como, por exemplo, para prova de relação jurídica de crédito; para prova de descumprimento de obrigações contratuais; para afastar a incidência de imposto (IPTU); para prova de interesse de agir da pretensão em uma ação; para prova de não cumprimento de obrigação legal; e para resolver divergência de fatos controvertidos entre as partes.

Em geral, os Tribunais destacam na fundamentação de suas decisões que a ata notarial é um documento público, lavrado por um profissional que detém fé-pública e que os fatos constatados ou declarados na presença do Tabelião gozam de presunção relativa de veracidade e cujo ônus não foi impugnado de maneira convincente pela parte contrária.

Nem sempre as partes que fizeram um uso da ata notarial tiveram êxito na sua demanda, mas não por causa desse instrumento, mas sim porque as características do fato probando exigem conhecimento técnico alheio ao direito ou porque o teor das declarações contida na ata notarial em nada se relaciona com o pedido deduzido pelo requerente. Portanto, nesses casos, o insucesso não é atribuído a ata notarial.

2.3.2. A ata notarial na esfera penal

Atualmente, muitas infrações penais são praticadas em ambiente digital, como, por exemplo, crimes de honra (injúria, difamação e calúnia), cyberbullying, perfis

falsos em redes sociais, vazamentos de fotos e vídeos íntimos, perseguição digital (stalking) e assédio sexual.

No contexto virtual, os elementos probatórios podem ser facilmente manipulados. Nesse passo, a ata notarial ganha destaque no âmbito da Justiça Penal, já que possibilita a preservação dessas provas, por um documento público.

Em 2019, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná manteve a condenação de uma pessoa que proferiu palavras ofensivas de cunho racista a ofendida. Para o Tribunal, a material da infração penal está comprovada pelas declarações da ofendida, bem como pela ata notarial das mensagens injuriosas:

APELAÇÃO CRIME. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS INFORMAÇÕES DA VÍTIMA, ALIADA À PROVA DOCUMENTAL (ATA NOTARIAL). CONDUTA PRATICADA COM O INTUITO DE HUMILHAR A OFENDIDA E SUA FILHA, EM RAZÃO DA COR DA PELE E DA CARACTERÍSTICA FÍSICA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. Mantém-se a condenação pelo crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, quando se evidencia a intenção da agente de praticar a conduta para humilhar a vítima, em razão da cor de sua pele e de sua característica física. (TJPR - 2ª C.Criminal - 0003442-89.2016.8.16.0034 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR JOSÉ MAURICIO PINTO DE ALMEIDA - J. 28.02.2019)

Em 2020, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná manteve a condenação de uma pessoa pelo crime de calúnia, considerando que a materialidade do crime estava devidamente demonstrada por meio de ata notarial com a prova da falsa imputação criminosa:

APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA-CRIME. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE CALÚNIA. RECURSO DEFENSIVO. 1) PRELIMINAR: PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PLEITO NÃO CONHECIDO. 2) PRELIMINAR: PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PEREMPÇÃO. DESPROVIMENTO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INÉRCIA DO QUERELANTE POR PRAZO ACIMA DO ESTIPULADO NO ART. 60, I, DO CPP. 3) PRELIMINAR: PLEITO DE RECONHECIMENTO DA INÉPCIA DA QUEIXA-CRIME. DESPROVIMENTO. INICIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDEU OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA NÃO VERIFICADA. 4) MÉRITO: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DESPROVIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS NOS AUTOS. ATA NOTARIAL COM PRINTS QUE DEMONSTRAM QUE O APELANTE PROPAGOU FALSA IMPUTAÇÃO CRIMINOSA COM O INTUITO DE OFENDER A HONRA OBJETIVA DA VÍTIMA. 5) PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE CALÚNIA PARA DIFAMAÇÃO. DESPROVIMENTO. CONTEÚDO DIVULGADO QUE OFENDEU DIRETAMENTE A HONRA DO QUERELANTE, TENDO EXTRAPOLADO O

DIREITO DE INFORMAR. TEOR ESTRITAMENTE LESIVO DA FALSA IMPUTAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (TJPR - 2ª C.Criminal - 0003818-89.2017.8.16.0115 - Matelândia - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MAURO BLEY PEREIRA JUNIOR - J. 22.05.2020)

Na esfera criminal, a ata notarial deve ser confeccionada com todos os detalhes da materialidade da infração penal.

Alguns Tribunais vêm exigindo a lavratura de ata notarial de fatos ocorridos em meio virtual para garantir a origem, autenticidade e ausência de manipulação do elemento probatório. No entanto, outros Tribunais possuem entendimento de que a ata notarial não é condição obrigatória para o material ser juntada ao processo, sobretudo nos casos em que o ofensor não impugna a autenticidade das capturas de tela e a materialidade da infração restar comprovada no conjunto probatório.

Nos processos em que a ata notarial foi anexada pela parte, tal instrumento foi valorado como um elemento seguro da prova da materialidade da infração penal.

2.3.3. A ata notarial na esfera trabalhista

O artigo 769 das Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) admite o uso do direito processual comum como fonte subsidiária do direito processual do trabalho. No mesmo sentido, o artigo 15 do diploma processual civil (BRASIL, 2015) prevê a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil aos processos trabalhistas.

Na Justiça Especializada, a ata notarial pode ser utilizada para registrar acidente de trabalho, as condições dos locais de trabalho (por exemplo, o registro ponto é realizado pelos empregados), a ausência injustificada do trabalhador, se os equipamentos de proteção individual foram entregues aos empregados, dentre outros fatos.

O reconhecimento da validade da ata notarial como meio de prova no âmbito laboral já tem sido aceito em alguns Tribunais Trabalhistas.

Em 2017, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2017) condenou uma empresa ao pagamento de reflexos salariais de valores pagos “por fora” pelo empregador, considerando que, no momento do pagamento, o obreiro estava acompanhado por Tabelião que constatou o pagamento daqueles valores de maneira informal:

RECURSO ORDINÁRIO. PAGAMENTOS "POR FORA". PROVA. ATA NOTARIAL. VALIDADE. Sendo difícil, obviamente, a prova de pagamentos feitos "por fora", à margem da legalidade própria dos regulares recibos de tudo quanto se paga pelo trabalho prestado, plenamente viável e eficaz para esse fim se revela a ata notarial, como tal prevista no art.384 do CPC. No caso, o escrevente do Cartório compareceu à empresa, constatou e reproduziu a abertura de malote do qual constavam holerites dos empregados e, ao mesmo tempo, envelopes com dinheiro, estes com a identificação dos empregados destinatários. Diante do quadro descrito e fotografado, não pode haver qualquer dúvida a respeito do pagamento "por fora" e suas implicações, ainda mais porque à empresa foi oportunizado o contraditório e ela não infirmou as constatações feitas, que gozam de presunção de veracidade, evidenciando, portanto, a prática corrente na organização empresarial, suficiente para o reconhecimento do pedido. E, tampouco se poderá dizer que se trata de dados sigilosos ou protegidos por lei, sendo elementar que fraude ou "by pass" na lei, por natureza e no interesse do infrator, por ele não será documentada, mas, invariavelmente, dissimulada. Recurso improvido, no particular (TRT15, RO 0011479-87.2016.5.15.0130, Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, RELATOR: JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, julgado em 22 de agosto de 2017).

Em outubro de 2020, a 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região confirmou sentença que declarou a nulidade de assembleia de constituição de um sindicato, pois a ata notarial anexada pelo autor comprova que o número predial do endereço em que ocorreria a assembleia, indicado nas publicações, não existe naquele endereço, o que inquina de nulidade a assembleia:

ATA NOTARIAL. Validade. Nos termos dos artigos 384 e 405, do CPC, a Ata Notarial possui força probante e fé pública. (TRT da 2ª Região; Processo: 1002119-55.2017.5.02.0319; Data: 23-10-2020; Órgão Julgador: 17ª Turma - Cadeira 5 - 17ª Turma; Relator(a): ALVARO ALVES NOGA)

Em decisão de novembro de 2021, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região entendeu pela improcedência do pedido de conversão do pedido de demissão em rescisão indireta formulado por uma trabalhadora, ao argumento de que a ata notarial anexada pela empresa reclamada com a transcrição dos áudios atribuídos à reclamante não evidenciava qualquer vício de consentimento no seu pedido de demissão:

RECURSO ORDINÁRIO. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. ATA NOTARIAL. PROVA. Rejeita-se a caracterização da ruptura do contrato de trabalho por rescisão indireta quando a prova dos autos é no sentido de que empregada estava adotando condutas das quais resultassem na dispensa por parte das reclamadas, conforme expressado por ela, em áudio, reduzido a termo em Ata Notarial. Sentença mantida (TRT 13ª Região - 1ª Turma - Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000154-92.2021.5.13.0002, Redator(a): Desembargador(a) Eduardo Sergio De Almeida, Julgamento: 12/11/2021, Publicação: DJe 19/11/2021).

No entanto, alguns Tribunais Trabalhistas apresentam certa resistência na valoração desse documento público. Em março de 2021, a 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região entendeu que os fatos contidos em ata notarial não poderiam ser valorados pelo julgador, por não ter sido realizada perante a autoridade judiciária, bem como por não ter sido produzida em observância ao princípio do contraditório:

DECLARAÇÃO PERANTE TABELIÃO. UTILIZAÇÃO COMO PROVA. Em se tratando de declaração cuja utilização se pretende foi realizada perante tabelião e transcrita em ata notarial, constituindo, portanto, declaração unilateral, não realizada perante o juízo competente e sem observância ao princípio do contraditório, resta afastada a possibilidade de dar validade probatória à ata notarial (TRT3ª, RO 0010497-70.2020.5.03.0032, RELATORA: JAQUELINE MONTEIRO DE LIMA, 05ª Turma, julgado em 04-03-2021).

O Tribunal Superior do Trabalho afirmou, no julgamento do RR-1195-60.2012.5.04.0261 que “ainda que a Ata Notarial possa, em tese, ser aceita como meio de prova, será apenas uma no meio das demais e deve ser sopesada com as provas produzidas nos autos, segundo o rito judicial, permitindo ao juiz formar o convencimento motivado” (BRASIL, 2018, n.p.).

Há julgados da Justiça especializada que valoraram a ata notarial com suas principais características – a fé-pública notarial e a presunção de veracidade. Há também julgados da Justiça do Trabalho, posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho que, embora reconheça a ata notarial como um instrumento probatório, entende que os fatos nela atestados pelo Tabelião deve ser objeto de cotejamento com todas as demais provas, em respeito ao contraditório e ao convencimento motivado do Juiz, bem como ao princípio da primazia da realidade.

2.3.4. A ata notarial na esfera eleitoral

O artigo 15 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) admite a aplicação supletiva e subsidiária do aludido diploma processual aos processos eleitorais.

Em 2017, o Tribunal Superior Eleitoral confirmou o registro de candidatura de um candidato ao cargo de vereador, o qual foi impugnado por coligação partidária adversária. Em síntese, o candidato teria apresentado como documento comprobatório da filiação partidária um e-mail, o qual por ser desprovido de fé-pública, não seria hábil para comprovação da filiação partidária, nos termos da Súmula nº 20 do Tribunal Superior Eleitoral. Em grau recursal, o candidato anexou ata notarial com

a transcrição do aludido e-mail, o qual foi tido como documento idôneo para prova da sua filiação e pelo deferimento do seu registro de candidatura.

Segundo o acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, a ata notarial é hábil para a prova da filiação partidária em razão da impossibilidade de se alterar os registros nela constantes:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIDO. VEREADOR (COLIGAÇÃO TRIUNFO DE TODOS, A HORA É AGORA - PT/PSB/PT do B/PROS). FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. TEMPESTIVIDADE DO VÍNCULO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 20/TSE. ATA NOTARIAL. DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. Histórico da demanda¹. Contra acórdão do TRE/PB pelo qual, reformada a sentença, deferido o pedido de registro de candidatura de Alberto Cândido de Souza ao cargo de Vereador de Triunfo/PB nas Eleições 2016, interpôs recurso especial eleitoral a "Coligação Triunfo de Verdade" (PTB/PR/PSL/ PSD/PSDB) - impugnante. 2. Negado seguimento ao recurso especial, monocraticamente, evidenciado, à luz do aresto regional, o preenchimento da condição de elegibilidade relativa à filiação partidária, coligidos documentos aptos a comprovar a tempestividade do vínculo partidário, vedada nova incursão no acervo fático-probatório, a teor da Súmula nº 24/TSE. Da análise do agravo regimental¹. Documentos produzidos unilateralmente pelos candidatos ou pelos partidos políticos, por serem destituídos de fé pública, não são aptos a comprovar a filiação partidária. Súmula nº 20/TSE e precedentes desta Corte Superior.² Na espécie, entretanto, à luz da moldura fática do aresto regional, a ata notarial coligida pelo candidato - a atestar que sua ficha de filiação, datada de 2.4.2016, foi enviada, na mesma data, via mensagem eletrônica (e-mail) da Vice-Presidente para o Secretário da agremiação - consubstancia documento hábil a corroborar a idoneidade da documentação apresentada com vistas à comprovação da tempestividade do vínculo partidário, tendo em vista a impossibilidade de se alterar a data constante do documento lavrado em cartório, dotado de fé pública.³ A teor da jurisprudência desta Corte Superior, "a Súmula nº 20/TSE incide nos casos em que é possível aferir com segurança a vinculação do pretendo candidato a partido político dentro de no mínimo um ano [seis meses] antes do pleito" (AgR-REspe nº 2009-15/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, PSESS de 11.11.2014), o que, à luz do acórdão regional, se verificou na espécie.⁴ Conclusão em sentido diverso demandaria nova incursão no acervo fático-probatório, procedimento vedado na instância especial, a teor da Súmula nº 24/TSE. Agravo regimental conhecido e não provido. (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 10141, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Data 02/05/2017)

Em 2019, a ata notarial foi decisiva em um julgamento milionário no o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. A União apresentou cumprimento de sentença de execução de astreints em face da Google no valor de R\$ 18.558.575,36. Em 28-08.2012, a multa foi aplicada, no valor de R\$ 5.000,00 por dia, em razão da ausência de remoção de vídeo com propaganda irregular no *Youtube* e da ausência de fornecimento de dados do IP do computador em que foi postado tal vídeo. Em 04-

09-2012, a multa foi majorada por R\$ 20.000,00 por dia. A Google só forneceu os dados do IP em 09-09-2014. Não havia documento comprovando a data em que o vídeo foi removido para fins de cálculo das astreintes. No entanto, houve a juntada no processo de ata notarial comprovando que na data de 21-08-2014 a propaganda ainda permanecia postada no Youtube. O Tribunal Eleitoral gaúcho entendeu que o termo final da incidência das astreintes deveria ser o dia 21-08-2014, data da lavratura da ata notarial, firmada por agente dotado de fé-pública e com eficácia probante de documento público:

RECURSO ELEITORAL. AGRAVOS DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO CONJUNTO. PESSOA JURÍDICA. GOOGLE. UNIÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA PARCIALMENTE. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA EM PARTE, MAS POR FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA. MÉRITO. VALIDADE DA ATA NOTARIAL JUNTADA AOS AUTOS. POSSIBILIDADE DE READEQUAÇÃO DA MULTA VENCIDA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DO VALOR. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL. PARCIAL PROVIMENTO. 1. Agravos interpostos contra decisão de primeiro grau que acolheu parcialmente a impugnação proposta pela empresa, em fase de cumprimento de sentença, a fim de reconhecer excesso de execução e estabelecer a data da diplomação como termo final da incidência de astreintes fixadas em representação por propaganda eleitoral negativa na internet. Penalidade aplicada diante do descumprimento de decisão judicial que determinou a retirada de propaganda irregular do canal YouTube. 2. Preliminar suscitada pela União. Nulidade da decisão agravada. Alegada preclusão para o Juízo a quo estabelecer o termo final para a incidência das astreintes na data da diplomação. Acolhida em parte a prefacial, por fundamento diverso, em razão do entendimento de que a incidência das astreintes deve ser considerada até a data em que provado o cumprimento da ordem judicial de remoção da propaganda da internet. 3. Mérito. Validade da ata notarial. A teor do art. 384 do CPC/2015, a ata notarial consiste em prova destinada a atestar a existência de dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos. No caso, o endereço de internet contido na ordem de retirada da publicidade é exatamente o mesmo indicado na ata notarial. Correto o apontamento de que, em 21.8.2014, a propaganda irregular permanecia acessível na internet, merecendo ser refutada a impugnação da ata notarial porque desprovida de fundamento idôneo. Dessa forma, ainda que se desconheça o dia em que a decisão judicial foi efetivamente cumprida pela executada, deve ser o dia 21.8.2014 considerado como termo final da incidência das astreintes objeto do cumprimento de sentença. 4. Possibilidade de readequação de multa vencida. O Superior Tribunal de Justiça, na égide do Novo Código de Processo Civil, reafirmou o entendimento no sentido de que é possível ao julgador, nos termos do art. 537, § 1º, inc. I, do citado normativo, alterar, de ofício ou a requerimento da parte, o valor da multa quando este se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral admite o exame do valor fixado a título de multa cominatória, quando ínfimo ou exagerado, a fim de adequá-la aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Mantido entendimento firmado por esta Corte, pela possibilidade de alteração do valor de astreintes vencidas. 5. Admitida a revisão do valor da multa cominatória, impõe-se a definição dos parâmetros de avaliação da sua proporcionalidade e razoabilidade. Neste sentido, à vista das peculiaridades do caso concreto,

principalmente face a capacidade econômica da parte agravante, determinada apenas a redução do quantum do aumento das astreintes fixado em sentença. 6. A Resolução TSE n. 21.872/04 determina a adoção do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial, como fator de atualização monetária aplicável na fase executiva. 7. Acolhida em parte a preliminar suscitada e, no mérito, dado parcial provimento aos agravos de instrumentos interpostos, para reformar parcialmente a decisão agravada, a fim de fixar o termo final do período de incidência das astreintes, reduzir o valor do aumento determinado em sentença e estabelecer a correção do débito com base no IPCA-E. (TRE-RS, Recurso Eleitoral n 4316, ACÓRDÃO de 10/04/2019, Relator(aqwe) RAFAEL DA CÁS MAFFINI, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Data 26/04/2019, Página 3)

Em 2020, o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná confirmou sentença que julgou procedente Reclamação por prática de conduta vedada a agente público, em razão da veiculação de publicidade institucional em rede social privada. Para prova de suas alegações, o representante anexou ata notarial com o teor das postagens impugnadas. O representado chegou a impugnar a utilização da ata notarial, mas o Tribunal afirmou que a ata notarial é instrumento dotado de fé-pública, somente podendo ser desconstituída mediante demonstração inequívoca e idônea de sua falsidade, o que não ocorreu no caso:

RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2020. REPRESENTAÇÃO POR CONDOTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM REDE SOCIAL PRIVADA DE PRÉ-CANDIDATO A PREFEITO NO PERÍODO VEDADO. USO DE SLOGAN E BRASÃO DO MUNICÍPIO. APROPRIAÇÃO DA IMAGEM DO MUNICÍPIO EM FAVOR DE PRÉ-CANDIDATO. MANUTENÇÃO DA PROPAGANDA INSTITUCIONAL NO PERÍODO VEDADO. USO DE RECURSOS PRIVADOS. IRRELEVÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO DA CONDOTA VEDADA PREVISTA NO ART. 73, VI, B DA LEI DAS ELEIÇÕES. VALIDADE PROBATÓRIA DA ATA NOTARIAL. DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A ata notarial, prevista como meio idôneo de prova no art. 384 do CPC, é dotada de fé pública, sendo desconstituída somente mediante demonstração inequívoca de sua falsidade. 2. A proibição da veiculação de publicidade institucional no período vedado, embora não impeça a liberdade de manifestação do pensamento e a possibilidade de promoção pessoal de agentes públicos, servidores ou não, em suas redes sociais privadas, impõe certos limites de atuação, a fim de evitar o uso da máquina governamental, desequilibrando a igualdade de oportunidades entre os candidatos, independentemente de sua potencialidade. 3. O uso do slogan e do brasão do Município em postagens veiculadas em rede social privada de Prefeito e pré-candidato à reeleição é caracterizado como publicidade institucional, que não pode ser veiculada no período de três meses que antecedem a eleição, na forma do art. 73, VI, b da Lei nº 9.504/1997. 4. "A ausência de dispêndio de recursos públicos, por si só, não é capaz de afastar a configuração da conduta vedada prevista no art. 73, VI, b, da Lei das Eleições, uma vez que a indigitada proibição visa a evitar não apenas o gasto de recursos públicos, mas também o desequilíbrio da disputa eleitoral causado pelo benefício indevido de candidatos apoiados pela administração" (TSE, AgR-AI nº 3994, rel. Min. Og Fernandes, j. em 13.08.2019). 5. A

manutenção de publicidade institucional no período vedado em lei, ainda que anteriormente autorizada, se amolda à hipótese do art. 73, VI, 'b' da Lei das Eleições. Precedentes desta Corte e do TSE. 6. Imagens e fotografias que se encontram em domínio público podem ser utilizadas por qualquer pessoa, a favor ou contra candidatos ao pleito, não havendo restrição à isonomia da disputa. 7. Recurso conhecido e desprovido. (TRE-PR, RECURSO ELEITORAL n 0600035-61.2020.6.16.0031, ACÓRDÃO n 56544 de 23/10/2020, Relator(aqwe) ROBERTO RIBAS TAVARNARO, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 06/11/2020)

Cabe destacar, porém, que a ata notarial não tem admissibilidade irrestrita na Justiça Eleitoral. Em decisão publicada em novembro de 2021, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais entendeu que a ata notarial não serviria como prova isolada para identificação das origens de doações eleitorais, ao argumento de que a fé-pública do Notário não se estende ao conteúdo do que foi dito, já que os fatos não foram presenciados pelo Tabelião (doação). Ainda, segundo o Tribunal regional, não se trata de negar fé a ata notarial, mas sim de sopesá-la, já que a legislação eleitoral exige identificação do CPF ou CNPJ dos doadores:

RECURSO ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2017. PARTIDO POLÍTICO. CONTAS DESAPROVADAS. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO, AO TESOUREIRO NACIONAL, DA QUANTIA DE RECURSOS DE ORIGEM NÃO IDENTIFICADA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Rejeitada. Ata notarial. Meio de prova admitido pelo CPC que não se constitui em prova legal absoluta. Documento público insuficiente para, isoladamente, ter como verdadeiras as alegações e ser fundamento para identificar a origem das doações. Necessidade de comprovante emitido pela instituição bancária, com o CPF ou CNPJ dos doadores. Artigos 7º e 8º, da Resolução TSE nº 23.464/2015. Prova testemunhal. Ausência de pertinência com o que se pretende demonstrar. MÉRITO. Contas intempestivas. Vício insanável. Ausência de extratos bancários que comprovem os gastos da agremiação partidária (art. 18, da Resolução TSE nº 23.464/2015). Ausência de documentos aptos a comprovar a origem das doações. Falhas graves que comprometem a lisura das contas. A desaprovação das contas é medida que se impõe. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. (TRE-MG, Recurso Eleitoral nº 000001992, Acórdão, Relator(a) Des. Marcos Lourenço Capanema De Almeida, Publicação: DJE - DJE, Tomo 208, Data 10/11/2021)

Diversos julgados da Justiça especializada eleitoral revelam a admissão desse meio de prova para fins de comprovação da data de filiação de certo candidato, para prova da existência de propaganda eleitoral ou publicidade irregular; para prova de que certa propaganda ainda consta na internet.

Além disso, da análise dos julgados acima, verificou-se que há uma divergência entre os Tribunais eleitorais em relação à necessidade de confecção de ata notarial

para a juntada de capturas de telas de redes sociais ou aplicativos de mensagem instantânea.

Por fim, depreende-se que os Tribunais Eleitorais, ao se depararem com processos com atas notariais, não admitem o uso da ata notarial para prova de fato que a legislação eleitoral exige documento específico.

3. CONCLUSÃO

A ata notarial é um instrumento lavrado pelo Tabelião de Notas, profissional dotado de fé-pública, em que constata fatos, coisas, pessoas e situações que lhe constem ou que ocorram em sua presença, de maneira imparcial, para formar uma prova, com vistas influir na convicção do juiz em uma lide.

A ata notarial é um meio de prova, que possui presunção relativa de veracidade dos fatos nela narrados, de modo que cabe ao sujeito contra quem ela é usada o ônus de desconstituir tais fatos.

A ata notarial possui como finalidade tanto perpetuar a prova de determinado fato, tanto para dar fé-pública a tais fatos, evitando assim que sejam excluídos, alterados ou, simplesmente, que se percam com o tempo.

Nesse contexto, o presente estudo visou aferir o valor da carga probatória da ata notarial no processo judicial brasileiro. Para tanto, analisou-se como os Tribunais têm analisado a ata notarial em demandas judiciais, nas esferas cível, criminal, trabalhista e eleitoral do Poder Judiciário brasileiro.

No âmbito cível, a partir da promulgação pelo Código de Processo Civil de 2015, a ata notarial ganhou maior visibilidade como meio de prova processual. Os Tribunais passaram, então, a reconhecer o valor probante da ata notarial como meio de prova no processo cível em diversas finalidades. Em geral, os Tribunais destacam que a ata notarial é um documento público lavrado por um profissional que detém fé-pública e que os fatos constatados ou declarados na presença do Tabelião gozam de presunção relativa de veracidade, cabendo a parte adversa o ônus da impugnação.

No âmbito criminal, alguns Tribunais exigem a lavratura de atas notariais de supostas infrações penais praticadas em meio eletrônico para garantir a aferição da origem, autenticidade e a ausência de manipulação ou edição do material. Outros Tribunais, no entanto, possuem entendimento de que a ata notarial não é condição obrigatória para o elemento probatório ser juntado ao processo. Há divergência entre os Tribunais nesse ponto. Por outro lado, nos processos em que a parte anexou a ata

notarial, observou-se que os Tribunais valoraram e destacaram esse instrumento como prova da materialidade da infração penal.

No âmbito trabalhista, verificou que uma Turma de um Tribunal entende que a ata notarial não pode ser valorada em uma demanda judicial, por se tratar de uma declaração unilateral da qual a autoridade judiciária não participou, bem como por não ter sido produzida em observância ao princípio do contraditório. Nesse ponto, entende-se que o contraditório é postergado para a instrução probatória. Outros Tribunais trabalhistas, embora reconheçam o a carga probatória da ata notarial, entendem que os fatos nela atestados pelo Tabelião deve ser objeto de cotejamento com as demais provas, em respeito ao contraditório e ao convencimento motivado do Juiz. Por fim, outros Tribunais valoram a ata notarial destacando tratar-se de um instrumento que goza de fé-pública e que possui presunção de veracidade.

No âmbito eleitoral, a ata notarial constatou-se na pesquisa que há divergência dos Tribunais Eleitorais em relação a necessidade de confecção de ata notarial para a juntada de capturas de telas de redes sociais ou aplicativos de mensagem instantânea.

Cabe destacar, ainda, que os Tribunais, ao se depararem com processos com atas notariais, tem analisado se o fato probando do processo pode ser admitido a partir desse meio de prova, bem como analisando se as declarações nela contidas confirmam a tese da parte que trouxe a ata notarial ao processo.

Em síntese, a análise dos julgados colacionados ao longo do presente estudo evidenciou-se que a utilização da ata notarial é admitida pela jurisprudência muito antes do Código de Processo Civil de 2015. A partir desse diploma processual, o uso da ata notarial ganhou maior relevância e incidência nos processos judiciais, para fins de constituição de prova, em razão do dinamismo de informações no meio eletrônico, da fé-pública do Tabelião, da presunção relativa de veracidade desse documento público e da imparcialidade do Notário.

Cabe destacar que há Tribunais que entendem pela desnecessidade da lavratura de ata notarial, ao passo que outros vem exigindo a confecção desse documento. Não pretende, neste trabalho, defender se é obrigatório ou não a lavratura de ata notarial, já que fugiria do objeto do presente estudo. Mas os julgados analisados evidenciaram que, em muitos casos, a ata notarial foi a prova decisiva na solução da causa (como, por exemplo, naquele julgamento realizado no TRE-RS de cobrança de *astreints* pela UNIÃO em face da GOOGLE em valor superior a 18 milhões de reais),



aumentando, assim, as chances do reconhecimento do direito pleiteado pela parte que utiliza esse documento em seu favor.

Conclui-se, assim, que o instituto da ata notarial é um instrumento efetivo para influir no convencimento do julgador, colaborando na prestação da tutela jurisdicional dos direitos pretendidos pelas partes em Juízo.



REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. "Atas Notariais". In: BRANDELLI, Leonardo (organizador). **Ata Notarial**. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil: S. A. Fabris, 2004.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União** de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 out 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** de 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 22 nov 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União** de 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 15 dez 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União** de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 nov 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (17ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista nº 1002119-55.2017.5.02.0319**, Ementa: ATA NOTARIAL. Validade. Nos termos dos artigos 384 e 405, do CPC, a Ata Notarial possui força probante e fé pública. Recorrente: SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTO DE PETS SHOPS CASAS DE RAÇOES, CANIS HOSPITAIS VETERINARIOS CLINICAS E HOTEIS PARA ANIMAIS DOMESTICOS DA CIDADE DE GUARULHOS. Recorrido: SINDICATO DOS TRABALHADORES EM ESTABELECIMENTOS DE PET SHOPS DO ESTADO DE SAO PAULO. Relator(a): Des.(a) ALVARO ALVES NOGA, julgamento em 23-10-2020. Disponível em: <<https://juris.trt2.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 16 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (5ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0010497-70.2020.5.03.0032**, Ementa: DECLARAÇÃO PERANTE TABELIÃO. UTILIZAÇÃO COMO PROVA. Recorrente: VALXIEL COSTA SILVA, NOWLOG LOGÍSTICA INTELIGENTE LTDA - EPP, SEQUOIA LOGÍSTICA E TRANSPORTES S.A. Recorrido: os mesmos. Relator(a): Des.(a) JAQUELINE MONTEIRO DE LIMA, julgamento em 04-03-2021. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/consultaAcordaoPeloNumero.htm/>>. Acesso em 16 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (1ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0000154-92.2021.5.13.0002**, Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. ATA NOTARIAL. PROVA. Recorrente: MONICA ALVES LEAL. Recorrido: MARIA GISELIA COUTINHO MACIEL e SARA MACIEL ESPINOLA. Relator(a): Des.(a) Eduardo Sergio De Almeida, julgamento em 12-11-2021. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 16 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (4ª Turma). **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0011479-87.2016.5.15.0130**, Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. PAGAMENTOS "POR FORA". PROVA. ATA NOTARIAL. VALIDADE. Recorrente: SERRAF DISTRIBUIDORA DE PEÇAS PARA MOTORES LTDA. Recorrido: GABRIEL JESUS DE FREITAS. Relator(a): Des.(a) José Pedro De Camargo Rodrigues De Souza, julgamento em 22-08-2017. Disponível em: <<https://trt15.jus.br/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia>>. Acesso em 16 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. **Recurso Eleitoral nº 000001992**, Ementa: RECURSO ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2017. PARTIDO POLÍTICO. CONTAS DESAPROVADAS. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO, AO TESOUREIRO NACIONAL, DA QUANTIA DE RECURSOS DE ORIGEM NÃO IDENTIFICADA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. Recorrente: PARTIDO DOS TRABALHADORES - DIVINÓPOLIS - MG - MUNICIPAL. Relator(a): Des.(a) Marcos Lourenço Capanema De Almeida, julgamento em 29-09-2021. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes>>. Acesso em 21 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. **Recurso Eleitoral nº 0600035-61.2020.6.16.0031**, Ementa: RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2020. REPRESENTAÇÃO POR CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL EM REDE SOCIAL PRIVADA DE PRÉ-CANDIDATO A PREFEITO NO PERÍODO VEDADO. USO DE SLOGAN E BRASÃO DO MUNICÍPIO. APROPRIAÇÃO DA IMAGEM DO MUNICÍPIO EM FAVOR DE PRÉ-CANDIDATO. MANUTENÇÃO DA PROPAGANDA INSTITUCIONAL NO PERÍODO VEDADO. USO DE RECURSOS PRIVADOS. IRRELEVÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA VEDADA PREVISTA NO ART. 73, VI, B DA LEI DAS ELEIÇÕES. VALIDADE PROBATÓRIA DA ATA NOTARIAL. DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Recorrente: TAUILLO TEZELLI. Recorrido: COMISSÃO PROVISÓRIA DO P.P. DE CAMPO MOURA. Relator(a): Des.(a) ROBERTO RIBAS TAVARNARO, julgamento em 23-10-2020. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes>>. Acesso em 16 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. **Recurso Eleitoral n 4316**, Ementa: RECURSO ELEITORAL. AGRAVOS DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO CONJUNTO. PESSOA JURÍDICA. GOOGLE. UNIÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES. IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA PARCIALMENTE. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA EM PARTE, MAS POR FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA. MÉRITO. VALIDADE DA ATA NOTARIAL JUNTADA AOS AUTOS. POSSIBILIDADE DE READEQUAÇÃO DA MULTA VENCIDA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DO VALOR. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL. PARCIAL PROVIMENTO. Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: UNIÃO - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Relator(a): Des.(a) RAFAEL DA CÁS MAFFINI, julgamento em 10-04-2019. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoos>>. Acesso em 16 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Recurso de Revista nº 1195-60.2012.5.04.0261**, Ementa: RECURSO DE REVISTA. ANTERIOR À LEI 13.015/2014. PROVA JUNTADA À CONTESTAÇÃO - ALEGAÇÃO DE ATA NOTARIAL COMO CAPAZ DE GERAR INCONTROVÉRSIA QUANTO AOS FATOS - NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PROVA JUNTADA À CONTESTAÇÃO - ALEGAÇÃO DE ATA NOTARIAL COMO CAPAZ DE GERAR INCONTROVÉRSIA QUANTO AOS FATOS POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO RECLAMANTE. Recorrente: CÓTICA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. Recorrido: CLAUDEMIR JOSÉ CORSO. Relator(a): Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, julgamento em 18-05-2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/>>. Acesso em 16 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 10141**, Ementa: ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIDO. VEREADOR (COLIGAÇÃO TRIUNFO DE TODOS, A HORA É AGORA - PT/PSB/PT do B/PROS). FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. TEMPESTIVIDADE DO VÍNCULO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 20/TSE. ATA NOTARIAL. DOCUMENTO DOTADO DE FÉ PÚBLICA. Agravante: COLIGAÇÃO TRIUNFO DE VERDADE. Agravado: ALBERTO CÂNDIDO DE SOUSA. Relator(a): Min. Rosa Weber, julgamento em 04-04-2017. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoos>>. Acesso em 20 dez 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula nº 20**. A prova de filiação partidária daquele cujo nome não constou da lista de filiados de que trata o art. 19 da Lei nº 9.096/1995, pode ser realizada por outros elementos de convicção, salvo quando se tratar de documentos produzidos unilateralmente, destituídos de fé pública. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, [2016]. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-20>>. Acesso em 20 dez 2021.

CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. Ata Notarial. **Revista ANNEP de Direito Processual**. Vol 1, nº 1, Art 18, 2020, p. 91 – 99. <<https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i1.18>>. Disponível em: <<https://www.revistaannep.com.br/index.php/radp/article/download/18/pdf>>. Acesso em 1 dez 2021.



DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata Notarial – Doutrina, Prática e Meio de Prova**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso (1ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 1000585-02.2018.8.11.0041**, Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REAJUSTE DE PARCELA ESTUDANTIL – INSTITUIÇÃO DE ENSINO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR – DESCUMPRIMENTO AO 2º DA LEI Nº 9.870/1999 – PROVA TRAZIDAS PELA PARTE AUTORA, QUE GOZAM DE FÉ PÚBLICA (ATA NOTARIAL) - NECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DO VALOR DO REAJUSTE – CUMPRIMENTO NÃO DEMONSTRADO – REAJUSTE AFASTADO – RECURSO DESPROVIDO. Apelante: IUNI UNIC EDUCACIONAL LTDA. Apelada: NATHALIA POMPEU VILELA LOURENCO. Relator(a): Des.(a) SEBASTIÃO BARBOSA FARIAS, julgamento em 26-01-2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>>. Acesso em 20 dez 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0003442-89.2016.8.16.0034**. Ementa: APELAÇÃO CRIME. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS INFORMAÇÕES DA VÍTIMA, ALIADA À PROVA DOCUMENTAL (ATA NOTARIAL). CONDUTA PRATICADA COM O INTUITO DE HUMILHAR A OFENDIDA E SUA FILHA, EM RAZÃO DA COR DA PELE E DA CARACTERÍSTICA FÍSICA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. Apelante: CAMILA SANTOS COUTINHO. Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ e VANESSA PALMIRA DE BRITTO FERNANDES. Relator(a): Des.(a) JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA, julgamento em 28-02-2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 18 dez 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (5ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0016964-86.2019.8.16.0000**. Ementa: 1) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL POR VÍCIOS REDIBITÓRIOS. TUTELA DE URGÊNCIA. SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DO FINANCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMONSTRADA. ATA NOTARIAL INSUFICIENTE. 2) AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Agravante: LARISSA OSMARINA CAMARGO. Agravado: IRANY DA SILVEIRA, Banco do Brasil S/A e Benedita Oliveira Silveira. Relator(a): Desembargador Leonel Cunha, julgamento em 30-07-2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 20 dez 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (17ª Câmara Cível). **Apelação Cível 0011224-13.2017.8.16.0035**. Ementa: AÇÃO MONITÓRIA. ATA NOTARIAL. CONVERSAS VIA WHATSAPP. EMBARGOS MONITÓRIOS JULGADOS IMPROCEDENTES. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CONSTITUÍDO. ART. 702, §8º DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ: ATA NOTARIAL. PROVA ESCRITA HÁBIL A DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA. EMBARGOS MONITÓRIOS CORRETAMENTE JULGADOS IMPROCEDENTES. TÍTULO JUDICIAL CONSTITUÍDO EM FAVOR DA EMPRESA EXPORTADORA. ART. 702, §8º DO CPC. RECURSO DESPROVIDO. Apelante: PEDRO PAULO DOS SANTOS. Apelado: FRANCIS HENRY HUMBERTO LOPEZ DE SCOVILLE e MARIA CECILIA MARTINS DE SCOVILLE. Relator(a): Des.(a) LAURI CAETANO DA SILVA, julgamento em 10-10-2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 12 dez 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0003818-89.2017.8.16.0115**. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA-CRIME. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE CALÚNIA. RECURSO DEFENSIVO. 1) PRELIMINAR: PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PLEITO NÃO CONHECIDO. 2) PRELIMINAR: PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PEREMPÇÃO. DESPROVIMENTO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INÉRCIA DO QUERELANTE POR PRAZO ACIMA DO ESTIPULADO NO ART. 60, I, DO CPP. 3) PRELIMINAR: PLEITO DE RECONHECIMENTO DA INÉPCIA DA QUEIXA-CRIME. DESPROVIMENTO. INICIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDEU OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA NÃO VERIFICADA. 4) MÉRITO: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DESPROVIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS NOS AUTOS. ATA NOTARIAL COM PRINTS QUE DEMONSTRAM QUE O APELANTE PROPAGOU FALSA IMPUTAÇÃO CRIMINOSA COM O INTUITO DE OFENDER A HONRA OBJETIVA DA VÍTIMA. 5) PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE CALÚNIA PARA DIFAMAÇÃO. DESPROVIMENTO. CONTEÚDO DIVULGADO QUE OFENDEU DIRETAMENTE A HONRA DO QUERELANTE, TENDO EXTRAPOLADO O DIREITO DE INFORMAR. TEOR ESTRITAMENTE LESIVO DA FALSA IMPUTAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. Apelante: GUILHERME SEBASTIÃO LARA. Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ e ANTONIO VICENZI JUNIOR. Relator(a): JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MAURO BLEY PEREIRA JUNIOR, julgamento em 22-05-2020. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 18 dez 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3ª Turma Recursal). **Recurso Cível nº 71005630728**, Ementa: RECURSO INOMINADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO CONTRAPOSTO. INVIABILIDADE EM SEDE DE EXECUÇÃO E RESPECTIVOS EMBARGOS. TERMO FINAL DO CONTRATO. ENTREGA DAS CHAVES. ATA NOTARIAL QUE CONFIRMA TESE DO EXEQUENTE. FÉ PÚBLICA DO TABELIÃO. RECURSO DESPROVIDO. Recorrente: FABRICA ARTESANAL DE CHOCOLATES DO VALE LTDA – ME. Recorrido: MARIA PELIZZON. Relator: Luís Francisco Franco, julgamento em 10-12-2015. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 01 dez 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (15ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 599154093**, Ementa: LOCAÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS. REPAROS NO IMÓVEL, FINDA A LOCAÇÃO. DEVEM SER PRECEDIDOS DE PREVIA VISTORIA. ACOMPANHAMENTO E PARTICIPAÇÃO DO LOCATÁRIO E FIADORES. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. RESPALDO PROBATORIO NO ARTIGO 332 DO CPC. A VISTORIA, EMBORA REALIZADA SEM A PARTICIPAÇÃO DE TODOS OS INTERESSADOS, DEVE SER APROVEITADA E CONSIDERADA CORRETA, FACE A POSSIBILIDADE DE COMPROVAR A NECESSIDADE DE REPAROS NO IMÓVEL, NOS TERMOS DO ARTIGO 332 DO CPC. TAL VISTORIA APRESENTADA PELO LOCADOR FOI REALIZADA VIA ATA NOTARIAL, LOGO APOS A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL, POR PROFISSIONAL TÉCNICO E COM FÉ PÚBLICA. ALÉM DISSO, UMA DAS PARTES, MÃE DO EX-INQUILINO, FOI COMUNICADA, PRESSUPONDO QUE ELE TENHA SIDO AVISADO DA VISTORIA. RECURSO IMPROVIDO. Apelante JORGE AITA e MARIA OLINDA KUHN AITA. Apelado ESPÓLIO DE JULIETA MARTINS. Relator(a): Des.(a) Ricardo Raupp Ruschel, julgamento em 11-08-1999. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 01 dez 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (25ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 1100911-09.2014.8.26.0100**. Ementa: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE WEBDESIGN E WEBMARKETING – CRIAÇÃO E DISPONIBILIZAÇÃO DE PÁGINA ELETRÔNICA NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET) – ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE REVELAM EFETIVO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO, PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA RÉ – ATAS NOTARIAIS QUE ATESTAM QUE O SÍTIO ELETRÔNICO FOI ENTREGUE INCOMPLETO E SEM TODAS AS FUNCIONALIDADES OPERANTES – RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS DESCRITOS NA ATA NOTARIAL NÃO AFASTADA – NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE TERCEIRO PRESTADOR DE SERVIÇOS PARA FINALIZAR A CRIAÇÃO DO WEBSITE – EXECUÇÃO PARCIAL DOS SERVIÇOS QUE NÃO AFASTA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO DA RÉ E NÃO IMPEDE A CONDENAÇÃO DESTA A REEMBOLSAR OS VALORES DESPENDIDOS PELO AUTOR COM A CONTRATAÇÃO DE OUTRO PROFISSIONAL PARA DAR CABO ÀS PRESTAÇÕES ASSUMIDAS PELA PRESTADORA INADIMPLENTE – PRETENSÃO DE CUMULAR O REEMBOLSO DAS DESPESAS COM TERCEIRO E DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO PREÇO – IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – TERCEIRO CONTRATADO QUE NÃO INICIOU O TRABALHO DO ZERO, VINDO A APROVEITAR A PARCELA DOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADA PELA RÉ



– GASTOS COM A ELABORAÇÃO DA ATA NOTARIAL QUE INTEGRAM O CONCEITO LEGAL DE DESPESA PROCESSUAL – ART. 84 DO CPC, COM SUJEIÇÃO AO REGIME DA SUCUMBÊNCIA – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. Apelante: INOVA E-BUSINESS SERVIÇOS DE INFORMÁTICA E APOIO ADMINISTRATIVO LTDA. Apelado: CHIEN CHAO LIN. Relator(a): Des.(a) EDGARD ROSA, julgamento em 01-03-2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em 12 dez 2021.



AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS EM PROL DA MULHER E A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA EFETIVA PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO

LEGISLATIVE INNOVATIONS FOR WOMEN AND THE SYMBOLIC FUNCTION OF
CRIMINAL LAW: A DISCUSSION ON THE EFFECTIVE PROTECTION OF LEGAL
INTERESTS

Eduarda Bernardino Corrêa Sobral¹

Resumo: O artigo analisa as inovações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro voltadas à proteção da mulher, à luz da função simbólica do Direito Penal e da efetiva proteção ao bem jurídico. A pesquisa pondera sobre a Lei Maria da Penha, o Código Penal e as alterações legislativas posteriores, examinando se o recrudescimento da lei penal no âmbito dos direitos das mulheres foi verdadeiramente eficiente para a proteção destes ou se o Direito Penal está sendo aplicado apenas em sua função simbólica. Através de revisão bibliográfica e documental, verifica-se a necessidade de adoção de medidas não apenas repressivas, mas também preventivas, de modo que seja efetivamente garantido o direito das mulheres à dignidade humana.

Palavras-chave: Violência de gênero. Direito Penal. Função simbólica. Legislação. Dignidade humana.

Abstract: The article analyzes legislative innovations in the Brazilian legal system aimed at protecting women, considering the symbolic function of Criminal Law and the effective protection of legally protected interests. The study reflects on the Maria da Penha Law, the Brazilian Penal Code, and subsequent legislative amendments, examining whether the tightening of criminal legislation regarding women's rights has truly been effective in ensuring such protection, or whether Criminal Law is being applied merely in its symbolic dimension. Through bibliographic and documentary review, the research identifies the need for adopting not only repressive but also preventive measures, in order to effectively guarantee women's right to human dignity.

Keywords: Gender-based violence. Criminal Law. Symbolic function. Legislation. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Brasil tem avançado na construção de um aparato normativo voltado à proteção da mulher em situação de violência.

A partir da promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), um inegável marco no processo de proteção aos direitos das mulheres, inúmeras alterações

¹ Pós-Graduada em Residência Judicial. Universidade do Rio Grande do Norte. Natal/RN. E-mail: eduardabcs@gmail.com

legislativas foram promovidas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de garantir a promoção desses direitos.

Apesar disso, persistem dúvidas sobre a real eficácia dessas normas na transformação da realidade vivida por milhões de brasileiras, tendo em vista que os números referentes à violência continuam crescendo.

Diante desse panorama, este artigo se propõe a discutir a função simbólica do Direito Penal frente às inovações legislativas direcionadas à proteção da mulher, questionando até que ponto tais medidas representam um compromisso efetivo com os direitos humanos ou meramente uma resposta simbólica às pressões sociais.

A pesquisa desenvolvida neste artigo é de caráter qualitativo, com base em revisão bibliográfica e documental. Foram consultadas obras doutrinárias especializadas em Direito Penal, Criminologia e Direitos Humanos, além de legislações recentes e documentos institucionais emitidos por órgãos como o STF, CNJ e DataSenado.

A análise se baseou na abordagem teórico-crítica, explorando a função simbólica do Direito Penal em contextos de vulnerabilidade social, com ênfase nas normas destinadas à proteção da mulher, suas motivações e consequências práticas.

Nesse tocante, buscou-se compreender as possibilidades e os limites do Direito Penal enquanto mecanismo de afirmação de garantias fundamentais, além da respectiva efetividade prática e seus limites no enfrentamento da violência de gênero.

2 A LEI MARIA DA PENHA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

A Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, foi sancionada no Brasil em 07 de agosto de 2006, com o fim de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

O § 8º do artigo 226 da Constituição Federal veicula prestação positiva do Estado, segundo a qual “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Antes da vigência da Lei nº 11.340/06, segundo Leila Linhares Barsted, coordenadora executiva da ONG Cepia e uma das advogadas feministas que ajudaram na elaboração da Lei nº 11.340/2006:

As agressões domésticas correspondiam a 70% dos casos levados aos juizados especiais criminais. E não eram punidos com prisão. Lá, o Judiciário buscava conciliar as vítimas com os agressores para resolver os conflitos. Não só se criava um conflito legislativo como se contribuía para naturalizar ainda mais a violência doméstica (Conselho Nacional De Justiça, 2018).

Por se tratar de crime de menor potencial ofensivo, a maior parte das agressões sofridas por mulheres no âmbito doméstico se submetia ao procedimento dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), aplicando-se penas alternativas, tais como prestação de cestas básicas e de serviços, assim como os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Nesse âmbito, ganhou projeção a história de Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense que sofreu dupla tentativa de feminicídio praticada por seu então marido, Marco Antonio Heredia Viveros. A primeira das agressões ocorreu em 1983, quando ele atirou em suas costas enquanto ela dormia. Em decorrência disso, ela se tornou paraplégica em razão de lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda.

Após o regresso de Maria da Penha para casa, quatro meses depois, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho.

Apesar da gravidade das agressões, o primeiro julgamento de Marco Antonio Heredia Viveros somente ocorreu em 1991 - oito anos após o crime -, tendo sido o agressor sentenciado a 15 anos de prisão. Porém, após recursos, ele conquistou a liberdade.

Em 1996, foi realizado o segundo julgamento, no qual ele foi condenado a 10 anos e 6 meses de prisão. Mais uma vez, porém, após alegações dos advogados de defesa, a sentença não foi cumprida.

No ano de 1998, Maria da Penha, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA). O Estado brasileiro não se manifestou acerca das denúncias e, em 2001, foi

responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras.

Essa foi a primeira vez que um caso de violência doméstica chegou à Organização dos Estados Americanos - OEA, e o Brasil foi o primeiro país do mundo a ser condenado por esse motivo.

Após a condenação internacional, em 2002, houve a formação de um consórcio de ONGs feministas para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, composto pelas seguintes entidades: Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (ADVOCACI); Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/BR); e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS), além de feministas e juristas com especialidade no tema.

O Projeto de Lei foi encaminhado ao Legislativo e aprovado por unanimidade em ambas as Casas e sancionado em 07 de agosto de 2006, entrando em vigor em 22 de setembro de 2006.

A Lei nº 11.340/06 definiu, em seu art. 5º, o que se entende por violência doméstica e familiar contra a mulher, apontando que se trata de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Para que se enquadrem como violência doméstica e familiar, estabelece a lei, também, que tais atos podem ocorrer: (i) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; (ii) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; ou (iii) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Como forma de assegurar a abrangência da proteção às mulheres, a lei ainda prevê que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º da Lei nº 11.340/06) e que as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (art. 5º, parágrafo único).

A importância da Lei Maria da Penha é inquestionável. Até a sua entrada em vigor, não havia contabilização das mortes decorrentes do machismo e também não havia estatísticas acerca dos crimes dessa natureza, mesmo já sendo o Brasil signatário de acordos internacionais que asseguram direta ou indiretamente os direitos humanos das mulheres, como as Recomendações da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará, de 1994), e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979).

Sendo assim, a Lei Maria da Penha se apresenta como um importante ponto de partida para o que se pode denominar de “verdadeiro microssistema de proteção à família e à mulher”, conforme apontado pela Ministra Rosa Weber no voto proferido no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, que tratou acerca da constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

3 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E INOVAÇÕES LEGAIS PROMOVIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO AO LONGO DOS ANOS EM FAVOR DOS DIREITOS DAS MULHERES E À SUA PROTEÇÃO

Desde o início de sua vigência, a Lei nº 11.340/06 já sofreu inúmeras alterações, a fim de aperfeiçoar a proteção legal conferida às mulheres.

Em 2015, a Lei nº 13.104/15 modificou o art. 121 do Código Penal para inserir a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio. Na mesma hipótese, trouxe causa de aumento de pena de $\frac{1}{3}$ (um terço) até a metade se o crime fosse praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

O mesmo diploma legislativo trouxe outra contribuição importante para o combate ao feminicídio, incluindo o referido crime no rol dos crimes hediondos do art. 1º da Lei nº 8.072/90.

A Lei nº 13.505/2017, por sua vez, inseriu o art. 10-A à Lei Maria da Penha, que garantiu à mulher o direito ao atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. Também dispôs acerca da criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de

equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher (art. 12-A).

No ano seguinte, a Lei nº 13.641/2018 trouxe importante mudança para a Lei Maria da Penha, que reverberou como instrumento de garantia de cumprimento das medidas protetivas de urgências aplicadas no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. Ela tipificou como crime o descumprimento de medidas protetivas, com pena de 03 meses a 02 anos de detenção.

Na hipótese, estabeleceu que a configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas e que, sendo hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

Outra significativa alteração legal foi promovida no mesmo ano, pela Lei nº 13.772/2018, que passou a prever, nas hipóteses de violência psicológica, a violação da intimidade feminina (art. 7º, II, da Lei nº 11.340/06) com a divulgação não autorizada de conteúdo sexual.

Além disso, houve a inserção, no Código Penal, do art. 216-B, que introduziu o tipo penal de “Registro não autorizado da intimidade sexual”, com pena de 06 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, e multa, para quem produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

Por sua vez, em 2019, cinco alterações legislativas tiveram vez no âmbito da proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar.

A Lei nº 13.827/2019 autorizou a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes. Essa medida visa à efetividade das medidas de proteção à mulher, especialmente em Municípios menores, que não sejam sede de Comarca, de modo que seja garantida a efetiva urgência na aplicação das medidas protetivas.

A Lei nº 13.871/2019 inseriu os parágrafos 4º, 5º e 6º ao art. 9º da Lei Maria da Penha, a fim de assegurar a obrigação de ressarcimento, pelo agressor, de todos os danos causados, inclusive de ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar. Da mesma forma, os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar

amparadas por medidas protetivas também passaram a ter os seus custos ressarcidos pelo agressor.

A referida lei buscou, ainda, proteger o patrimônio da vítima em tais casos, estabelecendo que o ressarcimento supramencionado não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada.

A seu turno, a Lei nº 13.880/2019 passou a permitir a imediata apreensão de armas de fogo que estejam sob a posse do agressor (art. 18, IV, da Lei nº 11.134/06).

Por sua vez, o direito à educação dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar foi reforçado por meio das alterações promovidas pela Lei nº 13.882/2019, que previu que a mulher em situação de violência doméstica e familiar tem prioridade para matricular seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou transferi-los para tal instituição, independentemente da existência de vaga, mediante a apresentação dos documentos comprobatórios do registro da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica e familiar em curso (art. 9º, § 7º, c/c art. 23, V, ambos da Lei Maria da Penha).

Também estabeleceu sigilo quanto aos dados da ofendida e de seus dependentes matriculados ou transferidos, restringindo o acesso às informações ao juiz, ao Ministério Público e aos órgãos competentes do poder público. Tal medida visa à garantia da efetividade da medida protetiva concedida à vítima, de modo que não seja possível localizá-la a partir dos seus próprios dados ou de seus dependentes no sistema de educação.

A Lei nº 13.894/2019 reforçou o direito à assistência judiciária às vítimas, especialmente no que se refere à propositura de ação de divórcio, anulação de casamento ou dissolução de união estável. Além disso, alterou também as disposições do Código de Processo Civil, a fim de prever a competência do domicílio da vítima nos casos de violência doméstica e familiar (art. 53, I, “d”, do CPC), a intervenção do Ministério Público, nos casos em que não seja parte, nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, e a prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, dos procedimentos judiciais em que seja parte vítima de violência doméstica e familiar.

No ano de 2021, entrou em vigor a Lei nº 14.132, que inseriu no Código Penal o art. 147-A, atinente ao crime de perseguição (stalking), que trata da conduta de

perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. A pena é de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de reclusão, e multa; no entanto, caso se trate a vítima de mulher, sendo praticado o crime por razões da condição de sexo feminino, a pena será aumentada de metade.

Apesar de a alteração legal não ter como vítima específica a mulher, é comum a prática de perseguição no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo uma das medidas protetivas aplicáveis à vítima a proibição de contato do agressor por qualquer meio de comunicação. Sendo assim, o tipo penal garante, ainda que de maneira transversal, a proteção aos direitos das mulheres, assegurando, da mesma forma, a efetividade de medidas protetivas de urgência aplicadas em casos concretos.

A Lei nº 14.149/2021, por sua vez, instituiu o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, que deve ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar e tem como objetivo identificar os fatores que indicam o risco de a mulher vir a sofrer qualquer forma de violência no âmbito das relações domésticas, para subsidiar a atuação dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos órgãos e das entidades da rede de proteção na gestão do risco identificado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 14.149/2021). O formulário deve ser preferencialmente aplicado pela Polícia Civil no momento de registro da ocorrência ou, em sua impossibilidade, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, por ocasião do primeiro atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar.

A Lei nº 14.164/2021 determinou a inclusão de conteúdos sobre prevenção à violência de gênero nas escolas, a partir da instituição da Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, a ser realizada anualmente, no mês de março, em todas as instituições públicas e privadas de ensino da educação básica.

A ação visa a contribuir para o conhecimento das disposições da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06); impulsionar a reflexão crítica entre estudantes, profissionais da educação e comunidade escolar sobre a prevenção e o combate à violência contra a mulher; abordar os mecanismos de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, seus instrumentos protetivos e os meios para o registro de denúncias; capacitar educadores e conscientizar a comunidade sobre violência nas relações afetivas; promover a igualdade entre homens e mulheres, de modo a prevenir

e a coibir a violência contra a mulher; e promover a produção e a distribuição de materiais educativos relativos ao combate da violência contra a mulher nas instituições de ensino.

Inequívoco, portanto, é o propósito educativo da referida lei, que se propõe a provocar a conscientização no âmbito das escolas acerca da violência doméstica e familiar, especialmente contra a mulher.

Já a Lei nº 14.188/2021 definiu o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340/06 e no Código Penal.

O “Sinal Vermelho” na mão foi adotado como um sinal silencioso de ajuda a ser adotado pela vítima de violência doméstica. Constatada a presença do sinal vermelho em formato de “X” na mão da vítima, as autoridades deverão se mobilizar para identificar o agressor e proceder às medidas necessárias à proteção da vítima.

A Campanha do Sinal Vermelho foi lançada no ano de 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), com o apoio do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, e foi transformada em lei no ano seguinte, por meio da Lei nº 14.188/2021.

Além disso, a referida lei acrescentou ao art. 129 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de lesão corporal, o parágrafo 13, que prevê especificamente a lesão corporal praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino. Sendo assim, a pena da lesão corporal cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino passou a ter figura qualificada, com pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão.

Ainda criou o tipo penal de violência psicológica contra a mulher, que se apresenta como o ato de causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação (art. 147-B do Código Penal). Possui pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de reclusão, se a conduta não constituir crime mais grave.

Outra relevante inovação legal ocorrida no ano de 2021 diz respeito àquela promovida pela Lei nº 14.192/2021, que trouxe normas acerca da prevenção, repressão e combate à violência política contra a mulher. Essa Lei apresentou um

novo enfoque à esfera protetiva em favor das mulheres, tratando não apenas da repressão de crimes contra elas praticados, mas também garantindo o acesso aos direitos políticos e à efetiva participação feminina nas campanhas eleitorais e nos respectivos debates.

Alterou o Código Eleitoral, a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) e a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), e definiu a violência política contra a mulher, que se trata de toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher, assim como qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo (art. 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 14.192/2021).

Nos anos seguintes, outras alterações legislativas foram adicionadas ao microsistema de proteção à mulher. É o caso da Lei nº 14.550/2023, que inseriu ao artigo 19 da Lei nº 11.340/06 os parágrafos 4º, 5º e 6º, os quais visam à facilitação da concessão de medidas protetivas de urgência; possibilitando a sua concessão imediata, em sede de cognição sumária, a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas.

Da mesma forma, viabiliza também a concessão das medidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência (art. 19, § 5º, da Lei Maria da Penha). Essa medida estabelece maior celeridade na proteção à vítima de violência e se alinha ao entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores do país, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a palavra da vítima possui especial valor probatório.

Ainda com o fim de assegurar a proteção conferida à mulher vítima de violência doméstica e familiar, a mesma lei estabeleceu que as medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes (art. 19, § 6º, da Lei nº 11.340/06). Inclusive, recentemente, em sede de Recurso Repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça fixou tese no Tema nº 1249, no mesmo sentido da referida legislação, cujo teor, dada sua importância, coleciona-se adiante:

I - As medidas protetivas de urgência (MPUs) têm natureza jurídica de tutela inibitória e sua vigência não se subordina à existência (atual ou vindoura) de boletim de ocorrência, inquérito policial, processo cível ou criminal.



II - A duração das MPUs vincula-se à persistência da situação de risco à mulher, razão pela qual devem ser fixadas por prazo temporalmente indeterminado;

III - Eventual reconhecimento de causa de extinção de punibilidade, arquivamento do inquérito policial ou absolvição do acusado não origina, necessariamente, a extinção da medida protetiva de urgência, máxime pela possibilidade de persistência da situação de risco ensejadora da concessão da medida.

IV - Não se submetem a prazo obrigatório de revisão periódica, mas devem ser reavaliadas pelo magistrado, de ofício ou a pedido do interessado, quando constatado concretamente o esvaziamento da situação de risco. A revogação deve sempre ser precedida de contraditório, com as oitivas da vítima e do suposto agressor. Em caso de extinção da medida, a ofendida deve ser comunicada, nos termos do art. 21 da Lei n. 11.340/2006. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2024).

Além disso, a Lei nº 14.550/2023 ampliou o alcance da Lei Maria da Penha ao determinar, por meio do artigo 40-A, que as suas disposições se aplicam a todas as situações previstas no seu art. 5º, ou seja, a todas as relações domésticas, afetivas ou familiares, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida.

Em seguida, a Lei nº 14.713/2023 trouxe importantes inovações legais em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e de seus filhos. A referida norma modificou o Código Civil, especificamente o seu art. 1.584, § 2º, para impedir a guarda compartilhada nos casos em que houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

No mesmo sentido protecionista, foi inserido no Código de Processo Civil o art. 699-A, o qual estabelece que, nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de prova ou de indícios pertinentes.

Já em 2024, a Lei nº 14.994/24, que se tornou conhecida como “Pacote Antifeminicídio”, instituiu um conjunto de medidas legislativas e alterou, dentre outros diplomas legais, o Código Penal, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Quanto às alterações promovidas no Código Penal, são de importante menção os efeitos extrapenais da pena nos crimes praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, que serão automáticos e abrangerão a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela e a vedação à nomeação, designação ou diplomação em qualquer cargo, função pública ou mandato eletivo

entre o trânsito em julgado da condenação até o efetivo cumprimento da pena (art. 92, II, c/c § 2º do Código Penal).

Houve também o recrudescimento das penas dos crimes praticados com motivação de gênero. Para o crime de lesão corporal (art. 129 do CP), foi inserido o § 13, que estabeleceu a pena de 02 a 05 anos de reclusão quando for cometido contra mulher por sua condição de sexo feminino. Nos crimes contra a honra, houve a previsão da aplicação da pena em dobro aos casos cometidos contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (art. 141, § 3º, do Código Penal).

Em relação ao crime de ameaça, além da pena em dobro, a ação penal passou a ser pública incondicionada, ou seja, independente de representação da vítima, nos casos motivados por condição do sexo feminino.

Uma das mudanças mais relevantes foi o deslocamento do feminicídio do tipo penal de homicídio para um tipo penal próprio, no art. 121-A do Código Penal. A pena passou a ser de reclusão de 20 a 40 anos, mas foram mantidas as agravantes já existentes, cujo aumento de pena é de 1/3 (um terço) até a metade, nos casos em que o crime tenha sido cometido na presença de descendentes ou ascendentes da vítima; durante a gestação; contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; ou mediante o descumprimento de medida protetiva.

O novo tipo penal de feminicídio (art. 121-A do Código Penal), inclusive, já foi também previsto como crime hediondo pelo art. 1º, I-B, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), por imposição da Lei nº 14.994/24.

Alterou, da mesma forma, a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), que passou a prever que, se a contravenção for praticada contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, a pena será aplicada em triplo.

Em relação à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), ocorreram quatro importantes modificações quanto ao cumprimento de pena. Em primeiro lugar, foi introduzido o impedimento à visita íntima ou conjugal pelo preso condenado por crime contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (art. 41, §2º, da LEP).

Foi estabelecido, outrossim, que o condenado ou preso provisório que, tendo cometido crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, ameace ou pratique violência contra a vítima ou seus familiares durante o cumprimento da pena, será transferido para estabelecimento penal distante do local de residência da vítima, ainda



que localizado em outra unidade federativa, inclusive da União (art. 86, § 4º, da LEP). Essa medida tem o fim de conferir tranquilidade à vítima, no sentido de que o agressor não poderá lhe importunar ou descumprir a medida imposta.

A terceira modificação introduzida na LEP diz respeito ao tempo mínimo de cumprimento de pena pelo apenado até o atingimento do direito à progressão de pena. De acordo com o novel art. 112, VI-A, da Lei nº 7.210/84, que passou a ser de 55% (cinquenta e cinco por cento) da pena, nos casos em que o apenado for condenado pela prática de feminicídio, se for primário, vedado o livramento condicional.

A quarta e última alteração, que inseriu o art. 146-E à Lei de Execução Penal, estabeleceu que o condenado por crime contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, ao usufruir de qualquer benefício em que ocorra a sua saída de estabelecimento penal, será fiscalizado por meio de monitoramento eletrônico.

No âmbito da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), foi majorada a pena do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (art. 24-A da lei). Antes, a pena era de detenção, de 03 meses a 02 anos, e passou a ser de 02 a 05 anos de reclusão, além de multa. Essa alteração modifica não apenas o *quantum* da pena, mas também a forma de seu cumprimento, tendo em vista que a pena de detenção pode ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, enquanto a pena de reclusão tem, em regra, regime inicial fechado.

Por fim, a Lei nº 14.994/24 inovou no âmbito do Código de Processo Penal e introduziu o art. 394-A ao referido diploma legal, estabelecendo a prioridade de tramitação aos processos relacionados à violência contra a mulher, além de isenção de custas, taxas ou despesas processuais aos referidos feitos, exclusivamente em relação às vítimas e familiares, quando a estes couber o direito de representação ou de oferecer queixa ou prosseguir com a ação.

Conforme exposto, a Lei nº 14.994/2024 promoveu uma série de alterações a diferentes diplomas legais, com o fim de fortalecer o arcabouço normativo de enfrentamento à violência de gênero, promovendo um endurecimento das penas, ampliando as garantias processuais para as vítimas e buscando tornar mais eficaz o sistema de justiça na proteção das mulheres, razão pela qual ficou conhecida como “Pacote Antifeminicídio”.

Após a referida lei, foi promulgada a Lei nº 15.160/2025, que modificou o art. 65 do Código Penal, a fim de impedir a aplicação da atenuante da menoridade penal e da senilidade, ou seja, aquela quando o agente for, na data do fato, menor de 21

(vinte e um) anos ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos de idade (art. 65, I, do CP), nos casos em que o crime envolva violência sexual contra a mulher.

Da mesma forma, alterou o art. 115 do Código Penal, para vedar a redução do prazo de prescrição para o agente que era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos, nos crimes que envolvam violência sexual contra a mulher.

Todas as inovações legais ocorridas ao longo do tempo tratam de uma resposta do Estado brasileiro aos crimes praticados contra as mulheres, assim como demonstram a natureza difusa da proteção conferida às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Demonstram, também, o aprimoramento, ao longo dos anos, das previsões normativas e dos direitos garantidos às vítimas, com o fim de garantir a efetividade da proteção e do princípio da dignidade da mulher.

4 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Conforme relatado, a partir da promulgação da Lei Maria da Penha, foi realizada uma série de inovações legais a fim de aprimorar e garantir os direitos das mulheres, sendo uma parte significativa delas no âmbito do Direito Penal.

O Direito Penal é um ramo do Direito que visa à proteção de bens jurídicos, e que deve ser aplicado de forma subsidiária, ou seja, apenas em relação a determinadas condutas e quando a proteção por outros ramos do Direito não se mostre suficiente.

Nesse sentido:

(...) o recurso à intervenção penal cabe apenas quando indispensável, em virtude de que tem o Direito Penal caráter subsidiário, devendo constituir a ultima ratio e, por isso, ser fragmentário, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas das condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade (Reale Júnior, 2020, p. 18).

Apesar de a proteção aos bens jurídicos se revelar como a função precípua do Direito Penal, outras tantas são mencionadas pela doutrina, tais como: instrumento de controle social, garantia, ético-social, simbólica, motivadora, de redução da violência estatal e promocional.

Especificamente no âmbito dos direitos das mulheres, foi promovida, ao longo dos anos, a modificação e a introdução de tipos penais no ordenamento jurídico, a fim de garantir a sua proteção.

Nisso se insere a função simbólica do Direito Penal, que se refere ao papel comunicativo e expressivo da norma penal, ou seja, além do objetivo principal da norma penal, que é o de punir, a norma objetiva comunicar valores da sociedade na qual está inserida e revelar os posicionamentos éticos e políticos desta, além de apontar o que seus cidadãos consideram intolerável.

A elevação de penas e a criação de novos tipos legais ressaltam a importância de determinado bem jurídico e o propósito do Estado na sua proteção.

Apesar disso, a chamada função simbólica do Direito Penal é amplamente criticada pela doutrina, diante da frequente ausência de produção de efeitos concretos no mundo externo. A crítica reside no fato de que, na função simbólica, há apenas a sensação de tranquilidade ou de punitivismo, sem que o bem jurídico objeto do tipo penal esteja sendo efetivamente protegido.

Segundo Masson (2025, p. 8):

A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos.

Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. No tocante aos últimos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido.

Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa (Direito Penal de emergência), criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias, ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal).

No caso da proteção dos direitos das mulheres, pode-se, de um lado, comparar as alterações legislativas paulatinamente realizadas no ordenamento jurídico, e, de outro, as estatísticas divulgadas acerca da violência contra a mulher.

No âmbito do Direito Penal, em 2015, a Lei nº 13.104/15 modificou o art. 121 do Código Penal para inserir a qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio, a qual, posteriormente, se transformou em tipo penal específico, com pena-base significativamente maior do que a do homicídio: enquanto a pena do homicídio (art.

121 do CP) é de 06 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão, a do feminicídio (art. 121-A do CP) é de 20 (vinte) a 40 (quarenta) anos de reclusão.

Da mesma forma, tendo sido inicialmente previstas as medidas protetivas de urgência em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no âmbito da Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei nº 11.340/06), diante do descumprimento reiterado daquelas, foi criado o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (art. 24-A da Lei), a fim de punir penalmente aqueles que violassem as medidas.

Esses são apenas exemplos do recrudescimento da lei penal no âmbito dos direitos das mulheres, conforme digressão temporal já realizada no capítulo anterior.

O questionamento que surge, a partir de então, é o seguinte: o incremento da legislação penal específica à proteção das mulheres efetivamente atingiu o fim de reduzir a violência e inibir a prática de violência contra aquelas ou a lei penal está cumprindo apenas a sua função simbólica?

De acordo com o Painel “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, até 31 de dezembro de 2020, foram concedidas 336.494 medidas protetivas pelo Poder Judiciário de todo o país. Em 2025, até 31 de maio, houve a concessão das medidas em 382.914 casos.

No que se refere ao feminicídio, até 31 de dezembro de 2020, foram julgados 3.381 casos, restando pendentes 7.360 processos em trâmite. Já em 2025, foram, até o dia 31 de maio, julgados 4.852 processos; havendo 13.206 pendentes de julgamento.

O aumento dos números é evidente, o que restou demonstrado também pela pesquisa 'Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil', promovida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

De acordo com a pesquisa, divulgada em março de 2025, 37,5% das mulheres brasileiras vivenciaram alguma situação de violência nos últimos 12 meses; sendo esta a maior prevalência já identificada desde 2017, quando se iniciou a pesquisa. Isso significa que ao menos 21,4 milhões de brasileiras foram vítimas de violência no último ano.

É possível que os referidos dados tenham parte de seu aumento justificado pela subnotificação que havia quanto aos casos de violência, somada ao aumento de campanhas de educação e conscientização quanto à necessidade de as vítimas

denunciarem os fatos e requererem a aplicação de medidas protetivas de urgência em seu favor.

Na supramencionada pesquisa 'Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil', também houve o questionamento acerca das causas para o crescimento nos números da violência contra a mulher:

A introdução dessas legislações pode ter contribuído para o aumento dos números registrados, uma vez que condutas antes naturalizadas e subnotificadas passaram a ser formalmente reconhecidas como crimes, incentivando mais vítimas a denunciarem e a perceberem tais condutas como formas de violência. Além disso, campanhas de conscientização e o próprio debate público em torno das novas leis ampliam o conhecimento sobre essas formas de violência, o que também pode levar a um crescimento das notificações em pesquisas de vitimização.

Outra lente que pode ser acionada para entender o aumento dos diferentes tipos de violência contra a mulher é a teoria do backlash (Portella, 2020), já mencionada neste relatório, que sugere que avanços nos direitos das mulheres podem gerar reações adversas, levando a um recrudescimento de práticas de controle e agressão. Se de um lado a legislação sinaliza que a violência não é tolerada, os comportamentos sociais violentos contra as mulheres podem ser lidos como um contraponto à lei, funcionando como um mecanismo de manutenção de hierarquias de poder na sociedade, especialmente em um contexto latino-americano marcado pelo colonialismo e racismo, dinâmicas estruturalmente conectadas à violência (Lugones, 2014).

Ainda assim, não se pode negar que os casos de violência contra a mulher continuam atingindo níveis alarmantes na sociedade, mesmo diante do recrudescimento da legislação.

Nesse tocante, indaga-se também se a prevenção geral negativa, promovida pelo Direito Penal, está, de fato, surtindo efeitos. Acerca da prevenção geral negativa, aduz o professor ESTEFAM (2022, p. 437):

As teorias da prevenção subdividem-se em de prevenção geral – intimidação dirigida a todo o corpo social por meio da ameaça da pena – e de prevenção especial – intimidação para evitar que o delinquente, após ter cumprido a pena e sofrer suas consequências, volte a praticar novos crimes.

(...)

A prevenção geral negativa significa que a ameaça psicológica da pena servirá como elemento inibidor de comportamentos criminosos. Trata-se da construção artificial (por meio da lei) de um freio interno, necessário quando os freios religiosos, morais, éticos ou sociais falharem.

A partir dos dados supramencionados, não é possível apontar que a prevenção geral negativa do Direito Penal está, de fato, surtindo efeitos no que se refere à

redução da prática de crimes contra as mulheres, a despeito da criação de novos tipos penais e da majoração de penas.

Em uma pesquisa promovida pelo Instituto DataSenado em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência (OMV) acerca da violência contra a mulher nos Estados e no Distrito Federal, atestou-se que 68% das brasileiras têm uma amiga, familiar ou conhecida que já sofreu violência doméstica.

A mesma pesquisa constatou que a percepção de que a violência doméstica aumentou nos últimos 12 meses é majoritária em todo o país (74%) e que cerca de metade das brasileiras acredita que a Lei Maria da Penha protege apenas em parte as mulheres contra a violência doméstica e familiar (51%).

Percebe-se, assim, que, apesar da utilização do Direito Penal em sua função simbólica, no tocante à maximização da lei penal a fim de reforçar a função preventiva geral e a sensação de dever de obediência à lei, a norma pode não estar alcançando o seu propósito efetivo, qual seja, o de reforçar a proteção das mulheres e reduzir os níveis de violência contra elas.

Nesse sentido, mais uma vez ressalta sabiamente o professor MASSON (2025, p. 08):

A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais.

Como pontuado por Ney Moura Teles: “querer combater a criminalidade com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico”.

Diante disso, constata-se a necessidade de fortalecimento da confiança na norma jurídica, a partir do combate à sensação de impunidade. Isso se alcança a partir de uma política não apenas repressiva à violência contra a mulher, mas também preventiva, de modo que o Direito Penal seja efetivamente aplicado como *ultima ratio* no ordenamento jurídico; afastando-se de sua função meramente simbólica.

Da mesma forma, é necessário que as medidas de prevenção previstas pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em seu art. 8º, sejam postas em prática, a partir do respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar; da promoção de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público

escolar e à sociedade em geral; da implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher; do ensino de conteúdos sobre direitos humanos, igualdade de gênero e violência nas escolas; da capacitação permanente das polícias e dos demais profissionais que lidem com tais casos.

Somente mediante a prática de ações preventivas e educacionais será possível obter a redução dos índices de violência contra a mulher, a partir da efetiva prevenção geral negativa, sem que o Direito Penal tenha que ser empregado em sua função simbólica e garantindo-se, de todo modo, o resguardo do direito das mulheres à dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

A análise realizada ao longo deste trabalho permitiu compreender que, apesar dos avanços legislativos expressivos no campo da proteção à mulher em situação de violência, como a promulgação da Lei Maria da Penha e as alterações posteriores no Código Penal e em legislações especiais, há uma persistente lacuna entre o discurso normativo e a efetividade prática dessas medidas. Observa-se que o Estado brasileiro, ao adotar medidas punitivas voltadas à violência de gênero, muitas vezes o faz sob a égide da função simbólica do Direito Penal, ou seja, com o propósito de afirmar valores sociais e responder a pressões de movimentos sociais e da opinião pública, sem garantir os meios necessários para a concretização desses direitos no plano fático.

A função simbólica do Direito Penal, embora relevante como instrumento de afirmação de princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade de gênero, revela-se insuficiente quando não acompanhada de políticas públicas integradas, recursos materiais e humanos adequados e uma atuação estatal efetiva. O endurecimento da legislação penal, por si só, não tem sido capaz de alterar substancialmente os índices de violência contra a mulher, tampouco de assegurar às vítimas o acesso pleno à justiça e à proteção integral.

A pesquisa revelou ainda que a criação de leis específicas, embora represente avanços importantes, como no caso da tipificação do feminicídio ou da criação de medidas protetivas, não pode ser confundida com a resolução do problema. A violência de gênero é um fenômeno estrutural e multifacetado, cuja superação exige, além da repressão penal, o fortalecimento da rede de atendimento à mulher, a educação em direitos humanos, a promoção de campanhas de conscientização social e a responsabilização efetiva dos agressores.



Dessa forma, conclui-se que o Direito Penal deve ser utilizado com parcimônia, como instrumento complementar e não exclusivo na proteção dos direitos das mulheres. A superação da função meramente simbólica requer o compromisso do Estado com a implementação de políticas públicas articuladas e sustentáveis, voltadas à prevenção da violência, à proteção das vítimas e à transformação das estruturas sociais que perpetuam a desigualdade de gênero. Só assim será possível garantir que a legislação não seja apenas expressão de valores, mas também instrumento real de transformação social.



REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Cronologia dos direitos das mulheres**. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/cronologia-dos-direitos-das-mulheres/>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Casa Civil. **Agora é lei: campanha Sinal Vermelho contra a violência doméstica é sancionada**. Brasília, 23 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/agora-e-lei-campanha-sinal-vermelho-contra-a-violencia-domestica-e-sancionada>>. Acesso em: 05 jul. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015 — Lei do Feminicídio. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 10 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 3 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017. Dispõe sobre o atendimento policial e pericial especializado à mulher vítima de violência. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 nov. 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13505.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018. Altera a Lei nº 11.340, de 2006, para prever o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018. Dispõe sobre a violência de divulgação de conteúdo íntimo sem consentimento. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 20 dez. 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13772.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.



BRASIL. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 2006, para permitir que autoridades policiais concedam medidas protetivas. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 14 maio 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13827.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019. Determina que o agressor ressarcça os custos do SUS com atendimento à vítima. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13871.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.880, de 8 de outubro de 2019. Autoriza apreensão de arma de fogo do agressor. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 out. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13880.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.882, de 8 de outubro de 2019. Altera a Lei Maria da Penha para incluir medidas educativas ao agressor. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 out. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13882.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. Tipifica o crime de perseguição (stalking). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14132.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.149, de 5 de maio de 2021. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 6 maio 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14149.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.164, de 10 de junho de 2021. Inclui conteúdo sobre prevenção à violência contra a mulher nos currículos escolares. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14164.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021. Cria o crime de violência psicológica contra a mulher. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 29 jul. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14188.htm>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.192, de 4 de agosto de 2021: estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5 ago. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14192.htm>. Acesso em: 3 jul. 2025.



BRASIL. Lei nº 14.550, de 19 de abril de 2023: altera a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre medidas protetivas de urgência. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14550.htm>. Acesso em: 3 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023: altera dispositivos da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e dispõe sobre prioridades de moradia e retorno ao mercado de trabalho para mulheres em situação de violência. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14713.htm>. Acesso em: 3 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.994, de 9 de outubro de 2024 – institui medidas para o enfrentamento da violência de gênero, incluindo o feminicídio e o endurecimento de penas e execução penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 10 out. 2024. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14994.htm>. Acesso em: 7 jul. 2025.

BRASIL. Lei nº 15.160, de 4 de julho de 2025 – Institui medidas adicionais de proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 4 jul. 2025. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2025/Lei/L15160.htm>. Acesso em: 7 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 2.695.343/MG**, rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10 jun. 2025, DJe de 17 jun. 2025. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202402625929&dt_publicacao=17/06/2025>. Acesso em: 03 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 2.070.717/MG**, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, rel. p/ acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 13 nov. 2024, DJe de 25 mar. 2025. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1249&cod_tema_final=1249>. Acesso em: 3 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Há 12 anos o Brasil criou a Lei Maria da Penha; falta investir na prevenção**. [S.l.], 7 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ha-12-anos-o-brasil-criou-a-lei-maria-da-penha-falta-investir-na-prevencao/>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça (CNJ). **Painel Estatísticas – Justiça em Números**. Disponível em: <<https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>>. Acesso em: 9 jul. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **DataSenado divulga pesquisa de violência contra a mulher nos estados e no DF**. 28 fev. 2024. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/28/datasenado-divulga-pesquisa-de-violencia-contra-a-mulher-nos-estados-e-no-df>>. Acesso em: 9 jul. 2025.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Peça processual – proteção da mulher**. Brasília, DF: STF, [s.d.]. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Proteção da mulher**. Brasília, DF: STF, [s.d.]. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacao-Tematica/anexo/protecao_da_mulher.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2025.

ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal** – Vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. E-book. p. 437. ISBN 9786555596540. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596540/>>. Acesso em: 12 jul. 2025.

G1. **21,4 milhões de brasileiras sofreram algum tipo de violência nos últimos 12 meses, diz pesquisa**. 10 mar. 2025. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2025/03/10/214-milhoes-de-brasileiras-sofreram-algum-tipo-de-violencia-nos-ultimos-12-meses-diz-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 9 jul. 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Há 12 anos o Brasil criou a Lei Maria da Penha. Falta investir na prevenção**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16901/H%C3%A1+12+anos+o+Brasil+criou+a+Lei+Maria+da+Penha.+Falta+investir+na+preven%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha**. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 28 jun. 2025.

MASSON, Cleber. **Direito Penal - Parte Geral (arts. 1º a 120)** - Vol. 1 - 19ª Edição 2025. 19. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. E-book. p.8. ISBN 9788530996017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/-9788530996017/>>. Acesso em: 07 jul. 2025.

PODER360. **Relatório Visível e Invisível** – 5ª Edição (2025). [S.l.: s.n.], mar. 2025. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2025/03/relatorio-visivel-e-invisivel-5ed-2025.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2025.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de Direito Penal** - 5ª Edição 2020. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. p.18. ISBN 9788530991609. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530991609/>>. Acesso em: 09 jul. 2025.



O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E OS TIPOS PENAIS DE ATOS PREPARATÓRIOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

THE MINIMUM INTERVENTION PRINCIPLE AND THE PENAL TYPES OF PREPARATORY ACTS IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Patrick de Moraes¹

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de analisar o princípio penal da intervenção mínima correlacionando-o com alguns tipos penais de atos preparatórios no direito penal brasileiro. Visa demonstrar o flagrante desrespeito aos princípios penais, em especial ao princípio da intervenção mínima, realizando uma breve introdução acerca da evolução principiológica, bem como da questão da expansão do direito penal. Como se verificou, esta administrativização do direito penal é consequência da evolução tecnológica e aumento da sociedade, que trouxe em seu bojo circunstâncias que afetam negativamente o Estado Democrático de Direito. Através de uma análise do conceito de iter criminis, será possível destacar todas as suas fases, cogitação, preparação, execução, consumação e exaurimento e explicar sucintamente cada uma das fases, inclusive a preparatória, em que o agente apenas pratica atos de preparação do crime, não sendo em regra passível de punição. Por fim, será feita uma abordagem de alguns tipos penais de atos preparatórios no direito penal brasileiro, quais sejam alguns crimes relativos ao mercado de capitais, especificamente os descritos nos artigos 72 e 73 da Lei 4.728/65, e artigos 2º e 7º da Lei nº 7.492/86, o crime de petrechos de falsificação de moeda, o crime de petrechos de falsificação, o crime de associação criminosa, o crime de petrechos para o tráfico de drogas e os crimes de terrorismo da lei 13.260/16, buscando demonstrar a ofensa ao princípio da intervenção mínima.

Palavras-chave: Princípios penais, Princípio da intervenção mínima, expansão do direito penal, iter criminis, tipos penais de atos preparatórios.

Abstract: The present work has the objective to analyze the criminal principle of minimum intervention correlating it with some penal types of preparatory acts in the Brazilian criminal law. It shows the flagrant disrespect of the criminal principles, specially in the minimum intervention principle, doing a brief introduction about principled evolution, as well as the criminal law expansion issue. As checked, this criminal law administrative matter is the consequence of technological evolution and incensement of society, which brought the negativity circumstances that affect Democratic State of Law. Through the inter criminis concept analysis, it'll be possible to evidence all the different phases, cogitation, preparation, execution, consummation and exhaustion; briefly explaining each phase, including the preparatory, in which the agent only make preparatory acts for a crime, not always being liable of punishment. Ultimately, it'll be done an approach about some penal types of preparatory acts in Brazilian Criminal Law, which are some capital market crimes, specifically the ones described in the articles 72 and 73 in law 4.728/65, and articles 2nd and 7th in law 7.492/86, the crime of currency falsification fitting equipment, the crime of falsification fitting equipment, the crime of criminal association, the crime of drug traffic fitting

¹ Graduado em Direito pelo Unicuritiba - Centro Universitário Curitiba - 2017. Especialização em Civil e Processo Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP) – 2019.



equipment and the terrorism crime in law 13.260/16, trying to demonstrate the offense of minimum intervention principle.

Keywords: Criminal principles, minimum intervention principle, criminal law expansion, inter criminis, penal types of preparatory acts.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa desmistificar a ideia de não punibilidade dos atos preparatórios no direito penal brasileiro, explicando os diversos tipos penais que cuidam de tais atos e, inclusive, como a doutrina se posiciona a respeito.

O tema em questão tem grande importância devido à sistemática dos princípios penais, fundamentalmente importando não só para o direito penal, mas sim à sociedade como um todo. A limitação do poder punitivo do Estado está intimamente ligada às garantias dos direitos fundamentais há tempos adquiridos, sendo que para assegurar tais garantias surgem os princípios fundamentais de Direito Penal, dentre eles o Princípio da Intervenção mínima, ora estudado.

Isto é basicamente o que se espera de um Estado Democrático de Direito, isto é, a existência de princípios e instituições sólidas que garantam a liberdade individual de cada cidadão. No entanto, o que se observará no decorrer da pesquisa é que a expansão do direito penal devido a inúmeros acontecimentos na sociedade acaba indo de encontro com as garantias constitucionais conquistadas e prejudicando a noção de um Estado Democrático de Direito propriamente dito.

É notório que na sociedade brasileira atual o Estado utiliza do sistema punitivo como aparato de interesses, sendo que o ramo do direito tido como “ultima ratio” está sendo utilizado para resoluções de conflitos simples que cercam qualquer sociedade. Nesse sentido, este estudo irá demonstrar pequenos aspectos que mostram o quão desvirtuado está a noção que envolve o Direito Penal pátrio.

Esta pesquisa pretende analisar se o princípio da intervenção mínima se sustenta frente à atuação punitiva constante do Estado, tendo como objeto primordial destacar a punibilidade dos atos preparatórios no direito penal brasileiro, ressaltando que em regra os atos preparatórios não constituem crime no direito penal brasileiro, porém existem exceções, as quais serão analisadas destacando aspectos que violam ou não o aludido princípio, seja parcialmente ou em sua totalidade.

A pretensão do presente estudo não é uma pesquisa exaustiva dos tipos penais de atos preparatórios no direito penal brasileiro, mas sim uma análise pontual de

alguns tipos penais, somente para exemplificar a aludida exceção da punibilidade de tais atos.

Este estudo está diretamente inserido no contexto político e social, vez que a sistemática penal afeta não só os apenados como também os cidadãos que a compõem.

Portanto, o que se pretende expor com o presente trabalho é a necessidade de readaptação dos fundamentos de princípios penais para que haja uma menor conflituosidade entre os aludidos princípios e os bens jurídicos tutelados, ou a readaptação dos tipos penais incongruentes com o sistema penal, visando a reestruturação de um Direito Penal Clássico.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA LIMITAÇÃO PUNITIVA

Em visões gerais o Estado Democrático de Direito constitui uma amplitude de garantias voltadas às relações sociais dos cidadãos.

Em melhores palavras bem especifica Paulo César Busato (BUSATO, 2012, p. 228) que:

Os cidadãos percebem que dentro desse Estado sua liberdade e sua dignidade estão garantidas. As leis urgentes, com caráter retroativo, os delitos e as penas sem lei prévia que o estabeleçam, as penas desproporcionais ao fato, etc., não se legitimam neste tipo de Estado.

Com efeito, tem-se que o Estado Democrático de Direito deve ser o garantidor dos direitos fundamentais, evitando ao máximo o abuso de poder e o uso distorcido e exacerbado da técnica legislativa para interesses individuais.

Tal conceito de Estado foi se construindo em uma evolução histórica, destacando-se as diversas revoluções cruciais para o desenvolvimento social do Estado como vemos hoje. No entanto, insta destacar, que este ganhou força a partir da preocupação surgida com as barbáries praticadas na Segunda Guerra Mundial, especificamente uma resposta as formas de governos totalitárias, conforme dissertou Gabriel Santos (Santos, 2011, p. 10-11).

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito foi incorporado à grande parte das Constituições, inclusive a brasileira de 1988. Portanto, resta caracterizado pela positivação constitucional de princípios, a incorporação de valores de justiça social, refletidos nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Assim, amparados pelo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais destacam-se em um novo contexto, sendo concebidos como disposição fundamental, que consistem em força e unidade para o sistema, conforme leciona Bitencourt (Bitencourt, 2013, p. 49-50).

Importante destacar que a Constituição Federal Brasileira trouxe em seu bojo um Estado Democrático de Direito, com fundamento na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo de ideias políticas, tendo como objetivos primordiais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação.

Assim, diante da constitucionalização estabelecida, o do Direito penal, que é constituído por uma violenta intervenção estatal na esfera da liberdade individual, que em muitas vezes tem uma atuação falha e ineficaz, somente se justifica quando for absolutamente necessária, devendo respeitar os princípios constitucionais e atenuar a violência institucionalizada, no sentido proposto pelo Garantismo Penal e pela corrente minimalista de política criminal.

O Direito Penal está intrinsecamente ligado ao Estado, pois é somente este que pode estabelecer tipos penais e punir o responsável por violar o bem jurídico tutelado.

Assim, as sanções criminais cominadas a determinado comportamento devem ser pautadas pelos princípios constitucionais, considerando as finalidades do Direito Penal, em observância ao Garantismo Penal e ao movimento de política criminal minimalista. Isso porque, conforme leciona René Ariel Dotti (Dotti, 2005, p. 64-65), quando se pensa com fins de pena, deve se pensar a real atuação do direito penal buscando o seu verdadeiro sentido.

Nesse viés, toda e qualquer norma penal deve observar as garantias constitucionais dos indivíduos, levando-se em conta cada princípio constitucional para que realmente tenha uma efetividade ao determinar o que pode ou não ser restringido e suprimido pelo poderio estatal.

2.1 Princípio da Intervenção Mínima

Primeiramente, cumpre verificar o que vem a ser princípio na perspectiva do presente estudo.

Em linhas gerais, tem-se Princípio em duas acepções, podendo significar, ao mesmo tempo, o lugar onde algo começa, se origina, fonte, base, bem como uma

norma, uma regra. No desenvolver desse estudo verificar-se-á, que princípio, sempre terá dois sentidos: o de norma, visto que serve par sistematizar e regrad determinadas situações; e, como já dito, de fonte, uma vez que serve de parâmetro à aplicação normas já existentes, conforme disserta Taciane Coimbra (Coimbra, 2009, p.15).

Na visão de Humberto de Ávila (Ávila, 2012, p. 71) princípio é tido como um estado idealizado de coisas a ser atingido em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas.

Desse modo, principio acaba sendo o pilar do sistema normativo e ao mesmo tempo integra este com seu caráter regrador. Assim sendo, muito importante assegurar a existência da multiplicidade de princípios que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, evitando transgredi-los.

Dentro de todo quadro apresentado, o princípio da intervenção mínima se destaca como um dos principais instrumentos de limitação da atuação do estado, pois juntamente com o princípio da legalidade cumpre um papel de estabelecer em que momento e sobre o que o Estado pode intervir com função única e exclusivamente punitiva, atuando como garantidor de direitos fundamentais, mantendo-se assim a concretude do Estado Democrático de Direito.

O Princípio da Intervenção mínima é também conhecido como última ratio, expressão do latim com o significado de que o Direito Penal é a última alternativa, a última arma, a última saída que o Estado deve utilizar para proteger um bem jurídico tutelado, isto é, deve-se utilizar o Direito Penal somente em último caso.

Existem dentro do Direito diversos ramos, com suas áreas de atuação específicas. Assim, cada ramo impõe suas regras, sanções e outros meios de controle social, sendo assim o Direito Penal têm o dever de respeitá-los e intervir somente quando estes falharem.

Nesse raciocínio, leciona Cezar Roberto Bitencourt (Bitencourt, 2013, p. 54):

Antes, portanto de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.

Portanto, a aplicação do Direito penal só é justificada em caráter subsidiário, ou seja, intervindo somente quando as medidas civis ou administrativas se mostrarem ineficazes.

Nas palavras de Rogério Greco (Greco, 2008, p. 49):

O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelam incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal.

Nesse contexto, o Estado não deve recorrer à sanção penal se existir a possibilidade de proteção garantida por outros meios que não os penais.

Estando sob a égide do Estado Democrático de Direito a intervenção do Estado deve ser mínima, pois como é sabido o detentor da titularidade da soberania é o povo, que repassa apenas parte necessária de sua liberdade para que o poder do Estado se constitua.

Nota-se que o princípio da intervenção mínima tem cunho controlador do poder punitivo estatal estabelecendo a proteção dos bens jurídicos realmente importantes, isto é, a atuação do estado utilizando-se do direito penal deve ser útil e extremamente necessária para a sociedade.

Percebe-se, então, que este princípio traz em seu bojo dois elementos estruturantes, são eles a fragmentariedade e subsidiariedade.

A fragmentariedade do Direito Penal diz respeito à proteção do Direito Penal aos bens jurídicos mais relevantes em todas as áreas de conhecimento, em todas as relações jurídicas, verificando-se assim o seu caráter fragmentário.

Com efeito, o Direito Penal está todo fragmentado, tendo em vista que não tem um objeto único de proteção, tutelando diversos bens jurídicos espalhados pelos ramos do direito.

Ademais, reafirma-se, o bem jurídico a ser tutelado deve ter grande relevância no meio social para que tenha a real necessidade de um controle social mais ácido representado pelos ditames penais.

A respeito do tema, bem destaca Bitencourt (Bitencourt, 2013, p. 55-56):

A fragmentariedade é decorrência da intervenção mínima e da reserva legal, significando que o direito penal não deve sancionar condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais

perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Sem embargo, na atualidade, o discurso fácil do repressivismo saneador fez com que o direito penal simbólico – de máxima intervenção – sepultasse tais princípios, reforçando a necessidade de termos um processo penal ainda mais preocupado em resgatar a eficácia do sistema de garantias do indivíduo.

Oportuno comentário de Cezar Roberto Bitencourt deixa claro que a fragmentariedade é decorrência da própria ideia de intervenção mínima em que a atuação punitiva do Estado será em pontos específicos e somente quando evidenciado a relevância para tanto.

No tocante a subsidiariedade, é fato que o Estado está a serviço de um bem comum, sendo que a forma de gerir a máquina estatal estará intimamente ligada ao comportamento e desenvolvimento dos grupos sociais.

Nesse viés, bem destaca Silvia Faber Torres (Torres, 2001, p. 18):

[...] a função subsidiária do Estado deve se manifestar, uma vez caracterizada a ineficácia dos grupos sociais, primeiro como ajuda, mediante a criação de condições necessárias que possibilitem a ação das comunidades intermediárias, e depois, excepcionalmente, como suplência, suprimindo a insuficiência dos grupos sociais.

De fato, o Direito Penal é subsidiário. Sendo assim, se os outros ramos do direito forem suficientes para tutelar aquele bem, não precisaremos do direito penal. Dessa forma, o Direito Penal só deverá agir quando os outros ramos do direito forem insuficientes, isto é, deverá sempre ser visto como subsidiário a outros ramos do Direito, que são primeiramente preparados para solucionar certas questões e desavenças sociais, sem maiores traumas e evitando-se sempre a sanção penal.

Assim, o Estado deve evitar a tipificação de condutas insignificantes que venham a ferir a dignidade humana, tendo em vista que a reprimenda penal é violenta no que tange os direitos fundamentais, por isso a preocupação com sua aplicação e em que momento esta deve incidir, ou seja, se ainda houver algum meio administrativo ou civil de suprir aquela violação do bem jurídico, este deve ser utilizado.

Nesse raciocínio, leciona Nilo Batista (Batista, 2005, p. 86-87):

[...] a subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como 'remédio sancionador extremo', que deve, portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá 'unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito'.

Dessa forma, conforme leciona Paulo Cesar Busato (Busato, 2015, p. 59-61), a subsidiariedade se caracteriza como um postulado limitador do *ius puniendi*, de fundamento político-criminal, que orienta o Estado ao uso cauteloso dos recursos penais, visto que o Estado Democrático de Direito dispõe de outros meios eficazes e de menor custo social.

Entende-se, portanto, que tal característica do princípio da intervenção mínima serve, também, como um fomento à utilização dos meios extrapenais, dando uma maior importância para as vias administrativas e civis, que devem suportar grande parte dos conflitos nas relações sociais.

2.2 A expansão do Direito Penal e as consequências para o Estado Democrático de Direito

Antes de tratar do expansionismo punitivo, importante abordar aspectos relacionados à política criminal.

Conforme leciona René Ariel Dotti (Dotti, 2005, p. 74) a política criminal pode ser tida com um conjunto de princípios, recomendações e regras destinadas à reforma do direito punitivo e adequação dos órgãos encarregados de sua aplicação à segurança da sociedade. Tais regras e princípios evoluem e são conquistados devido as constantes mudanças na sociedade. Isto se verifica de uma análise comparada entre os sistemas penais passados e os vigentes, que acabam trazendo revelações e experiências que corroboram os avanços e descobertas da criminologia e a consequente necessidade de readaptação da política criminal (Dotti, 2005, p. 74).

O Estado Democrático de Direito deve garantir os direitos fundamentais e adotar políticas criminais de intervenção mínima, reservando o Direito Penal como última alternativa punitiva; contudo, observa-se uma disfunção na expansão simbólica do direito penal como forma de controle social, pois, nas sociedades atuais, inclusive na brasileira, há punição exacerbada e infundada para questões que derivam da própria forma de governo, sendo mais adequada a implementação de políticas públicas voltadas à melhoria de pilares como educação, saúde e trabalho.

Com isso, tem-se a utilização máxima do Direito Penal, traduzida por Jesús-María Silva Sánchez (Sánchez, 2013, p. 36) como a expansão do Direito Penal, consistente na relativização de princípios penais de garantia e na variada criação de bens jurídicos, sendo estes derivados do aparecimento de novos riscos, pelo fato do surgimento de novos interesses, advindos do modelo social pós-industrial, em que:

[...] boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos, etc.) que deveriam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc.

A evolução tecnológica contribuiu para o aumento do medo nas “sociedades de risco”, pois surgiram novas formas delituosas praticadas por meio da informática e da Internet. Nesse contexto, como tentativa de reduzir os riscos decorrentes da evolução tecnológica e dos novos crimes, o legislador entende que o Direito Penal é a melhor forma de controle social e, novamente, o elege como meio punitivo adequado.

Além disso, a expansão do direito penal decorre também da institucionalização da insegurança, marcada pela complexidade social da sociedade de risco, onde há excesso de informações e opções sem critérios regulatórios, gerando incertezas, ansiedades e inseguranças. Esses sentimentos são intensificados pelos excessos da mídia, que, por meio de notícias sensacionalistas que ultrapassam a realidade, cria uma “sociedade do espetáculo”, distorcendo a percepção dos perigos e transmitindo a ideia de riscos exacerbados, quando, na verdade, muitos são comuns ao contexto social, causando dúvidas sobre a veracidade das informações.

Sobre essa questão, continua a discorrer Jesús-María Silva Sánchez (Sánchez, 2013. p.41):

Três aspectos concretos, a título puramente exemplificativo, podem ilustrar essa ideia. Por um lado, é inegável que a população uma crescente dificuldade de adaptação a sociedades em contínua aceleração. Desse modo, depois da revolução dos transportes, a atual revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança.

A expansão do Direito Penal é consequência da evolução sociológica, mas isso não justifica a criação de um sistema totalmente repressivo, sustentado pela falácia de que legislar mais reduzirá a criminalidade, o que não ocorre. Como resultado, o sistema penal passou a ser visto como o único meio eficaz de combate ao crime, gerando efeitos expressivos na sociedade e levando à deterioração dos valores ligados aos direitos humanos e suas garantias, sob o pretexto de atender aos anseios sociais.

Nesse contexto, surgem os movimentos de Lei e Ordem, originados na década de 60, defendendo o combate à criminalidade e a preservação de princípios éticos, morais e cristãos, atribuindo ao crime uma patologia social e ao criminoso a sua causa. Assim, consolidou-se a ideia de um Direito Penal Simbólico, que busca satisfazer a sociedade diante do aumento da criminalidade por meio de respostas rápidas e incompatíveis com os princípios fundamentais, transformando-a em uma sociedade do espetáculo, que estigmatiza o criminoso e exalta a suposta efetividade punitiva (Santos, 2009, p. 18-19).

Em outro aspecto, vê-se uma desconfiança nos outros meios de proteção, melhor dizendo um “descrédito de outras instâncias de proteção”, conforme leciona Sanchez (Sanchez, 2013, p. 75), que em muitas vezes se mostram insuficientes ou em muitas vezes sequer existem, o que, em consequência, acarreta a administrativização do Direito Penal.

Com efeito, os demais ramos do direito, especificamente o Direito Administrativo e o Direito Civil, devem ser eficazes no que diz respeito à resolução de conflitos/problemas sociais que não tenham relevância para serem elevados a esfera penal.

Por fim, a expansão do Direito Penal apresenta-se como uma forma do Estado, através de políticas criminais, de utilizar constantemente o direito penal como solução rápida e fácil aos problemas sociais.

3 OS TIPOS PENAIS DE ATOS PREPARATÓRIOS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Após expor os princípios que orientam a intervenção mínima estatal e as fases do crime, passa-se a exemplificar tipos penais de atos preparatórios no direito penal brasileiro, relacionando-os ao princípio da intervenção mínima e evidenciando sua flagrante violação; alguns exemplos serão apenas ilustrativos, por serem anteriores à administrativização do Direito Penal, enquanto outros decorrem dessa lógica expansionista, conferindo ao estudo um caráter crítico e comparativo.

3.1 Crimes relativos ao mercado de capitais

Em análise aos tipos penais previstos na lei 4.728, de 14 de julho de 1965, observam-se dois tipos penais tipicamente preparatórios, quais sejam:

Art. 72. Ninguém poderá gravar ou produzir clichês, compor tipograficamente, imprimir, fazer, reproduzir ou fabricar de qualquer forma, papéis representativos de ações ou cautelas, que os representem, ou títulos negociáveis de sociedades, sem autorização escrita e assinada pelos respectivos representantes legais, na quantidade autorizada.

Art. 73. Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar ações de sociedades anônimas, ou cautelas que as representem, sem autorização escrita e assinada pela respectiva representação legal da sociedade, com firmas reconhecidas.

§ 1º Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar prospectos ou qualquer material de propaganda para venda de ações de sociedade anônima, sem autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade.

§ 2º A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores.

Vê-se claramente da simples leitura dos dispositivos legais que o legislador pune, em grande medida, algo que não oferece, em primeiro momento, nenhum perigo ao bem jurídico tutelado. A enumeração dos núcleos do tipo penal elencada pelo legislador acaba por ser inútil, visto que todas se remetem a uma única, qual seja imprimir. Isto porque, como bem leciona Heleno Claudio Fragoso (FRAGOSO, 1966, p. 3) que as ações e as cautelas são sempre impressas. Fazer é, portanto, imprimir; e imprimir é fabricar, pois fabricar é produzir industrialmente.

Nas palavras de Fragoso (Fragoso, 1966, p. 3):

A nosso ver, no entanto, a incriminação é excessiva e injustificada. A ação ou a cautela não são os impressos, ou seja, os formulários, mas, sim, os impressos devidamente assinados por quem representa a sociedade. Tais impressos apenas servem para que a ação ou a cautela sejam formados ou emitidos. A atividade que a lei pune é puramente preparatória e só remotissimamente põe em perigo o interesse tutelado.

Desse modo, tanto o artigo 72 quanto o artigo 73 são tipos penais que punem algo totalmente desnecessário, sendo que para o mercado de capitais existe regramento próprio, com sanções administrativas próprias constituídas pelo próprio órgão que fiscaliza, normatiza, disciplina e desenvolve o mercado de valores mobiliários no Brasil, denominado de Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Excesso em demasia há também no §1º do art. 73 que consubstancia uma pena a produção de prospectos ou material de propaganda, sem autorização, para venda de ações de sociedade anônima. Conforme leciona Fragoso (Fragoso, 1966, p. 3) o que visa o tipo não é incriminar a propaganda, mas sim a simples “feitura de material de propaganda, portanto, um ato preparatório”.

Assim, correlacionando com o princípio da intervenção mínima, especialmente em seu caráter subsidiário, ou para aqueles que preferem também princípio da subsidiariedade, deve, ao menos em tese, o direito penal despreocupar-se a esse respeito e deixar que tais consequências para a violação dos aludidos artigos sejam resolvidas administrativamente.

Por incrível que pareça, mas é a realidade, o legislador tipificou como crime contra o sistema financeiro (lei no 7.492, de 16 de junho de 1986) praticamente o já estipulado na Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, senão vejamos:

Art. 2º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo.

Verifica-se novamente que o legislador pune atos meramente preparatórios, exceto o núcleo do tipo estabelecido no artigo 2º “pôr em circulação” que já constitui ato de execução. Todavia, o que parece mais estranho é punir basicamente o mesmo fato com pena mais grave (reclusão de dois a oito anos, e multa), enquanto na Lei 4.728/65 a pena é de 1 a 3 anos de detenção.

Em visão técnica penal, isso é inadmissível, pois ao mesmo tempo em que viola o princípio da intervenção mínima por punir atos meramente preparatórios, também viola o princípio do *non bis in idem*, que significa punir mais de uma vez o mesmo fato, o que é ilegal.

Ainda, cumpre analisar outra peculiaridade legislativa disposta no art. 7º da lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, *in verbis*:

Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:
I - falsos ou falsificados;
II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;
III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;
IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Ao incriminar a ação de colocar no mercado títulos ou valores mobiliários que as representem, falsas ou falsificadas, acaba, esse artigo, demonstrando que não se trata de erros esparsos nas legislações penais, mas de ignorância do legislador, pois vale lembrar que o crime de uso de documento falso já está previsto no Código penal, especificamente em seu art. 304. Conforme bem leciona Fragoso (FRAGOSO, 1966, p. 5), novamente, que o Código pune o mesmo fato com penas diferentes, violando reiteradamente os princípios supracitados.

3.2 Crime de petrechos de falsificação de moeda

O crime de petrechos de falsificação é tratado como crime desde o século XIX, surgindo com vários códigos penais da época. No entanto, na legislação brasileira só apareceu com o decreto de 30 de novembro de 1909 e pelo decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923. Conforme leciona Bitencourt (BITENCOURT, 2012, p. 473), tais dispositivos passaram por algumas mudanças com a evolução legislativa, sendo que posteriormente foram agregados ao projeto do Código Penal que vige até os dias de hoje.

O artigo em questão tem a seguinte redação:

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:
Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

A partir da redação do artigo, notadamente, vê-se que o legislador pune atos meramente preparatórios, uma reprimenda deveras desnecessária. Ao explicar o tipo objetivo de tal delito, Bitencourt (Bitencourt, 2012, p. 474) disserta a respeito:

Tem-se justificado o exagero da abstração deste dispositivo legal, que transforma em crime simples atos preparatórios, com a importância dos bens jurídicos tutelados, o que – sustentava a velha doutrina clássica dos tempos da ditadura – permitiria maior abrangência da lei não apenas para estruturar as figuras fundamentais baseadas em uma lesão, mas também para ampliar seu alcance para estruturar as figuras fundamentais baseadas em uma lesão, mas também para ampliar seu alcance para prever a punibilidade de alguns atos que não passariam de preparatórios.

Continua Bitencourt (Bitencourt, 2012, p. 474), analisando a adequação típica de tal crime dispondo que:

A opção dessa política criminal prevencionista encontra antecedentes em códigos como, por exemplo, o Rocco, da Itália, e o código alemão, além do argentino, mais próximo de nós. Trata-se, na realidade, da fase preparatória do crime de moeda falsa tipificado em dispositivo anterior (art. 289), e, segundo argumentava aquela doutrina clássica, a “impaciência do legislador” levou-o a transformá-la em crime autônomo, criando uma exceção da impunibilidade dos atos preparatórios.

Ao incriminar o fato do indivíduo possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda o legislador através da norma penal vai além do que é realmente o papel do Direito Penal, visto que o simples fato de ter um maquinário que, normalmente é utilizado para falsificação de moeda, seja um grande risco para o bem jurídico tutelado, que no caso em apreço é a fé pública.

Isto porque ter algo não necessariamente significa que vai usá-lo. Ainda, abstraindo-se da ideia hipotética de utilizar ou não o maquinário para fins ilícitos, tendo como regra a não punibilidade dos atos preparatórios e levando em consideração os princípios penais, em especial o Princípio da intervenção mínima, entende-se que a forma com que o legislador tratou tal circunstância foi totalmente desproporcional e desnecessária, pois voltando-se a noção do caráter subsidiário do Direito Penal, deveria o legislador ter optado pela via administrativa, adequando tal questão como uma violação de norma administrativa que lhe poderia, se fosse o caso, impor uma sanção.

3.3 Petrechos de falsificação

Preliminarmente, cumpre ressaltar que se aplica a este tipo penal (art. 294, CP) quase toda a análise disposta no tipo penal descrito no tópico antecedente (art. 291, CP), tendo em vista que o legislador de 1940 adotou uma política criminal extremamente prevencionista.

O tipo penal em análise dispõe que: “Art. 294. Fabricar, adquirir, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

Sobre tal tipificação bem ensina Cesar Roberto Bittencourt (Bittencourt, 2012, p. 497):

A exemplo da precipitação que teve ao redigir o art. 291, o legislador incrimina não apenas o fabrico, a aquisição ou o fornecimento de objeto especialmente

destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no art. 293, mas também criminaliza o simples “possuir” ou “guardar” tais objetos.

O bem jurídico tutelado aqui é o mesmo do crime de petrechos de falsificação de moeda, isto é, a fé pública, especificamente referente a selos e sinais que dão autenticidade aos documentos emanados de repartições públicas. Assim, entende-se que o legislador buscou proteger, além da autenticidade mencionada, a crença da sociedade nesses documentos.

Como já mencionado anteriormente nesse tipo penal se pune o “possuir” ou “guardar” objetos que em sua essência são utilizados para prática de falsificação dos papéis referidos no art. 293, CP. No entanto, o legislador não destacou a expressão “a título oneroso ou gratuito” disposta no art. 291, CP, que, diga-se de passagem, totalmente desnecessária, tendo em vista a natureza do bem jurídico tutelado, conforme leciona Bitencourt (Bitencourt, 2012, p. 497).

Descrito a tipificação do crime de Petrechos de Falsificação, tem-se a notoriedade da punibilidade exacerbada e injustificada por parte do legislador de 1940, haja vista que ao adotar uma política criminal prevencionista, equivocou-se ao enquadrar como crime tais atos, que são meramente preparatórios e não oferecem grandes riscos à sociedade como um todo.

Nesse viés, leciona Bitencourt (Bitencourt, 2012, p. 497):

Mas – e é isso o mais importante – tanto aqui como lá erra ao elevar à categoria de crime mera preparação e puni-la, desproporcionalmente, com a mesma exagerada pena das demais condutas contidas no dispositivo, quais sejam de fabricar, adquirir e fornecer, como se fossem equivalentes os desvalores das ações incriminadas e devessem receber a mesma reprovabilidade social.

Ao elencar como delito o simples “possuir” ou “guardar” de objetos que possam ser utilizados na prática de massificação de papéis públicos, o legislador, como em outros casos, esquece dos princípios norteadores do Direito Penal, ignora a existência dos princípios da intervenção mínima e lesividade, até porque deve existir uma justificativa plausível para se aplicar de exceções, que é o caso da punibilidade dos atos preparatórios, devendo, portanto, sempre ser demonstrado a razão de determinada tipificação para que o Direito Penal não seja utilizado como “prima ratio”, o que acaba desconstruindo o real motivo da existência das reprimendas, acaba-se punindo apenas por punir.

3.4 O crime de associação criminosa

O tipo penal de associação criminosa é, ao menos em tese, novo em nosso ordenamento jurídico, pois substitui a tipificação antiga que tinha como *nomen iuris* crime de quadrilha ou bando.

Esta alteração se deu basicamente pelo advento da Lei 12.850/13, nova lei que dispõe sobre as organizações criminosas, que trouxe várias mudanças conceituais e estruturais, no que se referem os meios probatórios, aos tipos penais correlatos, a investigação criminal e ao procedimento adotado.

O art. 288 ficou com a seguinte redação:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

A exemplo da antiga tipificação, quadrilha ou bando, este novo crime tem o condão de tutelar o mesmo bem jurídico anteriormente tutelado, qual seja a Paz Pública, buscando com a proteção desse bem jurídico a ideia ligada ao sentimento de paz assegurada inerente à coletividade, pois trata-se de “necessária sensação da tranquilidade, de segurança, de paz, de confiança que a nossa sociedade deve ter em relação à continuidade normal da ordem jurídico-social, conforme lecionam Luiz Regis Prado, Gisele de Carvalho e Érika Carvalho (Prado; Carvalho; Carvalho, 2015, p. 1201).

Dessa forma, o Poder Público além de atuar pela garantia da incolumidade da ordem pública no seu sentido objetivo, também acaba tendo que atuar no sentido subjetivo, buscando incriminar e punir meras intenções. Vale dizer que, neste tipo penal, igualmente aos anteriormente destacados, a lei penal trata como ilícitas condutas que representam meros atos preparatórios de outros crimes, tendo como base a simples ameaça a direitos alheios.

Cumpram então trazer ao conhecimento os ensinamentos de Magalhães Noronha (Magalhães, 1983, p. 86):

Esses crimes autênticos atos preparatórios e a razão de puni-los está ou no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade da repressão, em qualquer caso, em nome da paz social.

O legislador, nesse caso específico, verificou uma necessidade de punir a associação com fins criminosos, isto é, formada apenas para cometer crimes, em razão da manutenção da paz social e da ordem pública.

A explicação para essa limitação ao direito de associar-se se dá pela importância do bem jurídico tutelado, situação em que o legislador buscou precipitadamente uma resolução àquilo que lhe é forçado pelos anseios sociais, tomando, como sempre, decisões de maneira atécnica e tratando o direito penal como fonte única de disciplina e sanção.

Destaca-se que, com a nova redação dada pela Lei 12.850/13, a tipificação exposta no art. 288, CP, ficou com um caráter mais grave em termos de ocorrência e punição, visto que antes era necessário o número mínimo de 4 (quatro) ou mais pessoas para a configuração da conduta criminosa e agora é necessário apenas de 3 (três) pessoas para configurar o aludido crime, e o parágrafo único do artigo 288 do Código penal, foi alterado e incluiu como majorante, que antes previa apenas a associação armada, a figura da participação de crianças e adolescentes.

Assim, mostra-se claramente o quão atécnico é o legislador e o próprio poder executivo que se utilizam do direito penal em seu viés prevencionista para o fim de dar uma resposta imediata à sociedade, não se preocupando com as consequências que disso podem decorrer.

É o que se vê pelas tipificações dos crimes de associação para o tráfico e associação para o financiamento, ambos previstos na lei 11.343/06 (lei de drogas), em que o nobre legislador tipificou autonomamente as condutas daqueles que praticam a empreitada criminosa concomitantemente, e os que as custeiam, conforme lecionam Mendonça e Carvalho (Mendonça; Carvalho, 2008. p. 125-1310).

Em grande medida, nesses casos específicos, se faz necessário uma extrema preocupação, no entanto, não são leis penais que vão mudar a realidade social, muito pelo contrário, pode prejudicar ainda mais. Devendo, portanto, ser levado a sério a questão da ponderação que o legislador deve adotar no momento da formulação das leis, muito bem observada por Beccaria, em que destacou que o legislador, como representante do povo, deve sempre observar não só os anseios sociais, mas também toda a base principiológica que norteia a atuação do Estado em seu caráter punitivo, conforme leciona Beccaria (Beccaria, 2011, p. 27-28).

3.5 Crime de petrechos para o tráfico de drogas

O tipo penal de petrechos para o tráfico de drogas ou como descreve a lei maquinário para fabricação de drogas - descrito no art. 34, da Lei de drogas - já tinha previsão legal no art. 13, da Lei 6.368/76, mas não com a severidade e amplitude com que veio tratada na lei 11.343/2006.

A sua definição legal é prevista da seguinte forma:

Art. 34 - Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Atente-se que, apesar da lei ter descrito uma série de substantivos para demonstrar e descrever o que está sendo objeto da proibição (maquinário, instrumento, etc.), vê-se que o termo petrechos pode ser utilizado para intitular o tipo penal em apreço, destacando que este substantivo é o que bem representa a ideia jurídico/penal por trás do objeto material do presente tipo penal.

Ressalta-se que, como visto anteriormente, tal termo já é utilizado pelo Direito Penal brasileiro neste mesmo viés, ao incriminar a conduta com o nome jurídico de Petrechos para Falsificação de Moeda (art. 291, do Código Penal). Na descrição do tipo penal, a norma incriminadora faz uso dos mesmos substantivos (maquinismo, aparelho, instrumento, etc.) para designar o objeto material do aludido tipo penal.

Anteriormente a conduta ainda não era objeto de incriminação, sendo que em alguns casos, podia ser enquadrada como crime de tráfico de drogas, mas em regra era uma conduta impunível, por se tratar de ato meramente preparatório para este crime maior.

Conforme assinalaram Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (Mendonça; Carvalho, 2008. p. 125-131), o tipo penal disposto no art. 34 da lei 11.343/06 é oriundo da antiga redação do art. 13 da Lei 6.368/76, tendo como finalidade incriminar condutas antes consideradas como meros atos preparatórios e, portanto, não puníveis. Em verdade, o legislador considerou que havia uma lacuna legislativa que precisava ser preenchida, tendo em vista que o tipo penal anterior não cuidava de todas as práticas possíveis que poderiam caracterizar este crime, inclusive nos casos que o agente se desfaz da droga que produziu, ficando na posse dos

petrechos utilizados para fabricação daquela droga. Assim, com o objetivo de alcançar também a conduta do agente que se encontrar na posse de qualquer petrecho destinado ao crime de tráfico de drogas, estendeu-se o núcleo do tipo penal, pois, para os referidos doutrinadores (Mendonça; Carvalho, 2008. p. 125-131), esta conduta representa, por si só, um efetivo perigo de lesão para o bem jurídico protegido.

Nas palavras dos citados autores (Mendonça; Carvalho, 2008. p. 122):

Este tipo penal, subsidiário em relação ao art. 33, já existia de maneira semelhante na Lei 6.368/1976 e visa, precipuamente, antecipar a repressão criminal para abarcar aquelas situações em que ainda não se caracterizou o tráfico propriamente dito. Em outras palavras, este tipo penal incrimina condutas que, em regra, são meros atos preparatórios do delito previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas. Por exemplo, quando se instala uma destilaria completa de cocaína, com todos os petrechos necessários para tal, mas não se chega a iniciar a preparação ou produção da droga, por não se ter ainda comprado a matéria-prima exigida, restaria configurado o tipo em análise.

Atente-se que, apesar da lei ter descrito uma série de substantivos para demonstrar e descrever o que está sendo objeto da proibição (maquinário, instrumento, etc.), vê-se que o termo petrechos pode ser utilizado para intitular o tipo penal em apreço, destacando que este substantivo é o que bem representa a ideia jurídico/penal por trás do objeto material do presente tipo penal.

Ressalta-se que, como visto anteriormente, tal termo já é utilizado pelo Direito Penal brasileiro neste mesmo viés, ao incriminar a conduta com o nome jurídico de Petrechos para Falsificação de Moeda (art. 291, do Código Penal). Na descrição do tipo penal, a norma incriminadora faz uso dos mesmos substantivos (maquinismo, aparelho, instrumento, etc.) para designar o objeto material do aludido tipo penal.

Neste caso, fica claro que a lei penal tem, como em todos os outros casos de delitos obstáculos, uma ação preventiva, taxando como crime condutas que, ao menos em tese, não ultrapassam os limites dos atos meramente preparatórios e que, em regra, não são puníveis.

Aparentemente o que se quer com esse tipo penal é o auxílio no combate ao crime de tráfico de drogas, trata-se, pois, de um tipo penal de prevenção. Nesse aspecto, pode-se afirmar que o legislador buscou utilizar-se da exceção de punibilidade da preparação, para acalmar o clamor popular, pois como é sabido as drogas são um grande problema em nossa sociedade, então surge o pensamento de que ao criar uma lei incriminando tal conduta, esta deixará de ser praticada.

Veja-se que o legislador tentou resolver o problema antecipando a punibilidade, tentando inibir a fabricação de drogas com reprimenda direcionada ao simples possuir/guardar maquinários que são destinados a produção de drogas ilícitas. No entanto, esqueceu-se, ou ao menos fingiu esquecer, dos princípios limitadores do direito penal, pois não há uma ofensa que afete o bem jurídico tutelado.

Assim, o que se vê é a utilização do direito penal como resposta aos problemas sociais, ofendendo o princípio da intervenção mínima, tanto na não observância da fragmentariedade, quanto da subsidiariedade. Isto porque a atenção do direito penal deve se dar apenas aos bens jurídicos mais relevantes e quando os outros ramos do direito forem insuficientes, devendo sempre ser subsidiário, conforme leciona Bitencourt (Bitencourt, 2013, p. 55-56).

3.6 Crimes de terrorismo - Lei 13.260/2016 (Antiterrorismo)

Em análise final, buscando demonstrar o quão frequente é a punibilidade dos atos preparatórios em nosso ordenamento jurídico, cumpre tecer alguns comentários a respeito da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que tem um caráter inovador no ordenamento jurídico penal pátrio e pune essencialmente atos preparatórios ao crime de terrorismo.

Existem doutrinadores que entendem que o crime de terrorismo já estava tipificado no ordenamento jurídico pátrio por força do artigo 20, da Lei 7.170/1983, no entanto, a referida previsão não tinha o intuito de taxar a conduta como criminosa, tendo em vista que era totalmente vaga a respeito, conforme leciona Vinicius Amaral (Amaral, 2016, p. 1).

Em primeiro momento vê-se a punibilidade de atos que não precisam de um resultado naturalístico para se caracterizar como crime, isto é, utilizou-se nesta lei a exceção da punibilidade dos atos preparatórios, a título de exemplo o fato de o agente integrar uma organização para o fim de cometer crimes, no caso em apreço, seriam os crimes de terrorismo. Esta forma de tipificação já foi utilizada em diversos tipos penais, inclusive o já estudado art. 288, do Código Penal.

Assim, mesmo que o indivíduo não venha a praticar delitos, somente por estar associado ou ser um integrante já configura o crime, sendo plenamente punível esta conduta, na ótica legislativa. Sempre utilizando como fundamento o perigo que esta forma de associação/agrupamento representa a sociedade.

Verifica-se que, como já visto no crime de associação criminosa, o simples *animus associandi* já causa lesão ao bem jurídico tutelado, portanto, repita-se, na ótica legislativa, acaba sendo merecedor de tipificação autônoma.

Nesse mesmo raciocínio, a Lei 13.260/2016 tem em seu texto previsão de punição ao indivíduo faça parte de organização voltada à prática de atos tidos como terroristas, conforme se extrai do art. 3º: “Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.”

Analisando o referido dispositivo verifica-se novamente a lei penal punindo o simples estar associado ou ser integrante de um determinado grupo, com determinadas finalidades. Conforme exemplifica Ruchester Barbosa (BARBOSA, 2016, p. 1), suponha-se que um indivíduo brasileiro venha a integrar uma organização terrorista, mesmo que ele não venha a praticar atos terroristas, somente o fato de integrar essa organização haverá uma punição, pois já estará caracterizado o crime descrito no artigo acima citado.

De outro lado, destaca-se o artigo 5º da mesma lei que deve ser antecipada a punição do agente antes mesmo de qualquer ato executório, isto é, a referida antecipação da punibilidade recai sobre os atos de preparação do crime de terrorismo.

Dispõe o referido artigo:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

Veja que a intenção intrínseca a este artigo é de alargar a punição estatal, visando antecipar a configuração do delito, antes do início da execução de atos materiais que ensejam o crime de terrorismo.

Pela redação deste artigo, é possível punir um indivíduo que adquire produtos que geralmente são destinados às práticas terroristas, por exemplo, a fabricação de

bombas. Não necessariamente o indivíduo precisa fazer a bomba ou até mesmo utilizá-la, basta que tenha adquirido estes produtos, assim, com fulcro no art. 5º da Lei 13.260/2016, torna-se possível a punição desta conduta.

Com isso, pela derradeira vez no presente estudo mostra-se claro o flagrante desrespeito ao princípio da intervenção mínima em todos os seus aspectos e ao princípio da lesividade, até porque o estado não utilizou de todos os mecanismos necessários no combate ao terrorismo e o simples ato preparatório como o do exemplo dado acima, não tem o condão de ferir o bem jurídico tutelado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dos princípios penais foi marcada por vários pontos históricos que deram muita carga cultural e empírica a cada princípio penal, inclusive ao princípio da intervenção mínima, que em seu bojo traz outros princípios, tais como o da bagatela e lesividade.

O princípio da intervenção mínima, como já foi demonstrado, é um princípio eminentemente com caráter liberal, sendo que sua origem se deu com os ideais iluministas como uma resposta ao estado absolutista, visando garantias de liberdades individuais e a limitação do poder estatal.

Este princípio destaca o uso do direito penal apenas quando necessário, quando houver uma relevância que requeira a intervenção penal e quando os demais ramos do direito forem insuficientes no que diz respeito à resolução dos conflitos e problemas sociais. Assim, o direito penal deve ser utilizado quando absolutamente necessário. Em melhores palavras, a tutela penal incidirá em casos de lesões mais graves contra bens jurídicos mais relevantes, bem como os demais ramos do direito, nos seus meios jurídicos e extrajurídicos mostrarem-se falhos ou ineficientes para resolver a questão social posta, adequando-se assim aos elementos estruturantes do princípio da intervenção mínima – fragmentariedade e subsidiariedade - que em muitas vezes também são chamados de princípios.

No entanto, com o passar do tempo veio o aumento das sociedades e suas tecnologias que, conseqüentemente, aumentaram os conflitos sociais, de modo que houve uma extrema expansão do direito penal, com a falácia de resolução dos conflitos através da criação de leis penais incriminando determinadas condutas. Nesta esteira, destaca-se a política criminal adotada pelo legislador contemporâneo, com uma punibilidade desarrazoada típica dos movimentos de Lei e Ordem.



A partir desse contexto, o presente estudo teve como foco principal a análise da punibilidade dos atos preparatórios no direito penal brasileiro, que em regra são impuníveis.

Ao falar de atos preparatórios necessariamente deve-se falar do iter criminis ou caminho do crime que representa o itinerário da empreitada criminosa, desde a fase de cogitação até a fase da consumação, e exaurimento quando houver, sendo que a punibilidade só é possível quando externada a intenção criminosa, isto é, quando a pessoa executar o crime. No entanto, cumpre ressaltar que existem exceções em que a punição é antecipada à preparação do crime.

A punibilidade dos atos preparatórios ou também chamados delitos obstáculo é bastante divergente na atualidade em razão da preservação dos princípios penais, inclusive o da intervenção mínima, frente à política criminal adotada, tendo em vista que na preparação o agente não chega sequer a colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido. Nesse ponto, a conduta do agente está longe de acarretar qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado.

Com efeito, ocorre aqui uma inobservância dos princípios limitadores do direito penal, pois em que pese haja a exceção que permite a punição dos atos preparatórios, o legislador pune atos que em grande medida não oferecem perigo algum à coletividade.

Tendo como exemplo os próprios crimes mencionados no presente estudo, vê-se que o legislador não mediu esforços para punir condutas que não trazem perigo algum, dentre os quais destaca-se o crime disposto no art. 5º da Lei 13.260/2016, que dispõe genericamente sobre praticar atos preparatórios ao crime de terrorismo. Com isso, entende-se que a prática legislativa penal tende a cada vez mais ir de encontro com os princípios penais, haja vista que na cultura governamental e legislativa brasileira quando há um problema social criam-se leis para resolvê-lo, e não mecanismos derivados do aparato estatal com finalidade de resolução desses problemas que são intrínsecos a todas as sociedades.



REFERÊNCIAS

AMARAL, Vinicius Pascueto. **Lei 13.260/2016 “Antiterrorismo” – A tipificação de atos preparatórios**. Disponível em: <<http://pascuetoamaral.jusbrasil.com.br/-artigos/317284328/lei-13260-2016-antiterrorismo-a-tipificacao-de-atos-preparatorios>>. Acesso em: 09 set. 2025.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional/>>. Acesso em: 09 set. 2025.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revam, 2005.

BECCARIA, CESARE. **Dos Delitos e Das Penas**. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. V. 4, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 14 de julho de 1965.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de junho de 1986.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006.

BRASIL. **Código Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COIMBRA, Taciane Aparecida. **O princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. 35 f. Monografia (graduação em direito), Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2009.



DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. O novo direito penal tributário e econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal** nº 12. 1966, p. 3. Disponível em: <https://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003010844-novo_direito_penal_tributario_economico.pdf>. Acesso em 09 set. 2025.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1, 10.ed. Niterói: Impetus, 2008.

MAGALHÃES, Noronha, E. **Direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 4.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. São Paulo: Revistas Tribunais, 2013.

SANTOS, Gabriel Ferreira dos. **O limite da intervenção penal: o problema dos crimes de perigo e suas repercussões nas restrições aos direitos dos cidadãos**. 121f. Dissertação (Mestrado em direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



OS CRITÉRIOS PARA A VALIDADE DA CONFISSÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRITERIA FOR THE VALIDITY OF CONFESSIONS ACCORDING TO THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Brayan Mauri da Silva¹

Resumo: Este estudo tem por tema a análise da validade e da valoração da confissão segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Os contornos jurisprudenciais da matéria cresceram em relevo, devido à intensificação das decisões judiciais que examinam a temática, com acréscimos sensíveis nos contornos normativos e doutrinários consolidados, os quais são capazes de impactar de forma relevante o processo penal. Inicialmente, o trabalho buscou determinar o conceito da confissão, bem como esclarecer a sua natureza jurídica e principais características. Em seguida, o trabalho se debruçou sobre o estudo do contexto histórico e valoração da confissão no processo penal. Por fim, examinou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a validade da confissão, com enfoque no Recurso Especial número 2.123.334. Adotou-se o método de pesquisa bibliográfica e documental, por meio da leitura de livros, de artigos científicos e de decisões judiciais. A conclusão do trabalho é de que, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do AREsp número 2.123.334, restringiu a utilização da confissão no processo penal, ao adotar critérios para a sua admissibilidade, em especial no que tange à confissão extrajudicial.

Palavras-chave: Confissão. Requisitos. Validade. Critérios. Valoração.

Abstract: This study analyzes the validity and assessment of confessions according to the jurisprudence of the Superior Court of Justice. The jurisprudential contours of the matter have grown in prominence due to the intensification of judicial decisions examining the issue, with significant additions to the consolidated normative and doctrinal contours, which are capable of having a relevant impact on criminal proceedings. Initially, the study sought to determine the concept of confession, as well as to clarify its legal nature and main characteristics. Next, the study focused on the historical context and valuation of confession in criminal proceedings. Finally, the case law of the Superior Court of Justice on the validity of confession was examined, with a focus on Special Appeal No. 2.123.334. The bibliographic and documentary research method was adopted, through the reading of books, scientific articles, and judicial decisions. The conclusion of the study is that the Superior Court of Justice, through the judgment of AREsp No. 2.123.334, restricted the use of confessions in criminal proceedings by adopting criteria for their admissibility, especially with regard to extrajudicial confessions.

Keywords: Confession. Requirements. Validity. Criteria. Assessment.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) campus de Joaçaba. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) campus de Joaçaba. Analista Jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: brayanm.dasilva@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

O trabalho versa sobre os critérios de admissibilidade e valoração da confissão judicial e extrajudicial no processo penal, nos termos da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A confissão é a admissão de uma verdade incriminatória. Historicamente, alçou o valor de “rainha das provas”, num sistema tarifário em que cada espécie de prova tinha valor definido previamente pela lei. Conviveu, nessa fase, com um sistema processual penal inquisitivo, sem nítida separação entre acusação, defesa e julgador, tampouco iluminado pelo contraditório ou pela ampla defesa. Por consequência, há registros históricos da busca da confissão do réu a todo custo, inclusive mediante tortura. Atualmente, porém, no sistema de persuasão racional, a confissão tem valor probatório relativo, devendo ser apreciada em conjunto com as demais provas.

Apesar da atual sistemática de valoração da confissão, bem como de regras rígidas de proibição da tortura, o estabelecimento de critérios para a admissão da confissão (extrajudicial e judicial) e diretrizes para a valoração da confissão são temas de debate frequente e, diante da crítica às balizas legais existentes, a jurisprudência dos Tribunais Superiores ganha relevo na construção de soluções. Destacam-se, dentre os problemas elencados nestes debates, a existência de confissões obtidas por meios ilícitos, como a tortura; o valor da confissão extrajudicial retratada em juízo e a existência (ou não) de uma cultura jurídica que privilegia e persegue a confissão do réu. Recentemente, decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 2.123.334 tornou-se notória ao propor uma solução jurisprudencial aos debates.

O objetivo do trabalho consiste em examinar criticamente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca dos critérios de admissibilidade e valoração da confissão, em vista das delimitações doutrinárias da confissão e da própria sistemática processual penal vigente.

A fim de alcançar os objetivos propostos e responder o problema de pesquisa, o trabalho foi dividido em dois capítulos. No primeiro é feito um apanhado geral sobre o conceito, natureza jurídica, características e retrato histórico da confissão e seu valor probatório. Já no segundo capítulo é discutida a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 2.123.334, esmiuçando os votos vencedor e divergente.

2 CONFISSÃO

2.1 Conceito, natureza jurídica e características

Não há um conceito legal de confissão no Código de Processo Penal. O diploma se ocupa em estabelecer o valor probatório da confissão (art. 197), reafirmar a regra do “*nemo tenetur se detegere*” (art. 198), estabelecer requisitos mínimos (art. 199) e tratar de algumas características (art. 200), de forma simplória, diga-se.

Como adverte Alves (2022, p. 782), contudo, é aplicável, por analogia, o conceito previsto no artigo 389 do Código de Processo Civil (2015), segundo o qual “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.” Assim, para a norma, confissão é o reconhecimento por parte do réu dos fatos narrados na inicial acusatória.

No âmbito doutrinário, no qual os conceitos encontram campo profícuo para o desenvolvimento, Nucci (2020) conceitua confissão como:

[...] admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.

Para Nucci (2020), ainda, a confissão processual penal é apenas o ato voluntário (livre de pressão ou coação), expresso (não se admite confissão tácita, já que o silêncio não pode ser valorado contra o réu) e pessoal (não é possível confessar por representante/mandatário).

Quanto à natureza jurídica da confissão, Alves (2022, p. 782), Lima (2021, p. 657) e Nucci (2020) classificam-na como meio de prova, entendimento prevalente na doutrina. Deste modo, nada mais é do que um meio através do qual o juiz reconstitui a história do crime, cujos resultados podem ser utilizados diretamente na decisão judicial (Lopes Jr., 2023, p. 426).

Algumas das características da confissão são retiradas da norma legal, a exemplo da divisibilidade e retratabilidade (art. 200). Outras, porém, são construções doutrinárias que decorrem do sistema processual adotado e de direitos humanos e fundamentais, como será visto adiante.

Em razão da divisibilidade, pode o magistrado, uma vez confessado o fato, considerar apenas parte da confissão, e descartar outra parte, desde que o faça de forma motivada, o que decorre da adoção do sistema do livre convencimento motivado

(ou persuasão racional), em detrimento do sistema da prova tarifada. É dizer, o juiz confronta a confissão com as demais provas e, nesse confronto, parte da confissão pode prevalecer, enquanto outra parte pode ceder, sendo descartada, sem nenhum óbice. Sob a ótica do réu, significa que o réu não é obrigado a confessar todo o fato imputado (Alves, 2022, p. 784).

Devido à retratabilidade, o réu pode voltar atrás na confissão, o que deve ser feito por meio de novo interrogatório. Essa retratação, porém, não vincula o juiz, o que também decorre da sistemática do livre convencimento motivado (Alves, 2022, p. 784).

Acrescentam-se, ainda, algumas características marcantes, dentre elas a de que a confissão é personalíssima, só podendo ser realizada pelo próprio réu, sem que seja delegada a mandatários ou prepostos, ou mesmo ao defensor. A confissão de um corréu não interfere na situação do outro, inclusive (Alves, 2022, p. 784; Nucci, 2020). No ponto, a confissão do processo penal é distinta daquela do processo civil, em que é admitida a confissão por representante, desde que tenha poderes especiais para isso, nos termos do artigo 390, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil (2015).

Por fim, ressalta-se que a confissão deve ser realizada de forma livre, sem coação, pressão ou constrangimento. Veda-se a prática da tortura (Alves, 2022, p. 784; Nucci, 2020). A liberdade da confissão, traço marcante do sistema acusatório, está diretamente ligada ao direito ao silêncio, que lhe dá vida.

O direito ao silêncio está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (1988), ou seja, é direito fundamental na ordem constitucional vigente. É reforçado, no âmbito do sistema regional americano de direitos humanos pelo artigo 8.2, “g”, da Convenção Americana de Direitos do Homem (1969), internalizada pelo Decreto Presidencial n. 678/1992, onde se lê que toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, bem como não ser obrigada a se declarar culpada. O Código de Processo Penal (1984) positiva essa regra na ordem infraconstitucional no artigo 186:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)



Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Por conta disso, ademais, a doutrina majoritária de muito se inclina pela não recepção da parte final do artigo 198 do Código de Processo Penal (1941), segundo o qual o silêncio “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Para Lima (2022, p. 786), não há espaço para a convivência do direito ao silêncio e da utilização do exercício de tal direito para a formação do convencimento do juízo, contra o réu, já que ninguém pode ser punido pelo exercício legítimo de um direito conferido pelo ordenamento jurídico. Portanto, prevalece o livre exercício do direito ao silêncio.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RHC 170843 AgR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 04/05/2021, deu amplitude ao direito constitucional ao silêncio, pois ressaltou que o alerta do direito deve ser feito também pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, logo que ocorrida, e não somente pelo Delegado de Polícia ou pelo Juiz, no interrogatório formal, em termos muitos semelhantes ao chamado “*Miranda warning*” do direito americano. Como consequência, concluiu que a confissão informal feita pelo preso aos responsáveis pela prisão não pode, por si só, sustentar uma condenação penal.

O “*Miranda warning*”, ou aviso de Miranda, sem correspondência na legislação nacional, consiste na leitura dos direitos do preso, feita pelo policial responsável, no momento da prisão, sob pena de invalidar tudo que foi dito pelo custodiado. O instituto tem origem no julgamento “*Miranda V. Arizona*”, da Suprema Corte Americana, em 1966. Segundo o julgamento, as declarações prestadas pelo conduzido à polícia não teriam nenhum valor se não fosse claramente informado sobre o direito de ficar calado; que tudo o que for dito pode ser utilizado contra ele; que tem o direito à assistência de defensor constituído ou nomeado (Alves, 2022, p. 102).

O incentivo legal à confissão, no entanto, não retira a liberdade do ato. Tanto é assim que o Código Penal prevê uma atenuante de pena para a confissão espontânea (vide artigo 65, III, “d”). Mais recentemente, o Acordo de Não Persecução Penal, benefício instituído pela Lei n. 13.964/2019, denominada de Pacote Anticrime, exige a confissão formal e “circunstanciada” para a sua concessão (vide art. 28-A do Código de Processo Penal).

2.2 Contextualização histórica

A confissão teve seu valor, características e importância alterados ao longo da história e com a alternância de sistemas processuais penais. Passou, nesse trilhar, de “rainha das provas” e finalidade máxima do sistema de persecução penal para mais um elemento probatório, limitado e, muitas vezes, insuficiente para alcançar o grau de certeza exigido para a condenação, ao menos em teoria.

O sistema inquisitivo possui origem na Roma Antiga e ganhou notoriedade no período da Idade Média, no século XIII, depois de ser utilizado no Tribunal da Santa Inquisição. Após sua utilização no Direito canônico, espalhou-se pelo continente Europeu, sendo utilizado até meados do século XVIII. Em síntese, o sistema inquisitivo se caracteriza pela falta de imparcialidade, concentração exacerbada de poderes ao juiz inquisidor e é próprio de regimes não democráticos (Alves, 2022, p. 136).

Não se pode negar o fato de que a concentração de todos estes poderes (acusação, defesa e julgamento) na figura do juiz põe em xeque a imparcialidade. Não há objetividade e imparcialidade quando o juiz, além de julgar, funciona como órgão acusador, pois ele acaba se vinculando, invariavelmente, ao desfecho do processo. Além disso, não há contraditório no sistema inquisitivo, sequer existe uma distinção clara entre defesa e acusação. Não bastasse isso, é comum que os réus, como regra, sejam presos de maneira preventiva até que seja encerrado o julgamento (Lima, 2022, p. 44).

A confissão judicial, nesse sistema, era considerada a “rainha das provas”, porque o réu era portador da verdade, que deveria ser extraída a todo custo. Para Lopes Jr. (2023, p. 536):

No fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar e arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da pena, art. 65, III, "d", do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados.

No sistema inquisitivo vigia a tarificação da prova, ou seja, a prova tinha valor legal preestabelecido e a confissão, nesse sistema de valoração, era a prova de maior peso, capaz de, por si, suplantando a prova pericial e testemunhal em contrário, por exemplo.

Tal sistemática da confissão como objeto central do processo penal deixa marcas na cultura policial e judiciária nacional, as quais são bem ilustradas, com contornos trágicos, no caso dos irmãos Naves, sintetizado pelo Ministro Relator Ribeiro Dantas no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 2.123.334/MG (2024, p. 6-7), ao tratar da confissão, citado diretamente, devido à contundência do relato:

Na madrugada de 29 para 30/11/1937, desapareceu da cidade de Araguari/MG o comerciante Benedito Pereira Caetano, que conduzia com seus primos (e sócios) Sebastião José Naves e Joaquim Rosa Naves uma empresa de venda de cereais. Cercado por problemas financeiros, Benedito tinha em sua posse, na última vez em que visto, a soma de 90 contos de réis, última parcela de patrimônio que lhe sobrava para quitar as dívidas que se agigantavam.

Os próprios Sebastião e Joaquim, preocupados com o sumiço repentino do primo, relataram o fato à polícia, que não fez progressos investigativos substanciais durante o mês de dezembro. Por isso, a fim de dar uma resposta à comunidade local, em 22/12/1937 o governo removeu da chefia do inquérito o delegado civil e colocou em seu lugar o tenente Francisco Vieira dos Santos. Demorou pouco para que o tenente montasse uma hipótese acusatória e buscasse a todo custo confirmá-la: mesmo sem provas materiais, o investigador concluiu que Sebastião e Joaquim deviam ter matado Benedito para se apossarem dos 90 contos de réis do primo.

A partir de 29/12/1937, iniciou-se então uma das maiores tragédias jurídicas da história brasileira. Foram presos, além de Sebastião e Joaquim, sua mãe (Ana Rosa Naves), suas esposas (Antônia Rita de Jesus e Salvina Olina de Jesus), seus filhos pequenos (Ivo e Wilson) e um conhecido, José Joaquim Teodoro de Lima; todos os seis adultos foram torturados brutalmente, das maneiras mais nauseantes e durante dias, a fim de extrair uma confissão quanto ao assassinato de Benedito. [...]

Após uma resistência inicial verdadeiramente heroica, Sebastião e Joaquim confessaram o latrocínio de seu primo, nos exatos moldes pensados pelo tenente Francisco. A comunidade louvou a atuação da polícia e os dons quase proféticos do militar, que, ao contrário do delegado civil, não se deixou enganar pelo teatro dos assassinos e deu a eles e suas famílias, que os acobertavam, o tratamento que mereciam.

Poucos dias após o fim dos tormentos, Wilson, filho de Sebastião e Salvina, à época com 10 meses de idade e privado dos mais básicos cuidados durante as sevícias de sua família, morreu de inanição.

Levada a questão ao Judiciário, os irmãos Naves foram absolvidos não apenas uma, mas duas vezes pelo tribunal do júri. Não obstante, com a insistência da acusação em recorrer, um terceiro julgamento por juízes togados os condenou às penas de 25 anos e 6 meses de reclusão, no dia 4/6/1939. [...]

Condenados pelo latrocínio e presos, os irmãos iniciaram a execução da pena, tendo conseguido a liberdade condicional em 1946, após quase 9 anos de cárcere. Joaquim faleceu em 1948, no curso de tratamento médico; no mesmo ano, morreu o condecorado tenente Francisco, enquanto Sebastião tentou reiniciar sua vida, após ter perdido seu filho, seu irmão e sua dignidade, e testemunhado a tortura e violência sexual de sua mãe, esposa e cunhada. Pouco mais de 14 anos depois do início do inquérito, em julho de 1952, acontece o impensável: Benedito, a vítima do latrocínio, reaparece vivo em outra cidade, após ter fugido com os 90 contos de réis para escapar de seus muitos credores. Caía por terra, ali, toda a farsa policial e acusatória, firmada com a conivência ou desinteresse do Judiciário e construída para oferecer à



população revoltada uma resposta enérgica a um fato percebido como crime. Resposta essa, aliás, que não poderia ser mais segura, porquanto embasada pela “rainha das provas”: a confissão, à qual a defesa jamais opôs nenhuma prova forte o bastante.

Já o sistema acusatório é caracterizado pela existência de partes distintas, com a contradição entre acusação e defesa em pé de igualdade. Além disso, as partes têm papel mais importante do que o juiz na condução do processo, pois esse permanece à distância e age de maneira totalmente imparcial. Outrossim, este sistema é baseado, historicamente, no respeito aos princípios da oralidade, publicidade e, principalmente, na presunção de inocência. Deste modo, diferentemente do que ocorre em sistemas inquisitivos, via de regra, no sistema acusatório o acusado permanece livre até que se conclua o processo (Lima, 2022, p. 45).

Neste sistema, há uma separação muito clara entre o órgão acusador e o responsável pelo julgamento, há o respeito à liberdade da acusação e o respeito aos direitos do ofendido, predominando a igualdade entre as partes e a liberdade de atuação da defesa. Ademais, via de regra, o processo é pautado na publicidade dos atos, possibilidade de recusa do juiz, liberdade na produção de provas e respeito ao princípio do contraditório. A regra é a liberdade do réu e admite-se uma maior participação popular na condução da justiça penal (Nucci, 2016, p. 72).

No sistema acusatório, a interação entre a presunção de inocência, o “*nemo tenetur se detegere*” e o livre convencimento motivado fazem com que a confissão obrigatoriamente seja livre, rechaçando-se confissões induzidas, e tenha valor probatório limitado, a ser examinado, no caso concreto, em conjunto com as demais provas produzidas no contraditório judicial. Ou seja, a confissão tem seu valor probatório reduzido, de um lado, e um critério de validade mais rígido, de outro.

Sem adentrar em pormenores acerca das discussões doutrinárias, prevalece o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 (art. 93, X) adotou o sistema acusatório e, mais recentemente, o Código de Processo Penal (1984), consoante a norma do artigo 3º-A, resultado da Lei n. 13.394/2019, fez opção expressa pelo sistema, de ímpeto democrático. A confissão no processo penal, inclusive, está alinhada aos contornos de tal sistema, compartilhando as características marcantes do sistema acusatório, como a liberdade de confissão e, o que será tratado a seguir, um valor probatório relativo.

A cultura policial e judicial, no entanto, suscita debate atual sobre a influência que o sistema inquisitivo ainda exerce sobre a persecução processual penal, fazendo com que os critérios de validade e o valor probatório da confissão sejam objeto de exame pelos Tribunais Superiores, a exemplo do Agravo em Recurso Especial n. 223334/MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 02/07/2024.

2.3 Valor probatório

Delineado o conceito de confissão de algumas de suas características essenciais, passa-se a estabelecer o seu valor probatório no processo penal. O trabalho já indicou, de passagem, que o sistema inquisitivo concebia especial papel probatório ao ato de confissão, enquanto o sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico nacional (art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 3º-A, do Código de Processo Penal), encara a confissão com valor probatório relativo, devido ao sistema de livre persuasão racional. Porém, as características deste sistema demandam análise mais cuidadosa para bem delimitar o valor probatório da confissão.

No livre convencimento motivado, o julgador é livre para apreciar a prova produzida, sem valores estanques ou preconcebidos para cada tipo de prova (como testemunhal, documental ou pericial), desde que motive a decisão proferida, de modo a permitir que as partes e a sociedade acompanhem o raciocínio desenvolvido, escrutinando-o ou combatendo-o por meio das vias recursais. Fundem-se, assim, a liberdade de apreciação típica do sistema da íntima convicção e a limitação do sistema da prova tarifada, porque o julgador está obrigado a justificar, motivadamente, o raciocínio empregado para chegar à conclusão.

Ganha-se, com isso, em liberdade para a apreciação da prova e, por consequência, para reconstruir processualmente o crime e suas circunstâncias, evitando-se distorções inerentes a um sistema de provas tarifado em que, por exemplo, uma confissão, não importa quão inverossímil seja no contexto probatório, deva prevalecer sobre a prova testemunhal ou, como certamente seria hoje, uma prova pericial prevaleça, de antemão, sobre uma prova testemunhal robusta em sentido contrário. Abre-se, com essa liberdade na apreciação, um cabedal de instrumentos para que o juiz possa examinar a prova a partir da limitação intrínseca, mas também circunstancial de cada meio de prova, segundo o caso concreto. Remedia-se, assim, no campo valorativo, problemas comuns como os testemunhos visivelmente combinados, as perícias encomendadas com resultados, e também as

confissões mediante tortura, além de tantos outros inconvenientes enfrentados na atividade forense.

O controle dessa liberdade, por outro lado, está ancorado na necessidade de motivação da decisão, a qual deve trazer um retrato fiel do caminho percorrido pelo julgador desde o desconhecimento dos fatos até a formação da convicção, com indicação da (des)credibilidade de cada elemento probatório produzido e por quais motivos, além do desencadeamento lógico dessa valoração. Como o percurso do juiz é alcançável por meio do ato de julgar, é também impugnável e suscetível de crítica institucionalizada, por meio das vias recursais, e também difusa, pela sociedade. A força desse último controle, aliás, é notória no contexto atual, seja por quem a defenda, seja por quem a critique.

O sistema do livre convencimento motivado, plasmado no artigo 155 do Código de Processo Penal ganha reforço específico quanto à confissão, nestes termos:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Nucci (2020) divide a confissão em extrajudicial e judicial. A primeira, já que despida das garantidas constitucionais inerentes ao processo, é apenas um meio indireto de prova (indício) e não pode, isoladamente, sustentar uma condenação criminal. Somente a confirmação pelas provas produzidas no contraditório permite a condenação. A confissão judicial, por outro lado, porque produzida no contraditório e mediante ampla defesa, é meio de prova direto, mas, mesmo assim, só prevalece se confrontada com outras provas e por elas confirmada. Devido à intimidade com a função jurisdicional, o autor ressalta que a admissão de culpa, por ser contrária à essência humana, deve ser avaliada de forma cautelosa. Portanto, é extremamente importante a confrontação da confissão com as demais provas existentes nos autos, exigindo-se compatibilidade e concordância para que prevaleça.

Lopes Jr. (2023, p. 523-535) vai além e, por ressaltar a divisa entre inquérito policial e processo judicial, atribui à confissão extrajudicial valor endoprocedimental, servindo somente para justificar ou não a abertura do processo criminal, com o oferecimento da denúncia. Apela, para isso, para a norma do art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal (1984), que posteriormente recebeu a pecha de

inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para a confissão judicial, atribui o valor probatório relativo das demais provas, devido à superação do modelo tarifário do sistema inquisitório. Ressalta, assim, que não deve ser buscada a todo custo.

Essa forma de visualizar a confissão judicial é comum àqueles que buscam estancar a influência de todos os elementos produzidos na fase extrajudicial à formação da “*opinio delicti*” pela acusação, sem que possam produzir influência no ato decisório, que deve ser guiado unicamente por elementos probatórios produzidos na fase judicial, já que iluminada pelo contraditório e ampla defesa, o que o trabalho tratará com maior atenção à frente.

Esse valor probatório relativo também é reforçado por Alves (2022, p. 785), para quem a falta de hierarquia entre as provas também é aplicada à confissão, de modo que, deve o juiz avaliar a prova produzida em conjunto, a fim de não prevalecer eventual falsa imputação.

Acrescenta-se ainda a advertência de Lima (2021, p. 658), segundo o qual a norma do art. 158 do Código de Processo Penal não permite que a confissão supra a ausência da realização do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio. Nada impede, porém, que a confissão, somada a outras provas, permita a caracterização da materialidade, a exemplo do que ocorre no furto qualificado por rompimento de obstáculo, em que a falta de perícia pode ser legitimamente suprida por outros meios de prova.

É preciso dizer que esse valor probatório relativo, por ser tão destacado, não se confunde com um irrelevante probatório. Na seara pré-processual a confissão extrajudicial pode sim orientar a condução das investigações e, da mesma forma, na fase judicial a confissão é elemento probatório válido e que, mediante o livre convencimento motivado, pode ganhar relevo probatório no exame do caso concreto. É dizer, essa liberdade na apreciação da prova, marcante no sistema acusatório, não se confunde com a irrelevância probatória da confissão judicial. Se, no sistema inquisitivo, a confissão era a “rainha das provas”, no sistema acusatório não ocupa posição subalterna, exigindo apreciação cuidadosa no acervo probatório, tudo mediante o desenvolvimento do raciocínio de forma motivada pelo magistrado.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A VALIDADE DA CONFISSÃO

O julgamento do AREsp n. 2.123.334/MG, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, em 20/06/2024, é de extrema relevância para o estudo da confissão no processo penal, porquanto fixou critérios de admissibilidade e valoração da confissão extrajudicial e judicial, os quais impactam diretamente na possibilidade de utilização da confissão para a construção do convencimento motivado pelo magistrado no momento de proferir uma sentença penal.

Foram fixadas as seguintes teses pela Corte Cidadã (Brasil, 2024):

11.1: A confissão extrajudicial somente será admissível no processo judicial se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Tais garantias não podem ser renunciadas pelo interrogado e, se alguma delas não for cumprida, a prova será inadmissível. A inadmissibilidade permanece mesmo que a acusação tente introduzir a confissão extrajudicial no processo por outros meios de prova (como, por exemplo, o testemunho do policial que a colheu).

11.2: A confissão extrajudicial admissível pode servir apenas como meio de obtenção de provas, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas não pode embasar a sentença condenatória.

11.3: A confissão judicial, em princípio, é, obviamente, lícita. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo à luz do art. 197 do CPP.

12. A aplicação dessas teses fica restrita aos fatos ocorridos a partir do dia seguinte à publicação deste acórdão no DJe. Modulação temporal necessária para preservar a segurança jurídica (art. 927, § 3º, do CPC).

13. Ainda que sejam eventualmente descumpridos seus requisitos de validade ou admissibilidade, qualquer tipo de confissão (judicial ou extrajudicial, retratada ou não) confere ao réu o direito à atenuante respectiva (art. 65, III, "d", do CP) em caso de condenação, mesmo que o juízo sentenciante não utilize a confissão como um dos fundamentos da sentença. Orientação adotada pela Quinta Turma no julgamento do REsp 1.972.098/SC, de minha relatoria, em 14/6/2022, e seguida nos dois colegiados desde então.

14. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de absolver o réu.

O voto do Ministro relator Ribeiro Dantas parte da seguinte compreensão da epistemologia da prova:

Conquanto muito se discuta sobre a vocação epistêmica do processo penal enquanto meio de alcançar alguma verdade relativa aos fatos investigados, é certo que uma das finalidades da produção da prova é permitir sua reconstrução histórica, ainda que obviamente limitada e probabilística, com a finalidade de verificar se ocorreu ou não no passado uma base fática capaz de atrair a aplicação de uma consequência jurídica penal. Não há, nesse



paradigma, uma completa desvinculação entre processo e verdade: afinal, não interessa ao direito converter o processo em um mero sorteio de distribuição aleatória de punições e absolvições, mas sim utilizá-lo como um meio (limitado, reitero) de revelar a (in)existência pretérita de um fato delitivo (Brasil, 2024, p. 10, grifo nosso).

Com isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que de forma tímida, atrela a finalidade da prova à busca da verdade por meio do processo. Ou seja, alinha-se à corrente que defende que a prova está voltada à reconhecimento do fato passado e reconstrução da conduta delitiva, sem a qual não há crime, tampouco condenação.

Não prevaleceram, portanto, posições como a de Lopes Jr. (2023, p. 406-408), segundo o qual a busca da verdade real ou processual não é um fator legitimante do processo, mas somente um fator contingencial, podendo ou não ser alcançado por meio do processo. Em Lopes Jr., o que legitima o processo penal é a decisão racionalmente construída, dentro das regras do devido processo legal, em contraditório, a partir da prova válida e de qualidade. A prova, diante disso, não objetiva alcançar a verdade, mas, sobretudo, “capturar” o juiz pelo convencimento. A sentença, nessa perspectiva, é ato de convencimento racional e lógico, em contraditório judicial, a partir do respeito às regras do devido processo legal.

Nas palavras do autor (Lopes Jr., 2023, p. 407):

No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão/poder de revelar a verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz, dentro da estrita legalidade. Essa luta de discursos para convencer o juiz marca a diferença do acusatório com o processo inquisitório. Não se nega que acidentalmente a sentença possa corresponder ao que ocorreu (conceito de verdade como correspondente), mas não se pode atribuir ao processo esse papel ou missão. Não há mais como pretender justificar o injustificável nem mesmo por que aceitar o argumento de que, ainda que não alcançável, a verdade deve ser um horizonte utópico...

A manutenção da posição da Corte acerca do lugar da verdade e, por consequência, da prova no processo penal, evita que, sob o pretexto de construir um processo penal constitucional e superar o modelo inquisitivo, o processo penal não perca seu conteúdo próprio e caia num formalismo sem sentido, além de abrir espaço para um decisionismo baseado na aderência ou não ao discurso das partes do

processo, sem compromisso com a busca da verdade, mas somente com a construção de um discurso formalmente válido.

Em vista disso, o Ministro relator Ribeiro Dantas (Brasil, 2024, p. 10) propõe o exame da confissão em duas etapas: requisitos de admissibilidade, sem os quais a confissão não é válida; e critérios de valoração, por meio do qual é estabelecido o valor probatório da confissão. A divisão entre o ato de admissão e valoração é respaldada doutrinariamente, diga-se.

Quanto à primeira etapa, segundo o Ministro Ribeiro Dantas (Brasil, 2024, p. 11-12 e 25) o juízo de admissibilidade envolve a capacidade de verificação da compatibilidade da prova com as regras impostas pelo direito (faceta formal), além do exame da capacidade que determinada prova oferece para que dela se extraiam conclusões seguras sobre os fatos discutidos, ou seja, a potencialidade da prova para contribuir com a elucidação dos fatos julgados (faceta material). A reprovação da prova em algum dos critérios resulta na inadmissibilidade.

Ribeiro Dantas, no voto (Brasil, 2024, p. 8) parte do pressuposto de que a atividade policial está pautada no que ele denomina “binômio flagrante X confissão”, no qual a investigação atua majoritariamente por meio de prisões em flagrante e, como única atividade investigativa adicional, incentiva a confissão do suspeito, desconsiderando os alegados problemas da técnica de investigação. Ademais, afirma que o Poder Judiciário, ainda hoje, satisfaz-se com os tipos de prova obtidos por essa forma de investigação, os quais reputa ultrapassados.

O Ministro relator Ribeiro Dantas (Brasil, 2024, p. 14-15) ressalta que o país vive cenário de necropolítica, devido à violência policial generalizada, e falta de ação das autoridades judiciais para sua apuração, motivo pelo qual as provas produzidas unilateralmente pela polícia têm baixa confiabilidade. Utiliza-se, para expor a situação, de dados do Anuário Brasileiro da Segurança Pública (2022, p. 14), como o número de 6.145 mortes causadas em intervenção policial no ano de 2022. Também aponta para o quadro persistente de tortura policial, amparado em dados divulgados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro de 2021 (2021), levantamento do CNJ, entre outros. Em seu levantamento, o CNJ (2022, p. 13-14) examinou 55.799 relatos de tortura em audiências de custódia feitas no país, dos quais somente 5% foram investigadas.

Essa premissa encontrou resistência no único voto divergente, do Ministro Joel Ilan Paciornik (Brasil, 2024, p. 75), o qual afirma que as conclusões do voto do relator

estão pautadas em premissas insustentáveis, porquanto a atual ordem constitucional rechaça a prática de abusos pela polícia e tais práticas são disfunções excepcionais do sistema, as quais não podem moldar e condicionar o processo penal. Afirmo o Ministro que a própria extensão e população do país explicam a ocorrência de relatos de tortura e a repercussão que tomam na mídia e sociedade denuncia como as práticas são rechaçadas socialmente. Assim, os números absolutos e a ênfase dada às situações relatadas não podem fazer com que a exceção seja vista como regra.

O Ministro Paciornik (Brasil, 2024, p. 75) ressalta que:

[...] forçoso reconhecer-se que não condiz mais com a realidade a imagem vetusta de uma tirania sistêmica dos agentes de estado, em especial, no caso, dos policiais, que tolerariam qualquer forma de abuso para obter uma confissão do acusado. Não se pode aceitar um "nivelamento por baixo" das corporações e das cadeias de prestação de serviços públicos, pois tal redundaria em um generalismo injusto, equivocado e discriminatório.

De início, é infeliz a utilização, sem distinção de números de mortes em ações policiais ao tratar de tortura e abuso. O Brasil contava, segundo a mesma publicação (Anuário Brasileiro da Segurança Pública, 2022, p. 22), com 39.961 mortes intencionais no ano de 2021, o que já constitui uma sensível e recente diminuição se comparada aos anos anteriores (em 2017 foram atingidas 64.078 mortes). Muitas dessas mortes resultam da ação direta de grandes, estruturadas e armadas facções criminosas que atuam no país ou do confronto por poder ou território entre elas, cenário que já escapou dos noticiários e entrou no cotidiano urbano nacional, até mesmo para aqueles que se mantêm pasmos diante do fenômeno. Deste modo, atribuir a morte ocorrida em intervenção policial ao abuso policial, mesmo que pela associação de números, é desconsiderar que a utilização da força pela polícia, como regra, é resultado do exercício da legítima defesa própria ou de terceiro dos agentes policiais para a garantia da segurança pública na atuação contra grupos fortemente armados, alheios ao Estado de Direito e hostis à polícia.

Feito esse esclarecimento, sem prosseguir a análise do mérito dos estudos apresentados, o que exigiria um exame crítico das metodologias utilizadas, especialmente das conclusões que os dados permitem inferir, anota-se a infelicidade da comum presunção verificada no universo acadêmico (especialmente daquele mais afastado da prática forense) de que os relatos de violência policial das pessoas presas são verídicos e desinteressados, enquanto os relatos dos policiais acerca das

confissões informais são presumidamente interessados e pouco confiáveis, desconsiderando que ambos demandam corroboração externa. Se, como aponta o voto do relator, é reprovável que relatos de tortura sejam preliminarmente descartados sem investigação, o que exige avanços institucionais, é irresponsável tomá-los por verdadeiros, sem a devida confirmação, e com base nisso propor a criação de políticas criminais.

Porém, partindo desse panorama o Ministro Ribeiro Dantas (Brasil, 2024, p. 28) propôs que a confissão extrajudicial – feita na fase pré-processual – não seja admissível quando obtida informalmente, devido ao grande risco de coação da polícia na obtenção da confissão, uma vez que:

[...] considerando o histórico de violência que acompanha nossas forças policiais desde seu nascimento, existe um risco relevante de que o investigado seja submetido a algum tipo de coação para confessar o suposto crime objeto do inquérito, tenha ele cometido o delito ou não, e jamais conseguirá comprovar a ocorrência dessa tortura” (Brasil, 2024, p. 21).

Ademais, a inadmissibilidade abrange também a valoração dessa confissão por outros meios de prova, como o testemunho do agente policial que a colheu.

Em contraponto, o Ministro Paciornik (Brasil, 2024, p. 85) no voto divergente, defende a possibilidade de valoração da confissão informal por meio do testemunho indireto dos agentes responsáveis pela prisão, já que é trazida ao processo pelos depoimentos prestados por esses agentes.

É verdade que a abordagem do Ministro Ribeiro Dantas está alinhada ao julgamento do AgRg no AREsp 2.583.236-MG, de relatoria do Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador convocado do TJSP), julgado em 10/9/2024 (Informativo 825), no qual a Corte decidiu que testemunhos indiretos da confissão, por si só, não poderiam embasar decisão de pronúncia, porque violaria o artigo 155 do Código Penal, bem assim como o julgamento do AREsp n. 2.290.314/SE, de relatoria do próprio Ministro Ribeiro Dantas, no qual foi decidido que, por si só, os testemunhos indiretos não justificariam o recebimento da denúncia. Porém, a decisão do AREsp n. 2.123.334/MG vai além do que fora julgado, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça reconhecia a validade de testemunhos de ouvir dizer como elementos de convicção, com advertência para suas limitações, porque são menos confiáveis que os testemunhos diretos, nos quais a testemunha presta depoimento sobre os próprios fatos de interesse ao processo. Agora, porém, o testemunho indireto acerca da



confissão, em razão da presunção de violência pessoal, está excluído do campo de valoração do juízo, tornando-se inadmissível por sua baixa confiabilidade. Criou-se, ainda, um tratamento diferente entre testemunhos indiretos de outros fatos e testemunhos indiretos de confissão informal.

Para o Superior Tribunal de Justiça, portanto, são requisitos de admissibilidade da confissão extrajudicial, com base na nova jurisprudência: [a] a formalidade do ato, que deverá seguir as normas dos artigos 185 a 196 do Código de Processo Penal, na forma do artigo 6º, inciso V, do mesmo diploma, [b] a realização da confissão dentro de um estabelecimento oficial (Brasil, 2024, p. 28-29).

Estabelecendo tal barreira para a admissão da prova decorrente da confissão extrajudicial, ao contrário de corrigir as distorções apontadas por meio da apuração de responsabilidade e inadmissão da prova produzida comprovadamente mediante a prática de tortura ou abuso policial, a sistemática impõe que, pautada numa presunção, crie-se uma limitação epistêmica (à obtenção da verdade) e à formação do livre convencimento motivado, sem nenhuma influência imediata sobre o problema inicial, que é a obtenção da confissão extrajudicial mediante abuso policial.

A obrigação de que os policiais responsáveis pela prisão advirtam o conduzido do direito constitucional ao silêncio logo que concretizada, imposta pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC 170843 AgR e já citada, se somada à realização da audiência de custódia, inegável mecanismo de “accountability” da violência policial já implementado, permitem o controle eficaz da confiabilidade da confissão extrajudicial em cada caso concreto, sem impor regras de limitação probatórias desnecessárias, além de privilegiar o sistema da livre persuasão racional, ao permitir que o julgador averigue a credibilidade da confissão em razão das circunstâncias comprovadas.

Veja-se que o juízo de admissibilidade está relacionado à capacidade de verificação da compatibilidade da prova com as regras impostas pelo direito (faceta formal), bem como da capacidade que determinada prova oferece para que dela se extraiam conclusões seguras sobre os fatos discutidos (faceta material), e os mecanismos apontados permitem a averiguação segura das duas situações. Cabe ao julgador, à luz do caso concreto e da prova produzida, averiguar se a confissão realizada violou norma jurídica ou oferece aptidão diminuta para a comprovação dos fatos alegados, inadmitindo-a, sempre que falhe numa das instâncias de admissibilidade. Diga-se, o problema da confiabilidade da confissão é melhor



resolvido à luz do caso concreto, por meio do exame das circunstâncias comprovadas que a circundam, e não por regra que suprima do Juiz a capacidade de cotejo da prova.

No ilustrativo exemplo de Chesterton (2014, p. 47-48), surge uma grande comoção a respeito de um poste de iluminação a gás, que muitas pessoas influentes pretendem derrubar. Um monge faz considerações sobre o assunto. Questiona sobre o valor da luz e se é boa em si mesma. Inobstante, é interrompido e derrubado pela turba, que põe o poste abaixo em pouco tempo. Cada um derrubou o poste por seu próprio interesse, alguns queriam luz elétrica, outros queriam o ferro do poste, outros, só a escuridão, por objetivos maus. Os interesses variavam e o grau de interesse também. Porém, com o tempo, aos poucos, percebem que o monge estava certo, tudo depende da filosofia da luz. E “o que poderíamos ter discutido sob a lâmpada a gás, agora devemos discutir no escuro.”

Quanto à confissão judicial, sem maiores ponderações, o voto considera que, desde que respeitadas as formalidades legais, é lícita e admissível (Brasil, 2024, p. 46). E, como os rígidos critérios de admissibilidade da confissão extrajudicial estão ligados, segundo o voto, à violência policial institucionalizada, faz sentido a admissibilidade da confissão judicial, sem debate aprofundado, porquanto realizada no contraditório, com a presença de defesa, acusação e Juiz, que conduz o interrogatório.

Expostos os requisitos para a admissão da confissão segundo o Superior Tribunal de Justiça, passa-se ao exame da valoração da confissão. Mais uma vez o voto (Brasil, 2024, p. 31) parte da apresentação de estudos, os quais apontam para a existência de um percentual relevante de falsas confissões, o que merece consideração.

Outrossim, da mesma forma como feito quanto à admissibilidade, o Ministro Ribeiro Dantas (Brasil, 2024, p. 36) diferencia confissão judicial da confissão extrajudicial. Para esta, utiliza-se da interpretação da norma do artigo 155 do Código de Processo Penal segundo a qual os elementos informativos do inquérito policial só podem corroborar a prova judicial, mas não são capazes de contrariá-la ou contrapô-la.

Destaca também que não há sentido, diante da retratabilidade da confissão judicial, que a confissão extrajudicial prevaleça em detrimento do interrogatório judicial na qual foi retratada. Aponta, ainda, que a ressalva do artigo 200 do Código de

Processo Penal apenas reforça a necessidade de apreciação da prova em conjunto, sem permitir que a confissão extrajudicial prevaleça sobre a retratação em juízo (Brasil, 2024, p. 37).

Destarte, o voto vencedor conclui que a confissão extrajudicial é elemento informativo apto a direcionar a atividade investigativa no inquérito policial, como meio de obtenção de prova, tal como ocorre com a colaboração premiada, mas não constitui fundamento capaz de alicerçar uma sentença penal condenatória (Brasil, 2024, p. 40).

Neste ponto, o Ministro Joel Ilan Paciornik (Brasil, 2024, p. 86) no voto divergente, discordou da tese vencedora e asseverou que, consoante a norma do artigo 155 do Código de Processo Penal, a sentença penal não pode ser fundamentada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase investigativa, mas nada impede que, corroborada por provas produzidas no contraditório judicial, a confissão extrajudicial compunha o acervo probatório utilizado para a formação do convencimento motivado do magistrado.

Nos termos da norma do artigo 155 “O juiz formará sua convicção [...] não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. No entanto, expressiva doutrina defendia e defende que, em função da adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, a expressão “exclusivamente”, extremamente criticada, é inconstitucional. A tese ganhou força com a Lei n. 13.964/2019 que, ao reformar o Código de Processo Penal, além de adotar, expressamente, o sistema acusatório (artigo 3º-A), determinou a exclusão física do inquérito policial dos autos encaminhados ao juiz da instrução (artigo 3º-C, § 3º). Nucci (2020) e Lopes Jr. (2023, p. 170-176), por exemplo, defenderam a revogação tácita da expressão “exclusivamente” e a consequente proibição da utilização de elementos informativos produzidos na fase pré-processual na formação do convencimento do julgador.

Apesar disso, ao julgar as ADI's 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em 24/8/2023, o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, decidiu que a vedação de acesso do juízo da instrução aos autos do inquérito policial expressada no artigo 3º-C, § 3º é inconstitucional, o que, por ora, mantém aberta a discussão no campo doutrinário.

Sem olvidar que muitos dos entusiastas do processo penal de sistema acusatório procurem exaustivamente interpretar o Código à luz dos contornos teóricos dele, não se verifica uma total incompatibilidade entre a possibilidade de o juiz da

instrução cotejar elementos colhidos em procedimento inquisitivo prévio com a prova produzida no contraditório judicial e a imparcialidade pretendida pelo sistema, até porque esses elementos são integrados ao processo, submetidos ao contraditório diferido e estão suscetíveis de confirmação, mas também contraposição na instrução criminal. Portanto, ao permitir o exame desses elementos pelo julgador, o Código optou por dar maior abertura epistemológica ao julgador, homenageando a liberdade de convencimento do juiz, por um lado, mas sem liberá-lo da obrigação de fundamentação racional, por outro.

Para a confissão judicial, por seu turno, o Ministro (Brasil, 2024, p. 40-42) apresenta parâmetros racionais de valoração, sendo eles os critérios da corroboração e da completude. Segundo o critério da corroboração, a confissão terá maior valor probatório, à proporção que haja quantidade e qualidade das provas que confirmem seu conteúdo. Explica que essa forma de apreciar a prova já foi acolhida pela Corte Cidadã no AREsp 1.803.562/CE, de relatoria do Ministro, no qual fora estabelecido que o Tribunal tem o dever de analisar se existem provas de cada um dos elementos do crime, mesmo que discorde do peso atribuído pelo conselho de sentença. Logo, se a confissão for a única prova de alguma elementar do crime, não será possível a condenação.

Já o critério da completude, nos termos do voto (Brasil, 2024, p. 43-45) está relacionado à proporção entre as provas produzidas pela acusação e aquelas em tese pertinentes para a apuração da responsabilidade criminal. Acrescenta, ainda, que os riscos inerentes à confissão já apontados (violência policial, falsas confissões, etc.) a tornam uma prova de baixa segurança independente. Assim, ao analisar a proporção entre as provas produzidas e aquelas possíveis, a confissão tem pequeno peso probatório pelo critério, demandando a produção de diversas outras provas dentre as disponíveis para, em conjunto, produzir uma sentença penal condenatória.

No ponto, o Ministro Paciornik (Brasil, 2024, p. 87-91) se alinha ao voto vencedor e tece comentários complementares, como o de que o risco de proferir uma sentença condenatória lastreada unicamente na confissão judicial não difere do risco de condená-la somente com fundamento na prova testemunhal, porque ambas as provas estão sujeitas a semelhantes pressões externas e vulnerabilidades, motivo pelo qual o trabalho do juiz é verificar, no caso concreto, a existência dessas influências, a fim de valorar a prova. Enumera, ainda, os critérios que julga essenciais para a valoração da confissão, quais sejam: consistência (sem contradições internas),



completude (sem lacunas relevantes), plausibilidade (ser provável) e verossimilhança (conformidade com o conhecimento sobre o mundo).

Com alicerce doutrinário nas características do sistema acusatório, e em vista das vulnerabilidades ínsitas à confissão, além dos relatos de abuso policial na colheita da confissão extrajudicial documentados, o Superior Tribunal de Justiça promoveu severa barreira de admissão e valoração da confissão extrajudicial e limitou, em igual grau, a liberdade de apreciação da prova do juiz. A decisão é sintomática de um movimento de limitação do espaço de apreciação da prova pelo julgador no processo penal que pode ser observado na jurisprudência mais recente dos Tribunais Superiores após a implementação e reforço de institutos do “*stare decisis*”, no campo normativo, além do crescimento do substancialismo e do ativismo judicial, dentre os Ministros das Cortes de Justiça, atendo-se às causas mais documentadas.

Um ótimo exemplo desse processo é a “evolução” da jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça acerca da legalidade das buscas pessoal e residencial, no qual ocorreu verdadeira tentativa de esgotamento das hipóteses fáticas de busca, a fim de classificá-las como lícita e ilícita, no intuito de balizar a apreciação dos juízes, recorrendo-se, quando necessário, da utilização de presunções para a criação de regras de admissão e valoração da prova.

O resultado desse avanço sobre a atividade valorativa do julgador, com a criação de sucessivas regras de admissão e valoração da prova, por meio da jurisprudência, atrai a crítica de violação ao princípio da legalidade, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, de forma criativa, impôs limitações não expressas na legislação vigente, o que é admitido pelo Ministro Ribeiro Dantas (Brasil, 2024, p. 46/47) ao adiantar objeções à proposta no voto.

Para além disso, a decisão está pautada em presunções e, embora tais presunções resultem da multiplicidade de casos semelhantes que chegam às Cortes Superiores, além de diversos estudos acerca da atividade policial, ou seja, encontram base fática, o problema das influências externas sobre a confissão judicial seria resolvido de forma mais adequada se reservado aos juízes espaço para a verificação de abusos e torturas, que a tornam inadmissível, bem como pela valoração do conteúdo da confissão, utilizando-se dos critérios valorativos já indicados, os quais são consagrados. A solução, outrossim, demanda mera observância do sistema do livre convencimento motivado, já consagrado.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça tem como avanço, em relação a casos análogos, como o das buscas, o fato de construir uma regra única de decisão, ao contrário dos casuísmos verificados anteriormente, o que aumenta a segurança jurídica e promove a estabilidade da jurisprudência, um problema crítico do Poder Judiciário nacional, segundo a perspectiva da análise econômica do direito. Porém, é necessário atentar que os múltiplos casos concretos levados até o Poder Judiciário nem sempre podem ser reduzidos a poucas regras de admissão e valoração da prova sem a criação de distorções e injustas. É preferível, embora custoso, que os juízes e tribunais se debrucem sob cada um dos casos submetidos e examinem a confissão concretamente, admitindo-a (ou não), atribuindo-lhe maior ou menor valor probatório, e nenhuma regra abstrata de tomada de decisão substituirá a contento essa verificação que é inerente à atividade jurisdicional.

É claro que essa tomada de decisão não põe termo às condenações sustentadas exclusivamente em confissões inverossímeis, como as que chegam ao Tribunal da Cidadania. Porém, é preferível o ajuste e reforma individual das decisões judiciais destoantes à imposição geral de um conjunto de regras que diminuirá a dimensão epistemológica do juiz, restringirá a produção de prova e impedirá, de forma genérica e indiscriminada, a admissão da confissão extrajudicial informal, limitará o valor probatório da confissão extrajudicial formal à fase pré-processual e, por outro lado, não reprimirá a prática dos abusos policiais, pois não está voltada à investigação e repressão dos desvios policiais, mas tão só ao rebaixamento do *standart* probatório da confissão.

Como afirmou o Ministro Paciornik (Brasil, 2024, p. 87-91):

[...] O caminho para o aprimoramento do sistema não está em sua destruição, mas em sua constante evolução. Assim, medidas que viabilizem o aumento da transparência, do controle e da responsabilização dos agentes públicos, conjuntamente com medidas voltadas à qualificação da formação e à melhoria da atuação dos policiais, são formas efetivas e concretas de mitigar riscos de abusos e de confissões falsas, sem recair em rupturas sistêmicas extremas.

A substituição da árdua tarefa de examinar, de forma minuciosa, imparcial e compromissada a prova produzida, pela criação de sucessivas regras pré-concebidas de julgamento, após exame, e ao contrário do alegado, parece rebaixar o nível de confiabilidade das decisões judiciais, devido à exclusão de elementos do acervo

probatório que poderiam se revelar importantes para a construção de uma decisão justa.

4. CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada no presente trabalho é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AREsp n. 2.123.334/MG, traçou critérios de admissibilidade e valoração da confissão no processo penal que, no campo da admissibilidade, restringem significativamente a utilização da confissão, especialmente a extrajudicial, na formação do livre convencimento motivado e, no aspecto da valoração, reduzem seu grau epistemológico, tratando-a como prova de inúmeras limitações intrínsecas.

Com relação à confissão extrajudicial, a Corte afastou a possibilidade de ingresso, por qualquer meio, da confissão informal realizada pelo acusado no momento da prisão, negando seu valor como testemunho indireto. Restringiu sua validade à formalização e documentação do ato em estabelecimento estatal público e oficial. Com isso, impede-se que o julgador valore depoimentos policiais que aludem a palavras do acusado durante os procedimentos da prisão, mesmo que tenha sido advertido do direito constitucional ao silêncio e, por consequência, limitou o objeto cognoscível do julgador para além dos limites do direito fundamental ao silêncio. Outrossim, restringiu a influência da confissão extrajudicial à formação da “*opinio delicti*”, impedindo-a de entrar na esfera valorativa do juiz, a qual ficará limitada somente à confissão judicial, o que ultrapassa a interpretação consolidada da norma do artigo 155 do Código de Processo Penal, que veda a condenação pautada “exclusivamente” em elementos informativos, sem impedir que sejam utilizados para corroborar a prova produzida no contraditório judicial.

Para a confissão judicial não há inovação substancial quanto aos requisitos de admissibilidade, enumerados no Código de Processo Penal. Preserva-se, também, a possibilidade de livre valoração da confissão judicial, mas com expressas ressalvas de suas limitações intrínsecas, o que é problemático do ponto de vista da sistemática do livre convencimento motivado adotada pelo sistema processual penal. Agrava-se o quadro pelo fato de que as advertências de índole epistemológicas não foram objeto de limitação legal, mas são fruto unicamente do entendimento jurisprudencial.

As novas conclusões da Corte, como discutido no voto, são fruto único da premissa de que há um número significativo de confissões tomadas por meio de



tortura e/ou abuso policial, sem resposta adequada do Poder Judiciário. Diante das limitações do trabalho, estabeleceu-se, ao menos, a dúvida sobre a premissa, porque parte da “impossibilidade” de prova do abuso policial para, incisivamente, equivaler alegação de agressão à agressão comprovada, incumbindo ao Estado o ônus de afastar tais alegações, ou melhor, limita sensivelmente o objeto de cognição do juiz criminal amparado nessas observações, descartando até mesmo a possibilidade de o Estado fazer prova da espontaneidade da confissão.

O Superior Tribunal de Justiça erra ao, em vez de fortalecer ferramentas de controle da confissão no processo penal, já existentes, impor regras de limitação probatórias que não tem aptidão de reduzir a violência policial (premissa alegada) e diminuem o campo de apreciação da prova, dificultando a reconhecimento dos fatos por meio do processo. Além disso, insiste na criação de regras e restrições não previstas em lei e atua como legislador positivo, comportamento que se tornou frequente nos Tribunais Superiores.

Outrossim, de forma abrangente, aponta a disposição dos Tribunais Superiores a substituírem e rechaçarem a apreciação individualizada da prova pela criação de regras genéricas de julgamento, sob o pretexto de conter abusos. Também indica que a jurisprudência avança na desqualificação de elementos produzidos no inquérito policial, promovendo uma interpretação cada dia mais restritiva da possibilidade de valoração do inquérito à luz do artigo 155 do Código de Processo Penal. A sistemática acusatória, para a Corte, não sobrevive sem a inacessibilidade do inquérito policial à Autoridade Judicial.



REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. 1648 p.

ALVES-MARREIROS, A. **Guerra à polícia: reflexões sobre a ADPF 635**. São Paulo: Editora E.D.A., Educação, Direito, Alta Cultura, 2021, p. 244.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 fev. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Subsídios à missão do Subcomitê das Nações Unidas para Prevenção da Tortura (SPT) ao Brasil**. 2022. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/bitstream/123456789/807/1/informe-spt-fevereiro-22-10h-impressao.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20pode%20ser%20condenado%20por,momento%20da%20perpetra%C3%A7%C3%A3o%20do%20delito>. Acesso em 9 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial n. 2.123.334. Agravante: Antony Jose de Souza Rosa. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Acórdão em 12 de junho de 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 set. 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202201379825>. Acesso em: 9 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial n. 2.583.236. Agravante: Poliane Nogueira Ramos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador convocado do TJSP). Acórdão em 10 de setembro de 2024. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 set. 2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202400743465>. Acesso em: 9 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial n. 2.290.314. Agravante: Carlos Alexandre Santos Cruz. Agravado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Acórdão em 23 de maio de 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 mai. 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202300339432>. Acesso em: 9 fev. 2025.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial n. 1.803.562. Agravante: Maria Iara Santiago Pereira. Agravado: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Acórdão em 24 de agosto de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202003304702>. Acesso em: 9 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298. Recorrente: Associação de Magistrados Brasileiros. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão em 24 de agosto de 2023. **Diário de Justiça Eletrônico** número 286, Brasília, DF, 19 dez. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADI&numero=6298>>. Acesso em: 9 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 170.843. Recorrente: Daniela Cristina Gema. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão em 4 de maio de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico** número 174, Brasília, DF, 1 nov. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5687026>>. Acesso em: 9 fev. 2025.

CHESTERTON, G. K (Gilbert Keith). **Hereges**. Tradução: Antônio Emílio Angueth de Araújo; Márcia Xavier de Brito. 3. ed. Campinas: Ecclesiae, 2012, p. 310.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **DPRJ reúne 1.250 relatos de maus tratos e tortura de presos em 1 ano**. 2021. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11646-DPRJ-reune-1-250-relatos-de-maus-tratos-e-tortura-de-presos-em-1-ano>>. Acesso em: 6 fev. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro da segurança pública**. 2022. Disponível em: <<https://publicacoes.forumseguranca.org.br/-bitstreams/c0c2a9ec-d322-487a-b54f-a305cb736798/download>>. Acesso em 6 fev. 2025.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. 1648 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. 1648 p.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. 1363 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** / Guilherme de Souza Nucci. 19. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA: DA EXCLUSÃO À INCLUSÃO ESCOLAR.¹

THE RIGHT TO EDUCATION FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS WITH
DISABILITIES: FROM EXCLUSION TO SCHOOL INCLUSION.

Jefferson Nóbrega Barbosa²

RESUMO: A inclusão escolar criança e do adolescente com deficiência é um tema de grande relevância e vem ganhando cada vez mais espaço nas discussões que explicitam a necessidade das escolas em atender as diferenças inerentes à condição dessas pessoas. Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo entender a evolução dos direitos das pessoas com deficiência no contexto brasileiro, sobretudo da criança e do adolescente e, o progresso legislativo referente a positivação desses direitos, especificamente a educação. Após a análise histórica e explanação da legislação, foca-se na implementação das práticas inclusivas nas instituições de ensino brasileiras, entendendo a educação como uma garantia de todos os indivíduos, sem qualquer discriminação ou preconceito. Faz-se um esboço acerca da realidade vivenciada e dos principais obstáculos que vem sendo enfrentados, buscando compreender a necessidade da educação inclusiva para o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência.

Palavras chave: Direitos Fundamentais. Criança e Adolescente. Pessoas com Deficiência. Educação Inclusiva.

ABSTRACT: The school inclusion of children and adolescents with disabilities is a highly relevant topic and has been gaining increasing attention in discussions that highlight the need for schools to address the inherent differences in their condition. In this context, this study aims to understand the evolution of the rights of people with disabilities in Brazil, especially children and adolescents, and the legislative progress regarding the affirmation of these rights, specifically in education. After a historical analysis and explanation of the legislation, the study focuses on the implementation of inclusive practices in Brazilian educational institutions, understanding education as a guarantee for all individuals, without any discrimination or prejudice. The study outlines the current reality and the main obstacles faced, seeking to understand the need for inclusive education for the full development of people with disabilities.

Keywords: Fundamental Rights. Children and Adolescents. People with Disabilities. Inclusive Education.

¹ Artigo adaptado a partir de Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Ciência Jurídicas e Sociais, apresentado perante Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), em 2017.

² Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais (UFCG). Pós-graduado em Direito Público (Faculdade Processus/ESMA-DF). Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. E-mail: jefferson_nb@hotmail.com.



1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que a educação é o maior e mais eficiente instrumento de transformação de uma sociedade. É através dela que se transmite o conhecimento, propaga-se a cidadania, ampliam-se as margens da liberdade humana.

Houve tempos em que se via uma impossibilidade prática de receber mulheres na mesma sala de aula que homens, de receber afrodescendentes na mesma sala de aula que os brancos, de aceitar as diferenças religiosas, o que vem sendo superado em nome do direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o direito à educação surge dentro do conjunto de direitos fundamentais de caráter social, tendo por inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. Assim, todas as crianças e adolescentes têm direito à igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, que deve garantir o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, o respeito à liberdade e o apreço à tolerância.

A educação inclusiva da criança e do adolescente com deficiência é um tema de grande discussão na atualidade, uma vez que por meio da conquista histórica de direitos das pessoas com deficiência ao longo das últimas décadas, a cada ano cresce nas instituições de ensino brasileiras a procura pelas famílias desses indivíduos por vagas na rede regular de ensino.

A educação inclusiva deve ser aquela que não exclui as pessoas com deficiência dos outros estudantes, mas sim aquela que lhe dá o suporte necessário para que possa desenvolver-se plenamente, uma vez que todos têm direito de frequentar uma escola, seja ela pública ou privada, e ter acesso a um ensino de qualidade.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu corpo diversos dispositivos que tratam dos direitos das pessoas com deficiência, vários dispositivos legais foram surgindo buscando garantir a aplicação prática desses direitos.

Destacam-se a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe a obrigação de amparo e pluralidade democrática adotada pela Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que todas as instituições de ensino, sejam públicas ou privadas, devem ajustar sua metodologia a partir da premissa da diversidade, dando efetiva e plena aplicação ao direito fundamental à educação. E a Lei nº 9.394/96, Lei de



Diretrizes e Bases da Educação, indicando que as pessoas com deficiência sejam educadas na rede regular de ensino.

Pode ser citada, ainda, a Declaração de Salamanca de 1994, resultado da cultura dos direitos humanos difundida desde o fim da Segunda Guerra Mundial, tendo como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948. A Declaração de Salamanca prega pela escola de todos, uma vez que todos os indivíduos, tenham ou não deficiência, devem ter acesso garantido à educação de qualidade, dentro do mesmo ambiente de aprendizagem.

Já no século XXI, no ano de 2006, a ONU aprova a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil no ano de 2008, com status de Emenda Constitucional, visando assegurar de forma mais contundente as práticas inclusivas educacionais, dentro da realidade brasileira. E, por fim, a recente Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que regulamentou de forma direta o direito a educação às pessoas com deficiência, trazendo um extenso rol de direitos a serem plenamente aplicados a esses indivíduos.

Ocorre que, mesmo com todas as criações legislativas e a nova Lei de Inclusão dispor em capítulo próprio acerca da garantia de acesso à educação das pessoas com deficiência, estabelecendo-a como direito fundamental, assegurados o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, trata-se de abstrações jurídicas desconhecidas pela grande massa da população e que enfrentam a pouca aplicação prática, principalmente do que diz respeito ao descaso do Poder Público.

Diante dessa premissa, ao longo deste trabalho se buscará compreender a necessidade de se garantir a educação inclusiva às pessoas humanas com deficiência, preservando-se os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantidos constitucionalmente.

Será feito um levantamento histórico acerca do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos, assim como do surgimento e desenvolvimento do direito à educação inclusiva às pessoas com deficiência e compreender a real necessidade de sua proteção, realizando o estudo dos avanços legislativos nesse

sentido, dos principais aspectos referentes à educação inclusiva e apontar as dificuldades de sua implementação.

2. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITO DE DIREITOS NO BRASIL

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos, assim como o surgimento e desenvolvimento do direito à educação inclusiva às pessoas humanas com deficiência, é fundamental para se compreender a real necessidade de sua proteção, promovendo o conhecimento dos avanços legislativos e dos principais aspectos referentes à educação inclusiva, de modo apontar as dificuldades de sua implementação e buscar meios de saná-las.

Os direitos da criança e do adolescente são fruto de um lento progresso evolutivo na história de nossa nação, quando há um rompimento das práticas exclusivas e patriarcais, passando-se a enxergar esses jovens como o futuro do país.

A história nos remonta a chegada dos portugueses ao Brasil, quando no ano de 1549, com a chegada da Companhia de Jesus ao território brasileiro, tem-se notícia do primeiro programa de acolhimento de menores. O Estado agindo por meio dos jesuítas, retirava os jovens indígenas do convívio familiar, buscando catequizá-los e adaptá-los aos costumes dos nossos colonizadores (Alberton, 2005).

Não havia na verdade, o intuito de proteger e educar esses jovens, mas sim de atender os interesses da Coroa Portuguesa. Como pretendiam se estabelecer definitivamente em nosso território e dominar o povo aqui existente, o que não se mostrava fácil diante da resistência do povo indígena, os portugueses necessitavam impor seus hábitos e costumes.

Passando por esse período chegamos ao Brasil Império, lapso temporal que vai de 1822 a 1899, em que a realidade que se apresentava era semelhante à do regime colonial, com a substituição dos índios pelos escravos trazidos do continente africano, para servirem de mão de obra em nosso país. Aos filhos dos escravos negros eram negados os direitos mais básicos, como saúde e educação, assim como às crianças portadoras de doença contagiosa ou com alguma deficiência (Tavares, 2001).



Ainda, durante o período imperial disseminou-se o abandono de crianças por mães solteiras, motivadas pelo preconceito de uma sociedade patriarcal e opressora. Muitas dessas crianças, diante da situação de risco a que eram submetidas acabavam falecendo, o que levou a criação das Rodas dos Expostos, um sistema de assistencialismo criado na Europa pelo Papa Inocêncio III, que foi importado para o Brasil, e que aqui era mantido pelas Santas Casas da Misericórdia. Essas casas, sustentadas com o auxílio da Igreja Católica recebiam as crianças desamparadas, assim como os doentes e deficientes, constituindo ainda que de forma precária uma certa proteção à vida desses indivíduos desamparados.

No período acima destacado, ocorreu uma verdadeira institucionalização do abandono de menores:

A Roda dos Expostos era constituída por um cilindro oco de madeira que girava em torno do próprio eixo com uma abertura em uma de suas faces, que era colocada em uma espécie de janela por onde eram depositadas os bebês. Dessa forma, protegia-se o anonimato das mães em detrimento desses filhos de conhecerem a sua origem biológica. (Cabral & Sousa, 2004).

A situação narrada perdurou durante todo o Regime Imperial, adentrando até mesmo no Regime Republicano. Prova disso é que nem a Constituição Imperial de 1824, nem a Constituição Republicana de 1891, nada trouxeram acerca de políticas de proteção e assistência à criança e ao adolescente.

O cenário começa a mudar em meados do século XX. Diante do cenário de instabilidade em relação à mão de obra escrava e a eclosão da indústria no Brasil, em 1871 surge a Lei do ventre Livre, considerada a primeira lei abolicionista do regime escravocrata no Brasil, que declarou livres os filhos das escravas a partir da data de sua publicação, que se deu em 28 de setembro de 1871, garantindo a transição, embora lenta, desses indivíduos ao regime de mão de obra livre (Silveira, 2014).

No início do século XX começam no Brasil movimentos sociais em busca de direitos aos desfavorecidos socialmente. Quanto aos direitos da criança e do adolescente, pode ser citada a luta pelo estabelecimento da idade mínima para o trabalho em 14 anos e a proibição do trabalho noturno aos menores de 18 anos.

O primeiro Juizado de Menores no Brasil é criado em 1923, momento em que se passa a vigorar Doutrina da Situação Irregular do menor no cenário brasileiro, estruturada no binômio carência-delinquência (Mendes, 2006).

Em 1927 é criado o Código dos Menores, marco legislativo endereçado às crianças tidas como irregulares, abordando questões como o trabalho infantil e a tutela. Tratava-se de uma política assistencialista aos jovens excluídos da sociedade.

Entretanto, apesar de ser considerado um marco para o reconhecimento jurídico da criança e do adolescente, o Código de 1927 era destinado apenas aos jovens que representavam algum risco à sociedade, merecendo uma tutela repressiva do Estado, a fim de se conter problemas futuros. Não buscava criar medidas voltadas à inclusão desses jovens, mas sim moldá-los conforme o padrão social vigente à época.

O Juiz ganhou papel central nesse contexto, uma vez que era através de decisão monocrática sua, que se decidia o futuro desses indivíduos. Estava nas mãos do magistrado averiguar a situação familiar em que estava alocado a criança ou o adolescente e decidir acerca da capacidade ou não que aquela família possuía de lhes criar e educar. Caso a resposta fosse negativa, esses jovens eram enviados às casas de internação com o pretexto de prevenir um mal futuro, de proteger a sociedade de jovens delinquentes.

Anos mais tarde, em 1964, foi criada a Lei nº 4.513, que instituiu a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) e a FEBEM (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor), a serem instauradas nos Estados brasileiros com o fim de alojar os jovens considerados como transgressores, em situação irregular, em um sistema de reclusão semelhante ao de uma prisão comum.

O Código de Menores de 1979 manteve a Doutrina da Situação Irregular, que considerava a criança e o adolescente como incapazes de exercerem seus direitos, sendo irrelevantes as suas opiniões. Aqueles que representavam um perigo social mereciam a tutela estatal e teriam sua liberdade tolhida, sem nenhuma garantia processual. Eram levados até a FEBEM, e lá permaneciam sem acesso aos direitos mais básicos e, ainda, privados do convívio familiar. Na prática, o sistema de reclusão de jovens empregado se mostrou totalmente ineficiente, uma vez que o número de

crimes praticados por menores de idade só crescia, muito em relevância de serem apresentadas desde cedo à marginalidade, dentro do ambiente da FEBEM.

Depois de muitos debates acerca do tratamento que vinha sendo dado às crianças e adolescentes em nosso país, após o período de maior violência e repressão que vivenciamos no último século, a ditadura militar, que acabou por agravar ainda mais a realidade social da parcela mais pobre da população, começamos a superar a Doutrina da Situação Irregular, passando por uma fase de redemocratização, lastreada pelo princípio universal da dignidade da pessoa humana. Passou-se a considerar a criança e o adolescente como sujeito de direitos, buscando medidas de inclusão desses jovens na sociedade, procurando por políticas públicas voltadas às reais necessidades desses indivíduos.

Os grandes marcos legais para o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, concebendo-os como pessoas em pleno desenvolvimento e que merecem o devido cuidado e proteção não só no seio familiar, mas também no ambiente social, uma vez que serão o futuro da nação, foram a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990.

Adotou-se a Doutrina da Proteção Integral em contraponto à Doutrina da Situação Irregular, como resultado da evolução democrática de nosso país, tendo como seu grande pilar construtor a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 227 dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

A partir de então busca-se romper com as práticas excludentes empregadas na vigência da situação irregular, estampada nos Códigos do Menores de 1927 e de 1979. A proteção integral considera a criança e o adolescente como legítimos cidadãos, que merecem uma proteção específica pela sua condição de pessoa em desenvolvimento, buscando ações inclusivas e protetivas para esses indivíduos, visando sua evolução humana, social, psicológica e moral. Nesse sentido,



[...] a Doutrina da Proteção Integral preconiza que o direito da criança não deve e não pode ser exclusivo de uma “categoria” de menor, classificado como “carente”, “abandonado” ou “infrator”, mas deve dirigir-se a todas as crianças a todos os adolescentes, sem distinção. As medidas de proteção devem abranger todos os direitos proclamados pelos tratados internacionais e pelas leis internas dos Estados (Liberati, 2012, p. 54).

Deixa-se de lado a concepção de serem as crianças e os adolescentes integralmente incapazes para os atos da vida civil, enxergando-os como pessoas humanas detentoras de direitos, em condição de pleno desenvolvimento e que por esta razão merecem uma proteção diferenciada e solidária da família, do Estado e da sociedade, uma vez que ainda não possuem o discernimento de exercer esses direitos em sua plenitude.

Quanto às crianças e adolescentes com deficiência a análise da proteção integral ganha uma importância ainda mais relevante, e deve reger toda atuação voltada ao seu amparo e proteção, principalmente no que diz respeito à educação desses indivíduos, instrumento primordial de inclusão e inserção social.

3. O RECONHECIMENTO DA PESSOA HUMANA COM DEFICIÊNCIA

Os direitos das pessoas humanas com deficiência são fruto de uma longa e árdua luta contra o preconceito arraigado na sociedade conservadora brasileira, onde as minorias sempre foram desprezadas e marginalizadas, muitas vezes pela própria família que se nega a aceitar suas limitações.

A luta pelo reconhecimento desses direitos passou por um processo de aceitação por parte da sociedade de que as pessoas com deficiência se encontravam em uma situação de desigualdade, e que a sua exclusão do meio social estaria ferindo a dignidade humana desses indivíduos, princípio basilar da cultura dos direitos humanos tão discutida na atualidade.

Era comum tratar a pessoa com deficiência como alguém que tinha um defeito, necessitando de tratamento. Trata-se de um conceito médico da deficiência em que era o próprio deficiente, já em situação de exclusão, que deveria se adaptar ao ambiente social, ao modo de vida daqueles considerados normais.

Hoje não mais se adota essa concepção, com o crescimento da cultura dos direitos humanos, passamos a adotar um conceito social da deficiência. O modelo



social vê a pessoa com deficiência como ser humano, utilizando o dado médico apenas para definir suas necessidades (Ramos, 2014).

O portador de deficiência passa a ser visto como sujeito de direitos, devendo a sociedade e o Estado fornecerem subsídios para sua integração no meio social, sem qualquer tipo de discriminação. Dessa forma a deficiência estaria no meio social e não na pessoa portadora de alguma patologia, assim quanto mais incluída e mais oportunidades tiver a sua disposição, mais reduzidas serão as consequências de sua característica especial. O Decreto Legislativo n. 186/2008, que aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.949, de 25/08/2009, incorporado em nosso país com status de norma constitucional, em seu preâmbulo estabelece que:

[...] a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (Lenza; 2015, p. 1463).

No Brasil somente se constata a presença de norma constitucional visando a proteção do portador de deficiência com a Emenda Constitucional n. 12/78, ainda sob a vigência do Regime Ditatorial (Lenza, 2015).

Com o processo de redemocratização de nosso país, após o fim do Regime Ditatorial, esses indivíduos ganharam mais visibilidade sendo objeto de amparo em diversos dispositivos na Constituição de 1988, dentre eles podemos citar o dever do Estado de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência (art. 23, II), materializado como atividade de assistência social (art. 203, IV e V), ou ainda o atendimento educacional especializado (art. 208, III).

Aqui, elenca-se outros dispositivos constitucionais que tratam das pessoas com deficiência, para maior e melhor compreensão do tema:

É de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, II). O art. 37, VIII, dispõe que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. No plano federal, a Lei n. 8.112 prevê até 20% da reserva de vagas (art. 5º, § 2º).

O art. 7º, XXXI proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”

O art. 203, V, estabelece a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

No que tange à criança e adolescente com deficiência, o art. 227, II, determina a “criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

O art. 227, § 2º, determina que a lei deve dispor sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência” (Ramos; 2014, p. 614).

Após a CF/88 outros dispositivos legais vieram para corroborar e positivar os direitos das pessoas com deficiência, como à Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O estatuto reforçou alguns preceitos já determinados pela Constituição de 1988, como a proteção integral de crianças e adolescentes e a prioridade na formulação de políticas públicas, na destinação de recursos da União e no atendimento de serviços públicos.

Pode ser citada, ainda, a Declaração de Salamanca de 1994 que estabeleceu como princípio orientador o de que as escolas deveriam acomodar todas as crianças independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras.

Conforme já citado anteriormente, no ano de 2008 o Brasil ratificou, com status de norma constitucional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela ONU. A Convenção veio para reafirmar o princípio da dignidade da pessoa humana, rompendo com o conceito médico de deficiência e adotando o conceito social, buscando garantir condições mais dignas para as pessoas humanas com deficiência, integrando-as na sociedade, apresentando medidas de inclusão a serem implementadas no Brasil.

Mais recentemente tivemos a promulgação da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, também nominada por Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei da Inclusão,

fruto do processo democrático de inclusão iniciado com a CF/88. Mantém-se o conceito humano/social de deficiência, dispondo em seu art. 2º, *caput*:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Brasil, 2015).

A Lei de Inclusão tem como pilar conceitual a Convenção da ONU ratificada pelo Brasil, mas adaptada à realidade brasileira, onde as políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência ainda são precárias, e muitas vezes inexistentes. Busca-se assegurar os direitos já existentes, sem se tornar uma norma morta, como é comum na realidade legislativa brasileira, em que muito se produz e pouco se faz, para isso traz soluções práticas para a resolução dos casos envolvendo esses indivíduos, inclusive regulamentando de forma direta o direito a educação às pessoas com deficiência.

4. A EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A educação cria o escopo necessário para a modificação de uma sociedade que exclui, e consiste em um processo em que se amplia a interação de todos os estudantes nos estabelecimentos de ensino regular. Com isso, respeita-se a diversidade de alunos que o compõem e se restaura a política democrática da inserção social de todos. É ela o maior e mais eficaz instrumento de transformação social, sempre tendo por base o valor da igualdade material entre os indivíduos.

No que tange às pessoas com deficiência, a educação ganha uma importância ainda mais relevante, tendo em vista a exclusão natural por qual passam esses indivíduos ao longo de suas vidas, exclusão proveniente de um preconceito histórico enraizado em nossa sociedade, e, muitas vezes, no próprio seio familiar, o que agrava ainda mais a situação, uma vez que é na família que se encontra o primeiro contato do indivíduo com sua base educacional.

Neste íterim, a educação inclusiva surge como uma ferramenta de inserção social das pessoas humanas com deficiência, intensificando os debates acerca do tema no meio social, principalmente em virtude das inovações legislativas que surgiram na

última década, bem como através de decisões do Poder Judiciário, visando assegurar uma vida mais digna e igualitária a esses indivíduos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, baseada em todo o seu texto na sistemática dos direitos humanos e do princípio da igualdade, o direito à educação das pessoas com deficiência é reconhecido como um dever do Estado.

No sistema adotado anteriormente à CF/88 o Estado não tinha o comprometimento formal de assegurar o ensino de qualidade ao povo brasileiro, o ensino era uma espécie de política assistencialista, um resguardo dado àqueles que não possuíam condições de arcar com seus custos.

Hoje o cenário é outro, dar condições de acesso e permanência na rede regular de ensino não é um favor do Estado para com seu povo, é uma obrigação imposta constitucionalmente³. A educação pode e deve ser exigida dos órgãos competentes quando esse direito for violado. Passa a ser compreendida como um direito fundamental e essencial para a formação do ser humano. A CF/88, no Capítulo III, Da Educação, da Cultura e do Desporto, artigo 205 afirma que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (Brasil, 1988)

Em seu artigo 208, inciso III, prevê:

[...] o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (Brasil, 1988).

Ademais, o artigo 227, parágrafo 1º, inciso II prevê a criação de programas de prevenção, integração dos adolescentes portadores de deficiência:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-

³ STF, RE 1008166 (Repercussão Geral – Tema 548)

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (Brasil, 1988).

Esses e outros dispositivos constitucionais alçam questões de suma importância para a discussão da educação inclusiva no Brasil, não apenas com relação à adaptação de infraestrutura, quebra de barreiras arquitetônicas, transporte coletivo, capacitação de profissionais especializados, entre outros.

Em 1990 é sancionada a Lei nº 8.069/90, buscando assegurar o direito à educação às pessoas com deficiência de forma mais efetiva. Na busca de inclui-los no ambiente educacional, o ECA estabelece que é dever do Estado, da família e da sociedade garantir o direito de crianças e adolescentes à liberdade, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção do trabalho (Brasil, 1990). Neste cenário, o direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer passa a ser o eixo central para o desenvolvimento pessoal e social do infanto-juvenil com algum tipo de deficiência.

Como consequência das discussões acerca de medidas voltadas para a educação inclusiva e a nova sistemática voltada aos direitos humanos, advém em 1994 a Declaração de Salamanca, dispondo sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educacionais especiais. Ainda em seu preâmbulo, dispõe que:

[...] as crianças e jovens com necessidades educativas especiais devem ter acesso às escolas regulares, que a elas se devem adequar através duma pedagogia centrada na criança, capaz de ir ao encontro destas necessidades, [...] as escolas regulares, seguindo esta orientação inclusiva, constituem os meios mais capazes para combater as atitudes discriminatórias, criando comunidades abertas e solidárias, construindo uma sociedade inclusiva e atingindo a educação para todos; além disso, proporcionam uma educação adequada à maioria das crianças e promovem a eficiência, numa ótima relação custo-qualidade, de todo o sistema educativo. (Declaração de Salamanca, 1994).

Essa ferramenta de inclusão ampliou a abrangência e o conceito de necessidades especiais educacionais, abarcando não só as pessoas com deficiência, mas todos aqueles que possuem algum *déficit* que lhe estabeleça alguma limitação, seja ela física, biológica ou até mesmo social.

Dessa forma, os centros educacionais devem buscar meios de atender as necessidades desses alunos, concretizando o verdadeiro sentido da educação inclusiva, tendo como princípio orientador que as escolas deveriam acomodar todas as crianças independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras (Declaração de Salamanca, 1994). Segundo o documento,

o princípio fundamental da escola inclusiva é o de que todas as crianças deveriam aprender juntas, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que possam ter. As escolas inclusivas devem reconhecer e responder às diversas necessidades de seus alunos, acomodando tanto estilos como ritmos diferentes de aprendizagem e assegurando uma educação de qualidade a todos através de currículo apropriado, modificações organizacionais, estratégias de ensino, uso de recursos e parcerias com a comunidade [...] Dentro das escolas inclusivas, as crianças com necessidades educacionais especiais deveriam receber qualquer apoio extra que possam precisar, para que se lhes assegure uma educação efetiva [...]. (Declaração de Salamanca, 1994).

Dentro da década de 90, é necessária também a remissão à Lei nº 9.394/96. A atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional veio para romper com os dispositivos anteriores, estabelecendo como princípio base a educação universal, implementando a educação inclusiva dentro de sua sistemática.

Lastreada pelos primados estabelecidos na CF/88 amplia o conceito de educação, entendendo-a como um processo dinâmico e complexo que vai além dos muros da escola. Trata-se do processo essencial de formação da cidadania de todo ser humano, e que,

[...] abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (Brasil, 1996).

Nesse contexto dispõe que a educação escolar é composta pela educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; e ensino superior (Brasil, 1994). Assim, o direito à educação contempla o direito de acesso e permanência à escola, com a oferta de todos os níveis de ensino. Nenhuma outra modalidade de ensino supre o direito à educação escolar. No seu artigo 59, aduz que:

Os sistemas de ensino devem assegurar aos alunos currículo, métodos, recursos e organização específicos para atender às suas necessidades; assegura a terminalidade específica àqueles que não atingiram o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental em virtude de suas deficiências e; a aceleração de estudos aos superdotados para conclusão do programa escolar (Brasil, 1994).

Passando ao século XXI temos um grande marco para a garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Em 2008, o Governo brasileiro ratifica a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que adentra no ordenamento jurídico brasileiro com status de Emenda Constitucional.

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência buscou garantir a esses indivíduos todos os direitos assegurados às demais pessoas na CF/88 e em outros dispositivos legais, passando a balizar a política de atendimento às pessoas com deficiência em todo o país.

Determinou que os países signatários devem assegurar um sistema de educação inclusiva em todos os níveis de ensino. Ordena que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório; e que elas tenham acesso ao ensino fundamental inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem (Brasil, 2009).

Por fim, foi sancionada a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, regulamentando de forma direta o direito à educação aos portadores de deficiência, dispondo em seu artigo 27, que:

A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e

habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação (Brasil, 2015).

Esse dispositivo legal além de deixar claro o direito das pessoas com deficiência a uma educação inclusiva de qualidade e que atenda a suas necessidades, conforme os ditames da igualdade material, dispõe em seu artigo 28 acerca de medidas de acessibilidade, infraestrutura, metodologia de ensino, medidas de apoio, que devem ser adotadas pelas instituições de ensino públicas ou privadas, sem qualquer ônus para os que delas irão dispor.

Nesse contexto, é possível perceber grandes avanços legislativos no campo da educação inclusiva das pessoas com deficiência. Ocorre que, quando se passa para a análise prática, grande parte desses direitos não são respeitados. Há um grande abismo entre as normas positivadas e as ações que vem sendo implantadas, voltadas para a educação inclusiva.

Mesmo sendo a educação reconhecida como direito humano fundamental e ter a escola como via principal, é comum a rejeição de pessoas com deficiência por diferentes motivos, desde uma pequena dificuldade de aprendizado até uma deficiência mais grave, embora isso não o prive de uma interação com os demais alunos.

Ademais, com relação às pessoas com deficiência, quando o acesso à educação não é totalmente negligenciado tanto por parte do Poder Público, quanto pela iniciativa privada, nem sempre esse direito é respeitado da forma adequada, em observância aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana expressos na Constituição Federal de 1988, tornando-se, muitas vezes, demasiadamente oneroso aos responsáveis por esses indivíduos.

Falta de incentivo governamental; de infraestrutura adequada; de recursos didáticos apropriados; desvalorização e inexperiência dos profissionais da educação na atuação com esse público, associadas à inexistência de uma preparação específica voltada às pessoas com deficiência, são alguns dos fatores que podem ser apontados como as grandes dificuldades para que a educação inclusiva venha a ser aplicada em sua plenitude.

A efetivação da educação inclusiva das pessoas com deficiência não será garantida por meio de meras abstrações jurídicas que exarquem mandamentos insuficientes e sem força coativa para que se obrigue as instituições de ensino a cumpri-las, uma vez que a mera aceitação do aluno com deficiência na sala de aula não é garantia de inclusão, mas sim que a escola esteja preparada para dar conta de trabalhar com os alunos que chegam até ela, independentemente de suas diferenças ou características individuais.

Muito há para se fazer, é necessária uma verdadeira transformação, a escola deve se preocupar além da questão econômica, em preparar os alunos para a vida, deve na verdade encarar a presença de crianças e adolescentes com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas, principalmente as que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações em um ambiente de fraternidade.

Nesse contexto, o Poder Judiciário vem assumindo papel de órgão concretizador do direito à educação inerente aos indivíduos com deficiência e negligenciados tanto pelo Poder Público, quanto pela sociedade em geral. Atuação essa, lastreada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proteção integral à criança e ao adolescente.

Vem se tornando frequente a judicialização das demandas que buscam não necessariamente a proteção do direito à educação a esses indivíduos, mas sim a sua concretização material, uma vez que na maioria dos casos já foi violado, e muitas das vezes causam um prejuízo ainda maior ao educando e seus responsáveis, que se veem obrigados a reviver todo o constrangimento sofrido.

Pode ser mencionada, por exemplo, a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou constitucionais as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas⁴.

⁴ STF, ADI 5357

As instituições privadas de ensino exercem atividade econômica, portanto, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental, com a criação de espaços e recursos adequados à superação de barreiras.

A educação inclusiva deve ser aquela que não segrega os alunos com deficiência dos outros estudantes, sendo necessário apoiá-los em suas especificidades, uma vez que todos têm direito de frequentar uma escola, seja ela pública ou privada, e ter acesso a um ensino de qualidade.

Os sistemas de ensino devem instituir mecanismos de acessibilidade adequados a cada tipo de deficiência, eliminando os obstáculos de infraestrutura, edificação, mobília, recursos pedagógicos, material didático, transporte escolar, qualificação de profissionais, propiciando o aprendizado qualitativo e a promoção da diversidade, de forma a atender as necessidades de todo o alunado.

Diante desse quadro é preciso pensar em medidas que se proponham a tratar do tema como verdadeira arma de proteção e garantia desse direito. É necessário sair do plano da abstração e tornar a educação inclusiva uma realidade nos centros educacionais brasileiros.

As instituições de ensino têm o dever de receberem a todos que a elas buscarem sem qualquer distinção, oferecendo subsídios de aprendizagem que favoreçam concomitantemente às pessoas com deficiência e aos demais alunos, promovendo o conhecimento compartilhado, sendo assim, inclusiva.

5. CONCLUSÃO

Concluído o estudo, são perceptíveis os avanços legislativos e a conquista de direitos das crianças e adolescentes com deficiência em nosso país, buscando-se a efetivação da proteção integral desses indivíduos. Entretanto, na prática pouco vem sendo feito.

O cenário atual, nos mostra um país maculado pela corrupção, onde os investimentos públicos voltados às áreas essenciais para seu povo tomam destinos ignorados. A falta de compromisso do Poder Público para com os serviços públicos



essenciais, aqui destacando-se a educação, vem gerando grave prejuízo às minorias que mais necessitam.

E mesmo que as instituições privadas de ensino venham tendo o compromisso e buscando aplicar práticas inclusivas no ambiente escolar, acabam por esbarrar nos obstáculos já detalhados ao longo do estudo.

Dessa forma, torna-se essencial uma fiscalização mais efetiva por parte da sociedade e, principalmente das famílias das pessoas com deficiência que necessitam estar integradas no ambiente escolar e social.

É necessário reconhecer o papel transformador da educação inclusiva na vida das pessoas humanas com deficiência. Trata-se de direito fundamental, que deve ser de todo aplicado, de forma gratuita e planejada, garantindo assim o acesso e permanência desses indivíduos na rede regular de ensino, efetivando o aprendizado compartilhado, para que possam desenvolver-se cognitivamente e estarem plenamente integrados tanto no ambiente escolar como no meio social.

Somente a partir do momento em que as instituições passarem a atender as reais necessidades das crianças e adolescentes com deficiência, colocando a sua disposição recursos para que possam efetivar práticas inclusivas dentro do ambiente escolar, assim como investindo em políticas voltadas a esses indivíduos, é que o direito à educação assegurado em diversos dispositivos legais, estará se concretizando.



REFERÊNCIAS

ALBERTON, Maria Silveira. **Violação da infância. Crimes abomináveis: humilham, machucam torturam e matam!** Porto Alegre, Rio Grande do Sul: AGE, 2005.

_____. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. In: VadeMecum OAB e Concursos. Organização do texto: Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais**. Brasília: UNESCO, 1994.

_____. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 09 de set. 2025.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 09 de set. 2025.

_____. **Decreto-Lei nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 09 de set. 2025.

BRASIL. **Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871**. Lei do Ventre Livre. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496715/Lei%20do%20Ventre%20Livre%20-%201871.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 de set. 2025.

_____. **Lei nº 4.513, de 01 de dezembro de 1964**. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 09 de set. 2025.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 09 de set. 2025.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: VadeMecum OAB e Concursos. Organização do texto: Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. In: VadeMecum OAB e Concursos. Organização do texto: Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). In: VadeMecum OAB e Concursos. Organização do texto: Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1008166.** Reclamante: Município de Criciúma/SC. Reclamado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 abr. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>>. Acesso em: 09 set. 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357.** Autor: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 nov. 2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4818214>>. Acesso em: 09 set. 2025.

CABRAL, Suzi Hayashida; SOUSA, Sonia Margarida Gomes. Os históricos processos de inclusão/exclusão dos adolescentes autores do ato infracional no Brasil. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, jun. 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes a luz da lei 8.069/90.** 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC/SP. São Paulo: 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Fábio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. **Revista História.** São Paulo: Editora Abril Cultural, vol. 24, n. 137, dez. 1997.

SILVEIRA, Mayra. Os caminhos da infância. A história social da criança e do adolescente. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3999, jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28271>>. Acesso em: 09 de set. 2025.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



IMPUTAÇÃO OBJETIVA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

OBJECTIVE IMPUTATION IN TAX CRIMES

Vilmar Frarão Schramm¹

Resumo: O financiamento das diretrizes expostas pelo texto constitucional, sabendo-se da solidariedade envolvida pelas pessoas que compõem o Estado, como principal fonte de recursos, advém da arrecadação tributária. Na órbita da sociedade de riscos, tratando-se de tributação, a infração tributária assume especial relevo, em especial quando esta demanda a atuação do Direito Penal, dado os atores envolvidos na relação, isto é, Estado e contribuinte, o que convoca o operador do direito, sem exaurimento de tese, a refletir sobre esta relação jurídica. No Direito Penal, especificamente, adota-se diretriz para resolução dos fatos considerados típicos e antijurídicos, de modo que é considerada causa para incidência do estatuto repressivo aquilo que efetivamente contribui para o resultado. Por outro lado, a imputação objetiva se apresenta como teoria alternativa para compreensão desta relação causal, exigindo-se que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado, na operação de classificação do que é risco permitido ou proibido. Nesta perspectiva, o presente trabalho verificará se esta teoria é aplicável aos crimes tributários, haja vista a sociedade de riscos contemporânea.

Palavras-chave: direito penal; tributação; imputação objetiva.

Abstract: The financing of the guidelines set forth in the constitutional text, knowing the solidarity involved by the people who make up the State, as the main source of resources, comes from tax collection. In the sphere of the risk society, when it comes to taxation, tax violations assume special importance, especially when they require the intervention of Criminal Law, given the actors involved in the relationship, that is, the State and the taxpayer. This calls upon the legal practitioner, without exhausting the thesis, to reflect on this legal relationship. Specifically, in Criminal Law, guidelines are adopted for resolving facts considered typical and unlawful, so that what effectively contributes to the result is considered a cause for the application of the repressive statute. On the other hand, objective imputation presents an alternative theory for understanding this causal relationship, requiring that the result be covered by the purpose of protecting the standard of care, in the operation of classifying what is permitted or prohibited risk. From this perspective, this work will verify whether this theory is applicable to tax crimes, given the contemporary risk society.

Keywords: criminal law; taxation; objective imputation.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil enuncia, sobretudo, como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do

¹ Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público, em convênio com a Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI. Especialista em Direito Tributário pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Endereço eletrônico de contato: junior.fraao@gmail.com



desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Constituída em Estado Democrático de Direito, contorna como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem assim, a assistência aos desamparados. O financiamento das diretrizes expostas pelo texto constitucional, sabendo-se da solidariedade envolvida pelas pessoas que compõem o Estado, como principal fonte de recursos, advém da arrecadação tributária.

Na órbita da sociedade de riscos, tratando-se de tributação, a infração tributária assume especial relevo, em especial quando esta demanda a atuação do Direito Penal, dado os atores envolvidos na relação, isto é, Estado e contribuinte, o que convoca o operador do direito, sem exaurimento de tese, a refletir sobre esta relação jurídica.

No Direito Penal, especificamente, adota-se diretriz para resolução dos fatos considerados típicos e antijurídicos, de modo que é reputado causa para incidência do estatuto repressivo aquilo que efetivamente contribui para o resultado. Diante disto, exsurge a interrogação se, na relação causal, subsiste como medida suficiente para encontrar a resposta se a infração não prescinde de atuação penal.

Em contrapartida, a imputação objetiva estabeleceu critérios de imputação mais específicos, considerando que o preenchimento do tipo objetivo não é suficiente para existir o nexo, o liame, enfim, havido entre o resultado e o risco não permitido. Assim, para a teoria, é preciso ir além, havendo a necessidade de que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. Neste aspecto, ocupa-se o trabalho em analisar, por exemplo, se o comportamento favorável da vítima, quando esta concede benefícios fiscais, isenções, parcelamentos, anistias, corresponderia a criação de um risco permitido que conforta aqueles que sacrificam o Estado ao não repassar a riqueza tributada. Noutro lado, visualiza-se a configuração constitucional e penal do sistema brasileiro de modo a aferir a aplicabilidade da teoria.

O presente trabalho, enfim, buscará responder estas interrogações, compreendendo a teoria da imputação objetiva, riscos permitidos e proibidos e entendimento jurisprudencial, fazendo a relação com crimes tributários e a função

social da tributação, cuja metodologia contemplou a pesquisa bibliográfica na literatura disponível, bem como os dados orçamentários publicados pelo Estado-Fiscal.

2. IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA SOCIEDADE DE RISCOS

A ideia de risco, segundo Giddens, surge muito após a idade média, talvez tenha se estabelecido por volta dos séculos XVI e XVII, escrita, para o autor, em função das navegações, partidas do ocidente, pelo mundo. Desta forma, o risco tinha fim de designar águas não cartografadas, tendo diretriz espacial².

Bem verdade, as perspectivas de risco possuem ligação com o desenvolvimento de ação humana, algo visando impedir ou reduzir resultados negativos de infortúnios futuros, estranhos, normalmente, ao desejo humano.

Por esta razão, a percepção dos riscos ganha mais enfoque na dinâmica exigida pela sociedade industrial, relacionando-a aos números, contabilidade, um espectro do sistema capitalista³.

E os riscos, sobretudo para a compreensão da imputação objetiva, passam por, necessariamente, uma análise substancial acerca da sociedade de riscos. Por versar de estudo sociológico, o autor Ulrich Beck⁴ vem tratado como referência, haja vista que, na obra sociedade de riscos, apesar de envolver uma apresentação globalizada do que seriam os riscos sociais, diz-se, no sentido de superar as discussões das fronteiras nacionais, uma aproximação muito da compreensão de uma complexa sociedade produtora de riscos.

[...] A sociedade de risco é, em contraste com todas as épocas anteriores (incluindo a sociedade industrial), marcada fundamentalmente por uma carência: pela impossibilidade de imputar externamente as situações de perigo. A diferença de todas as culturas e fases de desenvolvimento social anteriores, que se viam confrontadas a ameaças das mais variadas formas, atualmente a sociedade se vê, ao lidar com riscos, confrontada consigo mesma. Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas.

Os riscos, como problema e tema, inquietam a sociedade, na medida em que, conhecidos, pelo processo naturalmente histórico, tornam-se objeto de desejável

² GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. p. 32.

³ Neste sentido é a obra de Ulrich Beck, na obra de sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade, citada na bibliografia do presente trabalho.

⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. p. 275.

controle, daí porque problema. E, nestes termos, o Estado figura, ao mesmo tempo em que fomenta, o pilar mestre de determinados riscos sociais. Trata-se de um ciclo, adianta-se, não necessariamente maléfico, até porque através dos riscos a sociedade constrói pontes, desenvolve ciência e tecnologia, legitimando as contas de garantia, de segurança, enfim, do sentimento pelo qual o Estado demanda entregar ao povo. Os riscos são absorvidos no cálculo, na medida em que, fabricados, viabilizam o objeto do estudo. Já, no entanto, desconhecidos, daí porque tema, o aspecto de vulnerabilidade ganha corpo, intensificando o estudo para enfrentá-lo. Nesta linha, necessário compreender os riscos, sejam permitidos ou proibidos.

2.1 Do conceito e contextualização da Imputação Objetiva

Segundo o art. 13 do Código Penal⁵, o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Trata-se da teoria eleita pelo Código Penal para explicar a ocorrência do fenômeno causal, denominada de *conditio sine qua non*, causalidade simples ou equivalência das condições. Aquilo que efetivamente contribui para o resultado, na esteira do artigo citado, é reputado causa para incidência da lei penal.

[...] Teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non* - Criada por Glaser e sistematizada por Von Buri, causa é a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 13, CP). Todo efeito ou resultado é produto de uma série de condições equivalente, do ponto de vista causal. Tudo que concorre para o resultado é causa dele, sendo decisivo que sem essa condição o resultado não pudesse ocorrer como ocorreu. Para a identificação do antecedente causal, utiliza-se da fórmula conhecida como processo ou método indutivo hipotético de eliminação, de acordo com a qual é causa de um resultado toda condição que, suprimida mentalmente, faria desaparecer o resultado. Não há distinção entre causa e condição. A raiz filosófica desta condição está na definição de causa como antecedente invariável e incondicionado de algum fenômeno.⁶

Diante disto, a teoria sofre críticas sobre o fato limitador, com o fim de identificar se a conduta foi realmente determinante para o resultado. Por eliminação hipotética, o operador subtrai da conduta para concluir se desaparece ou se mantém o resultado.⁷

⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08. fev. 2019.

⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume I: parte geral. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 256.

⁷ Em tempo, confira-se a referência de Bitencourt, quando destaca que o dolo ou culpa limita a ótica naturalística, obstando o infinito: [...] A relação de causalidade entre a conduta humana e o resultado,

Por esta razão, há muito se questiona o papel do nexa causal, convocando o aplicador do direito a analisar criticamente sua ocorrência ao imputar crime a alguém. Nesta intelecção, numa sociedade de riscos, a perspectiva de Claus Roxin se ocupa com a denominada imputação objetiva, embora de nascer precedente, havendo escritos de que tenha se principado por Hegel⁸, servindo de escopo para o estudo de problemas aos quais o Direito Penal é chamado a responder.

Para Roxin⁹, a imputação objetiva se resume pelas seguintes linhas mestras:

[...] Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3).

Para Damásio (2011, p. 320)¹⁰:

[...] Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico. Trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal, qual seja, a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada “obra” de uma pessoa. Como o Direito Penal é teleológico, tendo em vista que está construído em relação a fins, a teoria da imputação objetiva pretende dar-lhes fundamentos, ligando a finalidade do agente ao resultado, segundo a descrição típica. É uma teoria autônoma, independente da doutrina da causalidade objetiva ou material. Não se encontra no campo dos fatos, mas dos valores que o Direito Penal pretende proteger.

Transportando a diretriz de forma menos extensiva, prescreve a teoria que o resultado da obra se imputa ao agente, na operação de subsunção do fato e norma, caso tenha este comportamento ativo de produção de risco não permitido, assim como quando este risco se realiza e o resultado se enquadrar na órbita de alcance do tipo previsto na norma penal.

que interessa ao Direito Penal, é sempre aquela que pode ser valorada por meio do vínculo subjetivo do agente. Isto é, a causalidade relevante, desde a perspectiva jurídico-penal, é aquela que pode ser prevista, ou seja, previsível, ou, ainda, aquela que pode ser mentalmente antecipada pelo agente. Em outros termos, a cadeia causal, aparentemente infinita sob a ótica puramente naturalística, será sempre limitada pelo dolo ou pela culpa. Toda conduta que não for orientada pelo dolo ou pela culpa estará na seara do acidental, do fortuito ou da força maior, não podendo configurar crime, situando-se fora, portanto, do alcance do Direito Penal material. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 319.

⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124.

⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104.

¹⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal**, volume 1: parte geral. 32 ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

É certo que, ao versar dos riscos e do grau de tolerância, Roxin faz referência ao princípio da confiança. Por este princípio, a sociedade tolera a convivência com riscos, pois ela não subsiste sem essa correlação. A partir desta correspondência, encontra-se, da obra do autor, exemplos que permitem a aferição da referência axiológica, veja-se:

[...] Em meu outro exemplo, o da venda de um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, ter-se-á de admitir a existência de um certo risco. Mas este risco é permitido. Afinal, uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos. Do contrário, além de punhais, igualmente não poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas. Por exemplo, é possível partir o crânio de alguém com um caneco de cerveja bávaro. [...] p. ex., se, no momento em que estivesse ocorrendo uma perigosa rixa diante da loja, o vendedor entregasse o punhal a um dos contendores. Na hipótese de que alguém fosse morto com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por cumplicidade no homicídio, de acordo com o seu conhecimento da situação. No exemplo acima dado, porém, o princípio da confiança permanece em vigor. O vendedor não criou um perigo proibido, de modo que, independentemente da causação ou de seu substrato psíquico, nem a venda do punhal, nem o resulta- do morte daí decorrente lhe podem ser imputados como ações de homicídio¹¹.

E, na análise do risco não permitido, o autor¹² cita, como exemplo:

[...] Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igual- mente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio¹³.

Neste sentido, a referida teoria estabeleceu critérios de imputação mais específicos, considerando que o preenchimento do tipo objetivo não é suficiente para existir o nexos, o liame, enfim, havido entre o resultado e o risco não permitido. Faz-se

¹¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 105/106.

¹² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106.

¹³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111.

necessário ir além, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado¹⁴.

Em sede de conceituação, outrossim, válido transcrever o entendimento de de Jakobs:

[...] imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas. As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante¹⁵.

Com efeito, a direção da imputação objetiva surge em primeiro lugar do fim do Direito Penal, de garantir expectativas normativas. Daí porque, à vista da normatização, é que se observa condutas socialmente adequadas, não alcançadas pela norma penal. É, justamente, do fim do direito penal que se anota critério de risco, princípio da confiança, posição de garante e a proibição de regresso¹⁶.

2.1.1 Requisitos na perspectiva da imputação

Necessário sublinhar que a sequência da comprovação da imputação objetiva requer que, em primeiro lugar, se estabeleça uma relação de causalidade entre um resultado típico e uma determinada ação, daí porque a importância de conhecer o conceito do risco permitido e, inversamente, do que é proibido¹⁷.

Destarte, o risco permitido, na análise de Callegari, compreende a conduta que gera um risco juridicamente relevante, mas que, de modo geral, encontra-se permitida e, diante disto, tem o condão de repelir a imputação objetivamente dada ao tipo.

A imputação objetiva se exclui quando a ação que causalmente produziu o resultado não supera os limites do risco permitido. [...] Normalmente, o risco permitido está normativamente regulado. As regras que estão nestes regulamentos são, de todos os modos, critérios orientadores para a ponderação dos limites do risco autorizado¹⁸.

¹⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 105/106.

¹⁵ Jakobs, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: ed Revista dos Tribunais, 2000, p.20.

¹⁶ CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 21.

¹⁷ *Idem*, p. 24.

¹⁸ CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 25/6.

Exemplificando, Roxin cita:

[...] Quando um transeunte se arroja inesperadamente na frente de um veículo conduzido corretamente, sem ter o condutor a possibilidade de evitar o acidente, as consequências do fato representam, certamente, uma lesão do bem jurídico, mas elas não fundamentam nenhuma ação típica de lesão corporal ou de homicídio. Por ter o condutor agido de acordo com uma das regras permissivas de tráfego viário, no acontecimento se produziu um risco permitido. Se, ao contrário, o condutor não tivesse respeitado as regras de ultrapassagem, e por causa disso tivesse produzido o acidente, então, aquela conduta, antirregulamentar já comportaria um risco não permitido, cuja materialização fundamentaria uma ação típica de lesão corporal ou de homicídio¹⁹.

A partir do exemplo citado, a compreensão do risco proibido se simplifica. Isto porque, o critério do risco não permitido transita entre a intervenção do Estado e a liberdade da pessoa. Desta maneira, é proibido aquilo que excede ao risco permitido. Assim, conforme o exemplo, a conduta antirregulamentar corresponde à participação do risco não permitido. Para Roxin, a proteção dos bens jurídicos se apresenta atuante quando o próprio Direito Penal proíbe a criação de riscos não permitidos, valorando a infração consoante a lesão, como injusto penal.

2.1.2 Aplicação da Imputação objetiva na Jurisprudência

A partir da jurisprudência, as teorias de direito penal são vistas e aplicadas em concreto. A teoria em estudo, em sua grande maioria, tropeça nas nuances da operação jurídica que culminará pela existência ou não do crime.

Ao passo em que destaca a adoção, pelo direito penal, da equivalência dos antecedentes causais, a jurisprudência problematiza a teoria da imputação objetiva, pois essa possui, aqui se diz na linha de exemplo colhido do raciocínio adotado pelo tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, diversas frentes, sem um critério seguro, diferentemente do que ocorre com a teoria respaldada pela doutrina brasileira.

[...] inaplicável ao caso concreto a Teoria da Imputação Objetiva, segundo a qual há um risco tolerado ou permitido, ou seja, suportado pela sociedade em relação a condutas que não revelam gravidade significativa, o que sequer encontra respaldo considerável na doutrina brasileira. José Henrique Pierangeli, citado por Damásio de Jesus, chama a atenção para os seus vários desdobramentos. De acordo com o autor, "não existe uma teoria de imputação objetiva voltada numa única direção, unívoca, constituindo um critério único que procure resolver todos os problemas da imputabilidade". Tudo isso leva, no entender do autor, a que não se possa falar da imputação objetiva como uma teoria, mas, sim, como um movimento, que, como tal, deve

¹⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40.

ter suas questões remetidas à política criminal, distanciando, assim, da dogmática jurídico-penal. Já para o Procurador Federal e professor universitário Sidio Rosa de Mesquita Júnior: “diz-se que crime é a violação da lei penal. Este é o seu conceito formal. De outro modo, o conceito material é mais complicado, uma vez que o crime é a ofensa ao objeto jurídico tutelado. Assim, nesse último conceito, cada crime deve ser analisado de per si, segundo o objeto jurídico tutelado pela norma penal”. Prossegue o autor dizendo que toda pessoa humana, ao nascer e ao longo da vida, traz consigo e adquire direitos subjetivos, sendo que muitos deles serão protegidos pelo Direito, daí falar-se em objeto jurídico, ou bem jurídico, que nada mais é que o direito subjetivo tutelado por determinada norma jurídica. “Nem todos os fatos, porém, são juridicamente relevantes, embora existam determinadas normas que as regulem. As regras sociais, por si só, não chegam a pertencer ao mundo jurídico. Dessa forma, uma norma social se apresenta como insuficiente para que um fato possa ser juridicamente relevante. Aqui, bem jurídico é aquele tutelado pela lei penal”. Seguindo tal enfoque, e sem aprofundar demasiadamente o tema, é forçoso convir, também na esteira dos nossos tribunais superiores, que tal teoria ainda não foi recepcionada pelo direito penal pátrio e que a tipicidade de determinada conduta deve ser aferida pela vigência da legislação penal²⁰.

Noutra perspectiva, citando-se doutrina brasileira, a jurisprudência destaca que a teoria faz confusão metodológica permitindo arbitrariedades, sendo suscetível a erros. Fala-se, como se verá, *lato sensu*, da dificuldade de aplicação dos preceitos da imputação objetiva, referida anteriormente, relembra-se, pelo tribunal de justiça gaúcho.

[...] A propósito, é sabido que o Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, conforme o disposto em seu art. 13, caput, sendo inviável o pleito de aplicação da teoria da imputação objetiva. O referido artigo dispõe: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Sobre o assunto, esclarece Guilherme de Souza Nucci in Código Penal Comentado. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163/164: [...] Por ora, parece-nos mais eficiente e menos sujeita a erros a teoria da equivalência dos antecedentes, adotada, expressamente, pelo direito penal brasileiro, mantendo-se, para sua aplicação, a ótica finalista. Aliás, convém citar a precisa crítica feita por Luiz Regis Prado, a respeito da teoria da imputação objetiva, que se autoproclama pós-finalista, pretendendo promover um juízo de tipicidade desvinculado do elemento subjetivo, algo que sem dúvida, descaracterizaria o finalismo: ‘A imputação objetiva do resultado enseja um risco à segurança jurídica e, além disso, conduz lentamente à desintegração da categoria dogmática da tipicidade (de cunho altamente garantista), não delimita os fatos culposos penalmente relevante e provoca um perigoso aumento dos tipos de injusto dolosos. Acaba, dessa forma, por atribuir ao agente perigos juridicamente desaprovados – e ainda que totalmente imprevisíveis do ponto de vista subjetivo – através de um tipo objetivo absolutamente desvinculado do tipo subjetivo. [...] longe de obter a uniformização dos critérios de imputação e a necessária coerência lógico-sistemática, a teoria da imputação objetiva do resultado introduz uma verdadeira confusão metodológica, de índole

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processual Penal. Aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva. Recurso Crime Nº 71004180154, de Sapiranga/RS, Turma Recursal Criminal, Porto Alegre/RS, 25 de março de 2013.

arbitrária, no sistema jurídico penal [...]. E ainda a lição de Cezar Roberto Bitencourt: '[...] a única certeza, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a incerteza dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados a que pode levar! [...]'²¹.

No mesmo sentido conclui-se, emprestando reforço de que a responsabilidade penal não melhor se amolda ao enfoque da imputação objetiva, pois teria atuação nas circunstâncias de riscos socialmente relevantes, isto é, dos riscos em uma graduação de tolerância social, o que não alcança todos os bens juridicamente importantes ao direito penal.

[...] Conforme já referido em acórdão desta Câmara (TJPR - 1ª C.Criminal - AC 0558987-9 - Altônia - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Luiz Osorio Moraes Panza - Unânime - J. 13.08.2009), citando os doutrinadores que exploram esta teoria: " Depreende-se das lições de Paulo César Busato acerca da teoria da imputação objetiva de Roxin, que vivemos em uma sociedade de risco, existindo um grau de risco natural a que normalmente estão expostos todos os bens jurídicos, sendo este risco aceito e próprio da vida social. "A responsabilidade penal passa a existir a partir do momento em que a atuação do sujeito provoca um aumento de probabilidade de ocorrência de resultado. Efetivamente, o risco faz parte do cotidiano e, desta forma, ainda que a atitude do autor seja tal que um risco juridicamente relevante tenha sido realizado, se este risco se encontra compreendido no âmbito dos riscos que a sociedade é proclive a tolerar, não pode haver imputação. (...)" Há atividades que "a sociedade não está disposta a, em nome da segurança contra possíveis resultados danosos, abrir mão dessas atividades. Assim, tolera-se o risco em prol do benefício social que se entende ser gerado por elas (...) Roxin faz perceber que não se trata de uma ponderação de interesses, como aquela que se leva a cabo no âmbito das causas de justificação, em que o interesse individual é sopesado contra o interesse coletivo." Guilherme de Souza Nucci (In Código Penal Comentado. Ed. Revista dos Tribunais, 10ª Edição, p. 156), entende mais eficiente e menos sujeita a erros, a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes, citando a crítica efetuada por Luiz Régis Prado, que entende "longe de obter a uniformização dos critérios de imputação e a necessária coerência lógico-sistemática, a teoria da imputação objetiva introduz uma verdadeira confusão metodológica, de índole arbitrária, no sistema jurídico- penal [...]"²².

Diante deste quadro, o cotejo dos riscos e da tolerância social dada a eles conduz a uma sutil incompatibilidade metodológica, suscitada até pelo receio de não alcance de alguns bens protegidos, dificultando a atuação do direito penal.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Processual Penal. Aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva. Apelação 0026196-93.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, Florianópolis/SC, 26 de julho de 2016.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processual Penal. Aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva. 1ª C.Criminal - RSE - 674258-5, Rel.: Oto Luiz Sponholz, Unânime, Curitiba/PR, julgado em 03 de março de 2011.

3. ESPECIFICIDADES DA TEORIA NA PERSPECTIVA DA TRIBUTAÇÃO

A conceituação de crime, formalmente e lato sensu, é vista como a conduta descrita na lei penal reputada como proibida, com pena cominada em reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a de multa. Apesar de não se referir propriamente ao conceito, a Lei de Introdução do Código Penal, Decreto-Lei 3.914/1941, faz diferenciação de crime e contravenção, ao estabelecer:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

A doutrina se posiciona em duas concepções sendo uma de caráter formal e outra material. A primeira, referida no princípio deste tópico, considera o crime como todo o fato humano, proibido pela norma penal. No que se refere à segunda, transcende-se à concepção de crime como fato humano lesivo dos interesses sociais.²³

Para Greco, porém, em que pese a respeitável diretriz proporcionada pela divisão de conceitos, estes não traduzem a compreensão de crime:

[...] Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da legalidade.²⁴

Deste modo, na esteira de Zaffaroni, analiticamente, o delito é uma conduta humana na concepção tipo, proibição, causa de justificação, antijurídica e culpável. Com efeito:

[...] delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por

²³ Neste sentido, BETTIOL, Giuseppe. Direito penal, v. 1, p. 209.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de derecho penal, 1996. In: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 198.

nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).²⁵

Ilustrando, conforme cita Greco, fazendo referência a Zaffaroni e Pierangeli:

[...] Zaffaroni e Pierangeli querendo, figurativamente, demonstrar o conceito analítico de crime, o comparam a uma rocha. Aduzem que para que a rocha possa ser melhor estudada pelos geólogos é preciso que seja cortada em estratos, sem que com isso fique descaracterizada. Trazendo essa lição para o Direito Penal, surge, tomando de empréstimo da geologia, o chamado conceito estratificado de crime, que quer dizer o mesmo que conceito analítico, asseverando que o crime é composto pelos seguintes estratos: ação típica, ilicitude e culpabilidade.²⁶

Transportando à esfera tributária, Eisele conceitua:

[...] mediante um enfoque analítico, que adota como critério a decomposição do objeto em elementos estruturalmente distintos, o crime pode ser conceituado como fato típico e antijurídico (embora grande parte da doutrina entenda que a culpabilidade também é um elemento da estrutura analítica do crime, utilizando as expressões: injusto e ilícito penal, para designar o fato típico e antijurídico)²⁷

E, das referências conceituais de crime aplicáveis à relação dada aos tributos, tem-se, para Eisele:

[...] Na ordem jurídica tributária, em determinado momento histórico, um fato ilícito pode ser considerado como de nocividade acentuada em relação aos valores ético/políticos da sociedade, merecendo maior restrição. Nesse contexto, pode ocorrer uma exacerbação do significado do fato no plano jurídico, com sua tipificação penal e a cominação da sanção respectiva, de forma cumulativa com a sanção tributária eventualmente preexistente, com o que o fato que originalmente caracterizava apenas um ilícito tributário para a configurar, igualmente, um ilícito penal. A partir do momento em que o ilícito tributário é elevado à categoria de crime, se está diante de nova realidade jurídica (penal, e não tributária), motivo pelo qual o fato deve ser tratado conforme as normas (regras e princípios) deste sistema jurídico. A não consideração dessa diversidade de tratamentos jurídicos do fato pode acarretar a aplicação de normas de um ramo do ordenamento jurídico à realidade regulamentada pelo outro, tendo como resultado a adoção de soluções diversas (muitas vezes contraditórias) para uma mesma situação fática.²⁸

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 198.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral, 2015. In: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 198.

²⁷ EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2ª Edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 43.

²⁸ EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2ª Edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 43.

Diante disto, aquilo reputado crime tributário poderá irradiar em diversas instâncias independentes e de lá extraíndo conceitos para aplicação no direito penal. Isto porque²⁹, determinados ilícitos podem consistir, civilmente, em obrigação tributária inadimplida, ocasionando a cobrança coativa por intermédio de procedimento administrativo que amparará a execução fiscal, refletindo em medida de caráter indenizatório. Em outro cenário, um ilícito administrativo, sobre o qual incidem consequências próprias, como multas, dentre outros. Noutra medida, pelo crime, sujeitará o infrator às penas de lei, conforme devido processo legal, representando sanção de conteúdo finalístico tanto de ordem preventiva quanto de ordem retributiva.

Esta compreensão torna-se indispensável para o operador relacionar qual o sentido da norma da proteção e, especificamente ao direito tributário, a quem ela serve ou interessa. Os destinos da arrecadação tributária, em evidência, realizam o contexto de sociedade.

3.1 A tributação e sua função, imprescindível à proteção da norma

Antes de ser vista como lei tributária fundamental, a Constituição da República Federativa do Brasil enuncia, sobretudo, como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Constituída em Estado Democrático de Direito, contorna como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem assim, a assistência aos desamparados³⁰.

²⁹ Veja-se em EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2ª Edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 45.

³⁰ Neste sentido, dispõe o art. 6º da CRFB: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção

O financiamento das diretrizes expostas pelo texto constitucional, sabendo-se da solidariedade envolvida pelas pessoas que compõem o Estado, como principal fonte de recursos, advém da arrecadação tributária. Isto se afirma, pois, “enquanto a Constituição deixa em poder dos particulares o domínio individual sobre os bens econômicos [...], o Estado só pode financiar-se por meio da participação no êxito da economia privada”³¹.

[...] É que o sistema tributário não se destina apenas e tão somente a abarrotar os cofres públicos de recursos. O direito tributário é instrumento – como toda as demais competências estatais – da realização dos valores jurídicos fundamentais. O direito tributário está comprometido com a consecução e realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. Emanação direta deste é o postulado da supressão da pobreza e da eliminação das desigualdades individuais e sociais. Não é admissível dissociar o sistema tributário dos princípios constitucionais mais relevantes e fundamentais, que dão conformação ao Estado e ao poder público. País.³²

A tributação, *lato sensu*, conforme Carrazza, destaca normas de estrutura, até porque “um tributo não pode ter outro escopo que o de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum”³³.

[...] O princípio republicano leva-nos necessariamente, como podemos notar, ao princípio da destinação pública do dinheiro obtido mediante a tributação, muito bem discernido pelo gênio de Aliomar Baleeiro. A lei que cria um tributo e que, nestes termos, exercita a competência tributária deve, em tese, atentar somente para os interesses do povo e para o bem-estar do País.³⁴

Destarte, na esteira de Justen Filho, há uma relação entre sistema de tributação e custos do Estado, de modo que a inexistência ou ineficácia da atividade tributária produz efeitos diretamente sobre a sociedade, já que a existência do Estado tem fundamento em função da sociedade. Daí porque diz o doutrinador que “[...] o cidadão é o principal beneficiário da atividade tributária do Estado. É o bem-estar do cidadão que justifica a existência do sistema tributário”³⁵.

à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³¹ KIRCHHOF, Paul. “**La Influencia de la Constitución Alemana en su Legislación Tributaria**”, in *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 26

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, nº. 30, 1998, p. 232.

³³ CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

³⁴ CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica**, In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, nº. 30, 1998, p. 221

Efetivar o querer constitucional não é tarefa de fácil desenrolar sem suficiência de recursos. Trata-se do financiamento social, custeado na perspectiva dos riscos assumidos. Com efeito, a tributação é “[...] o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica”³⁶.

[...] Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva.³⁷

Neste pensar, válido acrescentar a concepção de Justen Filho quando compara a justiça social e a tributação, emprestando enfoque às diferenças daqueles titulares da riqueza visada em face daqueles destituídos dela.

[...] As relações entre tributação e justiça social evidenciam a insuficiência dessa concepção unitária ‘fisco-contribuinte’, em que se contrapõe o Estado ao particular ‘pagador de tributos’. Não existe uma categoria unitária de particulares, com interesses homogêneos e comuns. Os diferentes particulares têm interesse distintos e diversos no tocante à atividade tributária do Estado. Isso deriva da ausência de homogeneidade na distribuição de riqueza. Enormes parcelas da sociedade são destituídas de riqueza mínima necessária a sujeitar-se a tributação direta de seus patrimônios. As garantias tributárias são relevantes e essenciais não para todo e qualquer ‘cidadão’, mas apenas para os titulares de fortuna. O conflito não se põe entre ‘Estado e contribuinte’, mas entre ‘cidadão titular de riqueza’ e ‘cidadão destituído de riqueza’.³⁸

Destarte, apesar da diferença de interesses, conforme salientado, unânime é a concepção de que o Estado se realiza em função da prestação da riqueza dada pelo particular, assim estando ciente de que a tributação assume posição de um dever fundamental, nada obstante o natural conflito coexistir, sob o enfoque dos riscos decorrentes.

³⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 28ª. Ed. – revista atualizada e ampliada. Editora Malheiros, São Paulo, 2007, p. 55.

³⁷ MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5

³⁸ MURPHY, Liam e NAGEL Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5

3.2 Os riscos em matéria tributária na incidência da norma de proteção

A sociedade de riscos, conforme já visto, caracterizada pela insegurança, a procura de princípios, no qual demanda um desafiador relacionamento entre Estado e Sociedade, faz surgir, na perspectiva de Ricardo Torres, citado em precedente do Supremo Tribunal Federal, a imprevisibilidade de riscos presentes, que não mais podem ser explicados com base em dados de experiência passada. Na medida em que se solucionam problemas, outros tantos são gerados para outras pessoas.

[...] Em síntese, os riscos atuais não se restringem mais àqueles naturais, que desde sempre acompanharam a humanidade, mas são criados pelo próprio desenvolvimento humano e potencializados pelo fenômeno da globalização. Terrorismo, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, crises financeiras são todos riscos da pós-modernidade, que transcendem a individualidade das pessoas e até mesmo as comunidades locais, países e regiões, fazendo com o que os riscos assumam uma escala global. Tais características impõem que se revise não só a relação entre Estado e Sociedade, mas também a própria relação entre os Estados e os mecanismos para se atacar problemas antigos, como é o caso da evasão fiscal.³⁹

Além do mais, os direitos fundamentais e sociais, apesar de custosos, são repartidos por toda a sociedade, financiados pela receita, como já dito, dos tributos. Qualquer ação de desoneração ou oneração, representa uma divisão dos custos dos direitos e da prevenção de riscos sociais. Trata-se de uma equação que onera determinados indivíduos e beneficia outros.

[...] Nesse contexto, a tributação se afasta da ótica eminentemente individualista, típica do Estado Liberal, e também da ideia de seguridade social e do Estado como segurador universal, marca do Estado Social, para se consolidar na ideia de seguro social, a partir da repartição, não só de direitos, mas também de danos e custos pelos cidadãos, de acordo com regras extraídas do pluralismo político e social.⁴⁰

Neste sentido, quando se desvenda o mecanismo do risco, pelo conhecimento de suas causas e de seus efeitos, a insegurança restará vencida. Em termos de clareza, abertura, simplicidade, o Estado e Sociedade vinculam-se de tal modo a

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Direito Tributário. Direito ao Sigilo Bancário. Dever de Pagar Impostos. Repercussão Geral. RE nº 601314, Plenário do STF, Brasília, DF. 15 de setembro de 2016.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Direito Tributário. Direito ao Sigilo Bancário. Dever de Pagar Impostos. Repercussão Geral. RE nº 601314, Plenário do STF, Brasília, DF. 15 de setembro de 2016.

romper barreiras, criando aptidão para superar riscos fiscais provocados pela globalização.

[...] Somente a transparência na atividade financeira, consubstanciada na clareza orçamentária, na responsabilidade fiscal, no respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, no aperfeiçoamento da comunicação social e no combate à corrupção dos agentes públicos, em contraponto à transparência na conduta do contribuinte garantida pelas normas antielísivas, pelas regras anti-sigilo bancário e pelo combate à corrupção ativa, pode conduzir à minimização dos riscos fiscais do Estado Democrático de Direito.⁴¹

Em termos de tributação, as aparentes soluções do Estado geram mais problemas para o próprio e para a sociedade de um modo geral. Os sacrifícios experimentados pela população, em benefício de quem comete delitos tributários não podem ser absorvidos nos riscos, como se permitidos fossem. Mas se o são, na prática, interrogação surge sobre o uso desta referência como escusa legítima de afastabilidade da norma penal.

Na crítica de Márcia Aguiar Arend,⁴² “[...] diante deste imenso cipoal de incentivos à inadimplência não é admissível o uso da lei penal para modelar ou reprimir conduta incentivada pelo próprio Estado”. Neste raciocínio, na perspectiva da imputação objetiva, haveria um risco aceito, obstaculizante à lente do direito penal.

No entendimento de Gil⁴³, entretanto:

[...] Considerando que a grande maioria das legislações tributárias permitem o parcelamento do saldo devedor dos tributos em 5 anos (60 meses), a juros médios de 14,15% ao ano (SELIC), tem-se um custo mensal médio do “inadimplemento” tributário em 1,51%. Obviamente, qualquer empresa, ao invés de buscar financiamento bancário – com taxas muito mais elevadas e burocracia de crédito-, terá como primeira alternativa deixar de recolher o ICMS, afetando diretamente Estados e Municípios e se apropriando, reitera-se, de recursos que não lhe pertencem, incentivados pela descriminalização da conduta. E isso não se dará apenas por dificuldades econômicas vivenciadas, mas para formação de capital empresarial, investimentos, ou mesmo aquisição de bens pessoais, situação cotidianamente encontrada no combate a esta espécie de delito.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Direito Tributário. Direito ao Sigilo Bancário. Dever de Pagar Impostos. Repercussão Geral. RE nº 601314, Plenário do STF, Brasília, DF. 15 de setembro de 2016.

⁴² AREND, Márcia Aguiar. Os planos de refinanciamento fiscal à luz da teoria da imputação objetiva implicam a não tipificação do crime descrito no art. 2º, inc. II da lei nº 8.137/90. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica> - ISSN 1980-7791

⁴³ GIL, Giovanni Andrei Franzoni. O ICMS e o delito previsto no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. Revista Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/51018/o-icms-e-o-delito-previsto-no-artigo-2-ii-da-lei-n-8-137-1990>. Acesso em 19.02.2019.

Destarte, é preciso ter em mente, independentemente da engenharia de justificativas do sujeito passivo, que o dever fundamental de pagamento de tributos impõe olhares de absoluta responsabilidade. Quer-se dizer, os encargos, além de justos, são constitucionais porque as promessas estatais são instrumentalizadas, pelas despesas que lhes são inerentes, pelos tributos. Ao citar José Nabais, o Supremo Tribunal Federal destacou:

[...] É cediço que há o dever fundamental de pagar tributos, entretanto os meios escolhidos pelo poder público devem estar jungidos à necessidade da medida, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de restringir os meios de adimplemento em caso de cobrança judicial, as quais não se encontram presentes na apreciação da legislação ora questionada. O Estado brasileiro baseia-se em receitas tributárias. Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais, deve oferecer ao Estado instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento. Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos, tal como proposto por Nabais (Nabais José Casalta, 1998).⁴⁴

Nesta reflexão, o Supremo Tribunal Federal assinalou os riscos decorrentes de um conflito sempre em voga: o modelo de divisão do *quantum* necessário para financiamento das políticas públicas. O ônus da tributação ganha corpo na luta daqueles que pagam em detrimento daqueles que não pagam ou evitam esta incidência e aqui, compreenda-se, abstenções injustas, em desconformidade com a regra de igualdade. Prossegue a corte:

[...] Cuida-se da circunstância de que o imperativo normativo e mesmo factual de financiamento do estado fiscalmente responsável pela via central da tributação instaura entre os agentes privados um conflito ineliminável: a disputa acerca do modelo institucional de distribuição dos custos de financiamento das políticas públicas. Há inegável conflito entre cidadãos e agentes privados no sentido de transferir aos demais concidadãos o ônus da tributação, furtando-se, tanto quanto possível, a tal encargo. Ao disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o estado está verdadeiramente a prestar aos cidadãos a função de árbitro de um conflito ineliminável entre agentes privados. na, 1998).⁴⁵

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Ação Direta de inconstitucionalidade. Depositário Infel de valor pertencente à Fazenda Pública. ADI nº 1055, Plenário do STF, Brasília, DF. 31 de julho de 2017.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Ação Direta de inconstitucionalidade. Depositário Infel de valor pertencente à Fazenda Pública. ADI nº 1055, Plenário do STF, Brasília, DF. 31 de julho de 2017.

Tão evidente é o conflito que a corte Suprema já foi e ainda é chamada ao pronunciamento de diversos aspectos relacionados a esta difícil relação de Estado e contribuinte. Historicamente tem-se, por exemplo, o debate do depositário infiel da Fazenda Pública como corolário do compromisso da República com os Direitos Humanos.⁴⁶

Aliás, resgatando-se da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 encontrar-se-á, no art. 13, o dever de pagamento de tributos quando se enuncia que, para a manutenção da força pública e para as despesas de administração, é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.

O dilema é comentado Albano Santos, referido por Buffon:

[...] De qualquer modo, importa reter que a indulgência para com a fuga ao imposto contrasta acentuadamente com a prática, muito divulgada, de responsabilizar o Estado por parcelas crescentes da existência dos cidadãos, criando assim, uma incongruência a que já se chamou o dilema típico da nossa época: reclama-se o máximo do Estado mas rejeitam-se as inevitáveis consequências financeiras dessa atitude. Uma tal contradição reconduz, aliás, o fenómeno ao plano ético, uma vez que só encontra solidez lógica na afirmação de Bastiat de que todos querem viver à custa do Estado, mas esquecem que o Estado vive à custa de todos - o que levou o eminente economista da Escola Liberal ao celebrado corolário de que o Estado representa a grande ficção através da qual toda a gente se esforça por viver à custa de toda a gente.⁴⁷

Deveras, os direitos humanos são violados duplamente quando não são pagos os tributos. Os riscos não podem ser mensurados sob um espectro apenas, como se a contribuição para a prática criminal contra a ordem tributária fosse responsabilidade unilateral do Estado. Neste sentido, sobre os riscos postos em função da participação estatal, as interrogações se mantêm.

⁴⁶ Já referiu o Supremo Tribunal Federal: Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o carácter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

⁴⁷ SANTOS, J. Albano. Teoria Fiscal. Lisboa: 2003. In: BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Leopoldo: 2007, p. 104.

3.3 As concessões estatais, em matéria tributária e o enquadramento em riscos permitidos ou proibidos

Em dados objetivos, disponibilizados pelo Governo Federal⁴⁸, a divisão do orçamento, projetado para 2019, considerando a classificação funcional, de aplicação comum e obrigatória no âmbito das Unidades da Federação, permitindo uma consolidação nacional dos gastos do setor público, tem-se montantes circundantes em: R\$ 30,7 bilhões de reais para Administração; R\$ 26,1 bilhões para Agricultura; R\$ 92,1 bilhões para Assistência Social; R\$ 7,5 bilhões para Ciência e Tecnologia; R\$ 1,5 bilhão para Comunicações; R\$ 1,9 bilhão para Cultura; R\$ 74,6 bilhões da Defesa Nacional; R\$ 815,8 milhões para Desporto e Lazer; R\$ 2,0 bilhões para Direitos da Cidadania; R\$ 114,1 bilhões para Educação; R\$ 1,8 trilhão para Encargos Especiais; R\$ 2,2 bilhões para energia; R\$ 7,6 bilhões para as denominadas Funções Essenciais à Justiça; R\$ 4,4 bilhões para Gestão Ambiental; R\$ 22,5 milhões para Habitação; R\$ 6,9 bilhões para Indústria, Comércio e Serviços; R\$ 3,3 bilhões para Relações Exteriores; R\$ 67,1 bilhões para Reserva de Contingência; R\$ 458,8 milhões para Saneamento; R\$ 114,3 bilhões para Saúde; R\$ 37,1 bilhões para área Judiciária; R\$ 8,3 bilhões para a área Legislativa; R\$ 2,3 bilhões para Organização Agrária; R\$ 734,9 bilhões para Previdência Social; R\$ 10,7 bilhões para Segurança Pública; R\$ 80,4 bilhões para o Trabalho; R\$ 17 bilhões para Transportes; R\$ 2 bilhões para Urbanismo.

Para fazer frente a tais montantes, a tributação se justifica. Neste sentido, dados extraídos do portal da transparência⁴⁹ do Governo Federal anotam que, no ano de 2018, previa-se orçamento de R\$ 3.505.648.331.810,28, enquanto, de outro lado, arrecadou-se R\$ 2.383.842.504.795,82. Dito noutro turno, a estimativa de receita não correspondeu ao arrecadado.

No cálculo dos riscos, conforme já referido, o equilíbrio dos interesses de Estado e Contribuinte são tênues. A atividade econômica se desenvolve, por vezes, não tanto quanto ocorre a velocidade dos gastos do Estado.

Nestas circunstâncias, os riscos são criados, especialmente, tratando-se de direito tributário. Mas, eventuais concessões estatais, como alternativas para

⁴⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. **Orçamento Cidadão: Projeto de Lei Orçamentária Anual - PLOA 2019**. Brasília, 2018, p. 19.

⁴⁹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Portal da Transparência: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/receitas?ano=2018>>. Acesso em 11.02.2019.

planejamento ordenado do recolhimento de tributos, práticas comerciais voltadas à redução da carga, bem assim o próprio parcelamento tributário, nas mais variadas modalidades, são riscos permitidos e aptos a escusar a lente do direito penal? Qual a fita métrica, o parâmetro, o critério?⁵⁰

A convivência com os riscos, criados em sua grande maioria por comportamentos socialmente adequados, contextualiza Eisele,⁵¹ aqui tidos como riscos permitidos, são admitidos “culturalmente nas relações sociais”, os quais “estariam excluídos do âmbito da proibição da norma e, conseqüentemente do tipo, pois este define condutas proibidas ou obrigatórias”.

Poderia parecer, em primeiro olhar, perfeitamente adequada a conclusão de que a contribuição do Estado, quando convoca os inadimplentes a aderir aos parcelamentos, por exemplo, transpareceria a juridicidade, pois socialmente aceita, o que repeliria a ilicitude de um não recolhimento de imposto, ou seja, haveria uma blindagem para não aplicação do direito penal.

Nada obstante, não é esta a melhor intelecção. Reside, pois, para Eisele,⁵² uma inadequação prática para o estudo da imputação objetiva em concreto, pois, ainda que identificados de forma individualizada a motivação e desconsiderada a complexidade do bem jurídico, o comportamento ativo da vítima – no caso o Estado-Fiscal – não exclui a responsabilidade penal, mas são considerados para o cálculo da pena na primeira fase da dosimetria. O sistema jurídico-penal brasileiro não está

⁵⁰ Em complemento, Estudo da Receita Federal do Brasil conclui as consequências negativas das concessões de parcelamento: O reflexo negativo desse comportamento na arrecadação é latente. Considerando apenas os dados das Tabelas 5 a 8, com a consolidação, o saldo devedor gerado e que deveria ser pago para efetivação da negociação foi de aproximadamente R\$ 5 bilhões, ao passo que a arrecadação do período foi de pouco mais de R\$ 1,3 bilhão. Além disso, historicamente tem-se que cerca de 20% dos contribuintes que consolidam as contas nesses programas são excluídos por inadimplência logo nos primeiros processamentos de exclusão. Nem mesmo o alto valor das reduções concedidas pelos programas de parcelamento, que montou R\$ 21.7 bilhão foi capaz de convencer os contribuintes a regularizarem suas dívidas para com a Fazenda Nacional. A certeza do próximo programa e a conseqüente possibilidade de rolar a dívida é mais atrativa do que qualquer redução oferecida. 16. No caso dos parcelamentos do Refis da Crise e suas reaberturas, do PIS e Cofins das Instituições Financeiras e da Tributação em Bases Universais (TBU), que permitiram a redução nos juros, multas e encargos e a utilização de créditos de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL (PF/BCN) tanto para quitação de acréscimos, quanto de parte do tributo, permissão essa que beneficiou empresas optantes pelo Lucro Real, a União ainda teve perda de arrecadação extra, até então nunca enfrentada. Página de estudos sobre parcelamentos, disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>>. Acesso em 08. fev. 2019

⁵¹ JESUS, Damásio. **Imputação Objetiva**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

⁵² EISELE, Andreas. **Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 98.

receptivo a transferir um critério de calibragem da pena para o debate da própria existência do injusto penal.

Deste modo, caso as premissas da imputação objetiva fossem hospitaleiras, os favores estatais, fomentadores da inadimplência fiscal, por constituírem riscos permitidos, excluiriam práticas criminosas da proibição normativa, pois o direito penal ao indicar as condutas proibitivas, dá o tom, ao reverso, da conduta social juridicamente permitida.

Nesta operação de improvável equalização, a imputação objetiva perde força⁵³. Apesar da diferenciação de que a permissão ou proibição não consiste na gravidade do perigo, mas ao que é lícito ou não, a tolerância para consecução da conduta geradora do risco dificulta separar o que é criminoso do que não é.

[...] A diferença entre risco permitido e proibido não está na gravidade do perigo e sim em que às vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o “risco” pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado. Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser encontrada na Constituição Federal. Esses critérios são os seguintes: a utilidade social, a inevitabilidade do risco e as necessidades de certas empresas⁵⁴.

Destarte, pela configuração constitucional e penal brasileira, a teoria se torna juridicamente inviável⁵⁵.

⁵³ Em complemento, na comparação a outros países, constatou-se que as concessões brasileiras são benevolentes aos devedores tributários: Um estudo publicado em 24 de julho de 2014 pela OCDE (Working Smarter in Tax Debt Management) demonstrou (quadro abaixo) as condições de parcelamentos oferecidas em 26 países (quadro abaixo). Para a maioria, o período máximo de parcelamento é de 12 ou de 24 meses. Apenas em casos especiais esse prazo é alongado, e nesses casos é exigida garantia. Não são conhecidos, em outras administrações tributárias, parcelamentos em prazos tão alongados quanto os parcelamentos concedidos na esfera federal brasileira, que variam de 60 meses (parcelamento convencional) a 180 meses (prazo mais usual entre os parcelamentos especiais), além de parcelamentos sem prazo definido, como o Refis de 2000, que pode durar várias décadas ou até séculos, ou ainda do parcelamento para órgãos públicos, concedido em 240 meses. Página de estudos sobre parcelamentos, disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>>. Acesso em 08. fev. 2019.

⁵⁴ SANTOS, J. Albano. Teoria Fiscal. Lisboa: 2003. In: BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Leopoldo: 2007, p. 104.

⁵⁵ EISELE, Andreas. **Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 99

4. CONCLUSÃO

A partir da compreensão da sociedade de riscos, associada à função social pela qual exerce a tributação na materialização das promessas constitucionais, destaque se dá ao dever fundamental de pagamento dos tributos, afinal, a realização estatal conduz-se, essencialmente, por esta via.

Não suficiente as sanções de caráter administrativo ou cível, urge o Direito Penal para proteção mais eficiente dos bens estatais, vez que, vítima, sofre a sociedade com as consequências, em prejuízo à educação, saúde, previdência, segurança, etc.

Na configuração constitucional e penal brasileira, o resultado, de que depende a existência do crime, é imputável a quem lhe deu causa, considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. A doutrina traz, em debate, sob a perspectiva da intervenção mínima do Direito Penal, a teoria da imputação objetiva, apresentando critérios e conclusões na reflexão do injusto penal.

Para a teoria, o preenchimento do tipo objetivo não é o bastante para existir o crime entre o resultado e o risco não permitido, dependendo de um exame além, de modo que abranja o fim de proteção da norma de cuidado.

Na prática, segundo exemplo da doutrina, poderia parecer, em primeiro olhar, perfeitamente adequada a conclusão de que a contribuição do Estado, quando convoca os inadimplentes a aderir aos parcelamentos, transpareceria juridicidade, pois socialmente aceita, o que repeliria a ilicitude de um não recolhimento de imposto, ou seja, haveria uma blindagem para não aplicação do direito penal.

Entretanto, a doutrina enfatiza certa inadequação prática para o estudo da imputação objetiva em concreto, pois, ainda que presente a motivação, por exemplo, da prática que busca evitar o recolhimento tributário, aqui, de modo amplo, pelos mais variados artifícios, ocasionada, ainda que hipoteticamente, pelo comportamento favorável da vítima – o Estado – quando concede favores fiscais, parcelamentos, renúncias de receitas, esbarraria nas premissas de exclusão da responsabilidade penal. Um comportamento socialmente permitido, aqui visto como um comportamento favorável da vítima – o Estado – não conduziria à exclusão da responsabilização, mas apenas para o cálculo de eventual pena na primeira fase da dosimetria.

Ademais, extrai-se da doutrina entendimento de não receptividade do sistema jurídico-penal brasileiro da imputação objetiva, inviabilizando a transferência de um



critério de calibragem da pena para o debate, por exemplo, da própria existência do injusto penal.

Sem embargo, a inadequação da teoria da imputação objetiva aos crimes tributários, envolve, na crítica da doutrina, os pesos dos riscos permitidos e proibidos, de modo que as conclusões não asseguram ao operador que equaciona os critérios a exata medida, o exato sentir da incidência da norma de proteção, o que poderia violar o princípio da confiança, demandado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

De toda sorte, abstraída a pretensão de encerrar a discussão, se aplicada a teoria, remanesce forte insegurança de adjetivar e considerar normais os sacrifícios experimentados pela população em benefício de quem comete delitos tributários, pois estes, em certa perspectiva, não alcançariam o cômputo dos riscos, gerando dúvidas da permissão jurídica destes, apesar das tentativas da Administração Tributária em arrecadar dinheiros por incentivos a adesão em parcelamentos e outras benesses.



REFERÊNCIAS

AREND, Márcia Aguiar. Os planos de refinanciamento fiscal à luz da teoria da imputação objetiva implicam a não tipificação do crime descrito no art. 2º, inc. II da lei nº8.137/90. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco, rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 319.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08.fev.2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08.fev.2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.914, de 09 de dezembro de 1941**. Lei de Introdução do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 08.fev.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Direito Tributário. Direito ao Sigilo Bancário. Dever de Pagar Impostos. Repercussão Geral. **RE nº 601314**, Plenário do STF, Brasília, DF. 15 de setembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Ação Direta de inconstitucionalidade. Depositário Infiel de valor pertencente à Fazenda Pública. **ADI nº 1055**, Plenário do STF, Brasília, DF. 31 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Prisão civil do depositário infiel. Recurso Extraordinário. **RE 349703**, Plenário do STF, Brasília/DF, 03 de dezembro de 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. **Orçamento Cidadão: Projeto de Lei Orçamentária Anual - PLOA 2019**. Brasília, 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/-receitas?ano=2018>>. Acesso em 11.02.2019.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2002.



EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2ª Edição, São Paulo: Dialética, 2002.

EISELE, Andreas. **Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

GIL, Giovanni Andrei Franzoni. O ICMS e o delito previsto no artigo 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. **Revista Jus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/51018/o-icms-e-o-delito-previsto-no-artigo-2-ii-da-lei-n-8-137-1990>>. Acesso em 19.02.2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: ed Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32 ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio de. **Imputação Objetiva**. 3ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007

JUSTEN, Marçal Filho. Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

KIRCHHOF, Paul. **La Influencia de la Constitución Alemana en su Legislación Tributaria**, *in* Garantías Constitucionales del Contribuyente, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28ª. Ed. – revista atualizada e ampliada. Editora Malheiros, São Paulo, 2007.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Processual Penal. Aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva. 1ª C.Criminal - **RSE - 674258-5**, Rel.: Oto Luiz Sponholz, Unânime, Curitiba/PR, julgado em 03 de março de 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral**. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processual Penal. Aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva. **Recurso Crime Nº 71004180154**, de Saporanga/RS, Turma Recursal Criminal, Porto Alegre/RS, 25 de março de 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Processual Penal. Aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva. **Apelação 0026196-93.2013.8.24.0038**, de Joinville, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, Florianópolis/SC, 26 de julho de 2016.

SANTOS, J. Albano. Teoria Fiscal. Lisboa: 2003. In: BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.** São Leopoldo: 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Manual de derecho penal, 1996. In: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 17ª Edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

**A VIDA PELO TRABALHO: O DANO EXISTENCIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA¹**

LIFE FOR WORK: EXISTENTIAL DAMAGE IN THE LABOR SPHERE

Tiago Mendes Freire²

Resumo: O presente trabalho discorre sobre uma recente corrente doutrinária e jurisprudencial referente a uma nova modalidade de dano não mais contemplada pela simples definição de dano moral, o chamado dano existencial. O conceito de dano existencial é originário do Direito italiano e vem sendo reconhecido no Brasil pelos tribunais e doutrinadores sobre o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador, por ser parte hipossuficiente na relação, sofre limitações em relação à sua vida fora do ambiente de labor em face de condutas ilícitas do empregador, impossibilitando-o de praticar um conjunto de atividades, sociais, esportivas, afetivas, familiares, ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. No direito do trabalho, a indenização decorrente do dano existencial vem sendo discutida pelos tribunais como forma de se dar mais efetividade aos direitos do trabalhador. Quando se torna inviável para o empregado conciliar a vida pessoal com a profissional por culpa do empregador, surgem os transtornos que esvaziam a existência humana e fazem desaparecer o sentido da vida. Em outras palavras, surge o dano existencial.

Palavras-chave: Dano existencial. Dignidade humana. Relação de emprego. Indenização.

Abstract: The present work discourses about a recent doctrinal and case law current relative a new modality of damage no longer contemplated by the simple definition of moral damage, called existential damage. The concept of existential damage is originally from Italian Law and has been recognized in Brazil by the courts and scholars about the focus of the principle of human dignity and the fundamental rights and guarantees provided for in the Federal Constitution of 1988. In the case of employment relationships, the existential damage occurs when the employee for being underprivileged part of the relationship, suffers limitations in his life outside the labor environment because of unlawful conduct of the employer, making it impossible for him to practice a set of social, sporty, affective, family activities, or to develop his life projects in professional, social e personal ambit. In labor law, the indemnity resulting of existential damage is being discussed by the courts as a way of giving more effectiveness to the rights of the worker. When it becomes impossible for the employee to reconcile his personal life with the professional through the fault of the employer, arises the disorders that empty human existence and make disappear the meaning of life. In other words, the existential damage arises.

Keywords: Existential Damage. Human Dignity. Employment relationship. Indemnity.

¹ Artigo adaptado a partir de Monografia apresentada perante a Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES, em 2017.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Pós-graduado em Direito Previdenciário. Servidor Público Federal. Assessor de Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. E-mail: tiago-mefre@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A relação de emprego é marcada pela assimetria entre empregador e empregado. Enquanto o primeiro detém o poder de direção, organização e controle da atividade, o segundo submete-se às ordens em troca de remuneração. Esse desequilíbrio estrutural exige limites ao poder empregatício, a fim de resguardar a dignidade e os direitos fundamentais do trabalhador, em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com as diretrizes internacionais da OIT.

Quando a exigência patronal extrapola os limites da razoabilidade, comprometendo a vida pessoal do empregado e inviabilizando a conciliação entre trabalho e convivência familiar ou projetos individuais, surge o chamado dano existencial. Trata-se de lesão que transcende a esfera patrimonial e atinge a própria realização da vida em sociedade, esvaziando o sentido da existência.

O instituto, de origem italiana, vem ganhando espaço no Direito do Trabalho brasileiro, demandando maior sistematização doutrinária e jurisprudencial, sobretudo no que tange à responsabilização do empregador. Diferencia-se de outras espécies de danos extrapatrimoniais por sua natureza própria: não se limita ao sofrimento moral ou à lesão à honra, mas abrange a frustração de planos de vida e a supressão do convívio social.

O presente trabalho tem por objetivo delimitar o conceito de dano existencial, diferenciá-lo das demais modalidades de dano, analisar sua incidência nas relações laborais e discutir a possibilidade de indenização. Para tanto, parte-se do exame das características da relação empregatícia e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, avança-se para a conceituação e origem do instituto e, por fim, examina-se a responsabilidade do empregador e a forma como a jurisprudência trabalhista vem enfrentando a matéria.

Adota-se, como método de abordagem, o dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com vistas a esclarecer os contornos do dano existencial e a sua efetivação no âmbito do direito laboral contemporâneo.

2. DA RELAÇÃO DE EMPREGO

2.1 Características da Relação de Emprego

Para compreender a dinâmica do dano existencial no âmbito trabalhista, é necessário, inicialmente, delimitar os atributos que distinguem a relação de emprego das demais formas de trabalho.

A CLT, em seus artigos 2º e 3º, define empregador como a empresa, pessoa física ou jurídica, que assume os riscos da atividade econômica, e empregado como a pessoa física que presta serviços de forma não eventual, subordinada e onerosa. Dessa definição extraem-se os elementos fático-jurídicos do vínculo empregatício: (i) prestação de serviços por pessoa física; (ii) pessoalidade; (iii) não eventualidade; (iv) onerosidade; e (v) subordinação.

A prestação de serviços por pessoa física garante a incidência da proteção trabalhista, afastando contratações fraudulentas via pessoa jurídica. A pessoalidade implica a impossibilidade de substituição do trabalhador, ao passo que a continuidade diferencia o vínculo empregatício de prestações esporádicas. A onerosidade traduz-se na contraprestação econômica – seja em salário, seja em benefícios de valor econômico. Por fim, a subordinação revela-se como o elemento nuclear, mediante o qual o empregado se sujeita às ordens e à fiscalização do empregador.

Consoante leciona Maurício Godinho Delgado (2012, p. 284), tais requisitos constituem elementos fático-jurídicos, pois nascem da realidade social e apenas recebem do Direito o reconhecimento e os efeitos correspondentes à sua relevância. Assim, uma vez presentes de forma concomitante, configuram a relação de emprego em sua inteireza.

A esse conjunto soma-se o princípio da alteridade, pelo qual os riscos da atividade econômica recaem exclusivamente sobre o empregador, sendo devido o salário independentemente do êxito empresarial.

2.2 Poder Empregatício e Risco de Dano

Do elemento da subordinação decorre o poder diretivo do empregador, que se desdobra em poderes de organização, controle e disciplina. Cabe-lhe estruturar a atividade produtiva, fiscalizar a execução dos serviços e impor sanções proporcionais.

Esse poder, contudo, não é absoluto. Encontra limites na Constituição Federal, na lei, nos instrumentos coletivos e nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e boa-fé. O exercício abusivo, como jornadas extenuantes, intervalos insuficientes ou tratamentos vexatórios, viola direitos fundamentais do trabalhador e pode configurar dano moral ou existencial.

Assim, a utilização imoderada do poder diretivo converte-se em ato ilícito, sujeito à reparação, tanto para compensar a vítima quanto para prevenir a reiteração de condutas lesivas.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III, CF), constitui o núcleo axiológico do Direito do Trabalho. A valorização do trabalho humano, prevista no art. 170 da Constituição, visa assegurar a todos uma existência digna e justa, orientando a interpretação e aplicação das normas trabalhistas.

Sérgio Pinto Martins pontua que:

O poder de direção não é um poder absoluto. Só por ser um direito, tem limites. Os limites externos são: Constituição, Leis, Norma Coletiva, Contratos. Os limites internos são: boa-fé objetiva e exercício regular do direito. (Martins, 2013, p. 230)

A experiência histórica demonstra que a exploração sem limites da força de trabalho – da escravidão às jornadas desumanas da Revolução Industrial – impulsionou a criação de organismos internacionais como a OIT, cujo preâmbulo já consagra a necessidade de proteger a saúde, o tempo de descanso e o salário mínimo condizente com condições dignas de vida.

Nesse contexto, o contrato de trabalho deve ser instrumento de promoção da dignidade do trabalhador, e não de sua violação. O empregador que impõe condições degradantes ou ofensivas à esfera pessoal do empregado incorre em responsabilidade civil, seja pela necessidade de compensar o dano sofrido, seja pelo caráter pedagógico da sanção.

2.3 Dignidade Humana nas Relações de Emprego

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, princípio que, segundo Luís Roberto Barroso, assumiu centralidade axiológica em todas as relações jurídicas, públicas e privadas (BARROSO p. 35). No mesmo sentido, o art. 170 da Carta Magna estabelece a valorização do trabalho humano como base da ordem econômica, visando assegurar a todos uma existência digna nos termos da justiça social.

Ao abordar o tema, Yara Maria Pereira Gurgel discorre acerca da dignidade da pessoa humana caracterizando-a nos termos a seguir delineados:

A dignidade humana, como base ética da sociedade moderna, é valor absoluto e qualidade inerente a todo ser humano; além de ser destituída de qualquer fator moral, religioso ou econômico. Não há espaço para substituição, relativização ou valoração do ser humano. Também não há que se pensar em dimensão quantitativa ou qualitativa da dignidade. Todos os seres humanos possuem a mesma condição humana e, portanto, igual valor

absoluto – possuem idêntica dignidade e direito à proteção jurídica. (Gurgel, 2010, p. 31)

A evolução histórica do trabalho demonstra que nem sempre esse princípio foi respeitado. A escravidão reduziu o ser humano à condição de coisa; a Revolução Industrial, marcada por jornadas extenuantes e ausência de descanso, expôs o trabalhador a condições degradantes e acidentes em massa. A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), após a Primeira Guerra Mundial, buscou justamente reverter esse quadro, ao reconhecer que condições de trabalho indignas geram miséria, instabilidade social e risco à paz mundial.

Como bem destaca Maria Áurea Baroni Cecato, o preâmbulo da Constituição da OIT já explicitava as motivações que resultaram na criação do órgão, tal qual se observa no trecho abaixo transcrito:

(...) Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, (...) (Online)

Nesse cenário, a relação empregatícia deve assegurar ao trabalhador condições de trabalho decente, isto é, compatíveis com a dignidade humana: jornada equilibrada, remuneração justa, liberdade e segurança. O empregador que submete seus empregados a condições penosas viola esse núcleo axiológico da Constituição e incorre em responsabilidade civil, não apenas pelo dever de compensação, mas também pela função pedagógica de prevenir práticas reiteradas de desrespeito à dignidade laboral.

3. DO DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

3.1 Conceito de Dano e a Concepção do Dano Existencial

O termo “dano” origina-se do latim *dagnum* e se refere a qualquer prejuízo ou depreciação que afete o estado de um bem ou interesse. Historicamente, sua compreensão esteve restrita ao âmbito patrimonial, limitando-se a perdas economicamente quantificáveis. No entanto, o conceito moderno reconhece que

danos também podem recair sobre bens da personalidade, como honra, liberdade, imagem e saúde.

Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 89) conceitua o dano como a “subtração ou diminuição de um bem jurídico, patrimonial ou integrante da personalidade da vítima”. Em consonância, Pablo Stolze Gagliano (2010) define dano como a lesão a um interesse juridicamente protegido, patrimonial ou não, causada por ação ou omissão de terceiro. A Constituição Federal de 1988 reforça essa perspectiva, vinculando o dano à dignidade da pessoa humana, de modo que prejuízos à esfera existencial ou à personalidade devem ser igualmente tutelados.

Nesse contexto, surgem os danos extrapatrimoniais, como moral, à imagem, à saúde e, mais recentemente, o dano existencial. Este teve origem no Direito Italiano, sendo reconhecido pela doutrina e jurisprudência daquele país como categoria distinta do dano moral ou biológico. Inicialmente, os tribunais italianos admitiam indenização apenas para danos físicos ou psicológicos, denominados “biológicos”. Com o tempo, passou-se a reconhecer que certas lesões, sem afetar diretamente a saúde, prejudicam a vida de relação e o desenvolvimento da personalidade, originando o conceito de dano existencial.

Os professores italianos Patrizia Ziviz e Paolo Cendon distinguiram os danos existenciais dos biológicos, identificando que afetam a rotina, as atividades e os projetos de vida da vítima, de forma significativa e injusta, sem necessariamente provocar dano físico. A jurisprudência italiana consolidou a tese, reconhecendo que os prejuízos à vida de relação, quando não resultam em agravo à saúde, configuram dano existencial, caracterizado por limitações qualitativas e quantitativas na realização da vida cotidiana (Soares, 2009, p. 44- 45).

No Brasil, Flaviana Rampazzo Soares foi pioneira ao transpor o conceito para o ordenamento nacional. Para Marcia Novaes Guedes (2008, p. 128-129), o dano existencial consiste em “conjunto de repercussões de tipo relacional que marcam negativamente a existência do sujeito, obrigando-o a renunciar a relações próprias de sua personalidade”. Trata-se, portanto, de uma afetação à qualidade de vida, que se manifesta tanto na vida de relação — interação social e familiar — quanto no projeto de vida — conjunto de objetivos pessoais, profissionais, sociais e familiares.

Considerado uma espécie de dano extrapatrimonial ou imaterial, o dano existencial basicamente se divide em danos ao projeto de vida e danos a vida de relação. O projeto de vida é o plano que se traça calcado na razoabilidade para se

atingir os objetivos a que se propõe o indivíduo, cujas principais áreas abrangidas são divididas com vistas à saúde física, espiritual, intelectual, familiar, social, financeira e profissional. Já a vida de relação ou o convívio social e familiar é a interatividade da pessoa com a coletividade, estabelecendo relacionamentos sociais com outras pessoas e integra a esfera existencial humana, muito ligada à independência do ser.

Assim, o dano existencial distingue-se por sua injustiça e relevância: não qualquer privação configura o instituto, mas apenas aquela que frustra significativamente a vida de relação ou projetos de vida da pessoa. Evidencia-se pela privação injusta do indivíduo de realizar projetos que normalmente faria, como: praticar esportes; dedicar-se aos estudos; manter uma vida em família, etc.

Ainda que sua aplicação no Direito Brasileiro seja recente e limitada, a doutrina reconhece a possibilidade de indenização quando há violação de direitos constitucionais, especialmente aqueles vinculados à dignidade e à integridade existencial do trabalhador.

3.2 O Dano Existencial e Outras Modalidades de Dano

Historicamente, o dano extrapatrimonial foi comumente reduzido ao conceito de dano moral, englobando sob essa mesma designação uma variedade de prejuízos não patrimoniais.

Em relação ao dano moral, ao contrário do dano existencial, o seu conceito se encontra consolidado na doutrina e legislação pátria, inclusive com previsão de indenização na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (Brasil, 1988)

A reparação do dano moral também está prevista no Código Civil de 2002:

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Brasil, 2002).

Segundo os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano, o dano moral:

[...] consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (Gagliano, P. 55)

O dano moral e o dano existencial são danos imateriais, porém são diferentes entre si, porquanto o primeiro diz respeito ao íntimo da pessoa, afetando seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, na sua privacidade, intimidade. Já o segundo afeta a vida cotidiana da vítima, seja em seu espaço individual ou no relacionamento com outras pessoas, impossibilitando-a de realizar atividades que outrora realizava, como lazer, prática de esportes, tarefas domésticas, etc.

A jurisprudência, acompanhando o entendimento doutrinário, tem feito essa diferenciação entre dano moral e existencial em seus julgados:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO.

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. Na hipótese dos autos, embora conste que o Autor se submetia frequentemente a uma jornada de mais de 15 horas diárias, não ficou demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais. Diferentemente do entendimento do Regional, a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é "in re ipsa", de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Não houve demonstração cabal do prejuízo, logo o Regional não observou o disposto no art. 818 da CLT, na medida em que o Reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR

14439420125150010, Relatora Maria de Assis Calsing, Data de julgamento 15/04/2015, Quarta Turma, Data de publicação DEJT 17/04/2015). RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. REPARAÇÃO DEVIDA. A limitação da duração do trabalho constitui-se exigência que surge como medida de higiene e segurança, com vistas a preservar a saúde física e psíquica do trabalhador. O dano extrapatrimonial, sob a modalidade dano existencial, deve ficar restrito a situações extremamente graves, nas quais demonstrado que o trabalhador sofreu severa privação em virtude da imposição de um estilo de vida que represente impossibilidade de fruição de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar, o que restou caracterizado no caso concreto, em face da jornada de trabalho extenuante a que a autora estava submetida, inclusive em três domingos por mês, sem a fruição de intervalo intrajornada. Apelo da reclamante provido, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais), ante a necessidade de que a reparação possua, também, caráter pedagógico, tendente a evitar práticas de mesma natureza por parte da empregadora. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. A supressão parcial do intervalo intrajornada confere à empregada o direito ao pagamento do tempo integral da pausa prevista no art. 71 da CLT. O intervalo mínimo legal constitui-se medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública, de maneira que a empregadora somente se desincumbe da obrigação legal quando assegura à trabalhadora o período mínimo previsto em lei, o que, no caso, não ocorreu, conforme arbitramento realizado na sentença. Apelo negado. TRT-4 - RO: 00002531120135040029 RS 0000253-11.2013.5.04.0029, Relator: ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ. Data de Julgamento: 15/05/2014, 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre.

Realizada a diferenciação entre os institutos, é importante ressaltar a possibilidade de ocorrência de ambos os danos de forma concomitante. Embora distintos, existem situações em que uma só conduta lesiva pode causar mais de uma espécie de dano ao ofendido. A título de exemplo, pode ser citado o caso em que, na duração da relação de emprego, o patrão dispense tratamento desrespeitoso com uma empregada, causando-lhe abalos psicológicos instantâneos (dano moral) que a atinjam de forma permanente, influenciando negativamente nas suas relações sociais com o círculo de pessoas que a circunda (dano existencial).

Assim, a cumulação das indenizações é possível, seguindo analogicamente a Súmula 37 do STJ, que admite a cumulação de dano material e moral decorrentes do mesmo fato.

Por sua vez, no que diz respeito à perda de uma chance, os danos dela decorrentes são verificáveis quando há prejuízo quantificável decorrente da frustração de uma oportunidade concreta.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), de natureza patrimonial, teve origem na doutrina francesa, na década de 60, e ocorre quando o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de se obter uma situação futura melhor. É caracterizada

quando, em virtude da conduta de outra pessoa, não há mais a probabilidade da ocorrência de um evento que possibilitaria que a vítima tivesse um futuro melhor, como ascensão da carreira, conseguir um emprego mais atrativo, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável por causa do advogado, etc. (Cavalieri Filho, 2012, p. 81).

Não se deve confundir o dano existencial com a perda de uma chance, conforme ensina Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho e Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado. As duas figuras podem, eventualmente, ser cumuladas. Imaginemos o exemplo de um maratonista de alto nível que sofre um acidente de trabalho que o impossibilita de correr para o resto de sua vida às vésperas de uma corrida cuja premiação era de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse caso se está diante de hipóteses de dano moral, existencial e perda de uma chance. O dano moral pela frustração, pelo dissabor e pela dor provocada pelo ocorrido, a perda da chance de aumentar o patrimônio em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente da não participação da corrida, o dano existencial por não mais poder se dedicar a essa atividade esportiva. (2013, online)

Assim, o dano existencial difere da perda de uma chance ao se pautar nos projetos e na vida cotidiana da vítima, sem aferição econômica, enquanto a perda de uma chance se vincula a resultados futuros concretos e quantificáveis.

3.3 O Reconhecimento do Dano Existencial no Direito do Trabalho

A concepção do dano existencial foi trazida do Direito Italiano para o Direito Brasileiro, tendo sido aceita pela jurisprudência e doutrina, as quais encontraram fundamentos para a caracterização da ocorrência do dano na própria Constituição Federal de 1988, a qual prevê: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); direito à liberdade (art. 5º, caput); direito da proteção à família (artigos 226 e 227) e também no princípio da indenização por danos causados (artigo 5º, incisos V e X).

Examina-se, assim, situações potencialmente geradoras de dano existencial.

De início, ressalta-se que as longas jornadas de trabalho representam uma das situações de maior potencial causador de dano existencial. Trata-se de tema amplamente debatido no Direito do Trabalho, dado o elevado número de violações aos direitos de intervalos, férias, descanso semanal remunerado e às diversas formas



de interrupção ou suspensão do contrato de trabalho. Mauricio Godinho Delgado conceitua a jornada de trabalho como:

o lapso temporal diário em que o empregado se coloca a disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. E, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula. A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato — o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. (Delgado, 2012, p.862)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, estabelece como regra a jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, assegurando ao trabalhador um limite razoável de tempo à disposição do empregador. Em complemento, o artigo 59 da CLT dispõe que a jornada poderá ser acrescida de até duas horas extraordinárias diárias, atingindo, assim, o teto máximo de dez horas, desde que as excedentes sejam devidamente remuneradas.

Nesse sentido, em maio de 2013, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) proferiu decisão paradigmática ao condenar o conglomerado estadunidense Walmart ao pagamento de indenização por danos existenciais a ex-empregada submetida a jornadas excessivas. No caso concreto, a funcionária relatou ter laborado em jornada de segunda a sábado, das 11h às 23h40min, com uma hora de intervalo. O magistrado relata, ainda, situações em que a mesma reclamada restou condenada em danos existenciais por submeter funcionários à jornada de trabalho das 7h às 22h³.

Tal prática resultou na completa supressão do tempo livre necessário ao descanso, lazer e convivência social, além de expor o trabalhador a risco acentuado de acidentes de trabalho. A rotina extenuante inviabilizava o desenvolvimento de qualquer projeto de vida pessoal, como a realização de cursos, a participação em atividades de lazer ou a manutenção de relações sociais e familiares.

A título de exemplo, não poderia o trabalhador fazer um curso universitário ou especializar-se em área de seu interesse. Da mesma forma, dispunha de um tempo limitadíssimo para a prática de alguma atividade realizadora, prazerosa ou de lazer. Ainda mais importante, os relacionamentos desse indivíduo poderiam ser afetados gravemente, visto que era impedida de conviver com sua família, amigos ou quaisquer outras pessoas que não fossem seus colegas de trabalho.

³ <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/acordao-trt-rs-condena-walmart1.pdf>>. Acesso em 08 de set. 2025

Desse modo, fica claro que o excesso de jornada tem um potencial causador de dano existencial relativamente alto, já que dificulta a execução de um projeto de vida feito livremente pelo empregado, bem como impede a relação desse com pessoas de seu afeto, em decorrência do tempo despendido à disposição da empresa.

De modo semelhante, é irrefutável que a não concessão das férias aos empregados pode causar danos de caráter existencial, na medida em que não poderão aqueles, exercer plenamente as atividades ligadas ao relacionamento social não podendo realizar atividades de lazer, normalmente presentes nos períodos de férias dos trabalhadores.

O direito do trabalhador a férias está previsto na Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XVII, que aduz: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...) gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. O objetivo da concessão de período de férias é necessário para preservar a saúde e segurança laborativas, além da cidadania do empregado, já que, nesse tempo, poderá desfrutar do convívio familiar e social.

As férias, assim como os demais períodos de descanso assegurados no vínculo empregatício, têm por escopo impedir que o trabalhador seja reduzido à condição de mero instrumento produtivo, vivendo apenas para o labor, à semelhança de uma máquina. Ao contrário, buscam assegurar que o indivíduo se realize também como ser social, capaz de cultivar relações afetivas, desenvolver atividades pessoais e concretizar projetos de vida que lhe conferem uma existência digna. Nessa linha, é de grande relevo a lição de Maurício Godinho Delgado:

(...) embora permitam as férias significativa intensificação do lazer do trabalhador e sua família, elas não têm natureza de prêmio trabalhista. Desse modo, não se vinculam à conduta obreira mais ou menos positiva em face do interesse do empregador. Não são, portanto, parcela adquirida pelo empregado em função da conduta contratual especialmente favorável ao empregador. Têm, pois, as férias, efetivo caráter de direito trabalhista, inerente ao contrato de trabalho – direito a que corresponde uma obrigação empresarial. (Delgado, 2012, p. 978)

Por oportuno, cumpre salientar que, no âmbito das relações laborais, é notório que a dinâmica empresarial frequentemente exerce intensa pressão sobre os trabalhadores, levando muitos a renunciar, ainda que de forma indireta, ao gozo das férias por receio de retaliações ou até mesmo da perda do emprego. Importa sublinhar, entretanto, que o direito às férias não se configura como mera faculdade do

empregado, mas sim como obrigação legal imposta ao empregador, cuja inobservância representa não apenas afronta à legislação trabalhista, mas também violação a direito fundamental voltado à preservação da dignidade e da saúde do trabalhador.

Por fim, como outra hipótese causadora de dano existencial, pode-se citar as condições precárias de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estendendo esse conceito, no artigo 200, inciso VIII, ao meio ambiente laboral, o que evidencia a sua condição de direito fundamental indisponível. Em complemento, a Consolidação das Leis do Trabalho, a partir de dispositivos como o artigo 157, bem como as Normas Regulamentadoras do extinto Ministério do Trabalho e Emprego (atualmente competência da Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia), materializam o dever do empregador de propiciar condições seguras e salubres de labor, em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e com a valorização do trabalho humano (art. 170, caput, CF).

Nesse cenário, é pertinente a conceituação de trabalho decente, proposta pela doutrinadora Yara Maria Pereira Gurgel, como aquele exercido em conformidade com os preceitos de igualdade, liberdade, equidade, respeito à saúde e segurança do trabalhador, com remuneração justa e livre de discriminação, afastado de condições análogas às de escravo ou de exploração do trabalho infantil, constituindo-se instrumento essencial ao combate à pobreza e à redução das desigualdades sociais (Gurgel, 2010, p. 31).

O labor em condições precárias repercute negativamente não apenas na esfera patrimonial ou moral, mas incide de forma intensa sobre a dimensão existencial do trabalhador. Isso porque, ao degradar o ambiente de trabalho e submeter o indivíduo a jornadas exaustivas, remuneração ínfima, supressão de intervalos e ausência de proteção mínima à saúde e à segurança, inviabiliza-se o exercício pleno dos direitos da personalidade e o desenvolvimento de projetos de vida autônomos, comprometendo tanto o convívio social quanto a realização pessoal.

A materialização mais evidente do dano existencial ocorre nas hipóteses extremas de exploração laboral, como o trabalho em condições análogas à escravidão e o trabalho infantil.



No tocante ao trabalho análogo ao de escravo, trata-se de prática que encontra repúdio expresso no artigo 149 do Código Penal, o qual define como crime reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. A Constituição Federal, em simetria, assegura a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da ordem econômica (art. 170) e como pilares do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), de modo que a vedação à escravidão contemporânea possui natureza de norma de ordem pública e de direito fundamental.

A jurisprudência trabalhista e constitucional é firme em reconhecer que a prática de trabalho escravo moderno, ainda que mascarada sob vínculo formal, caracteriza grave violação de direitos fundamentais e impõe ao empregador responsabilidade civil ampla, com reparação pelos danos patrimoniais, morais e existenciais sofridos. Isso porque a violação não se limita ao ambiente laboral, mas repercute diretamente na essência da vida da vítima, impedindo-lhe de desenvolver seus projetos pessoais, conviver socialmente e exercer atividades mínimas que caracterizam uma existência digna.

Além disso, a exploração em condições análogas à escravidão fere compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, notadamente as Convenções nº 29 e nº 105 da Organização Internacional do Trabalho, que versam sobre o trabalho forçado e sua abolição, bem como diversos tratados de direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. A manutenção dessas práticas configura, portanto, não apenas ilícito trabalhista e penal, mas verdadeira violação de direitos humanos, atraindo a incidência de normas de proteção internacional.

Do ponto de vista existencial, a gravidade é inequívoca: a vítima submetida a jornadas exaustivas, privação de liberdade, condições degradantes de moradia, alimentação e higiene, encontra-se privada de exercer sua autonomia, de desenvolver seu convívio social e de realizar escolhas fundamentais para a construção de seu projeto de vida. Em outras palavras, o trabalhador é reduzido a mero instrumento produtivo, em afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesses casos, o dano existencial se revela em duas dimensões complementares: No plano individual, porque o trabalhador perde a possibilidade de

direcionar livremente sua vida, de realizar estudos, de usufruir de lazer, de conviver com familiares e amigos, enfim, de exercer direitos da personalidade. No plano social, porque a exploração o exclui da esfera comunitária e o estigmatiza, dificultando inclusive sua reinserção no mercado de trabalho e na vida em sociedade após a libertação.

Trata-se, portanto, da forma mais extrema e intolerável de violação da esfera existencial do trabalhador, que não apenas sofre lesão em sua saúde física e psíquica, mas tem sua própria existência digna negada pelo empregador.

No segundo caso, a seu turno, o trabalho infantil compromete de forma gravíssima o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, na medida em que subtrai o tempo que deveria ser destinado ao estudo, ao lazer, ao convívio familiar e à formação humana, contrariando frontalmente a proteção integral prevista no artigo 227 da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Aqui, o dano existencial manifesta-se de maneira incontornável: o projeto de vida da criança é interrompido ou distorcido pela inserção precoce e ilícita no mercado de trabalho, o que acarreta repercussões irreversíveis sobre sua trajetória educacional, social e profissional.

Portanto, a exploração do trabalho em condições precárias não apenas afronta normas constitucionais, legais e internacionais, mas atinge a própria essência da existência digna, revelando-se como uma das hipóteses mais graves de dano existencial no âmbito das relações laborais.

4. DA REPARAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

A reparação integral dos danos extrapatrimoniais constitui princípio basilar da responsabilidade civil e encontra assento na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 5º, incisos V e X, que asseguram a compensação pelos prejuízos de ordem moral e existencial. Tal diretriz visa não apenas mitigar o sofrimento da vítima, mas também cumprir uma função preventiva e pedagógica, desestimulando a reiteração de condutas lesivas por parte do ofensor ou de terceiros.

Enquanto o dano material se quantifica pela equivalência monetária da perda sofrida, a lesão imaterial, por sua natureza intangível, demanda valoração judicial que considere tanto a necessidade de compensação da vítima quanto a sanção a ser imposta ao agente e a prevenção de novas violações. Embora haja correntes que defendam a insuficiência do modelo indenizatório pecuniário para recompor danos

existenciais, prevalece a compreensão de que este é o mecanismo mais adequado, uma vez que é impossível restabelecer o status quo ante quando a violação atinge a própria esfera existencial do indivíduo.

Não obstante, a aplicação prática do instituto enfrenta críticas, notadamente a retórica da chamada “indústria do dano moral”, pela qual se imputaria aos indivíduos o ajuizamento indiscriminado de ações com finalidade meramente patrimonial. Todavia, pesquisas empíricas demonstram o contrário: no âmbito trabalhista, as condenações geralmente fixam valores modestos, que não ultrapassam, em grande parte dos casos, a quantia de vinte e cinco mil reais, conforme constatado por Flávia Portella Püschel (2011). Essa realidade evidencia que o fenômeno não traduz, em regra, um enriquecimento sem causa, mas antes a baixa efetividade da função punitiva e pedagógica das condenações.

O problema que se revela, portanto, não é a supervalorização, mas a subvalorização das reparações, o que reduz o impacto da medida sobre o agente causador. Ao receber condenações em montantes reduzidos, muitos empregadores internalizam tais valores como custo operacional, avaliando ser mais vantajoso suportar eventual indenização do que adotar medidas preventivas de proteção ao trabalhador. Tal lógica perpetua práticas lesivas, mantendo a violação da dignidade humana como componente da dinâmica empresarial.

Nesse sentido, autores como Júlio César Bebbber destacam que a fixação do quantum indenizatório deve observar critérios como a injustiça do dano, a situação presente e futura da vítima em comparação com sua condição anterior, a razoabilidade de seu projeto de vida e a efetiva extensão da lesão (2009, p. 29). Trata-se de aferição que exige do julgador não apenas sensibilidade, mas também técnica para identificar em que medida o dano frustrou de forma relevante o livre desenvolvimento existencial do trabalhador.

Para superar a ineficácia dos valores atualmente fixados, parte da doutrina sustenta a necessidade de incorporar ao cálculo indenizatório a dimensão do lucro obtido pelo empregador mediante a conduta ilícita. Tal medida conferiria maior efetividade às funções pedagógica e sancionatória, pois imporia custo elevado ao infrator, tornando menos vantajosa a violação do direito fundamental à existência digna.

Em reforço a essa compreensão, o ex-Desembargador José Felipe Ledur, fortalece o entendimento dos seguintes parâmetros:

A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica. (2013, online)

Nesse contexto, ganha relevo a discussão acerca da função sancionatória da indenização, aproximando-se da lógica dos *exemplary damages* do direito norte-americano. Ainda que a realidade brasileira não comporte a transposição automática desse modelo, a experiência comparada evidencia a importância de se adotar parâmetros que efetivamente inibam condutas reiteradamente lesivas.

Em síntese, a reparação do dano existencial não pode se reduzir a um mero cálculo patrimonial. Mais do que indenizar financeiramente a vítima, deve reafirmar a centralidade da dignidade humana nas relações de trabalho, assegurando a proteção dos projetos de vida livremente elaborados, das relações sociais cultivadas e das atividades realizadoras que conferem sentido à existência. O foco deve recair sobre a preservação da integridade física, psíquica e moral do trabalhador, de modo a garantir que o trabalho não se converta em instrumento de opressão, mas em meio de realização da pessoa humana.

Assim, cumpre analisar como a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas brasileiros se posicionam em relação a algumas situações potencialmente causadoras de dano existencial vistas anteriormente.

A) Tribunal Superior do Trabalho. Dano existencial decorrente de jornada de trabalho extenuante. (TST-RR-1034-74.2014.5.15.0002)

A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho não deu provimento ao Recurso de Revista interposto pela reclamada contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho RR que deu provimento ao recurso ordinário da reclamante para deferir-lhe indenização por danos morais e existenciais.

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um

longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despicienda a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST - RR: 10347420145150002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015)

A corte entende que o dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador.

O Tribunal Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos.

Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despicienda a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador.

Dessa forma, qualquer pessoa que trabalha em jornadas extenuantes acima dos limites da razoabilidade, sem a perspectiva de gozo de um descanso semanal para conviver com sua família e repor suas energias, sofre um abalo psicológico, sendo, repita-se, desnecessário qualquer esforço para se chegar a essa conclusão.

O entendimento que tem prevalecido no TST é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância, nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que foi comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida

folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga afrontando assim os direitos do trabalhador.

A) Tribunal Superior do Trabalho. Dano existencial decorrente da não concessão de férias (TST-RR-727-76.2011.5.24.0002)

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho condenou a recorrida em 19 de junho de 2013, ao pagamento de indenização por dano existencial dentre outros direitos trabalhistas devidos:

[...] DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma)

A autora afirmou na exordial que foi admitida em junho de 2002 para desempenhar a função de assessora de presidente da ré, com a incumbência de também assessorar os diretores daquela. Sustentou ainda que a relação de emprego negada pela ré impediu que ela tivesse gozo de férias durante os dez anos de contrato, caracterizando, assim, uma conduta abusiva que viola os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Em sede de defesa, a ré alegou que não houve o vínculo de emprego, afirmando que a relação entre ela e a autora originou-se única e exclusivamente de contrato de prestação de serviços profissionais autônomos relacionados à consultoria.

O pedido de indenização foi formulado sob o título de dano moral, sendo julgado improcedente pelo juiz de primeira instância, que não reconheceu a ocorrência do dano.

Inconformada com a decisão, a reclamante interpôs Recurso Ordinário alegando que a falta de férias pelo período de dez anos fez com que não pudesse se recompor física e psiquicamente dos males oriundos das longas jornadas as quais era submetida. E que ainda fora acometida de um visível desgaste físico e mental, o que lhe trouxe a privação do convívio intenso que tinha com amigos e familiares.

Apesar de o pedido da autora ter sido formulado sob a alegação de ter ocorrido dano moral, a Primeira Turma entendeu se tratar de dano existencial:

O dano moral resulta da infringência de um direito imaterial ou extrapatrimonial do empregado, ao passo que ao dano existencial se acrescenta o fato de ser constatado de forma objetiva, porquanto importa em uma sequência de alterações prejudiciais ao cotidiano, com a consequente perda da qualidade de vida do trabalhador, visto que obstado o direito do trabalhador de exercer uma determinada atividade e/ou participar de uma forma de convívio inerente à vida privada.

Na fixação da indenização a Corte observou a sua dupla finalidade, ou seja, a função compensatória e a função pedagógico-punitiva, deixando claro que isso não significava a adoção do instituto norte-americano do *exemplary damages*. Porém ao contrário do exposto no presente trabalho, a Corte entendeu também que a indenização não deveria ser excessiva à parte que indeniza para não ensejar uma fonte de enriquecimento indevido da vítima.

Ainda entendeu que a indenização não pode ser fixada em valores irrisórios e apenas simbólicos. Na oportunidade citou os critérios adotados pela doutrina e jurisprudência para o arbitramento do *quantum*:

A doutrina e a jurisprudência têm se louvado de alguns fatores que podem ser considerados no arbitramento da indenização do dano moral: a) o bem jurídico danificado e a extensão da repercussão do agravo na vida privada e social da vítima, isto é, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado, assim como a perda das chances da vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima; b) a intensidade do ânimo em ofender determinado pelo dolo ou culpa do ofensor; c) a condição econômica do

responsável pela lesão; d) em determinados casos, o nível econômico e a condição particular e social do ofendido.

Visto tudo isso, a corte decidiu por arbitrar a indenização em R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais), entendendo ser um valor que atende aos limites da razoabilidade.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como escopo a análise do dano existencial nas relações de trabalho, tomando como premissa a centralidade da dignidade da pessoa humana e o papel do direito do trabalho na proteção da vida em sociedade. Partiu-se da caracterização da relação de emprego e de seu núcleo essencial, marcado pelo poder diretivo do empregador, mas limitado pelos direitos fundamentais do trabalhador, em especial a preservação de sua integridade física, psíquica e social.

Demonstrou-se que o ambiente laboral, quando desvirtuado de sua função social, pode se tornar campo fértil para a ocorrência de violações existenciais. Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho propôs a noção de trabalho decente como referência para um labor prestado em condições de liberdade, igualdade e segurança, apto a garantir ao trabalhador não apenas subsistência, mas sobretudo a realização de seus projetos de vida e o exercício pleno de suas relações sociais.

A partir da experiência estrangeira, sobretudo da doutrina italiana, o dano existencial foi compreendido como aquele que ultrapassa a esfera patrimonial e moral para atingir diretamente o projeto de vida e a vida de relação do trabalhador. Verificou-se que tal dano se manifesta em situações concretas recorrentes nas relações empregatícias, como jornadas extenuantes, supressão de férias, ausência de repousos legais, assédios, condições degradantes e até formas extremas de exploração, como o trabalho análogo à escravidão e o trabalho infantil, em flagrante afronta ao ordenamento jurídico nacional e às convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

No tocante à reparação, destacou-se a dupla função da indenização: compensatória, destinada a mitigar a dor e a frustração do trabalhador lesado, e pedagógico-punitiva, voltada a desestimular a reiteração das práticas lesivas. Analisou-se, ainda, que o modelo atual enfrenta dificuldades quanto à fixação do quantum indenizatório, frequentemente subavaliado, o que compromete sua eficácia



e, em muitos casos, reforça a lógica econômica da violação. Nesse cenário, defendeu-se a adoção de critérios mais consistentes, que levem em conta não apenas a gravidade e a extensão do dano, mas também a capacidade econômica do empregador e os benefícios ilícitos eventualmente auferidos com a conduta lesiva.

Verificou-se, ademais, a necessidade de se aprimorar o debate acerca da razoabilidade do projeto de vida frustrado, da injustiça e do alcance do dano, de modo a assegurar decisões judiciais mais uniformes e efetivas. A pesquisa jurisprudencial demonstrou que, embora ainda haja divergências na fixação de valores, o reconhecimento do instituto vem ganhando espaço no Tribunal Superior do Trabalho e nos Tribunais Regionais, consolidando-o como instrumento relevante de proteção à dignidade do trabalhador.

Conclui-se, assim, que o estudo do dano existencial se mostra de grande relevância no contexto jurídico brasileiro atual, especialmente diante da intensificação de práticas empresariais que, sob a lógica da maximização do lucro, acabam por suprimir direitos trabalhistas e fundamentais. Mais do que uma questão indenizatória, trata-se de reafirmar o compromisso do ordenamento jurídico com a tutela da dignidade humana em sua dimensão mais essencial: a própria existência.

Portanto, o aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema revela-se imprescindível, a fim de consolidar parâmetros claros e efetivos de proteção ao trabalhador, garantindo que a reparação dos danos existenciais cumpra seu verdadeiro papel de preservar a pessoa humana em sua integralidade, enquanto ser que trabalha, convive e projeta sua vida em sociedade.



REFERÊNCIAS

AFONSO, Kleber Henrique S. **Tema atuais de direito e processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 08 de set. 2025.

BEBBER, Júlio Cesar. Danos extrapatrimoniais (estéticos, biológico e existencial): breves considerações. **Revista LTr**. São Paulo, n.1, Jan. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 de set. 2025.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário n.º 0021721- 54.2014.5.04.0204**. Roberto Deves da Silva, Risco Zero Atendimento Médicos de Urgência LTDA. – EPP e Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre AS - CONCEPA. Relatora: Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova. 24 de maio de 2017. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463923487/recurso-ordinario-ro-217215420145040204/inteiro-teor-463923495?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 de set. 2025

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 1034-74.2014.5.15.0002**. Fidelity Processadora e Serviços S.A e Banco Bradesco S.A., Margaret Flores Nunes Viana. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. 04 de maio de 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255981707/recurso-de-revista-rr-10347420145150002/inteiro-teor-255981741?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 de set. 2025.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.7, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349/noco-es-fundamentais-sobre-o-danoexistencial>>. Acesso em: 08 de set. 2025.



GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUEDES, Marcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013

MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano Moral decorrente do contrato de trabalho**. São Paulo, 2012. 3º edição. Ed. Atlas.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo, 2011.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Dano existencial requer prova de prejuízo e nexo de causalidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-18/sonia-mascaro-dano-existencial-requer-prova-prejuizo-nexo-causalidade/>>. Acesso em: 08 set. de 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WANDERLEY, Maria do Perpétuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, 2009.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NOS CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO ATÉ JULGAMENTO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 932¹

CIVIL LIABILITY OF THE EMPLOYER IN CASES OF WORKPLACE ACCIDENTS: ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR LABOR COURT UNTIL THE JUDGMENT OF THE GENERAL REPERCUSSION THESIS Nº 932

Weyber Silva Oliveira²

Resumo: O presente estudo trata de um assunto que proporcionou calorosas discussões no meio jurídico, a responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho. Com o advento do novo Código Civil, jurisprudência e doutrina passaram a discutir qual teoria acerca da responsabilidade civil deveria ser aplicada nos casos de acidentes laborais. Como interpretar o regramento jurídico na busca de aproximar-se do ideal de justiça social. Com a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, este debate passa a uma nova ótica, sendo analisado a partir dos princípios protecionistas que regem o Direito do Trabalho. Para melhor abordagem, faz-se necessário falarmos sobre o conceito, natureza jurídica, e pressupostos que compõem a responsabilidade civil, elaborando também um detalhamento conceitual sobre o instituto do acidente de trabalho nas atuais normas vigentes, e ainda um exame detalhado sobre as teorias e os argumentos de cada linha de defesa que as fundamentam, seja ela baseada no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, conhecida como responsabilidade civil subjetiva, ou no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que ampara a ideia de responsabilidade civil objetiva. Ao final, realizar-se-á uma análise da evolução jurisprudencial da Suprema Corte Trabalhista, para avaliar se houve mudanças nos posicionamentos e qual das teorias se apresenta mais consistente nos julgados, até a análise e fixação do tema pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a repercussão geral nº 932 no ano de 2020.

Palavras-chave: Acidente de trabalho. Responsabilidade Civil. Teoria Objetiva. Teoria Subjetiva. Tribunal Superior do Trabalho. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This study addresses a topic that has sparked heated debate in the legal field: employers' civil liability in cases of workplace accidents. With the advent of the new Civil Code, case law and legal doctrine began to debate which theory of civil liability should be applied in cases of workplace accidents, and how to interpret the legal framework in the quest to achieve the ideal of social justice. With the publication of Constitutional Amendment No. 45/2004, this debate took on a new perspective, being analyzed from the perspective of the protectionist principles governing labor law. For a better understanding, we must discuss the concept, legal nature, and assumptions underlying civil liability. We must also elaborate on the conceptual framework for workplace accidents under current regulations. We must also examine the theories and arguments underlying each line of defense, whether based on Article

¹ Artigo adaptado a partir de Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, apresentado perante a Universidade Federal da Paraíba (UFPB), em 2015.

² Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal (IBRA). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFPB). Delegado de Polícia Civil do Estado de Sergipe. E-mail: weybero@gmail.com



7, Section XVIII, of the Federal Constitution, known as subjective civil liability, or on the sole paragraph of Article 927 of the Civil Code, which supports the concept of objective civil liability. Finally, we will analyze the case law of the Supreme Labor Court to assess whether there have been changes in positions and which theory is most consistent in the judgments, up until the Supreme Federal Court's analysis and resolution of the issue in its ruling on General Repercussion Case No. 932 in 2020.

Keywords: Work accident. Civil liability. Objective theory. Subjective theory. Superior Labor Court. Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

A figura do empregado nas relações laborativas corresponde ao ponto chave, multifuncional, na busca por maior produtividade, estando em constante processo de evolução. Nesta toada, sempre foi observado que o empregador valoriza o lucro, subjugava abusivamente a figura do empregado, não se preocupando com as consequências lesivas que suas práticas podem acarretar ao trabalhador.

Para acompanhar a dinâmica das relações trabalhistas, e buscando agasalhar os obreiros, tendo em vista sua hipossuficiência nos contratos de trabalho, foram surgindo legislações destinadas a proteger e garantir direitos mínimos a eles. Entre elas, as que buscam responsabilizar o empregador pelos danos sofridos pelo empregado durante a execução do contrato de trabalho, e junto destas leis as teorias para justificar a obrigação de indenizar esses infortúnios.

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, modificando parte da competência da justiça laboral, lhe foi atribuída a incumbência de processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. A partir de então, foi trazido para seara trabalhista, à discussão acerca da responsabilidade civil dos empregadores nos casos de acidente de trabalho.

Neste novo cenário, os julgadores passaram a ter que analisar e ponderar normas vigentes no ordenamento que se mostravam de certa forma conflitantes. A teoria da responsabilidade civil subjetiva, baseada no art. 7º, XXVIII da Constituição Federal, em face da teoria da responsabilidade civil objetiva, fundamentada no Parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Vistas agora segundo os princípios trabalhistas que servem de base para interpretação e aplicação das normas aplicáveis as relações de trabalho, na busca de uma efetivação do ideal de justiça social, implementando um caráter protetivo ao trabalhador.

O tema se mostra relevante diante das dinâmicas relações sociais que se desenvolvem na sociedade, estas muitas vezes baseadas nas relações de trabalho,



caracterizadas por terem sua prestação em uma obrigação de fazer, consubstanciada em trabalho humano, sujeitas a qualquer tipo de infortúnio que pode levar a necessidade de responsabilizar o empregador por algum dano experimentado pelo empregado. Destacando ainda seu caráter acadêmico, dada a busca pela melhor formação de operadores do direito aptos a entender as questões políticas e sociais do tema, almejando afastar possíveis aberrações jurídicas do ordenamento jurídico vigente.

A problemática principal remete a qual das teorias deve ser aplicada aos casos concertos, e quais os argumentos jurídicos que as fundamentam e legitimam no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a contraposição de uma norma constitucional e outra de hierarquia inferior. Apenas uma das regras seria aplicável a todas as celeumas envolvendo o assunto? Ou haveria a possibilidade de coexistência entre elas, devendo estudar caso a caso, para chegar a uma conclusão de qual delas se aplicaria, desde que baseadas em critérios específicos?

O presente trabalho busca averiguar o aparente conflito normativo instituído a partir da vigência do Código Civil de 2002, com suas condições de aplicabilidade no caso concreto. Analisar as possíveis divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre critérios para a aplicação das teorias sobre a responsabilidade civil do empregador e sobre sua natureza jurídica. E ainda realizar um estudo jurisprudencial, com base nas decisões que tem sido proferidas no Tribunal Superior do Trabalho, até a ultimação da celeuma com a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 828.040, tema 932 de repercussão geral.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Responsabilidade civil

Etimologicamente, a palavra responsabilidade se origina no termo em latim *respondere*, equivalendo a uma ideia de restituição ou compensação, que por sua vez, podemos afirmar que consiste em indenizar, palavra que provém do latim *indemne*, que significa ileso, sem dano.

A reparação do dano na seara cível se baseia precipuamente no brocardo *neminem laedere*, ou seja, não lesar outrem. Ocorrendo tal lesão, a pessoa responsável por ocasioná-la deve cumprir determinada sanção. Tratando deste princípio, Rui Stoco (2007, p.114) leciona:

Os princípios do *neminem laedere* (não lesar a ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem), dão a exata dimensão do sentido de responsabilidade. A ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção. No âmbito penal a sanção atende a um anseio da sociedade e busca resguardá-la. No âmbito civil o dever de reparar assegura que o lesado tenha o seu patrimônio – material ou moral – reconstituído ao *statu quo ante*, mediante a *restitutio in integrum*.

A responsabilidade civil está diretamente ligada à prática de conduta danosa, seja ela omissiva ou comissiva, que abre espaço para o dever de indenizar. Dever este que consiste em três objetivos básicos, quais sejam: a reparação do dano experimentado, a penalização do ofensor e a desmotivação da conduta social que ocasionou o prejuízo. Como define Cairo Júnior (2006 *apud* Manhabusco G., Manhabusco J., 2010, p.44):

A responsabilidade civil representa o dever de ressarcir ou de compensar, imposto àquele que, por ação ou omissão, por fato próprio, de terceiro, ou de coisas dele dependentes, provoque a diminuição ou alteração no patrimônio material ou moral de alguém.

Ela tem seus delineamentos legais traçados na parte especial do Código Civil de 2002, disciplinado em título próprio, entre os artigos 927 a 954, ligados intimamente aos artigos 186 e 187, que trazem a definição do que seria ato ilícito.

No campo doutrinário, existem divergentes opiniões no tocante a quais pressupostos são necessários para ensejar a responsabilidade civil. Neste momento devemos fazer uso dos termos do artigo 186 do Código Civil, assim escrito:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Da leitura do artigo supra, isolamos quatro características necessárias a reparação civil: a conduta humana; dano causado à vítima; nexo de causalidade entre a conduta e o dano; culpa ou dolo do agente. Válido atentar que tais requisitos podem variar de acordo com a espécie de responsabilidade.

Pela leitura do artigo 927 do mesmo código, extrai-se que o dever de indenizar independe da culpa ou dolo do agente causador do dano, bastando que restem configurados os outros requisitos, sendo assim definida a espécie objetiva de responsabilização. Vejamos:

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Toda responsabilização civil tem base na conduta do agente, no dano causado e no nexo de causalidade entre os dois primeiros, o que varia é a presença ou não de um quarto elemento, e em cima disso orbitam as duas teorias básicas acerca da reparação civil.

A conduta humana voluntária pode-se basear numa ação positiva ou negativa, assim sendo, se fundar numa ação ou omissão. O agir positivo proporciona uma análise automática sobre a observância dos demais requisitos determinantes da responsabilidade civil, já que consiste num fazer, faz nascer o dever de reparação quando pratica ação em desacordo com o ordenamento legal.

A conduta omissiva consiste em não fazer, quando voluntariamente você se abstém de praticar determinado ato. Para fazer surgir à responsabilização é imprescindível que exista um dever jurídico de realizar aquele ato do qual você se eximiu de efetuar, e que se demonstre que o dano poderia ter sido evitado, se o agente não tivesse sido omissivo. Acerca da conduta omissiva, Maria Helena Diniz (2003, p.40) ensina:

A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência; sob o efeito de hipnose; delírio febril; ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc.

O nexo, de acordo com o vernáculo, significa ligação, vínculo. Causa, no instituto civil em estudo, implica no acontecimento que antecede o resultado lesivo. Interessa verificar que não ocorreria dano se a ação ilícita não tivesse se efetuado.

Segundo Cavalieri Filho (2008, p.71) nexo de causalidade: “É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.”. Deve-se verificar se o autor ocasionou o resultado antes de inquirir se agiu ou não com culpa. Se excluirmos aquela conduta, e ainda sim subsistir o dano, deduz-se que o indivíduo que praticou a ação não é o responsável pelo dano.

O dano consiste no elemento objetivo da responsabilidade civil, indispensável para que exista de fato o dever de indenizar. Do estudo de vários conceitos que são dados sobre o dano, é de fácil percepção chegar a um núcleo que o defina como uma lesão a um interesse juridicamente tutelado, podendo ser patrimonial, ou extrapatrimonial, causado por uma conduta.

A culpa remota suas raízes ao Direito Romano, a partir da Lei Aquília. Culpa *lato sensu* ou em sentido amplo consiste naquela que se constata o dolo, onde o agir do indivíduo foi intencional, ele atuou conscientemente, buscando como resultado a violação de um direito alheio. A culpa *stricto sensu* ou em sentido estrito é também chamada de culpa aquiliana, baseia-se no agir com negligência, imprudência e imperícia em relação ao direito alheio.

2.2 Teorias da responsabilidade civil nas relações de trabalho

Remonta à cultura romana o momento em que a noção de culpa foi introduzida como um dos pressupostos do dever de indenizar, mesmo que naquela época este fosse um fator de caráter accidental, diferente do que observamos atualmente.

É ela o elemento diferenciador da teoria subjetiva. Neste sentido a culpa do agente é tida em *lato sensu*, englobando o dolo, a negligência, a imperícia e a imprudência. Nas palavras de Raimundo Simão de Melo (2006, p. 125):

No geral, a responsabilidade civil está fundamentada no delito ou quase delito, estabelecendo que do ato ilícito decorre o dever de indenizar, considerando ilícito o ato quando praticado em contrariedade à lei e mediante culpa (negligencia, imprudência e/ou imperícia) ou dolo do agente.

No tocante às relações de trabalho, a teoria subjetiva se vale do fundamento extraído do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988, onde foi estabelecida expressamente a necessidade de culpa do empregador, como pressuposto da indenização acidentária, ficando claro que o constituinte originário optou pela teoria subjetiva, a partir da leitura do artigo:

Art.7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros previstos que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

A Carta Magna é fundamento de validade para todas as outras normas de um ordenamento, partindo disto, fica claro para os defensores desta teoria que o nosso sistema jurídico adotou a culpabilidade subjetiva, haja vista a literalidade do dispositivo constitucional, similar ao que fez ao conceituar a responsabilidade objetiva do Estado nas palavras do artigo 37, parágrafo 6º do mesmo diploma legal.

Quando levamos em consideração o caráter protetivo da justiça trabalhista, o reconhecimento da hipossuficiência do empregado no contrato de trabalho, e reconhecido o relevante aspecto social desta questão, apesar de haver naturalmente uma resistência a ideia de responsabilizar civilmente alguém que não tenha incorrido em culpa, a noção de equidade social nos faz conceber uma nova percepção de responsabilidade civil. Este é o raciocínio esposado por Cláudio Brandão (2009, p. 217-218):

Não se pode, contudo, deixar de observar que esse processo de evolução pelo qual passou a teoria da responsabilidade civil não se deu de forma repentina. Ao contrário, ocorreu de forma gradativa, cuja síntese tem início com o acolhimento pelos tribunais de uma maior facilidade na prova da culpa, que evoluiu para a admissão da culpa presumida, com a inversão do ônus da prova; em seguida, com a ampliação dos casos de responsabilidade contratual para, finalmente, reconhecer-se o dever de reparação independente da noção de culpa.

A doutrina e jurisprudência trabalhista passaram a questionar a responsabilidade baseada na culpa, mesmo que esta tenha sido expressamente estabelecida em um dos incisos do artigo 7º da Carta Magna. E começaram a se posicionar pela aplicação da teoria objetiva com base no artigo do Código Civil.

Muitos defendem que o artigo 7º, inciso XXVIII da CF/88 estabelece apenas um patamar mínimo de direitos, que pode e deve ser ampliado em benefício da classe trabalhadora. Defendem ainda, sob a ótica de uma nova hermenêutica constitucional, a interpretação harmônica do caput do artigo 7º da Constituição, e seus incisos, não determinam taxativamente os direitos dos trabalhadores, mas sim uma forma exemplificativa, possibilitando a ampliação destes direitos por meio de lei ordinária. É o que defende Gustavo F. B. Garcia (2009, p.70):

Em razão da interpretação sistemática (do ordenamento jurídico como um todo) e teleológica dos princípios da proteção e da aplicação da norma mais favorável no âmbito trabalhista, evoluiu-se, aqui, para o entendimento de que a incidência da responsabilidade objetiva também é uma forma legítima e válida de melhoria da condição social do trabalhador. Torna-se viável, desse modo, o efetivo recebimento da devida indenização por danos morais e

materiais, mesmo quando decorrente de acidente do trabalho, em plena e total conformidade com o caput do art. 7º da CF/88.

Posteriormente, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho aprovou o Enunciado nº 37, que determina:

37. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

As teorias que fundamentam a responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva, não se excluem, ao contrário, elas se complementam coexistindo no nosso ordenamento, na busca de proporcionar ao empregador o exercício do seu direito. Nas palavras de Raimundo Simão de Melo (2006, p. 156):

Com efeito, não se deve levar ao extremo nenhuma das teorias; ao contrário, deve haver uma conciliação entre ambas, prevalecendo uma ou outra, conforme a situação, como é o caso das atividades de risco, em que deve imperar a teoria objetiva.

2.3 Conceito de acidente de trabalho

O conceito de acidente do trabalho passou por várias modificações ao longo dos anos até chegar ao disposto na Lei nº 8.213/91, atualmente vigente. O legislador não apresentou definição específica para o que seria “acidente”, ele trouxe conceitos acerca das espécies de acidente de trabalho.

O que temos no nosso ordenamento é uma sequência de cinco artigos, que fixam em linhas genéricas o instituto do acidente de trabalho e outras hipóteses que se configuram como tal, ampliando significativamente a probabilidade de incidência do instituto. De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira (2007, p. 40):

A atual legislação apresenta um conceito de acidente do trabalho em sentido estrito, também denominado de acidente típico ou acidente tipo, e acrescenta hipóteses que também geram a incapacidade laborativa, sendo estas, para efeitos legais, equiparadas ao acidente típico, também denominadas de acidente atípico ou acidente do trabalho por equiparação.

Desta forma, a doutrina define, em linhas gerais, acidente de trabalho, como sendo um fato danoso acontecido no exercício de sua atividade laborativa, em

consequência da relação de trabalho ou emprego, que acarreta lesão corporal ou perturbação funcional, podendo levar a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Consequentemente, a causa do acidente de trabalho está ligada ao comprimento da regular atividade laboral.

Logo, o acidente de trabalho é um fato previsível e prevenível, já que suas causas são facilmente identificáveis no âmbito do meio ambiente do trabalho. Este entendimento é confirmado no texto da Carta Magna de 1988, ao determinar que os empregadores implantem medidas protetivas da saúde e do trabalho, com o objetivo de reduzir ou eliminar os riscos próprios da atividade laboral.

2.4 Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre a respeitabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalhado

Após a construção doutrinária, passa a analisar o tratamento que a justiça trabalhista, por muito tempo, deu ao tema tratado até aqui. Busca-se observar como a divergência envolvendo a responsabilidade civil do empregador, nos casos de acidente de trabalho, tem sido abordada nos julgados do Tribunal Superior Trabalhista.

Analisando cronologicamente os julgados, fica claro o posicionamento dos magistrados em favor da Teoria Subjetiva ou Objetiva, usando argumentos similares aos expostos no tópico anterior. Observa-se acórdão a seguir, de relatoria do Ministro Barros Levenhagen:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS PROVENIENTES DE INFORTÚNIOS DO TRABALHO. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR DE QUE TRATA O ARTIGO 7º, INCISO XXVII DA CONSTITUIÇÃO EM DETRIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONSAGRADA NO § ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LICC. I - É sabido que o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de emprego, e por isso só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, daí ser impondo a conclusão de a indenização prevista no artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição se caracterizar como direito genuinamente trabalhista. II - Essa conclusão não é infirmável pela versão de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres contidos no artigo 157 da CLT. III - Sendo assim, havendo previsão na Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da**

responsabilidade subjetiva do empregador, não cabe trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o § único do artigo 927 do Código Civil de 2002. IV - Isso em razão da supremacia da norma constitucional, ainda que oriunda do Poder Constituinte Derivado, sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do artigo 59 da Constituição, pelo que não se pode absolutamente cogitar da revogação do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, a partir da superveniência da norma do § único do artigo 927 do Código Civil de 2002, não se aplicando, evidentemente, a regra de Direito Intertemporal do § 1º do artigo 2º da LICC. Recurso conhecido e desprovido- (TST-RR-1.832/2006-026-12-00, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 24/10/2008). (grifo nosso).

A divergência sempre foi uma realidade entre os julgados. A Teoria Objetiva já era vista como um modo de tornar a relação empregador-empregado mais equânime, estando, claro, sujeito a uma condicionante para sua caracterização, levando em consideração apenas a natureza da atividade exercida, desde que seja de risco. Tem-se a seguir o exemplo da ex-Ministra do TST, e ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, que defendeu em vários de seus julgados o posicionamento trazido no acórdão abaixo:

DANOS FÍSICOS, MORAIS E FINANCEIROS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA. **Entendo que a análise dos pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais em virtude de acidente de trabalho se dá à luz da responsabilidade objetiva, bastando se comprovar, de acordo com a teoria do risco da atividade, o dano e o nexo de causalidade entre este e a atividade desempenhada pela vítima.** Na espécie, conforme consignado no acórdão regional, restou provado o dano e o nexo causal do acidente com o trabalho do empregado, de modo que deve responder a reclamada pelo pagamento da indenização correspondente. Destarte, o Tribunal Regional, ao excluir da condenação o pedido de pagamento das indenizações por danos físicos, morais e financeiros, sob o fundamento de que não houve culpa por parte da ré, acabou por violar os arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, **tendo em vista que é irrelevante a discussão acerca do ônus da prova da culpa da reclamada pois o elemento subjetivo não constitui requisito necessário para a responsabilização pelo acidente do trabalho.** Recurso conhecido e provido, no item- (RR- 385/2002-191-05-00.8, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 28/8/2009). (grifo nosso).

A jurisprudência trabalhista caminhou no sentido de que o artigo 7º da Carta Maior de 88 constitui uma garantia de direitos mínimos, sendo um rol exemplificativo, podendo albergar qualquer tipo de direito, quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador.

Na Corte Superior Trabalhista prevaleceu por muito tempo uma corrente hermenêutica não restritiva. Com isso, a Responsabilidade Subjetiva seria como uma regra, a ser aplicada tendo em conta a inversão do ônus da prova, que fica a cargo do empregador (Melo, 2006). E a Teoria Objetiva se enquadraria de modo suplementar

àquela, quando observado que a atividade implica em risco. É o que se observa nos seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 7º, CAPUT E INCISO XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O **texto constitucional (art. 7º, caput e XXVIII) abraça a responsabilidade subjetiva**, obrigação de a empresa indenizar o dano que causar ao trabalhador mediante comprovação de culpa ou dolo, **e o Código Civil (art. 927), a responsabilidade objetiva**, na qual não se faz necessária tal comprovação, pois fundada na teoria do risco da atividade econômica. **A primeira, norma constitucional, trata de garantia mínima do trabalhador e não exclui a segunda, que, por sua vez, atribui maior responsabilidade civil à empresa, perfeitamente aplicável de forma supletiva no Direito do Trabalho, haja vista o princípio da norma mais favorável, mais o fato de o Direito Laboral primar pela proteção do trabalhador e à segurança e medicina do trabalho, institutos destinados a assegurar a dignidade, integridade física e psíquica do empregado no seu ambiente de trabalho** (arts. 1º, III, 7º, XXII, e 225 da Constituição Federal). É certo que a responsabilidade objetiva deve ser excluída quando houver culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato de terceiro. Não prospera, porém, a alegação de que teria havido culpa exclusiva da vítima. No caso dos autos, o Regional consignou que, no dia do acidente, a empresa não fiscalizou a utilização dos equipamentos de proteção, configurando, portanto, a culpa concorrente da reclamada. Não fosse a incidência da responsabilidade objetiva, estaria a recorrente na contingência de ser condenada por culpa. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST – RR: 18024420105110004 1802-44.2010.5.11.0004, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data do julgamento: 16/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/10/2013) (grifou-se)

MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO. MOTORISTA DE CAMINHÃO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO COM ÓBITO DO EMPREGADO. POSSIBILIDADE. O **-caput- do art. 7.º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito, quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao trabalhador. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado**. Isso se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador, tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador - insitos à teoria do risco -, admitindo interpretações mediante as quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. **Consentâneo com a ordem constitucional, portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do art. 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho**. Verifica-se, ademais que, no caso concreto, a atividade de motorista rodoviário exercida pelo Reclamante configura-se como de risco, visto que o expõe a maior probabilidade de sinistro. Precedentes. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (TST – RR: 1326003820075040281 132600-38.2007.5.04.0281, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 25/09/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013) (grifou-se)

Infere-se dos julgados alhures a real coexistência de ambas as teorias. O texto constitucional garante aos obreiros bases axiológicas e valorativas protetivas dispostas em princípios os quais não se esgotam no capítulo dos direitos sociais. Como exposto nos julgados:

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. MOTOCICLISTA. **APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O envolvimento em acidentes automobilísticos nestes casos, principalmente nos dias de hoje, configura risco inerente à atividade do profissional em questão, ainda que o acidente seja causado por terceiro.** Por essa razão, o acidente relaciona-se com o risco assumido pela reclamada, devendo ela ser responsabilizada pelos danos suportados pelo reclamante. Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo: RR – 4910-76.2011.5.12.0050 Data de Julgamento: 24/06/2015, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2015.) (grifou-se)

RECURSO DE REVISTA. MOTBOY. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL 1. **O entendimento perfilhado pela SbDI-1 do TST orienta no sentido de que o caput do art. 7º da Constituição da República constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da condição social do empregado. 2. Cede espaço, assim, ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, quando a atividade desenvolvida pelo empregado revela-se eminentemente de risco, a exemplo da função de "motoboy".** 3. Acórdão regional que reconhece a responsabilidade objetiva do empregador, por acidente do trabalho, envolvendo empregado no desempenho da função de "motoboy", e acolhe o pedido de pagamento de indenização por dano moral e estético. 4. Recurso de revista da Reclamada de que não se conhece. (Processo: RR - 1199-45.2010.5.01.0037 Data de Julgamento: 03/06/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015) (grifou-se)

Nesta senda, após a evolução das teses defensivas de cada teoria acerca da responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho, verifica-se que coexistiram ambas de forma harmônica até que o Supremo Tribunal Federal decidiu em definitividade o assunto

2.5 Supremo Tribunal Federal e o julgamento do Tema 932

Em 12 de março de 2020 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário nº 828.040, admitida sua repercussão geral identificada como tema 932, que fixou tese a respeito da possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

O recurso foi interposto por empregador, contra acórdão oriundo da 5ª Turma do TST, que reconheceu o direito do empregado que desenvolve atividade de risco a ser indenizado pelo seu empregador, por danos morais e materiais decorrente de acidente de trabalho.

O Ministro relator consignou expressamente em seu voto condutor que a questão a ser analisada era se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que traz uma previsão para aplicação geral, pode ou não ser utilizado pela Justiça do Trabalho, reconhecendo-se consequentemente a responsabilidade civil objetiva do empregado em algumas hipóteses.

A discussão partiu do exame da compatibilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o art. 7º, XXVIII, da Constituição. Foi fixado que a regra no direito civil é a responsabilidade civil subjetiva, porém, aos poucos foi surgindo a ideia de, em alguns casos, afastar a necessidade de comprovar o elemento subjetivo.

Como assentando ao longo deste estudo, o art. 927 fez uso de uma fórmula mais genérica, seguida de uma possibilidade para que se evite injustiças haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, quando a lei já prevê atividade perigosa, quando a lei já prevê atividade com risco diferenciado ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza.

Ponto de vista defendido pela doutrina, foi encampado no voto que o art. 7º, XXVIII, trouxe uma proteção mínima que não impede ampliação por outras legislações. Foi uma evolução por parte do constituinte de 1988, de natureza inderrogável.

Constou do acórdão que o tema também foi motivo de estudos pela Justiça Federal, com edição de enunciados, a saber, na quarta Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o Enunciado nº 377 coloca expressamente:

"O art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco."

Ao fim, concluiu que sob a ótica da justiça laboral o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, compatível com o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, é passível

de aplicação em sua interpretação excepcional da responsabilidade objetiva diante do risco da atividade, não de ocorrência momentânea. O acórdão ficou assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 932. EFETIVA PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTES DE TRABALHO. COMPATIBILIDADE DO ART. 7, XXVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM O ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A responsabilidade civil subjetiva é a regra no Direito brasileiro, exigindo-se a comprovação de dolo ou culpa. Possibilidade, entretanto, de previsões excepcionais de responsabilidade objetiva pelo legislador ordinário em face da necessidade de justiça plena de se indenizar as vítimas em situações perigosas e de risco como acidentes nucleares e desastres ambientais. 2. O legislador constituinte estabeleceu um mínimo protetivo ao trabalhador no art. 7º, XXVIII, do texto constitucional, que não impede sua ampliação razoável por meio de legislação ordinária. Rol exemplificativo de direitos sociais nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal. 3. Plena compatibilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ao permitir hipótese excepcional de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, outros riscos, extraordinários e especiais. Possibilidade de aplicação pela Justiça do Trabalho. 4. Recurso Extraordinário desprovido. **TEMA 932. Tese de repercussão geral: "O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade** (STF. RE 828.040/DF, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12/03/2020). (grifo nosso)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou perscrutar um possível enfrentamento normativo originado com a publicação do Código Civil de 2002, e a Carta Política de 88, no atinente a responsabilidade civil do empregador em casos de acidente de trabalho. Foram abordadas as discussões jurisprudenciais e doutrinárias sobre as teorias empregadas aos casos concretos envolvendo a norma constitucional e a de hierarquia normativa inferior, bem como sua natureza jurídica e critérios de aplicação.

O levantamento jurisprudencial realizado demonstrou como a questão veio sendo amadurecida no Tribunal Superior do Trabalho, e possibilitou elucidar alguns importantes pontos sobre as teorias e sua aplicação na seara trabalhista, o que culminou, ao fim, com exame verticalizado nas questões constitucionais por parte do

Supremo Tribunal Federal, chegando a fixação de tese vinculante a orientar todo o judiciário pátrio.

A explanação fez-se chegar a conclusões desejadas no decorrer das argumentações, de modo que se consistiu em uma construção ao longo de todo desenvolvimento do trabalho, trazendo a problemática ao final como um decorrer lógico dos fatos. A pesquisa realizada de forma qualitativa interpretou as informações obtidas, sem focar unicamente em um ponto, mas em todo o ordenamento jurídico.

Observou-se que quão polêmica foi essa discussão até chegar a uma posição final sobre ela. Para aplicação da teoria objetiva, determinou-se, tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina, um critério bastante específico contido no texto do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, de que a atividade desenvolvida pelo empregador implique em risco para a integridade do empregado.

Logo, quando constatado o risco da atividade que o empregado desenvolvia, de plano o julgador aplica a responsabilidade civil objetiva. Após todo o exposto, a teoria subjetiva não deixa de ser a regra, em face da norma de constitucional que a institui. A de natureza objetiva é aplicada aos casos que se enquadrem nos termos definidos pelo STF, que atendessem a presença do elemento risco da atividade.



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/-ConstituicaoCompilado.ht>. Acesso em: 08 de setembro de 2025.

_____. **Lei Complementar n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 828.040**, Data de Julgamento: 12/03/2020, Relator Ministro: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE 26/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20828040%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acessado em: 08 de setembro de 2025

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1.832/2006-026-12-00**. Relator Ministro: Barros Levenhagem, 24/10/2008, 4ª Turma. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/36322780/tst-20-04-2012-pg-283>>. Acessado em: 17 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-1.832/2006-026-12-00**. Relatora Ministra: Rosa Weber, 28/08/2009, 3ª Turma. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR20%203850019.2002.5.05.0191&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAAtEDAAC&dataPublicacao=28/08/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acessado em: 17 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 180244201051100041802-44.2010.5.11.0004**, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data do julgamento: 16/10/2013, 6ª Turma. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/-24318109/recurso-de-revista-rr-18024420105110004-1802-4420105110004-tst>>. Acessado em: 17 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR: 1326003820075040281132600-38.2007.5.04.0281**, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 25/09/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013 Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24217017/recurso-de-revista-rr-1326003820075040281-132600-3820075040281-tst>>. Acessado em: 17 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR – 4910-76.2011.5.12.0050** Data de Julgamento: 24/06/2015, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%204910-76.2011.5.12.0050&base=acordao&rowid=-AAANGhAAFAAANKvAAE&dataPublicacao=01/07/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acessado em: 18 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 1199-45.2010.5.01.0037** Data de Julgamento: 03/06/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201199-45.2010.5.01.0037&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANLqAAN&dataPublicacao=12/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acessado em: 18 de Outubro de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17.ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do trabalho no contexto dos direitos humanos fundamentais e responsabilidade civil do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**, n. 136, 2009.

MANHABUSCO, Gianncarlo Camargo e MANHABUSCO, José Carlos. **Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 3.ed. São Paulo: LTR, 2009.

JÚNIOR, José Cairo. **O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.



RESTITUIÇÃO DO ICMS PAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA

REFUND OF ICMS PAID IN EXCESS UNDER THE PROGRESSIVE TAX SUBSTITUTION REGIME

Max Galdino Pawlowski Júnior¹

RESUMO: O presente trabalho visa examinar a constitucionalidade da não restituição do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) pago a maior sob o regime de substituição tributária progressiva. Para tanto, foi traçado o perfil da substituição tributária, com a diferenciação entre as suas principais modalidades, quais sejam, a progressiva e a regressiva, bem como os fundamentos que justificaram a adoção do regime. Foi abordada a previsão positivada do instituto em diferentes diplomas normativos no âmbito brasileiro e que servem à legitimação do sistema de substituição tributária, em especial, na modalidade progressiva. Passou-se, então, ao exame mais acurado do posicionamento e fundamentos declinados pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento paradigma, buscando delimitar seus contornos. Por fim, foi feita a contraposição dos posicionamentos antagônicos com alvedrio nas críticas doutrinárias.

Palavras-chave: Restituição. ICMS. Pago a maior. Substituição tributária progressiva.

Abstract: This study aims examine the constitutionality of not refund ICMS overpaid on the progressive tax substitution system. Therefore, it was traced the profile of the tax substitution with differentiation between their main types, namely the progressive and regressive, and the reasoning justifying the adoption of system. It was examined positively prediction the institute in different regulatory instruments in the Brazilian context and serving the legitimacy of the tax substitution system, especially in progressive mode. Then analyzed in a more accurate way positioning and fundamentals declined by the Supreme Court in the trial paradigm, searching to define the contours of the judgment on the subject. Finally, it was done the contrast of the contending positions with discretion in doctrinal criticism.

Keywords: Refund. ICMS. Overpaid. Progressive tax substitution.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho proposto discute a restituição do imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre as prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS) retido a maior sob o regime de substituição tributária progressiva. Malgrado o tema tenha sido objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Direta de

¹ Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogado. maxjunior50@gmail.com

Inconstitucionalidade (ADI) 1.851-4/AL, em que se reputou válida a segunda cláusula do Convênio 13/97, tal não eliminou as controvérsias.

O regime de substituição tributária progressiva foi estabelecido com o objetivo de se evitar a evasão fiscal e facilitar a fiscalização pela Administração. Esse regime já existia antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo que nesta restou inserido com a inclusão do §7º, do artigo 150 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 3/1993.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.851/AL apreciou a controvérsia, considerando definitiva a base de cálculo presumida.

Posteriormente, o STF reapreciou o tema no julgamento do Recurso Extraordinário 593849-RG, oportunidade em que alterou seu anterior posicionamento, tendo elaborado a tese seguinte: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida” (Tema 201-RG).

Nesse contexto, pretende-se responder à seguinte pergunta: com a alteração da jurisprudência do STF, chegou-se, de fato, ao melhor entendimento sobre o tema?

Em face da controvérsia que ainda persiste sobre o assunto é que o presente trabalho tem como principal objetivo apresentar e contrapor os argumentos apresentados quanto à constitucionalidade da não restituição do ICMS/ST pago a maior, para, a partir daí, extrair uma conclusão.

2 DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

2.1 Definição

A substituição tributária corresponde à imposição, por lei, do dever de pagar a exação a sujeito passivo diverso do que praticou o fato gerador, sendo forma de sujeição passiva indireta, operando-se a substituição do polo passivo.

Anis Kfoury Júnior (2012, p. 259) sintetiza o conceito de substituição tributária, aduzindo que esta consiste “na transferência de responsabilidade do contribuinte para terceira pessoa vinculada ao fato gerador, quer na etapa anterior, quer na etapa posterior de produção da circulação de mercadoria”.

O substituto, aquele que passará a ser responsabilizado pelo pagamento, não pode ser qualquer um, senão terceiro que guarde relação com o substituído e com o fato gerador.

Nesse mesmo sentido, se manifestam Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo:

A substituição significa a imputação de responsabilidade por obrigação tributária de terceiro que não praticou o fato gerador, mas que tem vinculação com o efetivo contribuinte. O substituto tem que decorrer naturalmente do fato gerador tributário, da materialidade descrita abstratamente na norma jurídica, não podendo ser configurado por mera ficção do legislador. (Paulsen; Melo, 2015. p. 277).

A substituição tributária se apresenta, basicamente, sobre duas modalidades principais: a substituição tributária progressiva ou “para frente” e a substituição tributária regressiva ou “para trás”.

2.2 Motivos justificadores da instituição do regime de substituição tributária

A substituição tributária é regime especial de tributação, cuja presença na realidade jurídica brasileira advém antes mesmo da alteração inserida pela Emenda Constitucional 3/1993, derivando da Lei Complementar 44/1983, que incluiu o §3º no art. 6º do Decreto Federal 406/1968.

O regime foi instituído por variadas razões, dentre as quais o fato de que, em alguns casos, não fosse sua instituição, a fiscalização pela Administração se tornaria demasiadamente onerosa.

É certo que, no regime normal de tributação, é necessária a fiscalização de diversos contribuintes ao longo da cadeia, o que leva à pulverização da atividade fiscal, tornando-a não só mais onerosa como mais difícil. Outra razão importante é a redução da evasão e sonegação fiscal, pois a tributação passa a se concentrar em uma quantidade menor de contribuintes.

No tocante à centralização da fiscalização, Eduardo Maneira exemplifica:

Em vez de fiscalizarem milhares de pontos de venda de cigarro, fiscalizam-se duas ou três indústrias tabagistas; em vez de fiscalizarem milhares de pontos de bebida, fiscalizam-se cinco ou seis fábricas de cerveja; em vez de exigir milhares de produtores rurais a emissão de nota fiscal e o recolhimento do ICMS pela venda do leite, exigem-se tais obrigações dos poucos laticínios existentes, e assim por diante. (Maneira, 2003, p. 57).

As reduções de evasão e sonegação fiscal, possibilitadas pelo regime de substituição tributária, levam a um quadro de maior justiça fiscal. Na medida em que se torna mais efetivo e simplificado o controle, a tributação passa a ser mais

homogênea, evitando que contribuintes se beneficiem da ausência estatal para praticar ilícitos tributários. Logo, tem-se maior isonomia.

Outra vantagem é afeta a praticidade tributária. Eduardo Maneira explica:

A praticidade é, na essência, um atributo da legalidade, no sentido de que a lei deve ser exequível e de possível aplicação prática. A praticidade como princípio autônomo é princípio vazio, sem conteúdo; a sua razão de ser é garantir a aplicabilidade da lei, por meio de técnicas de simplificação que possibilitem alcançar realidades de natureza complexa. (Maneira, 2003, p. 57).

2.3 Da Substituição tributária progressiva ou “para frente”

Na substituição tributária progressiva, também chamada de “para frente”, há a cobrança da exação de forma antecipada. Para tanto, a ocorrência do fato gerador é presumida, bem como o valor pelo qual ocorrerá a operação real, ficando a cargo do contribuinte substituto a obrigação de pagar o tributo referente às operações que se presume irão ocorrer.

Sobre o tema, Angelo Braga Netto Rodrigues de Melo (2004, p. 09-10) anota que “Na substituição tributária progressiva no ICMS, dada a ocorrência de fato certo, a saída da mercadoria do estabelecimento do substituto, presume-se a ocorrência das futuras etapas de circulação da mercadoria”, assim como também é presumido “o preço de venda final, a ser praticado pelo varejista (substituído), atribuindo-se ao contribuinte substituto a responsabilidade de apurar (segundo os critérios fixados pelo Estado) e pagar o ICMS relativo às etapas presumidas”.

Em tal modalidade, o contribuinte, normalmente uma fábrica ou indústria (substituto), no momento da saída da mercadoria, recolhe a exação que seria normalmente devida, bem como a que teria de ser paga até ao final do ciclo econômico e que seria, em princípio, devida por contribuinte diverso (substituído).

Para facilitar a compreensão Annis Kfourir Júnior traz o seguinte exemplo:

Um exemplo típico da substituição tributária progressiva ou para frente é a venda de refrigerantes, onde o fabricante calcula e recolhe o seu imposto normalmente. Em separado, o fabricante calcula o valor do imposto que seria devido até a venda final ao consumidor tomando por base o valor de venda constante em pautas fiscais (uma vez que não se sabe o valor real da venda no futuro) e recolhe o imposto a título de substituição tributária, cobrando tal valor no preço ao adquirente do refrigerante (supermercado, loja, restaurante etc.). Mais recentemente foram inseridos neste mecanismo o setor de medicamentos perfumarias e variados outros itens. (Kfourir Júnior, 2012. p. 259).

Com efeito, a ocorrência da operação presumida é evento provável, mesmo porque a finalidade da produção de uma mercadoria é a venda ao consumidor final. Não faria sentido esperar que uma montadora de veículos não os montasse para a venda. Logo, a venda ao consumidor é evento que se aproxima do instituto do termo, isto é, evento futuro e certo.

Apenas, excepcionalmente, a venda ao consumidor final não ocorreria, como nos casos em que há o perecimento total do objeto, o que torna impossível a realização da operação. Porém, tais casos são exceções.

Ademais, exatamente por ter admitido a possibilidade de inoccorrência da operação presumida, contemplando a exceção, que o próprio constituinte assegurou a imediata e preferencial restituição do valor do imposto pago nos casos em que não se realize o fato gerador presumido (art. 150, §7º, da Constituição Federal).

2.4 Da substituição tributária regressiva ou “para trás”

Na substituição tributária regressiva ou “para trás” a lógica é contrária, pois há a postergação da cobrança da exação.

O fato gerador, quando do pagamento do tributo, na modalidade regressiva da substituição, já ocorreu, de modo que no momento do pagamento já se sabe o exato valor da operação, não havendo que se falar em fato gerador ou base de cálculo presumidos.

A doutrina comumente traz como exemplo o ciclo referente aos laticínios. Neste caso, a exação que incidiria com a ocorrência do fato gerador, isto é, quando o produtor vende o leite, tem a cobrança postergada para terceiro que se encontra em etapa posterior do ciclo produtivo, como as grandes indústrias.

E, como ao tempo do pagamento, já se conhecia o valor da operação, permite-se ao contribuinte de fato, aquele que arcará com o ônus, promover a compensação do valor que pagará do tributo diferido, em face do sujeito anterior na cadeia (contribuinte de direito).

Eduardo Maneira (2003, p. 56-57) aduz a inexistência de maiores controvérsias sobre a legitimidade da substituição tributária regressiva, posto que não há o instituto da presunção. Apenas se observa “o diferimento do pagamento do imposto de fato gerador já ocorrido” que deverá ser feito por um substituto tributário.

3 PREVISÃO LEGAL DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL

O regime de substituição tributária já se fazia presente na realidade jurídica brasileira antes mesmo da Constituição de 1988.

A Lei Complementar 44/1983, ao incluir o §3º no art. 6º do Decreto Federal 406/1968, não deixa dúvidas sobre a existência do sistema:

Art 6º Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, o que a importa do exterior ou o que arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo Poder Público, mercadoria importada e aprendida.

(...)

§ 3º - A lei estadual poderá atribuir a condição de responsável: (Incluído pela Lei Complementar nº 44, de 1983)

a) ao industrial, comerciante ou outra categoria de contribuinte, quanto ao imposto devido na operação ou operações anteriores promovidas com a mercadoria ou seus insumos; (Incluída pela Lei Complementar nº 44, de 1983)

b) ao produtor, industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido pelo comerciante varejista; (Incluída pela Lei Complementar nº 44, de 1983)

c) ao produtor ou industrial, quanto ao imposto devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista; (Incluída pela Lei Complementar nº 44, de 1983)

d) aos transportadores, depositários e demais encarregados da guarda ou comercialização de mercadorias. (Incluída pela Lei Complementar nº 44, de 1983). (BRASIL, 1983, grifo do autor) .

Portanto, verifica-se que na alínea “a” do §3º do dispositivo transcrito restou prevista a hipótese da substituição tributária regressiva ou “para trás”, ao passo que nas alíneas “b” e “c” do mesmo dispositivo a possibilidade da substituição tributária progressiva ou “para frente”.

O regime de substituição tributária está previsto em diferentes diplomas, tais como a Constituição Federal (art. 150, §7º), o Código Tributário Nacional, a Lei Complementar 44/1983, que regula o ICMS. Ademais, também está previsto no Convênio ICMS 13/97 e em leis estaduais, tal como a lei estadual paulista 6.374/89.

3.1 Base Legal

O direito tributário tem matriz constitucional. A possibilidade de adoção da substituição tributária está contemplada no art. 150, §7º, da CF, parágrafo que foi incluído em 1993, por força da Emenda Constitucional 3.

O dispositivo apresenta a seguinte redação:

Art. 150 (omissis)

(...) § 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (Brasil, 2014, p. 60, grifo do autor)

No CTN, a substituição tributária se encontra prevista no art. 128, dispositivo que estabeleceu a necessidade da vinculação entre o substituto e o fato gerador da obrigação tributária, bem como a possibilidade de se atribuir ao contribuinte substituído a responsabilidade supletiva pelo pagamento da exação.

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. (Brasil, 1966).

Por sua vez, a Lei Complementar 87/96 é a que prevê as normas gerais de tributação no que diz respeito ao ICMS. O regime de substituição tributária encontra previsão a partir do seu art. 5º, tornando possível a aplicação da norma constitucional autorizadora, que é norma de eficácia contida.

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo. (Brasil, 2014)

No tocante à restituição do ICMS/ST, a Lei Complementar faz previsão semelhante à da parte final do art. 150, §7º, da Constituição Federal, ao assegurar expressamente a restituição do tributo recolhido quando não realizado o fato gerador presumido:

Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis. (Brasil, 2014).

Outrossim, o Convênio ICMS 13/1997 foi estabelecido com o fito de harmonizar o procedimento previsto no art. 150, §7º, com o declinado no art. 10 da Lei Complementar 87/96.

São três as cláusulas do convênio que assim tratam o tema:

Cláusula primeira: A restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação subsequentes à cobrança do mencionado imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária.

Cláusula segunda: Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.

Cláusula terceira: Este Convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União. (Brasil, 1997).

Na cláusula segunda do Convênio, pela primeira vez aparece previsto o não cabimento da restituição da exação retida a maior ou a menor, o que denota claramente a opção por um regime cujo recolhimento é, em regra, definitivo.

Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo (2008, p.98) destacam que, por meio da Segunda Cláusula do Convênio ICMS 13/1997, “os Estados signatários do convênio pactuam a não restituição, e também a cobrança complementar, do ICMS, quando o preço final der-se por valores diversos do previsto na antecipação”. Isto é, para os doutrinadores, os estados ali pactuaram “a adoção de um recolhimento que, não obstante antecipado, é definitivo, não comportando ajustes ulteriores”.

3.2 Peculiaridade das leis Paulista e Pernambucana

A legislação dos estados de São Paulo e Pernambuco apresenta característica peculiar, posto que há previsão de restituição do valor do ICMS/ST pago a maior pelos contribuintes. São Paulo e Pernambuco são dois dos estados brasileiros não signatários do Convênio ICMS 13/1997.

O art. 66-B da Lei Estadual de São Paulo 6.374/89, incluído pela Lei 9.176/95, assim disciplinou o tema:

Artigo 66-B – Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária:

I – caso não se efetive o fato gerador presumido na sujeição passiva;

II – caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior a presumida.
SÃO PAULO (1995, grifo do autor)

Por sua vez, no âmbito do estado de Pernambuco, o art. 19 da Lei Estadual 11.408/96 apresenta a seguinte redação:

Art. 19. E assegurado ao contribuinte-substituído o direito à restituição:
I – do valor total do imposto pago por força da substituição tributária, sempre que:
a) o fato gerador presumido não se realizar;
b) a operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído esteja contemplada com qualquer espécie de desoneração total do imposto;
II – do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente à parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituído for inferior àquela prevista na antecipação. PERNAMBUCO (1996).

Fato é que os dispositivos das referidas leis foram objeto de ação direta de inconstitucionalidade. A constitucionalidade do art. 66-B da lei paulista restou impugnada na ADI 2.777/SP e o art. 19 da lei pernambucana na ADI 2.675/PE.

3.3 Fato gerador do ICMS na substituição tributária progressiva

A ocorrência do fato gerador do ICMS na substituição tributária progressiva é presumida, posto que cobrado antes da ocorrência da operação real de circulação da mercadoria, que, no entanto, é evento de provável acontecimento.

Neste aspecto, o Ministro aposentado Ilmar Galvão, quando do julgamento da ADI 1.851-4/AL, constatou que a Lei Complementar 87/96 estabeleceu não somente a maneira de se apurar a base de cálculo na substituição tributária progressiva:

[...] mas também o aspecto temporal do fato gerador presumido, consubstanciado, obviamente, na saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não havendo cogitar, pois, de outro momento, no futuro, para a configuração do elemento. (STF. ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

Portanto, o fato gerador no regime de substituição tributária progressiva é, assim como no ICMS em regime comum, a circulação da mercadoria, sendo que a concretização se realiza com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto.

3.4 Base de cálculo presumida do ICMS na substituição tributária progressiva

A base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária progressiva apresenta caráter *sui generis*, na medida em que, como o recolhimento do imposto é anterior à ocorrência do fato gerador, quando do recolhimento da exação não se sabe o valor da operação real.

Dessa forma, o cálculo do tributo se realiza a partir de uma base de cálculo presumida, cuja definição é estabelecida pelo Estado. A base de cálculo do ICMS/ST encontra sua previsão legal na Lei Complementar 87/96 que dispõe:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - *Omissis*

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º *Omisses*.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo. (Brasil, 2015, p. 1.194)

Como se extrai, são previstas três formas de cálculo para apuração da base de cálculo presumida, cujo objetivo é tornar a fixação desta o mais próxima possível do valor da operação real de venda ao último consumidor do ciclo. (Melo, 2004, p.14).

No que tange aos critérios de fixação, Angelo Braga Netto Rodrigues de Melo (2011, p.14) esclarece que o primeiro deles, o previsto no §2º do art. 8º da Lei

Complementar 87/96, “refere-se a mercadorias ou serviços sujeitos a controle de preços pelo governo”. Por sua vez, anota que o segundo critério “previsto no §3º do art. 8º, refere-se a mercadorias ou serviços cujo fabricante ou importador sugira o preço final”.

E, já ao tratar do terceiro critério, que se encontra consubstanciado no §4º do art. 8º do mesmo diploma, destaca que:

[...] inexistindo preço fixado pelo governo, ou sugerido pelo fabricante ou importador, deverá este ser estimado pelo Estado, através de uma média ponderada dos preços de mercado efetivamente praticados, assegurada a participação das entidades representativas do respectivo setor. (Melo, 2004, p. 14).

Os três critérios objetivos que instruem a apuração da base de cálculo presumida, em uma análise perfunctória, parecem razoáveis.

Isso porque, o primeiro critério é pertinente a serviços e mercadorias, cujos preços sejam fixados pelo próprio governo, casos em que há intervenção estatal na economia, de modo que, se os preços praticados não observarem o controle governamental, estar-se-á caracterizado ilícito. Por sua vez, no segundo critério o preço é aquele sugerido pelo fabricante ou importador, que, por certo, tem interesse na competitividade dos próprios produtos.

E, mesmo o terceiro critério, que poderia ser tido como o mais vulnerável, prevê-se a participação das entidades representativas do setor, que teriam efetiva contribuição na fixação da margem de valor agregado. Não se pode olvidar, ainda, da limitação contida na própria norma, no sentido de que o preço atribuído pelo estado deve observar os valores efetivamente praticados no mercado.

Em relação aos serviços e mercadorias, cujo preço final é sujeito ao controle estatal, Angelo Braga Netto Rodrigues de Mello (2011, p. 15) defende a falta de legitimidade de “quem quer que seja para questionar a base de cálculo adotada (no máximo pode-se discutir junto ao governo federal o tabelamento dos preços, mas a questão aí ganha contornos nitidamente distantes dos lindes de direito tributário)”.

Em relação ao critério previsto no §3º do art. 8º, que se refere a adoção pelo estado do preço sugerido pelo fabricante ou importador, pondera:

Ora, se o Estado adota este preço sugerido como base de cálculo estimada, confiando portanto na boa fé do fabricante ou importador, além de presumir a sua capacidade logística de estimação do preço de venda a consumidor

final, presume também o respeito desse preço pelos vendedores. Eventuais diferenças pontuais (certo revendedor, por motivo especial, pratica preço maior ou menor do que o preço sugerido) fazem parte da própria lógica e sentido da substituição progressiva, que busca atingir um preço médio, um preço o mais próximo possível da realidade. (Melo, 2004, p. 15).

O critério previsto no §4º do dispositivo, que trata da fixação pelo estado através da margem de valor agregado, é o que enseja maiores controvérsias. Nesta hipótese, acaso se apure que o preço fixado pelo Estado se demonstra distante da realidade praticada no mercado, restaria caracterizado, segundo Angelo Braga Netto Rodrigues de Mello (2011, p. 15) “verdadeiro abuso de direito pelo Estado, tal ofensa pode ser evitada ou corrigida, mas só pode suscitá-lo entidade de classe do respectivo setor, sob pena de se ter mais de uma base de cálculo para um mesmo lugar”.

4 RESTITUIÇÃO DO ICMS/ST RETIDO A MAIOR

Passa-se, então, à análise da constitucionalidade da não restituição do ICMS/ST retido a maior. Para tanto, importante verificar qual o posicionamento e fundamentos adotados pelo STF, primeiramente no julgamento da ADI 1.851/AL e, após, a mudança de posicionamento no RE 593.849, bem como as críticas doutrinárias sobre o tema.

4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.851-4/AL

É paradigmática a decisão do STF no julgamento da ADI 1.851-4/AL, em que a Confederação Nacional do Comércio (CNC) questionou a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/1997 e, por conseguinte, a constitucionalidade da não restituição do ICMS pago a maior.

Na oportunidade, o pleno entendeu, por maioria de votos, pela constitucionalidade do regime. Apenas em caráter elucidativo consigna-se que votaram pela constitucionalidade da cláusula segunda os ministros Ilmar Galvão (relator), Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Moreira Alves e pela inconstitucionalidade os ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Da leitura do acórdão é possível se apurar que o tema foi objeto de controvérsia entre os ministros.

Nos meandros do seu voto, o Ministro Ilmar Galvão, relator do caso, ressaltou que o legislador complementar quanto ao estabelecimento da base de cálculo:

Ao fazê-lo, cuidou o legislador de prefixar uma base de cálculo cuja estimativa se aproxime o mais possível da realidade, ajustando o respectivo valor às leis do mercado, para não onerar o contribuinte e tampouco prejudicar o fisco. (STF. ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

Na sequência do voto, o relator deixa expressamente consignado que, no seu entendimento, a base de cálculo presumida é também definitiva e, por isso mesmo, considerado o fato de haver previsão legislativa quanto aos parâmetros de fixação, careceria de interesse a discussão acerca do tributo ter sido recolhido a maior ou menor.

Um outro fundamento apresentado pelo relator foi o de que considerar obrigatória a restituição do ICMS pago a maior minaria a própria finalidade do instituto. Isso porque a finalidade da substituição tributária progressiva seria a diminuição dos gastos com a máquina estatal e da evasão fiscal, sendo que entendimento contrário levaria à volta do regime de apuração mensal.

Na sequência do voto condutor, o Ministro Maurício Corrêa, ao fazer referência ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 202.396, que também teve como relator o Ministro Ilmar Galvão, deixa claro, quanto à sua compreensão da espécie: “entendi, como no precedente por mim citado, não haver ofensa aos princípios da capacidade contributiva e, tampouco, ao da não cumulatividade”. (STF ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

Em sentido oposto se posicionou o Ministro Carlos Velloso que ressaltou a importância do aspecto material nas obrigações tributárias, em especial na base de cálculo da exação, ao considerar que “Sem essa expressão valorativa, sem essa dimensão material, não há fato gerador, não há fato imponible. Noutras palavras, o fato gerador se realiza na sua dimensão material, na sua expressão valorativa”. (STF ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

O Ministro Carlos Velloso, então, se posicionou pela inconstitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, defendendo que ela “é ofensiva à garantia inscrita no §7º do art. 150 da Constituição Federal”. O entendimento se embasa na perspectiva de que a disposição final do §7º do art. 150 da CRFB/88 não restringiria a restituição aos casos em que o fato gerador presumido não ocorresse, dando à norma interpretação mais ampla.

Ademais, é possível notar a perplexidade do Ministro, quanto aos contornos que o julgado vinha apresentando, tendo destacado que a referida cláusula do Convênio acaba por consagrar a possibilidade de enriquecimento ilícito do fisco.

Vejam, Srs. Ministros, a que ponto pode se chegar, se não for declarada a inconstitucionalidade da Cláusula 2ª do Convênio I.C.M.S. 13/97, que nega o direito à restituição do excesso de ICMS recolhido: o Fisco poderá fixar, na pauta de valores, para o fim de ser recolhido o I.C.M.S., valor superior ao de mercado, valor superior ao preço pelo qual será o bem vendido. Não obtido, depois, o preço da pauta de valores, terá o poder público se locupletado ilicitamente, terá havido enriquecimento ilícito, o que a teoria geral do direito repele, o que o senso comum dos homens não admite. (STF. ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

No esteio dos votos condutores, a assertiva de que o Fisco poderia fixar como base de cálculo valor superior ao de mercado, não se coaduna com os parâmetros do art. 8º da Lei Complementar 87/96. Como visto, a norma dispõe três critérios para a definição da base de cálculo presumida, sendo que, em um deles, o valor teria como base o preço sugerido pelo fabricante, no outro, o próprio preço tabelado e imposto pelo estado para aquele produto e apenas o último critério daria maior flexibilidade ao Fisco, qual seja, a margem de valor agregado.

Portanto, mesmo a fixação da base de cálculo com fulcro na margem de valor agregado segue parâmetros que não permitiriam o arbítrio fiscal. A previsão contida no §4º do art. 8º determina que a fixação da margem de valor agregado observe os preços praticados no mercado considerado, sendo possível ainda a participação das entidades representativas dos setores, de modo que, caso destoante o valor presumido da realidade, tal não poderia prevalecer.

Na sequência do julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence, que também votou pela constitucionalidade da não restituição, frisou a definitividade da base de cálculo, bem como o fato de que interpretação contrária acabaria por esvaziar o próprio conteúdo do art. 150, §7º, da Constituição Federal.

A Constituição autorizou, com a chamada “substituição tributária para frente”, tomar como fato gerador um fato presumido. É claro que com sua dimensão material igualmente presumida. É claro, também, que esta presunção não pode ser arbitrária, mas isso não se discute. Se ela é arrazoada, a minha leitura do §7º do art.150 da Constituição Federal é que aquele fato, antecipadamente levado em consideração, os seus efeitos se tornem definitivos com a única ressalva constitucional de não vir a ocorrer o fato gerador previsto.

A Emenda Constitucional 03/93, de que resultou o §7º do art.150, veio para dar ao fisco um mecanismo eficaz para determinado tipo de circulação

econômica e fez a ressalva. Agora, se esta ressalva é interpretada de modo a inviabilizar o instrumento fiscal que se autorizou, a meu ver, o que se está é negando a efetividade no sentido principal. (STF. ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

O Ministro Sydney Sanches (p. 183) também entendeu pela constitucionalidade da sistemática, ao conferir interpretação literal ao dispositivo, ressaltou que a constitucionalização foi feita “[...] de modo a só assegurar a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”. (STF ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio se posicionou pela inconstitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, divergindo da interpretação da maioria, a qual teve por meramente literal.

O Ministro observou que “O Sistema da Carta empresta uma valia maior à realidade”, destacando a importância da busca da verdade material no âmbito tributário, o que, em sua perspectiva, decorreria do próprio sistema constitucional. Além do mais, consignou:

[...] dificilmente teremos uma hipótese em que o valor presumido ficará aquém daquele resultante do fato gerador. Assusta-me, sobremaneira, o enriquecimento sem causa, considerado esse embate contribuinte-Estado. Assusta-me, sobremaneira, os riscos de se olvidarem os parâmetros constitucionais de um tributo. Assusta-me até mesmo a jurisprudência que vem se formando no tocante à relação tributária, nesta corte, dia após dia, desequilibrando-se o embate que a Carta da República visa a equilibrar. (STF. ADI 1851, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 13-12-2002).

Apesar das controvérsias entre os ministros no julgamento, restou decidido, por maioria de votos, a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97. Logo, a conclusão a que se chegou é que a opção dos estados signatários do convênio pela não restituição do ICMS pago a maior, bem como pela inexistência de dever de complementação, no caso de ter sido a exação paga a menor, não contrariaria os ditames constitucionais.

4.2 O Julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG com repercussão geral e a alteração da posição do STF sobre o tema

O tema foi revisitado pelo STF no julgamento do RE 593.849/MG, com repercussão geral, tendo o precedente anterior, ADI 1.851/AL, sido parcialmente

revogado. Na oportunidade, o STF fixou tese jurídica afeta ao tema 201 de sua jurisprudência, da qual se extrai “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

Com efeito, justificando a alteração de posicionamento, sustentou-se que a restituição do excesso não inviabilizaria a substituição tributária progressiva, pois as vantagens decorrentes da antecipação da cobrança da exação, além de mantidas, já seriam suficientes para justificar a sistemática.

O STF passou a compreender que a não restituição do excesso importaria violação de direitos e garantias dos contribuintes, especialmente dos princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da vedação ao confisco, bem como a neutralidade fiscal do ICMS.

A violação da igualdade decorreria do tratamento mais gravoso dispensado aos contribuintes sujeitos ao regime de substituição progressiva, quando comparado aos não sujeitos ao regime. Isso porque os não sujeitos não seriam afetados por cobranças que pudessem exceder a realidade valorativa da circulação de mercadorias que realizam, ao passo que os sujeitos ao regime, não raramente, acabavam por arcar com valores superiores aos que seriam devidos caso utilizada a base de cálculo real das operações, isto é, a presunção (que ganhava contornos de absoluta) prevalecia sobre a realidade (operação com valores menores do que os presumidos).

A capacidade contributiva, pela mesma razão, também seria desrespeitada. Se o contribuinte, por presunção, arca com valores superiores aos da realidade da operação posteriormente praticada, a base de cálculo utilizada e os valores das exações seriam superiores aos da riqueza material que efetivamente foi demonstrada, portanto, ao pagar mais do que deveria, estar-se-ia a pagar mais do que a capacidade contributiva efetivamente sugeriria, o que implicaria verdadeiro confisco do Estado.

A Corte assentou que a base de cálculo presumida, uma ficção jurídica, não poderia ser alçada a uma presunção absoluta, mormente porque o raciocínio tributário não pode ser alheio a realidade do processo econômico. Em outros termos, a realidade deve se impor em face da presunção.

Conferiu-se interpretação teleológica e sistemática da norma contida no §7º do art. 157 da Constituição, de modo que a restituição não deve se limitar apenas a hipótese em que o fato gerador presumido não ocorra (ausência absoluta), mas

também quando ocorreu em patamares inferiores aos anteriormente presumidos (ausência parcial).

O julgamento do RE 593.849/MG foi assim ementado pelo STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 593849, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19-10-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

5 CONCLUSÃO

O regime de substituição tributária já existia ainda na égide da Constituição Federal de 1967, tendo sido expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio na Lei Complementar 44/1983 que incluiu o §3º no art. 6º do Decreto Federal 406/1968, de modo que se trata de regime especial antigo. Já sobre a égide da Constituição de 1988, o constituinte derivado, ao incluir o §7º no art. 150 da Carta vigente, promoveu a constitucionalização do regime de substituição tributária, procurando minar as discussões acerca de sua legitimidade.

No entanto, o objetivo não restou alcançado, posto que o regime de substituição tributária progressiva seguiu bastante questionado pelos contribuintes e doutrina, tendo culminado na propositura da ADI 1.851-4/AL pela Confederação Nacional do Comércio. Na espécie buscava-se a declaração de inconstitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, esta que taxativamente previa a não restituição do ICMS/ST pago a maior, bem como a não complementação quando pago a menor.

O Supremo Tribunal Federal, na referida ADI, entendeu, por maioria de votos, e com controvérsia entre os Ministros, pela constitucionalidade da cláusula e, por conseguinte, pela possibilidade da não restituição. Porém, o assunto seguiu controverso, com a doutrina majoritária criticando a posição adotada no paradigma.

A temática foi, então, reapreciada quando do julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, culminando-se na alteração da posição anteriormente adotada e fixação da tese “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida” (Tema 201).

Isso exposto, a conclusão a que se chega no presente trabalho é que a mudança de posição do STF vai ao encontro do melhor entendimento sobre o tema.

Malgrado se compreenda que razão teleológica da substituição tributária progressiva seja munir o Estado de instrumento hábil à redução das despesas estatais com a máquina fiscal, a diminuição da evasão de receitas tributáveis e da sonegação do imposto, tais argumentos não justificam a desconsideração da realidade econômica. O interesse arrecadatório não pode se sobrepor ao sistema de direitos e garantias dos contribuintes, especialmente dos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, tal como reconheceu o STF.

Entendimento contrário permitiria o fisco negar a realidade do processo econômico, isto é, mesmo quando a realidade já tenha se concretizado em base de cálculo inferior à que havia sido presumida, mantinha-se a exação em parâmetros diversos. Em última escala, possibilitava-se que o Fisco se enriquecesse ilicitamente (art. 884 do CC) em detrimento do contribuinte, já que a riqueza realmente apurada fora inferior à utilizada para a cobrança do tributo.

Com efeito, é ponto comum no estudo do direito público que o interesse público secundário deve estar alinhado com o interesse público primário, isto é, o interesse meramente patrimonial do Estado não deve se sobrepor ao interesse da coletividade



representada pelo Estado (que é o de uma tributação justa, proporcional, com primado na realidade).

E, nessa linha, o princípio da justiça tributária estabelece que, no relacionamento entre fisco e contribuinte, cada parte deve receber o que lhe cabe, nem mais, nem menos. O contribuinte tem o dever de entregar parte de seus rendimentos ou patrimônio para, em contrapartida, receber os serviços que permitem a vivência em sociedade.

Se o Estado, valendo-se de ficções jurídicas, mantém a exigência de valores maiores que aqueles que, de fato, se revelaram devidos por determinados contribuintes, resta violado o princípio da igualdade, na medida em que contribuintes, em posição semelhante de manifestação de riqueza, são onerados de forma diversa.

O direito não pode ser aplicado apesar da realidade, ele deve ser aplicado tendo em vista a realidade.

Malgrado o §7º do art. 157 da Constituição tenha previsto a restituição na hipótese em que o fato gerador não se realizasse, jamais afirmou o não dever de restituição no caso de diferenças entre a base de cálculo presumida e a real.

Portanto, a restituição não deve se limitar apenas a hipótese em que o fato gerador presumido não ocorra (dissonância absoluta), mas também quando ocorreu em patamares inferiores aos anteriormente presumidos (dissonância parcial).



REFERÊNCIAS

BICHARA, Luiz Gustavo A. S; MARQUES, Thiago de Mattos. ICMS - substituição tributária com antecipação do imposto: limites na definição da base de cálculo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 199, p. 74-82, abr. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. CONVÊNIO ICMS 13/97. Harmoniza procedimento referente à aplicação do § 7º, artigo 150, da Constituição Federal e do artigo 10 da Lei Complementar 87/96, de 13 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 e 27 mar.1997. Disponível em: <http://www1.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/ICMS/1997/-CV013_97.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0406.htm>. Acesso 24 maio 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mar. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em 24 maio 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 44, de 7 de dezembro de 1983. Altera o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de Direito tributário, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 dez. 1983. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp44.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.152.541/RS. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino - Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 set. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/-toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22PAULO+DE+TARSO+SANSEVERINO%22%29.min.&processo=1152541&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851-4/AL. Relator: Ilmar Galvão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 dez. 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774527/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1851-al>>. Acesso em: 24 maio 2015.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 5.639 Mato Grosso. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 30/09/2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7236545>>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593849 RG / MG - Minas Gerais repercussão geral no recurso extraordinário. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 17/09/2009; **Diário Judiciário Eletrônico**, Brasília, 08 out. /2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593849%2ENUME%2E+OU+593849%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/mvdzg6x>>. Acesso em: 25 maio 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. O direito do sujeito passivo do ICMS de compensar o imposto pago a maior, em razão da técnica de substituição tributária progressiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 101, p. 115-135, fev. 2004.

JÚNIOR, Anis Kfoury. **Curso de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Constitucional. ICMS. Substituição tributária para frente. Preço final diverso do previsto na antecipação. ADI 1.851/AL. Efeitos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.157, p. 95-106, out. 2008.

MANEIRA, Eduardo. Da substituição tributária “para a frente” no ICMS. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.95, p. 56-64, ago. 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Considerações sobre a Substituição Tributária por Antecipação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 195, p. 82-87, dez. 2011.

MELO, Angelo Braga Netto Rodrigues de. ICMS: substituição tributária progressiva após a ADIn 1.851-4/AL. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 102, p. 7-21, mar. 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 4º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS – Ação Rescisória 1.0000.03.403612-9/000. Desembargador Relator Edivaldo George dos Santos, **Diário Judiciário Eletrônico**, 12 nov. 2004. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=3&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=substitui%E7%E3o%20tribut%E1ria%20progressiva%20icms%20base%20c%E1lculo%20definitiva&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 25 maio 2015.



PAULSEN, Leandro; MELO, **José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PERNAMBUCO. LEI nº 11.408, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece, com base na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, normas referentes ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Palácio Campo das Princesas, 21 dez. 1996. Disponível em <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?-tiponorma=1&numero=11408&complemento=0&ano=1996&tipo=&url>>. Acesso em: 25 maio 2015.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 6.374, de 1º de Março de 1989. Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 2 mar.1989. Disponível em:<<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/187048/lei-6374-89>>. Acesso em 25 maio 2015.

SÃO PAULO (Estado). LEI nº 9.176, de 2 de outubro de 1995 . Altera a Lei n. 6.374, de 1.º de março de 1989, relativamente à sujeição passiva por substituição. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 2 out. 1995. Disponível em:<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1995/lei-9176-02.10.1995.html>>. Acesso em: 25 maio 2015.



O DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO E A SHAM LITIGATION NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACTION AND SHAM LITIGATION WITHIN THE SCOPE OF CIVIL PROCEDURE

Fabiola Fitz Nicco¹

RESUMO: O presente artigo examina o direito fundamental de acesso à justiça e os limites de seu exercício diante do uso abusivo do direito de ação. Analisa-se a evolução histórica do instituto, desde sua concepção formal até as ondas renovatórias, que destacaram a assistência judiciária, a tutela coletiva e a simplificação processual. No Brasil, a Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 consolidaram garantias como a assistência gratuita, a duração razoável do processo e a mediação. Contudo, a ampliação do acesso favoreceu práticas abusivas, como o assédio processual, a litigância de má-fé e o fenômeno da *sham litigation*, marcado por demandas temerárias com fins protelatórios ou anticompetitivos. Essas condutas comprometem a efetividade da jurisdição e sobrecarregam o Judiciário. Nesse cenário, a boa-fé objetiva é instrumento essencial de contenção, apoiada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e por diretrizes do CNJ. Conclui-se que o desafio contemporâneo consiste em equilibrar o amplo acesso à justiça com mecanismos eficazes de repressão a abusos, assegurando tutela jurisdicional justa e eficiente.

Palavras-chave: Direito de acesso à justiça, abuso do direito de ação, *sham litigation*, instrumentos inibitórios.

Abstract: This article examines the fundamental right of access to justice and the limits of its exercise in the face of the abusive use of the right of action. It analyzes the historical evolution of the institute, from its formal conception to the waves of renewal, which emphasized legal aid, collective protection, and procedural simplification. In Brazil, the 1988 Constitution and the 2015 Code of Civil Procedure consolidated guarantees such as free legal assistance, reasonable duration of proceedings, and mediation. However, the expansion of access also fostered abusive practices, such as procedural harassment, bad-faith litigation, and the phenomenon of *sham litigation*, characterized by frivolous or vexatious claims with dilatory or anticompetitive purposes. Such conduct undermines the effectiveness of jurisdiction and overburdens the judiciary. In this context, objective good faith emerges as an essential mechanism of containment, supported by the case law of the Superior Courts and by the guidelines of the National Council of Justice. It is concluded that the contemporary challenge lies in balancing broad access to justice with effective instruments to curb its misuse, thereby ensuring fair and efficient judicial relief.

Keywords: Right of access to justice, abuse of the right of action, *sham litigation*, inhibitory instruments.

¹ Graduada em Direito pelo Unicuritiba - 2017. Especialização em Processo Civil (UNINTER) – 2018. Especialização em Civil e Processo Civil e em Curso de Preparação à Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP) – 2019 e 2023.

1. INTRODUÇÃO

Com a expansão dos direitos sociais decorrente da Constituição de 1988, houve uma democratização do acesso à justiça, impulsionada pela dinamização das relações interpessoais e pela massificação das relações de consumo, resultando em um expressivo aumento do número de ações no Poder Judiciário brasileiro nas últimas décadas.

Nesse contexto, surge o assédio judicial, operacionalizado por demandas opressivas e finalidades desvirtuadas, visando obter vantagem alheia aos fatos processuais, muitas vezes ilícita, prejudicando a contraparte ou terceiros. A litigância predatória, estudada no Direito Concorrencial como *sham litigation*, refere-se ao litígio simulado, com uso abusivo do direito de petição de forma repetitiva, e no Brasil também é considerada em litígios individuais como exercício abusivo do direito de ação.

A doutrina classifica o abuso de direito na teoria geral do direito, tradicionalmente estudado pelo direito civil, mas não exclusivo a este, configurando-se como exercício desequilibrado de posições jurídicas, independentemente de culpa ou elemento subjetivo. O Superior Tribunal de Justiça reforça a necessidade de conter o exercício abusivo do direito de ação, considerando ações ou incidentes temerários, frívolos ou dolosos como potencial ato ilícito de assédio processual, conforme o Recurso Especial nº 1.817.845/MS.

A pesquisa justifica-se pela relevância social do tema, diante da reiterada lesão a prerrogativas processuais e do uso abusivo do direito de ação, que gera insegurança jurídica, sobrecarga processual e inoperância do Judiciário. Adotar-se-á o método lógico-dedutivo, utilizando-se análise bibliográfica, revisão de textos teóricos, bem como estudo jurisprudencial de casos relativos à litigância predatória e *sham litigation*. O estudo será estruturado em três capítulos: acesso à justiça; uso abusivo do direito de ação e sua necessidade de combate; e análise jurisprudencial sobre instrumentos de desestímulo ao uso predatório da justiça.

2. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O direito de ação, no ordenamento jurídico brasileiro atual, pode ser conceituado como o direito à prestação da atividade jurisdicional do Estado, nas palavras de Rocco, o qual defende que este direito é cívico e abstrato, independente de um direito substancial para ser executado (Rocco apud Alvim, 2018, p. 203).

Referido direito deve estar pautado precipuamente pelo acesso à prestação jurisdicional, notadamente como meio para viabilizar a efetividade dos direitos do cidadão. Deve-se ter em mente que o acesso ao Judiciário não se confunde com o acesso à justiça, já que este é muito mais abrangente que aquele. O acesso à justiça, além da vertente formal perante os órgãos jurisdicionais implica acesso à ordem jurídica justa e às soluções efetivas:

Não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. (Watanabe, 2011)

Com efeito, o acesso à justiça deve ser entendido como garantia fundamental. Especificamente no direito brasileiro, não é diferente. A Constituição Federal o prevê como um direito fundamental, destacando em seu artigo 5º, inciso XXXV, o próprio direito de ação e a inafastabilidade do Poder Judiciário.

Em linhas doutrinárias, Fábio Konder Comparato leciona que o Poder Judiciário é fundamental para garantir o exercício de direitos fundamentais previstos na própria Carta Magna, de modo que o acesso ao Judiciário é, por sua definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos (Comparato, 2004, p. 151-159).

Conforme leciona Mauro Cappelletti (Cappelletti, 1994, p. 82-97), o acesso ao Poder Judiciário não pode ser compreendido apenas em um aspecto unidimensional, em que o direito apenas declara as normas, mas sim em um aspecto tridimensional, o qual resulta do movimento do acesso à justiça. A primeira dimensão visualiza o direito por meio dos problemas e necessidades sociais que o antecedem; a segunda dimensão compreende o direito pela resposta jurídica ao problema social; e a terceira dimensão compreende o direito por meio dos impactos da resposta jurídica ao problema social.

E é partir dessa concepção tridimensional que surgem importantes garantias para assegurar o acesso à justiça.

2.1. A evolução histórica do acesso à justiça e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

Nos séculos XVIII e XIX, sob forte influência do liberalismo, os procedimentos de resolução de conflitos seguiam uma filosofia individualista do direito, em que o



acesso à jurisdição era apenas formalmente garantido. No sistema laissez-faire, o Estado apenas impedia a violação de direitos, abstendo-se de intervir, deixando que a sociedade regulasse por si mesma as relações econômicas e interpessoais, o que gerou incapacidade de muitos recorrerem à jurisdição devido à vulnerabilidade econômica ou à falta de vontade política, conforme lecionam Cappelletti e Garth (Cappelletti, Garth, 1988, p. 9).

Isso porque, nessa época, o acesso ao Judiciário era restrito àqueles que poderiam custear os valores exigidos para a movimentação do sistema, a revelar que o acesso igualitário estava apenas protegido em seu aspecto formal. Em resumo, a população mais pobre não tinha condições de arcar com os custos para pleitear seu direito e não existia incentivo do Estado para resolver tal problema social.

Com o nascimento das constituições europeias, a partir do século XX, passou-se a promover a proteção dos direitos sociais, culturais e econômicos, com o objetivo de aplicação direta do princípio da igualdade nas relações havidas entre os indivíduos e também com o Estado (Bonavides, 2011, p. 564).

Nesse contexto, observou-se que uma das formas de concretização do princípio da igualdade era tornar a justiça acessível aos hipossuficientes, questão que tem sido objeto de discussão desde o ano de 1919, inaugurada com a publicação do livro de Heber Smith, tendo como título “Justice and the Poor: a study of the present denial of justice to the poor and of the agencies making more equal their position before the law with the particular reference to legal aid work in the United States” (Pedroso, 2011, p. 675).

Na referida obra, o autor teceu fortes críticas à falta de oportunidade de acesso à jurisdição para os pobres e defendeu que a democracia não seria capaz de sobreviver sem que houvesse uma garantia para o efetivo exercício do princípio da igualdade perante a lei e sem uma justiça acessível aos menos favorecidos na sociedade, vindo a se tornar um atalho para regimes antidemocráticos ou até mesmo o anarquismo (Smith, 1919, apud Pedroso, 2011, p. 136).

Em um aspecto pioneiro para tentar ajustar esse problema social, o autor apresentou um mecanismo criado pelo Reino Unido no ano de 1903, consistente na possibilidade de assistência jurídica gratuita para aqueles que tivessem rendimentos muito baixos, mas restringido ao campo de competência do Direito Penal (Smith, 1919, apud Pedroso, 2011, p. 139).

Muitas normas começaram a surgir para tentar garantir o acesso à justiça, mas somente em 1973, a partir do Projeto Florença, desenvolvido pelos pesquisadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o termo acesso à justiça é incorporado pelo vocabulário jurídico e passa a ser efetivamente utilizado. O objetivo desse projeto era entender os impedimentos e dificuldades encontradas pelos cidadãos ao acesso à justiça e quais seriam as soluções para os problemas e impasses verificados.

Esse movimento acabou por ampliar os poderes de atuação de ofício do juiz, notadamente em defesa do acesso à justiça, e reduziu a intervenção dos advogados no processo, em contraponto ao regramento do modelo processual liberal anterior (Nunes, 2012, p. 110-111).

O direito postulatório foi profundamente modificado com a contribuição dessa obra, com a ampliação do debate sobre o tema ao apontar os principais obstáculos para o exercício desse direito e as possíveis soluções para sua aplicação efetiva. Para tanto, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, basearam a sua tese em três ondas renovatórias do acesso à justiça.

A primeira onda relaciona-se ao custo do processo, incluindo custas, despesas processuais e honorários advocatícios, observando que, mesmo com o Estado arcando com custas e despesas, as partes permanecem responsáveis pelos honorários, restringindo o acesso à justiça dos menos favorecidos; além disso, o alto custo pressiona os hipossuficientes a aceitar acordos muito inferiores ao pleiteado ou a abandonar suas causas para não comprometer sua própria sobrevivência. Assim, Mauro Cappelletti e Bryant Garth concluíram pela necessidade da implementação de assistência judiciária para solucionar o obstáculo das despesas processuais como um todo (Cappelletti, Garth, 1988, p. 32).

A segunda onda diz respeito à dificuldade de proteção dos direitos coletivos, porquanto o processo foi pensado inicialmente para resolução de conflitos entre duas partes individualizadas, de modo que não havia a proteção a direitos que pertencessem a um determinado grupo ou até mesmo relacionados aos interesses difusos, sendo necessária a implementação de ações coletivas (Cappelletti, Garth, 1988, p. 49-50).

A terceira e derradeira onda ao acesso à justiça, seria de caráter eminentemente processual, tendo como objeto os obstáculos decorrentes do formalismo exacerbado, da falta de juízes e da morosidade do processo, conforme doutrina Juliana Zaganelli (Zagarelli, 2016, p. 187). Tal ponto consiste na identificação



dos problemas da prestação jurisdicional, evoluindo a discussão para os âmbitos extrajudiciais para que seja possível a simplificação dos procedimentos e a criação de mecanismos alternativos de justiça.

Certo é, portanto, que a publicação dessa obra foi um marco que produziu impactos significativos no direito de acesso à justiça, influenciando as constituições atuais e os tratados internacionais, com vistas à promoção dos direitos humanos pela garantia do acesso à justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, destaca o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos economicamente hipossuficientes, abrangendo não apenas o direito de ação, mas também a satisfação do direito em tempo hábil, com celeridade processual, evitando o perecimento do direito material pela demora do Judiciário.

A CRFB/88 assegura que a pessoa possa postular em juízo acompanhada de advogado custeado pelo Estado, seja dativo ou por meio da Defensoria Pública, quando não dispuser de recursos para arcar com os custos, nos termos do art. 134. O acesso à justiça não se limita à tutela judicial, incluindo também mecanismos integrativos e extrajudiciais que garantam o cumprimento integral desse direito.

Com base nesses mandamentos constitucionais, surgiram novos institutos para concretizar o acesso à justiça. A Emenda Constitucional nº 45/2004 tornou a garantia da razoável duração do processo um direito fundamental (art. 5º, inciso LXXVIII), essencial à efetivação de direitos, especialmente para os economicamente desfavorecidos, já que a mora processual lhes causa prejuízos muito maiores do que a pessoas ou empresas com recursos financeiros e corpo jurídico atuante, conforme doutrina Juvêncio Silva (Silva, 2013, p. 485).

Verifica-se, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta diversas normas e princípios para garantir o livre acesso à justiça, tanto em seu aspecto formal quanto material, servindo assim de referência à legislação infraconstitucional, em especial o Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 busca harmonizar as normas processuais com as garantias constitucionais, conforme o art. 1º, que determina que o processo seja disciplinado, ordenado e interpretado segundo os valores e normas fundamentais da Constituição Federal. Entre as alterações da norma, destaca-se a atribuição ao juiz de zelar pelo cumprimento do direito

fundamental à razoável duração do processo, pois a “ausência de celeridade é a ausência de justiça”, conforme leciona Vladimir Vitovsky (Vitovsky, 2015, p. 15), para o que pode se utilizar importantes instrumentos como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) nos tribunais, incentivando a uniformização e estabilização da jurisprudência (Vitovsky, 2015, p. 15).

Além da solução do processo em tempo razoável, o Código de Processo Civil de 2015 traz também como objetivo a ser perseguido a instrumentalização do processo, que se traduz na abordagem metodológica que estrutura, compreende e estuda o processo tendo em vista a situação jurídica material, nos termos da doutrina de Fredie Didier (Didier Jr., 2019, p. 45), mediante o advento de figuras como os meios extrajudiciais para resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação que busca um resultado que possa satisfazer os interesses de todas as partes (Vitovsky, 2015, p. 15).

Quanto ao particular, o artigo 3º do Código de Processo Civil, nas palavras de Humberto Pinho, amplia o direito à tutela jurisdicional para além do Poder Judiciário, já que se possibilita o emprego de outros meios de resolução de conflitos, não restringindo a responsabilidade pelo cumprimento do direito do indivíduo de acesso à justiça ao Poder Judiciário (Pinho, 2019, p. 788-789). Defende, ainda, que “a jurisdição, outrora exclusiva do poder judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais” (Pinho, 2019, p. 799).

E, como meio de realizar a ampliação do acesso à justiça, inaugura-se o sistema multiportas, trazendo a mediação e a conciliação para dentro da estrutura do Poder Judiciário, nos termos de alguns artigos do Código de Processo Civil, tais como os artigos 165, parágrafo 2º, 334, 359 e 487, inciso III.

Sobre o tema, Pinho:

Dessa forma, acesso à justiça não se confunde com acesso exclusivo ou primário ao judiciário. Ao contrário, parece que, idealmente, a mentalidade seja no sentido de primeiro usar os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, em seguida, nos casos legais, devemos nos valer da jurisdição voluntária extrajudicial; e, apenas por fim, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá impor sua vontade às partes em litígio. É a ideia do Judiciário como último degrau na escalada do conflito. (Pinho, 2019, p. 818-819).

Outro objetivo é a transformação do processo para reduzir a burocracia e torná-lo mais simples, como a uniformização dos prazos recursais pelo Código de Processo Civil de 2015, fixados em regra em quinze dias, e a extinção de recursos do Código de 1973, como o agravo retido e os embargos à arrematação. Assim, as normas processuais se adequam às ondas renovatórias de acesso à justiça, com atenção ao princípio da celeridade processual e à primazia do mérito. Além disso, criaram-se os Juizados especiais cíveis com a motivação de ampliar o acesso à justiça para a população mais carente (Ferraz, 2010, p. 37).

Para ampliar a proteção ao acesso à Justiça, foram criados os Juizados Especiais Cíveis (JECs), pela Lei nº 9.099/1995, em substituição aos antigos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984). O órgão visa facilitar o acesso à justiça para pessoas economicamente desfavorecidas em causas menos complexas, resolvidas de forma mais célere e simplificada, incluindo a dispensa de representação processual por advogado em causas de até 20 salários mínimos, reduzindo custos processuais e honorários. Além disso, destaca-se a redução da burocracia e a simplificação do procedimento, representando uma verdadeira revolução no sistema judiciário vigente, conforme leciona Dinamarco acerca dos Juizados Especiais:

O marco legislativo inicial de um movimento muito ambicioso e consciente no sentido de rever integralmente velhos conceitos de direito processual e abalar pela estrutura antigos hábitos enraizados na mentalidade dos profissionais, práticas irracionais incompatíveis com a moderna concepção democrática do exercício do poder através da jurisdição (Dinamarco, 1986, p. 1).

É um microsistema criado para julgar causas cíveis de menor complexidade, baseado nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, Lei nº 9.099/1995). Para facilitar o acesso à justiça, a Lei prevê isenção total de custas e despesas processuais (art. 54), ressalvada a litigância de má-fé, e prevê o afastamento dos ônus de sucumbência relativos a custas, despesas processuais e honorários da parte contrária (art. 55).

Os objetivos dos Juizados Especiais incluem conciliação, transação, reparação de danos e aplicação de pena não privativa de liberdade, visando à pacificação social. Contudo, a gratuidade e outras facilidades processuais, embora importantes, também incentivaram ações infundadas ou de baixa probabilidade de sucesso, como ações declaratórias de inexistência de débito cumuladas com indenização por danos morais,

ou indenizações por atrasos de voo e filas em bancos. O próximo capítulo abordará ações temerárias que abusam das garantias de acesso à justiça.

3. ASSÉDIO PROCESSUAL

Assédio processual pode ser definido como a prática de reiteradas condutas abusivas de uma parte no curso da relação jurídico-processual, visando causar dano à outra parte ou atender interesses escusos. Esse fenômeno tem ganhado destaque na doutrina brasileira e, para sua compreensão, exige-se o estudo do abuso de direito, do qual é espécie, e de práticas similares, que auxiliam na definição de seus critérios conceituais.

3.1 Abuso do direito processual em sentido estrito

O abuso do direito é o exercício desequilibrado e desproporcional de uma determinada posição jurídica – ou de um direito subjetivo – em detrimento de outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. O único interesse em tal prática é a “intenção maléfica de causar danos ou beneficiar-se abusivamente de determinada situação jurídica” (Cordeiro, 2011, p. 139-140), conforme leciona Menezes Cordeiro. Trata-se, pois, de uma reação concreta contra certos resultados antiéticos e antissociais. O direito subjetivo deve ser visto como um direito-função, afastando-se da ideia da existência de uma direito-poder como uma prerrogativa soberana de seu detentor. Há de se ter uma funcionalidade social do direito invocado.

Especificamente quanto ao abuso do direito processual, observa-se a sua ocorrência quando há o desvio de finalidade no exercício de situações jurídicas processuais pelos sujeitos atuantes no processo. A respeito, colhe-se da doutrina de Renato Castro Teixeira Martins:

O abuso do direito no plano processual restará configurado quando houver desvio de finalidade [o destaque é do autor] por ocasião da propositura da demanda, da apresentação de defesa, da prática de algum ato processual, do uso de algum incidente processual ou recurso, independentemente da verificação de dano, ainda que eventualmente possa ocorrer (Martins, 2009, p. 73).

Taruffo, ao explicar o abuso de direito no âmbito processual, não se limitou a uma conceituação rígida, evitando tanto uma abrangência descontrolada quanto a exclusão de situações abusivas, apresentando um conceito aberto e casuístico:

Por causa de seus limites intrínsecos, este relato não pode desenvolver uma análise completa dos casos de ADP que estão regulados pelo direito sob diferentes denominações. Entretanto, alguns exemplos podem ser úteis. Por exemplo, a propositura de uma demanda em uma situação na qual o autor não tem qualquer interesse jurídico em prosseguir com aquela causa pode ser considerada como um ato abusivo. (Taruffo, 2009, p. 156)

Referida autora também destaca que, para que a situação esteja configurada, faz-se necessário “diferenciar os erros simples e justificáveis dos erros nocivos, grosseiros, fraudulentos e injustificáveis” (Taruffo, 2009, p. 156).

Para a doutrina, os tipos de abuso do direito processual podem ser divididos em dois grupos: o abuso do direito processual *stricto sensu* ou abuso do litígio em si, “caracterizado pelo ajuizamento de ação com fim fraudulento ou, em caso de defesa, pela apresentação de teses infundadas e protelatórias” (Taruffo, 2009, p. 160); e o “abuso de instrumentos processuais próprios, com a apresentação de requerimentos dilatórios e protelatórios, com o objetivo de adiar o julgamento da ação, ou na interposição de recursos dilatórios e protelatórios, para postergar o trânsito em julgado” (Taruffo, 2009, p. 160).

Nesse raciocínio, o abuso do processo *stricto sensu* “caracteriza-se quando a parte ajuíza uma ação, investida do direito fundamental do acesso à justiça, somente com a intenção de incomodar a outra parte, a evidenciar o desvio na finalidade do acesso à justiça” (Taruffo, 2009, p. 159).

Certo é que, se uma medida processual for utilizada com desvio de finalidade, estará configurado o abuso do direito, ainda que o uso de tal medida esteja garantido na Constituição da República Federativa do Brasil, conforme leciona Carradita:

Não importa que esse uso abstratamente encontre amparo na garantia constitucional de acesso à justiça ou na de ampla defesa, visto que têm maior relevo, nesse caso os direitos fundamentais à tutela judicial efetiva, à ampla defesa, à igualdade processual e à duração razoável do processo. Só não se pode admitir que uma conduta processual fundada no direito de ação ou de defesa seja sancionada fora das hipóteses que o ordenamento jurídico nacional considera abusivas. Nesse caso, a inconstitucionalidade é flagrante. (Carradita, 2013, p. 136)

O acesso à justiça oferece diversos benefícios à sociedade, inclusive aos mais vulneráveis, mas comporta limites de aplicação para evitar seu uso em práticas abusivas, sendo necessária a prevalência do interesse geral sobre o individual; nesse sentido, o Código Civil Brasileiro de 2002 define o abuso de direito como o ato que

“excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, nos termos do art. 187.

Da leitura desse dispositivo, a doutrina leciona que o “legislador brasileiro optou pela desnecessidade de verificação de dolo ou culpa do agente para se caracterizar o abuso de direito” (Renzetti, 2017, p. 160-161). Existe aqui uma responsabilidade objetiva. Sobre o tema, importante ressaltar o posicionamento de Carvalho:

Acontece que, ao mesmo tempo em que as hipóteses de aplicação da teoria do abuso de direito se encontram expostas pelo artigo 187, dificilmente se pode afirmar que os limites para o exercício de direitos são claros, especialmente no que toca ao Direito Processual e a uma cultura jurídica que consagrou ao menos algum grau de abstração ao exercício do direito de ação. (Carvalho, 2021, p. 6)

Nessa ordem de ideias, tem-se que o artigo 187 do Código Civil limita o direito na perspectiva material e no âmbito privado, mas não consegue antecipar todas as formas de abuso possíveis nas relações jurídicas, inclusive processuais, o que exige a aplicação do princípio da boa-fé processual, previsto no art. 5º do Código de Processo Civil, impondo às partes o dever de agir de acordo com a boa-fé, servindo para identificar e punir condutas abusivas.

3.1.1 O princípio da boa-fé objetiva como ferramenta de prevenção contra o abuso do direito processual

Da boa-fé processual objetiva extrai-se uma norma de conduta aos sujeitos processuais e que, quando não observada, pode acarretar a configuração da prática de atos processuais com manifesto abuso de direito. Não se pode confundir com a boa-fé subjetiva, pois essa se caracteriza apenas pelas intenções do sujeito, ao passo que a objetiva guarda relação com a boa conduta do homem médio, conforme leciona Fredie Didier (Didier Jr., 2018, p. 179).

Segundo o mencionado doutrinador, o modelo de jurisdição garantista necessita da boa-fé processual para funcionar. Trata-se de uma exigência intrínseca ao devido processo legal, que tem como condição imprescindível que a conduta de todos os sujeitos do processo esteja pautada pela boa-fé, inclusive das pessoas atuantes nos órgãos jurisdicionais envolvidos no processo (Didier Jr., 2018, p. 181).

A partir da leitura do artigo 5º do Código de Processo Civil, vê-se que a *mens legis* foi estabelecer uma cláusula geral da boa-fé objetiva, o que, na visão do professor Didier Jr., foi uma opção acertada, já que não seria possível criar um rol

taxativo de condutas desleais que possam ocorrer nos processos (Didier Jr., 2018, p. 180).

Bem por isso é que Taruffo lecionou sobre a impossibilidade de se ter uma definição fechada ao abuso de direito. Por isso, essa cláusula geral da boa-fé acaba por ser a mais utilizada para definir o abuso do direito. Na lição da referida autora:

Em primeiro lugar, há de ser notado que algumas cláusulas gerais ou princípios gerais concernentes ao abuso de instrumentos processuais são utilizados quase em todos os lugares. A cláusula geral mais comum que é referida nos sistemas de civil law é a "cláusula de boa-fé". (Taruffo, 2009, p. 154)

Da lição de Taruffo, também se extrai que a boa-fé é “um meio de colmatar as lacunas existentes em regras processuais”, a partir do qual poderá ser realizada a prevenção do abuso do direito processual ou a sua punição, caso já tenha ocorrido (Taruffo, 2009, p. 155).

Deve-se destacar também que a utilidade é o núcleo de um direito. Aquilo que não for útil ao ordenamento jurídico, não possui capacidade para ser considerado direito. Não há interesse sem utilidade, como também não há legitimidade sem essa. Pode-se afirmar que o abuso de direito estará presente sempre que houver o exercício de um direito sem interesse legítimo e sem utilidade legítima.

Certo é, portanto, que o abuso do direito processual tem sua ocorrência verificada a partir de condutas processuais desviantes da observância do princípio da boa-fé e dos valores fundamentais do ordenamento jurídico vigente (Menezes, 2011, p. 149).

Ressalta-se que, muito embora seja cabível indenização por danos decorrentes do abuso do direito, não há uma ligação direta com o instituto da responsabilidade civil, nos termos da doutrina de Menezes Cordeiro (Menezes, 2011, p. 140-141), de modo que, “para efetiva relação entre os institutos, é necessária uma abordagem mais ampla e indireta, tal qual se observa na litigância de má-fé” (Menezes, 2011, p. 151), objeto de análise no subtópico seguinte.

3.2 Sham Litigation

Para entender a prática do assédio processual, é preciso analisar a litigiosidade falsa ou fraudulenta, conhecida no direito concorrencial como *sham litigation*, termo usado no âmbito antitruste para designar ações judiciais propostas exclusivamente



para prejudicar a concorrência, causando prejuízos econômicos a outro concorrente, como gastos com advogados ou degradação de sua imagem.

Conforme Ana Frazão e Luiz Philippe Vieira Mello Filho (Frazão, Mello Filho, 2023, p. 2), esse termo é utilizado para referir-se ao litígio simulado. Trata-se da prática do uso abusivo do direito de petição, com o ajuizamento, por determinada empresa, de ações com finalidade anticompetitiva, para obter vantagens anticoncorrenciais. O maior interesse não é a procedência do pedido formulado na ação, mas sim o prejuízo aos concorrentes, com a exclusão do mercado em que atuam ou trazer obstáculos ao livre exercício da atividade empresarial dos que estão ingressando.

No campo da *sham litigation*, são comuns ações sem fundamento, a revelar o entendimento de que “um agente não está comprometido com o resultado do processo e sim com os danos oriundos do trâmite processual, algo que é fundamental para a caracterização dessa conduta” (Diniz, 2021, p. 142). Mas não se limita a isso. No âmbito empresarial, existem grandes empresas com a capacidade de criarem estratégias para derrubar a concorrência, utilizando-se de qualquer fundamento, por mais irrisório que pareça, com uma intenção clara de causar danos a outra empresa do mesmo ramo (Diniz, 2021, p. 142-143).

Mais recentemente, passou-se a defender a extensão do termo *sham litigation* ou litigância como prática predatória para além do direito concorrencial, em ações de qualquer tema que revelem abuso do direito de ação; o contexto brasileiro, país de dimensões continentais com direito de ação garantido constitucionalmente e amplamente exercido, favorece essa prática, especialmente no direito processual civil, onde se observa o ajuizamento abusivo de múltiplas demandas contra a mesma pessoa em diversos locais do território nacional.

Tanto é assim que, em julgado relevante, em voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, com base na doutrina da *sham litigation*, entendeu pela necessidade de se conter o exercício abusivo do direito de ação, “em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo ao nobre albergue do direito fundamental de acesso à Justiça”².

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.817.845 – MS (2016/0147826-7). Recorrente: Alberto Jorge Muniz e outros. Recorrido: Alzira Nicoli Rotili e outros. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/-documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=101421709&num_registro=201601478267&data=20191017&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2025.

Com o intuito de evitar essa prática, de cunho manifestamente abusivo, os representantes das presidências e das corregedorias-gerais dos tribunais brasileiros aprovaram metas e diretrizes da Corregedoria Nacional de Justiça para 2023 acerca da temática, no 16º Encontro Nacional do Poder Judiciário, realizado em novembro de 2022.

As metas e diretrizes da Corregedoria Nacional estabelecem um plano de ação para os órgãos do Poder Judiciário com função correccional, definindo objetivos para o andamento dos processos disciplinares e fixando prioridades e linhas de atuação nos segmentos da Justiça, buscando a melhoria da prestação jurisdicional.

A Diretriz Estratégia 7 do Conselho Nacional de Justiça busca a regulamentação do combate à litigância predatória estabelecendo:

DIRETRIZ ESTRATÉGICA 7 – Regular e promover práticas e protocolos para o combate à litigância predatória, preferencialmente com a criação de meios eletrônicos para o monitoramento de processos, bem como transmitir as respectivas informações à Corregedoria Nacional, com vistas à alimentação de um painel único, que deverá ser criado com essa finalidade.

A referida diretriz estratégica tem aderência com o macrodesafio de Garantia dos Direitos Fundamentais.

Também com o intuito de coibir a litigância predatória, o Conselho Nacional de Justiça editou, em fevereiro de 2022, a Recomendação nº 127/2022, que recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando à redução da judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão:

Art. 1º Recomendar aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão.

Art. 2º Para os fins desta recomendação, entende-se por judicialização predatória o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão.

Art. 3º Com o objetivo de evitar os efeitos danosos da judicialização predatória na liberdade de expressão, recomenda-se que os tribunais adotem, quanto ao tema, medidas destinadas, exemplificativamente, a agilizar a análise da ocorrência de prevenção processual, da necessidade de agrupamento de ações, bem como da eventual má-fé dos demandantes, a fim de que o demandado, autor da manifestação, possa efetivamente defender-se judicialmente.

Art. 4º O CNJ poderá, de ofício ou mediante requerimento, acompanhar a tramitação de casos de judicialização predatória, bem como sugerir medidas concretas necessárias para evitar o efeito inibidor (chilling effect) decorrente da judicialização predatória.

No entanto, essa litigância predatória envolve temas mais abrangentes do que o objeto da citada Recomendação, e ocorre, conforme alguns Tribunais vêm identificando, por meio de ações judiciais de diferentes naturezas, nas quais há o uso abusivo do Poder Judiciário.

A boa-fé processual e a litigância de má-fé, previstos no Código de Processo Civil, se bem aplicados, podem servir de mecanismo inibidor do assédio processual, incluindo-se o *sham litigation*, evitando que o Poder Judiciário seja usado e manipulado para interesses escusos.

4. LITIGÂNCIA PREDATÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA ANÁLISE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O presente capítulo analisará a origem da litigância predatória e demandas frívolas no direito brasileiro e como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já trataram das questões afetas ao tema, em especial, o fundamento desenvolvido pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial (REsp) nº 1.817.845/MS acerca dessa temática, já que nesse precedente se tem as definições do que se compreende por prática processual abusiva.

4.1. Litigância predatória e demandas frívolas

Inicialmente desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas segundo a lógica do direito concorrencial, a litigância predatória começou a ser definida em ações ajuizadas sem fundamentos e com a intenção de prejudicar os negócios de concorrentes. Os critérios adotados pela jurisprudência norte-americana para detectar esse tipo de abuso de direito são, principalmente: (a) a propositura de demandas sem fundamentos jurídicos; (b) o ajuizamento de ações com intenção de prejudicar concorrentes (finalidades anticompetitivas); e (c) a identificação de um padrão de conduta do autor que litiga de forma predatória – já que a análise de uma demanda isolada pode não deixar entrever o caráter anticompetitivo de uma estratégia de litigância. (Carvalho, 2021, p. 9).

De relatoria do ministro Luiz Fux, o Ato Normativo nº 0000092-36.2022.2.00.0000 – aprovado no dia 08 de fevereiro de 2022 – classifica como judicialização predatória o ajuizamento em massa de ações no território nacional com pedido e causa semelhantes contra uma pessoa ou um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão.

Por sua vez, demanda frívola pode ser caracterizada pela ação em que o seu fundamento possui baixa probabilidade de ser acolhido pelo Poder Judiciário, mas mesmo assim o autor entende que não haverá perda com o processo, ainda que seu direito seja frágil ou de difícil êxito.

Ao tratar da frivolidade no direito processual, costuma-se falar em demanda frívola, caracterizada pela baixa probabilidade de êxito dos pedidos propostos pelo jurisdicionado, que ao ajuizá-la não se atenta aos custos acarretados ao erário (Marcellino Junior, 2014, p. 230).

O fenômeno ocorre quando o litigante propõe a demanda, mesmo com a consciência de que o benefício a ser obtido ao final será muito inferior ao custo de tramitação do feito (Patrício, 2005, p. 64).

Nas palavras de Rafaela Mattioli Somma Leonardi, entende-se que a demanda frívola pode ser caracterizada

pela ação cujo fundamento possui conhecida baixa probabilidade de ser acolhido pelo Poder Judiciário, sendo que este conhecimento prévio não obsta seu ajuizamento, entendendo o autor que não sofrerá qualquer prejuízo com a propositura da ação, ainda que seu direito seja frágil ou de difícil êxito. (Leonardi, 2023, p. 809)

Essas situações ocorrem porque no Brasil há um baixo custo do processo, notadamente nos Juizados Especiais e em virtude da gratuidade da justiça, garantida em certos casos aos jurisdicionados.

Miguel Carlos Teixeira Patrício aponta alguns outros elementos que favorecem a litigância frívola no direito brasileiro:

(i) assimetria informativa; (ii) o fato de que o autor inicia a ação com um custo reduzido, sabendo que irá ser beneficiado com um acordo, a não ser que o réu promova um esforço intenso – e provavelmente mais custoso – para se defender; (iii) as diversas percepções das partes quanto ao resultado do julgamento, o que pode beneficiar o litigante frívolo; e (iv) a possibilidade de ocorrência de erros judiciais na condenação (Patrício, 2005, p. 64).

A demanda frívola, aqui entendida como ação de baixa probabilidade de êxito ou com custo do processo muito superior ao êxito, ao lado da massificação da litigância, em especial nas ações de consumo, são, portanto, fenômenos processuais em que se verificam, muitas vezes, o abuso no exercício do direito de ação.

4.2. Recurso Especial Nº 1.817.845/MS do Superior Tribunal de Justiça

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento no Resp. 1.817.845-MS, teve a oportunidade de decidir:

Inicialmente cumpre salientar que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo. Especificamente dos precedentes formados nos Estados Unidos da América, que se extrai fundamentação substancial para coibir o abusivo do exercício do direito de peticionar e de demandar, isto é, para a proibição do que se convencionou chamar de sham litigation. A despeito de a doutrina da sham litigation ter se formado e consolidado enfaticamente no âmbito do direito concorrencial, absolutamente nada impede que se extraia, da ratio decidendi daqueles precedentes que a formaram, um mesmo padrão decisório a ser aplicado na repressão aos abusos de direito material e processual, em que o exercício desenfreado, repetitivo e desprovido de fundamentação séria e idônea pode, ainda que em caráter excepcional, configurar abuso do direito de ação.

Destacou-se que o ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual.

Em seu voto, a Ministra sustentou que o termo “assédio processual” já é conhecido pelo Tribunal como “abuso processual”, espécie do “abuso de direito”. Todavia, os estudos acadêmicos sempre direcionaram o foco na perspectiva do Direito Material, precipuamente no âmbito do Direito Privado, em atenção ao disposto no artigo 187 do Código Civil, não havendo previsão normativa que caracterize o abuso processual.

Isso se dá, como já dito no capítulo anterior, devido à impossibilidade de se estabelecer um rol exaustivo de possibilidade de atos abusivos que possam ocorrer dentro de um processo. Nesse ponto, os princípios basilares do Direito têm grande importância para definição do que seja uma conduta eivada de dolo processual, buscando refrear os demandantes que abusam do direito de ação. A título de exemplo, pode-se citar os deveres da boa-fé, da ética e da probidade.

De fato, deve-se primar pela observância do direito de acesso à justiça, inclusive aos mais vulneráveis. Contudo, não se pode olvidar das práticas abusivas envolvendo tal direito, pelo que os abusos e ilícitos identificados devem ser impedidos e punidos de forma severa.

Por ser um tema sensível e que envolve um direito fundamental, a tarefa de identificar o assédio processual se torna mais difícil, principalmente mediante as possibilidades previstas na lei. A propósito, colhe-se o trecho do voto da Ministra sobre o tema:

Ocorre que o ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde.³

A Ministra, em seu voto, buscou no Direito anglo-saxão, mais especificamente dos precedentes formados nos Estados Unidos da América, fundamentação para embasar seu entendimento sobre a existência de abuso do direito de ação no caso analisado, com aplicação direta do que se convencionou chamar de *sham litigation*.

Quanto ao mérito da causa, em seu voto, a Ministra reconheceu a existência de temeridade na litigância:

Em primeiro lugar, o fato de sustentar, em juízo e fora dele, desde a década de 70, a licitude da transferência da propriedade da Fazenda Campo Alegre fundada em procuração falsa e na pendência de inventário que possuía herdeiros menores – fatos absolutamente incontroversos –, por si só, já revela uma dose significativa de temeridade na litigância empreendida pelos recorridos, apta a, pelo menos, deslocar o foco de atenção do julgador do ato/fato isoladamente considerado para o contexto em que ele se insere.⁴

Reconhece-se, ainda, que houve o abuso do direito processual em virtude do ajuizamento, por parte dos recorridos, de sucessivas e reiteradas ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea, em violação aos artigos 186 e 187 do Código Civil, impondo-se, em virtude disso, o cabimento de indenização por danos extrapatrimoniais:

A transgressão sistemática da lei, da ética e da boa-fé processual, nesse contexto de privação que enfrentaram os recorrentes, não causa apenas um simples desconforto, mas, sim, gera angústia severa, descrédito nas instituições, repulsa generalizada e abalos dos mais variados matizes.⁵

³ Ibidem, pg. 9.

⁴ Ibidem, pg. 13.

⁵ Ibidem, pg. 18.

Denota-se, portanto, que a partir do voto proferido no Resp 1.817.845-MS se trouxe uma importante contribuição para, inicialmente, se estabelecer alguns dos critérios acerca da configuração do assédio processual, também denominado de assédio judicial.

Ademais, a Ministra Nancy Andrigui também apontou em seu voto o árduo caminho a ser perseguido pelo julgador a fim de identificar a existência de alguma prática abusiva no caso em análise, compreendendo que o abuso deve ser visto de uma forma ampla, a partir de uma análise de todos os processos do litigante, pois o assédio, muitas vezes, é velado.

Pontuou-se, portanto, que não há abrangência legal para todas as hipóteses de abuso do direito, já que tal prática foi abordada pelo ordenamento jurídico brasileiro sob o ponto de vista do direito material e não processual, consignando-se em seu voto que o direito fundamental ao acesso à justiça é passível de uso abusivo. Para esses casos, deve-se ter como norte a boa-fé processual, já que se trata de uma cláusula geral do direito processual (Didier Jr., 2018, p. 2).

4.3. Instrumentos que podem coibir o abuso do direito à ação

Alguns instrumentos a serem utilizados pelo Poder Judiciário para desestimular o abuso do direito de ação são a condenação ao pagamento de multa por má-fé processual, prevista no artigo 81 do Código de Processo Civil, e o reconhecimento do dever de indenizar pelo assédio processual perpetrado.

Há, também, como instrumento para desestimular a litigância predatória a condenação da parte ao pagamento dos honorários sucumbenciais, o que de certa forma afeta diretamente a percepção da parte que queira litigar, modificando os parâmetros da análise custo-benefício que embasa a tomada de decisão, já que se os custos forem menores do que o benefício provável, muito provavelmente, a decisão será pelo ajuizamento da ação judicial. Portanto, em grande medida, a fixação dos honorários sucumbenciais é um desestímulo à litigância predatória, já que os custos estimados pela parte, com base no valor da causa, podem variar entre 10 e 20% desse montante.

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo, teve a oportunidade de decidir que os honorários advocatícios devem ser fixados segundo os percentuais dos parágrafos 2º e 3º do artigo 85 do Código de

Processo Civil, ainda que o montante da condenação, da causa ou do proveito econômico sejam elevados, não sendo o caso de fixá-los por equidade:

I) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor:

- a) da condenação; ou
- b) do proveito econômico obtido; ou
- c) do valor atualizado da causa.

II) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou

b) o valor da causa for muito baixo. STJ. Corte Especial. REsp 1850512-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16/03/2022 (Recurso Repetitivo – Tema 1076) (Info 730).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp. nº 1.935.852-GO, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, deliberou no sentido de que o arbitramento de honorários advocatícios em caso de exclusão de litisconsorte, ainda no início do trâmite processual, sem qualquer oposição do autor, deve observar a regra do artigo 338, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

No tocante à gratuidade de justiça, o Superior Tribunal de Justiça entende que, para o deferimento do pedido, basta a comprovação da condição de hipossuficiente, por meio de simples afirmação do estado de pobreza pela própria parte:

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. FAIXA DE RENDA MENSAL. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos. 2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.836.136/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 4/4/2022, DJe de 12/4/2022). (Grifos intencionais).

Contudo, tal entendimento pode, muitas vezes, estimular a litigância predatória, uma vez que os custos processuais, certamente, serão menores que o provável benefício perseguido.

Por fim, conclui-se que a repressão à litigância predatória é primordial para que se garanta a boa-fé objetiva no processo civil, já que, ao extirpar certos



comportamentos eivados de intuito fraudulento, procura-se fortalecer a higidez de todo o sistema processual brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo judicial deve ser pautado pela boa-fé (objetiva e subjetiva), lealdade, probidade, respeito e cooperação entre as partes, por se constituir em instrumento legal para a obtenção de decisão final de mérito pelo Poder Judiciário, pacificando os conflitos sociais. Condutas desleais, maliciosas e abusivas dificultam o exercício do direito de ação, tornando necessário que as partes atuem com lealdade, verdade e boa-fé processual, garantindo uma lide justa e motivada legitimamente.

A pesquisa buscou explicar o fenômeno do abuso do direito de ação, consistente no assédio processual e na *sham litigation*, caracterizando litigância predatória. Destacou-se a relevância dos impactos sociais dessa problemática, especialmente diante da crise quantitativa de processos no Judiciário brasileiro, situação que levou o CNJ a estabelecer metas para redução dos acervos.

Constatou-se que o abuso do direito de ação causa grande prejuízo não só às partes, mas a toda sociedade, onerando uma justiça morosa e dificultando a prestação jurisdicional, o que não deve ser tolerado, sob pena de desvirtuamento do Estado Democrático de Direito.

A jurisprudência e os mecanismos de enfrentamento adotados pelo CNJ e pelos tribunais, demonstram a preocupação com a repressão de tais condutas.

Portanto, cabe ao juiz, mas não apenas a ele, utilizar instrumentos processuais para reprimir atos temerários, abusivos, desleais e antiéticos, punindo efetivamente quem afronta a dignidade da Justiça. O abuso do direito de ação prejudica o processo como um todo, e cabe ao Poder Judiciário coibir condutas maliciosas e finalidades desvirtuadas, garantindo o acesso à justiça e a paz social previstos na Constituição Federal.



REFERÊNCIAS

ALVIM, Ugo Rocco. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 203.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pg. 564.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1.817.845 – MS (2016/0147826-7)**. Recorrente: Alberto Jorge Muniz e outros. Recorrido: Alzira Nicoli Rotili e outros. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=101421709&num_registro=201601478267&data=20191017&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista de processo**, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, pg. 9.

CARRADITA, André Luís Santoro. **Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil**. 2013. 444 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-091232/publico/ANDRE_CARRADITA_Abuso_de_situacoes_juridicas_processuais_versao_final.pdf>. Acesso em: 10 set. 2025.

CARVALHO, Angelo Prata. “O abuso de direito de ação no processo civil brasileiro – contornos teóricos e práticos do assédio processual a partir da análise do recurso especial 1.817.845”. **Revista de Processo**, Vol. 319 p.339-357, Editora Revista dos Tribunais, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, ago. 2004. Disponível em: <<https://revistas.usp.br/eav/article/view/10004/11576>>. Acesso em: 10 set. 2025.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 70, p. 179-188, out./dez. 2018. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fredie_Didier_Jr.pdf>. Acesso em: 12 set. 2025.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.



DINIZ, Gustavo. *Sham litigation* no Brasil: desenvolvimento, critérios e crítica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, [S. l.], v. 33, n. 1, p. 142, 2021. Disponível em: <<https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/296>>. Acesso em: 12 set. 2025.

FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FRAZÃO, Ana e MELLO FILHO. Luiz Philippe Vieira. **Litigância predatória**. Uma proposta de discussão à luz das finalidades do processo e da necessária concorrência pelo melhor direito. Disponível em <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2023-03-07-Litigancia_predatoria_Uma_proposta_de_discussao-a_luz_das_finalidades_do_processo_e_da_necessaria_concorrencia_pelo_melhor_direito.pdf>. Acesso em: 12 set. 2025.

LEONARDI, Rafaela Mattioli Somma. **Direito, Ação & Jurisdição**. Estudo em homenagem à Ministra Rosa Weber. A litigância predatória e o desvirtuamento da garantia constitucional do acesso à justiça. Ed. Clássica, 2023, p. 809.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: A maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARTINS, Renato Castro Teixeira. **A manifesta improcedência como técnica para coibir o abuso do direito no processo**. 2009. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8787>>. Acesso em: 13 set. 2025.

MENEZES CORDEIRO, António. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. Coimbra: Almedina, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1. ed. 4. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PEDROSO, João António Fernandes. **Acesso ao Direito e à Justiça**: um direito fundamental em (des)construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. 2011. 675 p. Dissertação (Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/-Tese_Joao%20Pedroso.pdf>. Acesso em: 12 set. 2025.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução de conflitos na contemporaneidade. **RJLB: Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Rio de Janeiro, ano 5, 72.



RENZETTI, Bruno Polonio. Tratamento do *Sham litigation* no Direito Concorrencial brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/281/150>>. Acesso em: 12 set. 2025.

SILVA, Juvêncio Borges. O acesso à justiça como direito fundamental e sua efetivação jurisdicional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 485, jan./abr. 2013. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2648>>. Acesso em: 13 set. 2025.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). **Revista de processo**, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov. 2009. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113275?show=full>>. Acesso em: 13 set. 2025.

TUCCI, Rogério Lauria. **Manual do Juizado Especial de Pequenas Causas**: anotações à Lei no 7.244, de 07/11/1984. São Paulo: Saraiva, 1985. n. 3, p. 788-789, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/-3/2019_03_0791_0830.pdf>. Acesso em: 12 set. 2025.

VITOVSKY, V. S. (1). O ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: continuidades, inovações e ausências. **Revista CEJ**, 19(67). Recuperado de <<http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2063>>. Acesso em: 13 set. 2025.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/81161>>. Acesso em: 13 set. 2025.

ZAGANELLI, Juliana. A (in)justiça do Poder Judiciário: o obstáculo econômico do acesso à justiça e o direito social à saúde. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 185-199, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2959>>. Acesso em: 13 set. 2025.



SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda.

Whatsapp: (73) 99828-5266

IG: @sentencadozero

<https://sentencadozero.com>