

VOLUME 1 - NÚMERO 2
EDIÇÃO ESPECIAL - TCCS

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO

VOLUME 1 - NÚMERO 2
EDIÇÃO ESPECIAL - TCCS

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO



UDF
Centro
Universitário

EDITOR CHEFE

Prof. Dr. Paulo Campanha Santana

EDITORES EXECUTIVOS

Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

EDITOR EXECUTIVO RESPONSÁVEL POR ESTA EDIÇÃO

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

CONSELHO EDITORAL

Ministro Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta

Ministro Prof. Dr. Paulo Dias de Moura Ribeiro

Prof. Me. Fábio Luiz Bragança Ferreira

Prof. Me. João Carlos Souto

PRODUÇÃO EDITORAL

Coordenação do Curso de Direito do UDF

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO

Coordenação do Curso de Direito do UDF

DIAGRAMAÇÃO

Coordenação do Curso de Direito do UDF

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a 2ª Edição Especial da Revista Cadernos de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).

Este volume apresenta os Trabalhos de Conclusão de Curso (TCCs) que foram selecionados entre os que obtiveram as melhores avaliações no segundo semestre do ano de 2019, indicados pelas próprias bancas avaliadoras, em razão da relevância e do alto nível de produção científica. A diversidade e a atualidade dos temas pesquisados, com as precisas orientações dos docentes do Curso, corroboram o elevado comprometimento com que as pesquisas foram realizadas.

Esta edição especial, na esteira das tradições do primeiro Curso de Direito do Distrito Federal, que é o do UDF, evidencia também o compromisso institucional, na pessoa da Magnífica Reitora, Professora Dra. Beatriz Maria Eckert-Hoff, no irrestrito apoio e envolvimento na formação do Bacharel em Direito, no tripé do ensino, da pesquisa e da extensão.

Parabenizamos todos os autores e orientadores dos trabalhos publicados, destacando-os como exemplos a serem seguidos, particularmente para aqueles que ainda trilham o caminho da graduação. Desejamos que continuem neste brilhante caminho, e que sejam muito felizes no prosseguimento de suas vidas.

Aos leitores, esperamos que tenham uma excelente leitura! Que elas possam provocar reflexões diante de tantas temáticas relevantes!

Professor Dr. Paulo Campanha Santana

Coordenador do Curso de Direito do UDF

Editor-Chefe da Revista Cadernos de Direito

SUMÁRIO

SEÇÃO TCCS:

A (IN) EFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA QUE OBRIGA O AGRESSOR A SE AFASTAR DO LAR, DOMICÍLIO OU LOCAL DE CONVIVÊNCIA COM A OFENDIDA NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA	06
Alana Teles Nunes (Orientador: Prof. Me. Anderson Costa)	
RESPONSABILIDADE CIVIL PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA	84
Aliane de Castro Vieira (Orientador: Prof. Me. Ricardo Lima de Oliveira)	
OS DOIS LADOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO QUE TANGE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA	142
Ana Carolina da Silva Fonseca (Orientadora: Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva)	
O FENÔMENO DAS FAKE NEWS: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES NA JUSTIÇA ELEITORAL	194
Aurélio da Silva Grande (Orientador: Prof. Dr. Thiago Santos Aguiar de Pádua)	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: O IMPACTO DOS VIESES ALGORITMICOS NAS DECISÕES JUDICIAIS AUTOMATIZADAS PELA TECNOLOGIA DE APRENDIZADO DE MÁQUINA DENOMINADA MACHINE LEARNING	264
Guilherme Silva Figueiredo (Orientador: Profa. Me. Tainá Aguiar Junquilha)	
A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA: A RECUSA DOS GENITORES EXPRESSA EM UM CONTRATO EM PRESTAR ALIMENTOS PARA O MENOR	291
Jaqueline Aparecida da Silva (Orientadora: Profa. Me. Cristiane Pereira Vianna de Oliveira)	
A PLEA BARGAINING E A SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	346
Vitor Hugo Fernandes Alecrim (Orientador: Prof. Me. Fábio Luiz Bragança Ferreira)	

A (IN) EFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA QUE OBRIGA O AGRESSOR A SE AFASTAR DO LAR, DOMICÍLIO OU LOCAL DE CONVIVÊNCIA COM A OFENDIDA NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA

Alana Teles Nunes (Orientador: Prof. Me. Anderson Costa)

RESUMO: Um dos objetivos da Lei n. 11.340/2006 é a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, entre os quais estão as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor. Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a efetividade, no Distrito Federal, da aplicação da medida de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Para isso, tem como objetivos específicos estudar quais são as espécies de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor na Lei em estudo, analisar a estrutura do Poder Judiciário quando do cumprimento dessas medidas, desvelar quais são os maiores empecilhos na aplicação delas e verificar o que ainda precisa ser feito para torná-las mais efetivas no combate à violência contra a mulher. Como metodologia de pesquisa, foi usada a qualitativa e, como método de coleta de dados, o bibliográfico e a realização de entrevistas semiestruturadas. Ademais, cita-se que o trabalho foi estruturado em três capítulos, sendo eles: Compreendendo a Violência Doméstica; Medidas Protetivas de Urgência e, por último, Da (In) Eficácia das Medidas Protetivas de Urgência de Afastamento do Lar, Domicílio ou Local de Convivência com a Ofendida: uma análise acerca da (in) eficácia no Distrito Federal.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência. Efetividade.

ABSTRACT: One of the objectives of the Law 11.340/2006 is the creation of mechanism stores train the domestic and familiar violence against the woman, among which are the protective measures of urgency that force the aggressor. Thus, the general objective of this study is to analyze the effectiveness, in Federal District, of the application of the measure of removal of the aggressor from home or the place of coexistence with the offended. To that end, it has as specific goals study in the species of protective measures of urgency that force the aggressor in the Law understudy, analyzing the structure of the Judiciary when these measures are complied with, revealing which are the greatest obstacles in their application and verifying what still needs to be done to make them more effective in combating violence against women. The research methodology used was qualitative as well as the data collection was based in the bibliography and semi-structured interviews. In addition, it is cited that the work was structured in three

chapters, which are: Understanding Domestic Violence, Protective Measures of Urgency and, finally, the (In) Effectiveness of Protective Measure of Urgency to Move Away from Home, Home or Place of Living with the Offended: an analysis of the (in) effectiveness in the Federal District.

Keywords: Maria da Penha Law. Protective Measures of Urgency. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Diariamente, as notícias relatam casos de violência contra a mulher, ocasionando a percepção do aumento desse tipo de violência. Estatisticamente, tendo como base o Atlas da Violência - 2019, em uma década (2007 a 2017), houve o aumento do registro de casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Entretanto, não se sabe se esse aumento de registro efetivamente reflete o aumento de números de casos, já que leis que tratam com maior especificidade sobre o tema são recentes no Brasil, motivo pelo qual se verifica ainda um amadurecimento tanto por parte da sociedade como por parte da Justiça na aplicabilidade dos instrumentos disponíveis no combate à violência contra a mulher, em especial, à violência doméstica e familiar.

Uma das inovações legislativas considerada uma das maiores conquistas no combate à violência contra a mulher foi a inserção no ordenamento jurídico brasileiro da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, instrumento jurídico pensado especificamente para atender às peculiaridades da triste realidade das mulheres vítimas de violência no âmbito doméstico ou familiar, prevendo, entre outras medidas de proteção, as chamadas medidas protetivas de urgência.

Assim, as medidas protetivas de urgência, previstas nos arts. 22 a 24 da referida Lei, são meios que visam proteger a integridade física e psicológica da mulher, cuja concessão depende unicamente de elementos mínimos que

comprovem a probabilidade da ocorrência da violência. Esclarece-se que na Lei há dois tipos de Medidas de Urgência: as que obrigam o agressor a praticar ou deixar de praticar alguma conduta e as que são direcionadas à ofendida, sendo objeto de estudo deste trabalho apenas o primeiro tipo.

Por outro lado, mais importante que a mera previsão legal, é saber se as políticas já existentes cumprem o papel para qual foram idealizadas, uma vez que só por meio da análise crítica é possível detectar o que deu certo e evitar o que deu errado, objetivando sempre o aprimoramento do combate à violência contra a mulher. No caso, interessa saber se as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor efetivamente protegem a mulher que sofreu ou que está na iminência de sofrer algum tipo de violência no âmbito doméstico ou familiar.

Assim, embasado nessa preocupação, surgiu o tema deste trabalho, que tem como objetivo geral analisar em que medida as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, focando a que afasta o agressor do lar e do ambiente de convívio com a ofendida, têm se mostrado eficazes no Distrito Federal. Para se chegar a essa resposta, alguns objetivos específicos se fazem necessários, tais como: verificar quais são as medidas protetivas que obrigam o agressor previstas na Lei Maria da Penha, analisar qual a estrutura do Poder Judiciário quando do cumprimento dessas medidas, desvelar quais são os maiores empecilhos na aplicação delas e o que ainda precisa ser feito para que elas tenham maior efetividade no combate à violência doméstica e familiar.

O trabalho, desse modo, foi estruturado com base na pesquisa qualitativa e, como método de coleta de dados, além do bibliográfico, valeu-se da entrevista semiestruturada com profissionais que lidam diretamente com a temática.

Menciona-se que o referencial teórico se embasou nos ensinamentos de autores como Maria Berenice Dias (2007), Damásio de Jesus (2010), Alice Bianchini (2015), Guilherme Nucci (2019), Rogério Sanches Cunha (2007), Mary

Del Priore (2004), Fredie Didier Jr. (2008), Renato Mocellin (2014), Rogério Greco (2017), Carla Cristina Garcia (2015) entre outros.

Explica-se que o primeiro capítulo do trabalho trata de verificar as origens da violência contra a mulher, perpassando por vários períodos da história para se entender o contexto no qual a Lei em estudo foi inserida no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, traz o conceito de violência doméstica e familiar e as espécies nas quais ela se desdobra, sendo, entre outras: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

O segundo capítulo, por sua vez, trata especificamente das medidas protetivas de urgência, tendo por escopo analisar o conceito, finalidade, espécies e as demais peculiaridades, inclusive, as duas alterações recentes da Lei em análise: o art. 24-A, acrescentado em 2018, que tornou crime o descumprimento de medidas protetivas de urgência, único crime previsto na Lei, e o art. 12-C, acrescentado em 2019, o qual possibilita que a autoridade policial, de imediato, afaste o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, nos casos legais.

Por fim, o último capítulo se desdobra em responder se a aplicação das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, mais especificamente a que prevê o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, é eficaz ou não no Distrito Federal. Antes, busca analisar a estrutura dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (JVDFCMs) no Distrito Federal para, então, desvelar especificamente a (in) efetividade da medida, o que foi feito por meio de entrevistas semiestruturadas com Juízes de Direito Titulares de quatro JVDFCMS do Distrito Federal e de dados fornecidos especificamente para este trabalho pelo Núcleo de Estatísticas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT).

Esclarece-se que a escolha do número de Juizados se deu em razão do tempo exíguo para a execução da pesquisa, assim, optou-se por Fóruns próximos à residência ou ao trabalho da entrevistadora. Contudo, ressalta-se que, por as estruturas dos Juizados em todo o DF serem bem parecidas uma com a outra, o número aparentemente a menor foi satisfatório para chegar-se a uma conclusão trazida pela temática do presente trabalho.

Frisa-se que analisar a efetividade da medida protetiva que obriga o agressor a se afastar do lar é de grande relevância não apenas jurídica, mas social, pois a violência que ocorre no âmbito familiar não é apenas contra a mulher, mas contra toda a família à medida que afeta a todos os membros, podendo influenciar na formação dos filhos menores e, conseqüentemente, dos cidadãos de amanhã. Ademais, a análise crítica permite repensar formas de proteção que não estão dando certo, bem como identificar pontos de sucesso, corroborando, desse modo, no aperfeiçoamento do enfrentamento da violência doméstica e familiar.

1 COMPREENDENDO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Para entender a origem da criminalização da violência doméstica e familiar contra a mulher, é indispensável à compreensão da posição feminina nas várias civilizações.

Como o lugar das mulheres na sociedade é uma construção histórica e cultural, conhecer o passado é importante para exorcizar de vez os resquícios que permanecem na esfera das mentalidades, sufocando a vida cotidiana de muitas delas, importante também para se libertar de dogmas religiosos arcaicos, de costumes obsoletos e de concepções anacrônicas; e, sobretudo, para construir novas relações de poder que coloquem em pé de igualdade – não apenas jurídica, mas de fato – como homem. O debate sobre o papel das mulheres na História pode,

de alguma forma, contribuir para formar uma opinião mais crítica em relação à posição que ela ocupa na sociedade atual.¹

Nesse sentido, se faz necessário demonstrar os vários papéis exercidos pelas mulheres na antiguidade, os quais evidenciam o desequilíbrio dos direitos nas relações entre homens e mulheres. Esse desequilíbrio, entretanto, aos poucos foi percebido pelas mulheres, que começaram a questioná-lo a fim de buscar maior igualdade.

Por volta do início do século XVII, mulheres de diferentes partes do mundo estavam definindo e examinando a condição de desigualdade das mulheres e começando a questionar se aquilo era natural e inevitável. Essas mulheres, individual ou coletivamente, investigaram a própria situação através de textos e discussões, e começaram a verbalizar suas objeções à posição de subserviência das mulheres e a expressar o desejo por mais direitos e igualdade com os homens.²

Além de retratar os papéis exercidos pela mulher nas civilizações antigas, é imprescindível abordar os primeiros movimentos contrários à estrutura familiar patriarcal evidenciada desde aquela época e cultivada ao longo dos séculos.

Nessa perspectiva, o presente capítulo tem por objetivo apontar os principais instrumentos normativos que nasceram para garantir o exercício de direitos às mulheres na sociedade, especialmente, em relação à proteção contra a violência doméstica e familiar.

Assim, em relação aos normativos de extensão internacional mais relevantes no combate à violência contra a mulher, pode-se apontar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (no Brasil, promulgada pelo Decreto n. 1.973, de 1º

¹ MOCELLIN, Renato. **As mulheres na Antiguidade**. São Paulo: Editora do Brasil, 2014, p. 11.

² MCCANN, H. et al. **O livro do feminismo**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 18.

de agosto de 1996)³ e a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* – CEDAW), no Brasil, promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002⁴.

Em relação a normativos nacionais, o principal deles é a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual, antes de tudo, foi fruto da conscientização das mulheres na luta por igualdade de direitos e por dignidade nas relações, principalmente, no âmbito familiar e doméstico.⁵

1.1 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: O PERCURSO HISTÓRICO NO CONTEXTO MUNDIAL

Para compreender a violência doméstica e familiar no mundo, relevante destacar o percurso histórico que demonstra a evolução dos direitos das mulheres. Até o período do Renascimento, o que predominava era a ideia de que a mulher era inferior ao homem, tanto em suas capacidades intelectuais e cognitivas, quanto nos papéis sociais desempenhados pelos dois sexos.⁶

³ BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁴ *Ibidem*. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵ *Idem*. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁶ GARCIA, Carla Cristina. **Breve história do feminismo.** São Paulo: Claridade, 2015.

Nesse viés, é possível observar que, na antiguidade clássica, o lugar da mulher se restringia ao privado, ou seja, a casa era o lugar em que ela “reinava”.⁷ Na civilização egípcia, por exemplo, elas ocupavam-se, primordialmente, das atividades familiares, e seus cotidianos abarcavam funções que, aos olhos masculinos, não se revelavam nada atraente.

A MULHER EGÍPCIA NÃO VIVIA ENCLAUSURADA EM CASA. Cultivava legumes, fabricava tecidos, ia ao mercado e podia exercer as mais diversas atividades. Contudo, a família era o centro de suas preocupações. Deveria dar filhos ao marido e gerenciar a casa. Os sucessivos partos faziam com que envelhecessem ou morressem precocemente. Em síntese, o cotidiano da maioria das mulheres não era nada atraente.⁸

Na Mesopotâmia, a situação das mulheres em sociedade era tratada com bastante rigor. Isso era observado nas próprias leis que regulamentavam os conflitos matrimoniais, que evidenciavam os horrores sofridos por elas: “Se uma mulher pratica adultério, deve-se jogá-la no rio! Se o marido pratica o adultério, ele deve pagar meia mina de prata”⁹.

Entretanto, a mulher mesopotâmica era tratada com respeito, especialmente no desempenho da função de mãe, podendo substituir o marido nas funções de chefe de família em determinadas ocasiões. Escavações feitas entre os anos 1920 e 1934 revelaram que mulheres da antiga Mesopotâmia ocupavam elevadas posições na vida pública, especialmente, religiosas.¹⁰

O papel que a mulher grega ocupava na sociedade também era delimitado ao de esposa e ao de mãe, motivo pelo qual passavam a maior parte do tempo em casa e só saíam para realizar as compras acompanhadas por uma escrava, nas

⁷ SALDANHA, Nelson Nogueira. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: EdUSP, 1993.

⁸ MOCELLIN, Renato. **As mulheres na Antiguidade**. São Paulo: Editora do Brasil, 2014, p. 21.

⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰ *Idem*.

datas festivas.¹¹ Os homens gregos, por sua vez, se ocupavam das funções mais nobres, tais como filosofia, política e artes, ao passo que à mulher era negado a vivência nessas áreas do saber.¹²

Em Roma, a situação da mulher não era muito diferente, já que estava submetida a rígidos valores morais e civis decorrentes de um patriarcado existente à época, situação vivenciada, inclusive, pelas mulheres que estavam em elevada posição socioeconômica.¹³

Na civilização hebraica, o modo como a mulher era vista difere se analisado no pré-exílio e no pós-exílio. No primeiro momento histórico, a liberdade da mulher era semelhante à do homem, mesmo a sociedade sendo patriarcal, elas eram vistas como iguais aos homens perante Deus, tornando-se, muitas vezes, rainhas, profetizas e juízas, entretanto, ainda se cultivava a cresça de submissão da mulher em relação ao homem.¹⁴

No período pós-exílio, contudo, a situação das mulheres piorou, sendo hierarquicamente superiores apenas aos escravos:

No período pós-exílio, as mulheres não podiam mais ser vistas em público nem falar com pessoas estranhas; quando saíam de casa, deveriam usar duplo véu; não eram mais admitidas como testemunhas em processos judiciais; e estavam proibidas de ensinar e aprender a Tará. Como bem colocou Elizabeth Achtemeier, as mulheres haviam se tornado judeus de segunda classe, pois excluídas do culto e dos ensinamentos de Deus, sua posição na sociedade era superior apenas à dos escravos.¹⁵

Percebe-se que, em regra, nas civilizações antigas, pouco era o espaço social concedido à mulher. Em relação a esse fato histórico, em sua tese de

¹¹ Z Aidman, L. B. As filhas de Pandora: mulheres e rituais nas cidades. In: DUBY, G.; PRRROT, M (Org). **Histórias das mulheres no Ocidente: a Antiguidade**. Porto Alegre: Afrontamento, 1990.

¹² ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Histórias da Educação**. São Paulo: Moderna, 1989.

¹³ PATTI, E. M. R. **O que pode uma mulher?: Sexualidade, Educação e Trabalho**. Franca, SP: UNESP, 2004.

¹⁴ MOCELLIN, Renato. **As mulheres na Antiguidade**. São Paulo: Editora do Brasil, 2014.

¹⁵ *Ibidem*.

doutorado, Sabrine Mantuan dos Santos Coutinho, citando Nader, esclarece que, historicamente, a mulher sempre teve suas funções restritas ao casamento, à maternidade e à vida privado-doméstico.¹⁶

Sustentando ainda o descompasso nas relações entre homens e mulheres, na obra *O Livro do Feminismo*, consta que, nos anos 1700, as mulheres eram vistas como naturalmente inferiores aos homens, seja no nível cultural, social ou intelectual, pois tal ideia era sustentada principalmente pelos ensinamentos da Igreja Católica ao definir a mulher como “vaso mais frágil”.¹⁷

Somente a partir do século XVII é que se iniciam as primeiras discussões calorosas em relação às capacidades e ao papel social da mulher na sociedade.¹⁸ Essas discussões foram ganhando contornos e proporções à medida que as mulheres, individual ou coletivamente, criticaram o destino injusto e amargo que o patriarcado lhes concedia. Mais tarde, mais precisamente no século XIX, nos Estados Unidos das Américas, deu-se o nome de Feminismo aos movimentos de mulheres que buscavam maiores direitos nas várias partes do mundo.¹⁹

A tomada de consciência das mulheres como coletivo humano, da opressão, dominação e exploração de que foram e são objeto por parte do coletivo de homens no seio do patriarcado sob suas diferentes fases históricas, que as move em busca da liberdade de seu sexo e de todas as transformações da sociedade que sejam necessárias para este fim. Partindo desse princípio, o feminismo se articula como filosofia política e, ao mesmo tempo, como movimento social.²⁰

¹⁶ COUTINHO, Sabrine Mantuan dos Santos. **“A dona de tudo”**: o que é ser mulher, mãe e esposa de acordo com as representações sociais de mulheres de suas gerações. 2008. Tese (Doutorado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

¹⁷ MCCANN, H. et al. **O livro do feminismo**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

¹⁸ GARCIA, Carla Cristina. **Breve história do feminismo**. São Paulo: Claridade, 2015.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Idem*, p. 13.

No Brasil, foram os movimentos e reivindicações feministas, na metade do século XX, os maiores propulsores para a mudança do conceito de família e de mulher na sociedade.²¹

Ainda sobre a importância do movimento na sociedade brasileira, Assmar (2000), ao falar das premissas socioculturais da família brasileira, afirma que o movimento feminista teve especial responsabilidade no processo de renovação de valores, uma vez que a inserção da mulher no mercado de trabalho, a sua emancipação e a redefinição de seus papéis sociais foram fundamentais para a nova posição da mulher na sociedade, tanto na esfera pública, quanto privada.

Assim, embasado na conscientização de igualdade entre homens e mulheres, o feminismo, influenciando a filosofia, a política e tomando forma de movimento social, passou a ter papel importante na ampliação do protagonismo da mulher na sociedade brasileira.

A sociedade brasileira dispõe hoje de espaços significativos de participação e reivindicação no âmbito internacional. No caso das mulheres, encontram-se aí diversos instrumentos para a proteção e a expansão de seus direitos. Tais instrumentos foram se ampliando historicamente por meio da ratificação de planos, acordos, tratados ou protocolos, e isso pode ser creditado ao empenho e à mobilização de movimentos de mulheres e feministas.²²

Em relação à ratificação de instrumentos internacionais importantes pelo Brasil na busca pela equidade de gênero, cita-se a CEDAW e a Declaração sobre

²¹ COUTINHO, Sabrine Mantuan dos Santos. “**A dona de tudo**”: o que é ser mulher, mãe e esposa de acordo com as representações sociais de mulheres de suas gerações. 2008. Tese (Doutorado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

²² PRA, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a03v20n1.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2019.

a Eliminação da Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, ratificada em 1995.²³

O texto de Silvia Pimentel²⁴, publicado na obra intitulada *Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres* e editado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, nos ensina que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação da Mulher (CEDAW), adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1979, mas com vigência a partir de 03 de setembro de 1981, foi o primeiro tratado internacional que dispôs de forma mais ampla sobre os direitos humanos das mulheres. Nessa Convenção, segundo a autora, há duas linhas de trabalho: a primeira que trata da promoção de direitos das mulheres na busca da igualdade de gêneros; e a segunda, que dispõe sobre a repressão de quaisquer formas de discriminação contra a mulher.²⁵

CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano.²⁶

Já a Convenção de Belém do Pará foi adotada pela Assembleia Geral em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995. Ela define o que é violência contra a

²³ MONTEBELLO, Marianna. A proteção Internacional aos direitos das mulheres. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, P. 155-170, 2000. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019.

²⁴ Integrante do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres de 2005 a 2016, e presidente de 2011 a 2012.

²⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.

²⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006, p. 16.

mulher, declara os direitos das mulheres, aponta os deveres dos Estados-membros e cria mecanismos interamericanos de proteção.²⁷

Também não se pode deixar de mencionar a Constituição Federal (CF) de 1988, que, em seu art. 226, § 8º, atribuiu ao Estado a responsabilidade de criar mecanismos para coibir a violência doméstica, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...].

§ 8º 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.²⁸

Apesar da proteção formal assegurada às mulheres nos normativos citados acima, o Brasil foi responsabilizado em 2001 por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, após o caso de Maria da Penha Maia Fernandes chegar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1998, por meio de denúncia conjunta feita por ela, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).²⁹

Assim, foi por cumprimento de medida imposta internacionalmente que o Brasil inseriu no ordenamento jurídico pátrio a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

²⁹ A campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha é fruto da cooperação técnica entre o Poder Judiciário, o *Parquet*, a Defensoria Pública (DP), o Senado Federal (SF), a Câmara dos Deputados (CD) e o Governo Federal, por meio da Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM), vinculada ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. A finalidade é angariar esforços no âmbito dos entes da federação para dar celeridade aos julgamentos que envolvem violência doméstica e familiar, bem como garantir a correta aplicação da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.

e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da CF de 1988, da CEDAW e da Convenção de Belém do Pará.³⁰

1.2 INSERÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Para entender o processo de inserção da Lei Maria da Penha no ordenamento jurídico pátrio, é imprescindível analisar os contextos socioculturais em que a mulher brasileira esteve inserida.

No Brasil Colônia, período 1500-1822³¹, origina-se a percepção de que a mulher é propriedade do homem, sendo-lhe atribuído um papel de exclusão social, cabendo-lhe somente gerar filhos e submeter-se ao marido³².

Nesse sentido, a função da mulher, na sociedade colonial, se restringiu a ser mãe da prole legítima, quando branca; quando escrava, além de servir como sistema produtivo de bens e serviços, servia como um instrumento de prazer sexual do seu senhor.³³

O que se tinha como universal na sociedade brasileira naquela época colonial era a aceitação, por parte do elemento feminino, da total supremacia do homem sobre a mulher, seja no âmbito familiar, seja na sociedade como um todo.³⁴ Importa esclarecer que o próprio processo de socialização da mulher a

³⁰ TELES, Paula do Nascimento Barros González. **Lei Maria da Penha – Uma história de vanguarda.** Série Aperfeiçoamento de Magistrados 14, Curso: Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência às Mulheres, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

³¹ BORIS, Fausto. **Histórias do Brasil.** São Paulo: EdUSP, 1996.

³² BASEGGIO, Julia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer da. As condições femininas no Brasil colonial. **Revista Maiêutica**, Indaial, v. 3, n. 1, p. 19-30, 2015. Disponível em: <https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID_EaD/article/viewFile/1379/528>. Acesso em: 29 out. 2019.

³³ SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade.** 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

³⁴ Ibidem.

conduzia à submissão, à medida que a ela era negado tudo que tivesse a aparência de independência: proibição de levantar a voz na presença dos mais velhos; o castigo à menina saliente; a adoração às acanhadas e humildes.³⁵

Foi por meio dessa crença de superioridade entre homens e mulheres nas relações e, conseqüentemente, de dever de submissão, que se legitimou por muito tempo a violência do homem contra a mulher. A violência e a opressão resultantes desse modo de pensar foram arraigadas já na formação do núcleo familiar, em que a mulher era entregue incondicionalmente ao poder do homem, sendo, inclusive, aceitável socialmente que o marido matasse sua esposa sob alegação de um direito.³⁶

No Brasil Império, período 1822-1889³⁷, apesar da Carta Magna de 1824 ter previsto que a Lei seria igual para todos, a desigualdade entre homens e mulheres continuava. Geralmente, quando as palavras “mulher”, “esposa”, “filha”, “viúva” apareciam na Lei, era para restringir o direito da mulher em relação ao homem, proibi-la de determinada conduta, reputá-la ou subjugá-la ao poder do homem³⁸.

Na época do Império, a sociedade estava dividida em duplos valores quando, sob a mesma perspectiva, tinha-se como sujeito o homem ou a mulher. Exemplo disso era a forma como o adultério e a virgindade da mulher eram tratados. Devido à posição de incapacidade do sexo feminino, em geral, elas estavam submetidas ao poder de um homem, seja o pai, seja o marido.³⁹

³⁵ SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

³⁶ MCCANN, H. et al. **O livro do feminismo**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

³⁷ BORIS, Fausto. **Histórias do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 1996.

³⁸ AMARAL, Isabela Guimarães Rabelo do. Inferiorizando mulheres no período imperial brasileiro: a influência do Direito. In: XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, 2011. **Anais...** São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300298141_ARQUIVO_ArtigoparaANPUH-IsabelaGuimaraes.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

³⁹ Ibidem.

No primeiro período do Brasil República, conhecido como Primeira República ou República Velha, que vai de 1889 a 1930⁴⁰, a figura feminina ainda ficou restrita ao papel de mãe, dona de casa, esposa, na medida em que a inferioridade da mulher era cultivada por meio de cumprimentos de deveres tidos como naturais: obedecer ao marido, ser fiel, cuidar dos filhos.⁴¹

As diferenças entre homens e mulheres não eram apenas sociais. É o que se percebe ao se analisar o Código Filipino, cuja vigência se deu até a publicação do Código Criminal do Império em 1931.⁴² A mulher estava sujeita ao poder disciplinar do pai ou do marido, disciplina esta exercida, inclusive, por meio de castigos físicos e, nos casos de apenas suspeita de adultério, o marido poderia matar sua companheira, o que era socialmente aceito.⁴³

O Código Penal aprovado em 1830, mas que só entrou em vigor em 1831⁴⁴, afastou em parte o previsto no Código Filipino, na medida em que deixou de permitir a aplicação de castigos físicos às mulheres, o que deu início à substituição da vingança privada pela mediação do Estado⁴⁵.

Por sua vez, o Código Penal de 1890 ainda previa crimes que diminuam a honra das mulheres e, como consequência, a honra das famílias, como no caso do crime de rapto previsto no art. 270, que se utilizava da expressão “mulher honesta”. Entretanto, para que a mulher fosse tida como honesta naquela época e, conseqüentemente, ser vítima desse tipo penal, ela deveria conservar a sua

⁴⁰ BORIS, *op. cit.*

⁴¹ SANTOS, Aline Tosta. A construção do papel social da mulher na Primeira República. **Revista Em Debate**, n. 8, 2009. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14404/14404.PDF>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁴² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. As Ordenações Filipinas e mais um exemplo de violência contra as mulheres. In: **Conjur**, 12 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-12/embargos-culturais-ordenacoes-filipinas-violencia-mulheres>>. Acesso em: 31 out. 2019.

⁴³ RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado**: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁴ GODOY, *op. cit.*

⁴⁵ CORREIA, Mariza. **Os crimes da paixão**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

honra sendo submissa ao pai, marido ou irmão, nos ditames da sociedade patriarcal do século XX. Caso ela não vivesse sob a dominação masculina, os crimes não se configurariam.⁴⁶

Cita-se, ainda, como exemplo de crimes previstos no Código de 1890 que diminuían a dignidade da mulher, a possibilidade de absolvição do agressor nos casos de violência contra a mulher sob o argumento de “perturbação dos sentidos e da inteligência”⁴⁷.

Apesar de o Código Penal (CP) de 1940, ainda em vigor, ter excluído a excludente de ilicitude referente à “perturbação dos sentidos e da inteligência”, e expressamente prever em seu artigo 28 que a emoção ou a paixão não excluem a responsabilidade penal, por muito tempo foi adotada no Tribunal do Júri a teoria da ‘legítima defesa da hora nos crimes passionais’ para justificar a absolvição dos acusados que matassem suas companheiras.⁴⁸

Essa teoria foi afastada por definitivo em 1991, por meio do Recurso Especial n. 1.517, julgado pelo então Supremo Tribunal de Justiça, atualmente Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁹. A decisão deixou claro que o adultério não colocava o marido ofendido em posição de legítima defesa, uma vez que tal hipótese não se enquadra nos requisitos previstos no art. 25 do CP de 1940.⁵⁰

⁴⁶ ACOSTA, Leonardo Machado; GASPARATO, Carlos Henrique. Discriminação no tratamento jurídico recebido pelas mulheres nos Códigos Penais do século XIX. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 10, n. 2, p. 43-56, dez. 2015.

⁴⁷ ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. **Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais: da ascensão as desprestígio**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito Público, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

⁴⁸ BORGUEZAN, Danielly; TORQUATO, Alexander Wilson. A paixão no banco dos réus – Casos passionais céleres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. **Revista Húmus**, v. 7, n. 20, p. 170-176, 2017. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/6880/4841>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁴⁹ O Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 juízes letrados, foi instituído pela Constituição de 1824 e instalado em 09 de janeiro de 1829. Entretanto, a denominação Supremo Tribunal Federal foi adotada somente na Constituição Provisória publicada com o Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, e foi previsto também no Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal. Já a instalação desse novo Tribunal se deu em 28 de fevereiro de 1891.

⁵⁰ ASSIS, *op. cit.*

Aos poucos, mudanças legislativas ocorreram com o intuito de garantir às mulheres uma vida mais digna, seja no casamento, seja na vida em sociedade como um todo. Um dos grandes marcos na conquista dos direitos das mulheres foi a promulgação da Carta Magna de 1988, que consolidou os reflexos das lutas das classes que antes eram excluídas de direitos, mas que, por meio da Constituição Cidadã, buscaram garanti-los.⁵¹

Quanto à proteção contra a violência no âmbito familiar, a CF de 1988, em seu art. 226, §8º, previu que cabe ao Estado a responsabilidade de assegurar a assistência na pessoa de cada um dos que integram o corpo familiar, criando para tanto mecanismos que coíbem a violência no âmbito de suas relações. Desse modo, obedecendo ao comando constitucional originário, foi inserido no CP, por meio da Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, o art. 129, § 9º, para criar o tipo penal da violência doméstica.⁵²

Importante mencionar que, com o advento da Lei n. 9.099, de 16 de setembro de 1995, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os quais ficariam responsáveis pelo julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, que são condutas típicas que tenham pena máxima não superior a dois anos.⁵³

Quanto à competência procedimental nos crimes de violência doméstica, notou-se que, exceto os delitos de homicídio, lesão corporal grave e abuso sexual, todas as outras condutas que representavam o cotidiano da violência contra as mulheres eram consideradas de menor potencial, o que atraía a competência de

⁵¹ Ibidem.

⁵² CAMPOS, Carmem Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁵³ BRASIL. **Lei n. 9.099, de 16 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

tais juizados. Assim, os crimes de ameaça e de lesões corporais que eram julgados conforme diretrizes da Lei n. 9.099/1995 chegaram a corresponder cerca de 60% a 70% de todo o volume processual desses Juizados.⁵⁴

Desse modo, diversos crimes ocorridos no âmbito familiar atraíam a competência da Lei n. 9.099/1995, surgindo a possibilidade de conciliação dos conflitos, o que praticamente fez com que a violência intrafamiliar deixasse de ser punida. O excesso de serviço conduzia o juiz a sempre procurar por acordos, objetivando a não iniciação do processo. Assim, era comum a imposição de cestas básicas ao agressor em benefício da vítima, ação inócua frente ao dano do delito à integridade da vítima, além de proporcionar ao agressor a consciência de que a prática do crime compensava.⁵⁵

A Lei n. 9.099/1995 mostrou-se inadequada frente a proteção dos direitos humanos das mulheres, especialmente pela ausência de medidas que garantissem a integridade física e emocional das vítimas. Além disso, o grande volume de conflitos domésticos iniciados nos Juizados Especiais, somado ao despreparo dos magistrados ou conciliadores, mostrou que a resposta do Poder Público às mulheres vítimas de violência operou inversamente ao discurso de proteção.⁵⁶

Foram necessárias discussões políticas, jurídicas e internacionais para se criar uma lei específica de combate à violência doméstica e familiar, das quais resultaram a Lei n. 11.340/2006, denominada de Lei Maria da Penha, em

⁵⁴ CAMPOS; CARVALHO, op. cit.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁶ CAMPOS, Carmem Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

homenagem a Maria da Penha⁵⁷ que, por seis anos, foi vítima de violências físicas e psicológicas de seu marido.⁵⁸

Frise-se que a história da Maria da Penha teve repercussão mundial, sendo formalizada contra a Brasil denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, por parte do CEJIL e do CLADEM. Entretanto, apesar da Comissão ter solicitado explicações ao governo brasileiro por quatro vezes, o país nada fez – inércia que resultou em sua condenação ao pagamento de U\$ 20.000.00 (vinte mil dólares) em favor de Maria da Penha, além da responsabilização do Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, sendo recomendadas adoções de medidas no combate e coibição da violência contra a mulher.⁵⁹

Só após essa condenação, o Brasil se viu obrigado a adotar medidas efetivas no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, passando a cumprir as Convenções e Tratados Internacionais dos quais era signatário. Razão esta que fez constar na ementa da Lei Maria da Penha a menção à Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.⁶⁰

Assim, em consonância com a CF de 1988 e com os normativos suso consignados, a Lei n. 11.340/2006, logo em seu preâmbulo e em seu art. 1º,

⁵⁷ Maria da Penha é uma cearense que foi casada por seis anos com um professor universitário chamado Marco Herredia. A relação foi marcada por agressões físicas e psicológicas, resultando em duas tentativas de homicídio contra ela em 1983. Após anos de investigação, o primeiro julgamento somente se deu em 1991, mas foi anulado. Em 1996, o agressor foi levado a novo julgamento e condenado a 10 anos de reclusão, mas recorreu em liberdade. A prisão somente se deu em 2002, quase 20 anos após os crimes, sendo solto em menos de dois anos após a sentença. Cf. HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei 11334/2006: contra a violência doméstica e familiar**, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2008, p. 00.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁰ *Ibidem*.

expressa que ela se destina a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.⁶¹

1.3 ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA PRATICADAS CONTRA A MULHER

Antes de especificar os tipos de violência aos quais as mulheres estão sujeitas, impreterível é conceituar o que seria violência contra a mulher. Assim, a violência contra a mulher, segundo a Convenção de Belém do Pará, é qualquer conduta, resultante de ação ou omissão, baseada no gênero, que resulte na morte, dano ou no sofrimento físico, sexual ou psicológico da mulher, seja no âmbito público ou privado.⁶²

Reforçando tal conceito, o próprio art. 5º da Lei Maria da Penha assevera, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei Complementar n. 150, de 2015)
I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa);
III – em qualquer relação de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
[...].⁶³

⁶¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei Maria da Penha comentada**: sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 5. ed., rev. e atual. de acordo com a nova Lei do Feminicídio. Curitiba: Juruá, 2016.

⁶² RUFINO, Alzira dos Santos (Org.). **Violência contra a mulher – Um novo olhar. Anais do II Encontro Nacional de Entidades Populares**. Santos, SP: Casa de Cultura da Mulher Negra, 2000.

⁶³ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de

Importante destacar que, de acordo com a Lei em comento, para se caracterizar a violência doméstica e familiar contra a mulher, essa violência deve ter como base uma questão de gênero, e ocorrer num contexto doméstico ou familiar, em caso de uma relação íntima de afeto.⁶⁴

Feitas tais considerações, importante mencionar que são cinco, entre outras, as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher trazidas pela Lei n. 11.340/2006, em seu art. 7º, quais sejam: 1) Física; 2) Psicológica; 3) Sexual; 4) Patrimonial; e, 5) Moral.⁶⁵

Frise-se que a violência contra a mulher se traduz num fenômeno social que alcança governos e populações, cujo conceito está em constante modificação já que atitudes e comportamentos que antes não eram entendidos como violência passam a ser considerados como expressões dela.⁶⁶ É por isso que, apesar da Lei trazer expressamente as cinco formas de violência em seu art. 7º, o rol é meramente exemplificativo, já que o próprio dispositivo se preocupou em fazer menção à expressão “entre outras”.⁶⁷

1.3.1 Da violência física

A violência física, prevista no art. 7º, inc. I, da Lei Maria da Penha, é entendida como toda ação que necessite do uso da força contra a mulher, da qual resulte ofensa à sua integridade física. Exemplos desse tipo de violência são

Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁶⁴ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁵ Ibidem, p. 00.

⁶⁶ JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher**: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁷ BIANCHINI, op. cit.

pancadas, chutes, beliscões, mordidas, lançamentos de objetos, empurrões, bofetadas, surras, lesões com armas, arranhões, soco na cabeça, surras, feridas, queimaduras, fraturas.⁶⁸

Segundo dados do *site* Relógios da Violência⁶⁹, a cada 7.2 segundos, uma mulher é vítima de violência física; a 22.5 segundos, uma mulher é vítima de espancamento ou tentativa de estrangulamento no Brasil; a cada 2 minutos, uma é vítima de arma de fogo no Brasil.⁷⁰

Reforçando o número alarmante de casos de violência contra a mulher, informa-se que em 2018, foram registrados 1.206 casos de feminicídio e 263.067 casos de violência doméstica na modalidade lesão corporal dolosa, o equivalente a um registro de violência a cada dois minutos.⁷¹

1.3.2 Violência psicológica

A violência psicológica, conceituada no art. 7º, inc. II do ditame em comento, é aquela que causa dano emocional, diminuição da autoestima ou qualquer perturbação do desenvolvimento psicológico da mulher, ou ainda, que objetive degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões da mulher, por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de

⁶⁸ CASIQUE, Letícia Casique; FUREGATO, Antônia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, v. 14, n. 6, nov./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n6/pt_v14n6a18.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁶⁹ É uma campanha de conscientização desenvolvida pelo Instituto Maria da Penha, que apresenta, em tempo real, o número de vítimas de violência de gênero no Brasil.

⁷⁰ RELÓGIOS DA VIOLÊNCIA. 2019. Disponível em: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/?_ga=2.227085653.978408517.1572401361-414432332.1572054896>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁷¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Ano 13.

locomoção ou qualquer outra ação que resulte em prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.⁷²

Percebe-se que esse tipo de violência diz respeito aos impactos que a ação do agressor causa à saúde emocional, à autoestima e ao pleno desenvolvimento humano, por meio das várias atitudes citadas.⁷³

Grande também é o número de mulheres vítimas dessa espécie de violência, conforme dados do site Relógios da Violência, pois a cada 6.3 segundos, uma mulher é vítima de ameaça no país; a cada 6.9 segundos, uma mulher é vítima de perseguição; a cada 16.6 segundos, uma é vítima de ameaça com faca ou arma de fogo.⁷⁴

Os resultados dessa triste prática são imensuráveis, podendo gerar mulheres que sofrem de ansiedade, baixa autoestima, depressão, sentimento de culpa, perda da memória, fobias e de todos outros problemas psíquicos que dificultam a vida em sociedade.⁷⁵

⁷² BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁷³ GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lúcia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, v. 27, n. 2, p. 256-266, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁷⁴ RELÓGIOS DA VIOLÊNCIA. 2019. Disponível em: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/?_ga=2.227085653.978408517.1572401361-414432332.1572054896>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁷⁵ VITANGELO, Maria Tereza. A violência psicológica contra as mulheres e o empoderamento feminino como forma de quebrar as barreiras da discriminação de gêneros. In: **Migalhas**, 08 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI275773.61044-A+violencia+psicologica+contra+as+mulheres+e+o+empoderamento+feminino>>. Acesso em: 29 out. 2019.

Neves afirma que essa espécie de violência é a mais comum, pois muitas mulheres ainda não identificam quando são vítimas dessa prática, ao contrário da violência física, que deixa marcas no corpo.⁷⁶

Nota-se, então, que a violência psicológica é uma forma de dominação invisível, a qual é de difícil percepção pela vítima.⁷⁷

1.3.3 Violência sexual

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), esta espécie de violência é qualquer ato sexual, inclusive, a tentativa, os comentários ou investidas de cunho sexual, ou atos que objetivem o tráfico sexual ou que se direcionem contra a sexualidade de uma pessoa, usando para isso a coação, seja por quem possua ou não vínculo com a vítima, seja qual for o contexto, inclusive, em casa ou no trabalho, bem como em outros cenários.⁷⁸

O art. 7º, inc. III, da Lei Maria da Penha, corroborando com tal conceito, disciplina, *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

[...];

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição,

⁷⁶ NEVES, Anamaria Silva. **Violência física de pais e mães contra filhos: cenário, história e subjetividade**. 2014. 26 f. Dissertação (Doutorado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, 2004.

⁷⁷ SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface – Comunic., Saúde, Educ.**, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁷⁸ KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L.; MERCY, James A.; ZWI, Anthony B.; LOZANO, Rafael. **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.

mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; [...].⁷⁹

Dessa forma, são exemplos dessa modalidade: estupro; obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa; impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a abortar; forçar matrimônio, gravidez ou prostituição por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação, e limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.⁸⁰

Em relação a uma das vertentes da violência sexual, o estupro, calcula-se que, em 2018, 66.041 foram registrados, o maior número já identificado. Desse total, 81, 8% correspondem a vítimas do sexo feminino, 53,8% tinham até 13 anos; 50,9% eram negras e 48,5% eram brancas.⁸¹

1.3.4 Violência patrimonial

A violência patrimonial, por sua vez, de acordo com o art. 7º, inc. IV, da Lei n. 11.340/2006, é qualquer conduta que caracterize retenção, subtração, destruição parcial ou total dos bens, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou ainda recursos econômicos, inclusive os destinados a satisfazer as necessidades da mulher.⁸²

⁷⁹ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁰ INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Tipos de violência**. 2019. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Ano 13.

⁸² BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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

São atitudes que se enquadram nessa espécie de violência: controlar o dinheiro da vítima, deixar de pagar pensão alimentícia, destruir documentos pessoais; os tipos penais de furto, extorsão, dano e estelionato; privar a vítima de bens, valores ou recursos econômicos.⁸³

1.3.5 Violência moral

Violência moral é toda conduta que se enquadre como calúnia, difamação e injúria, conforme previsto no art. 7º, inc. V, da Lei n. 11.340/2006.⁸⁴

Quanto aos tipos penais mencionados no dispositivo acima, tratam-se de delitos contra a honra catalogados no CP, previstos do art. 138 ao 140.⁸⁵ Caluniar é imputar, sabendo ser falso, fato definido como crime a uma pessoa; difamar é atribuir a alguém fato que não é crime, entretanto, é ofensivo a sua imagem; injuriar é imputar a uma pessoa qualidades depreciativas ou até mesmo defeitos, diferentemente da calúnia e difamação, não se atribui fato determinado.⁸⁶

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸³ INSTITUTO MARIA DA PENHA, *op. cit.*

⁸⁴ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Um exemplo de quantitativo de uma das vertentes desse tipo de violência é a estimativa de que a cada 2.6 segundos uma mulher é vítima de violência verbal no Brasil.⁸⁷

2 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Este capítulo tem como objetivo apresentar ao leitor o conceito de medida protetiva prevista na Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, e as nuances em torno delas para, no momento oportuno, analisar a (in) eficácia delas no Distrito Federal.

Primeiramente, relembra-se que a Lei Maria da Penha foi inserida no ordenamento jurídico pátrio em 07 de agosto de 2006 com o objetivo de coibir, prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.⁸⁸

Tendo como base os normativos internacionais já citados e a própria Constituição Federal (CF) de 1988, a Lei n. 11.340/2006 se ergueu como um verdadeiro mecanismo legal que tem como objetivo o atendimento especializado da mulher atendida pelo sistema judicial de vítimas de violência doméstica e familiar.⁸⁹

Uma dessas especificidades é a previsão das medidas protetivas de urgência, que têm como “escopo específico o de proteger a mulher em situação

⁸⁷ RELÓGIOS DA VIOLÊNCIA. 2019. Disponível em: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/?_ga=2.227085653.978408517.1572401361-414432332.1572054896>. Acesso em: 25 out. 2019.

⁸⁸ RODRIGUES, Luciano Lima; PINTO, Renata; LIMA, Raphael Rocha. A contribuição da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) para o combate da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Tema: “Cidadania e Efetividade dos Direitos”, Salvador, 2008. **Anais...** Salvador, 2008.

⁸⁹ LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21. In. CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 00.

de violência doméstica e familiar em caso de risco iminente à sua integridade pessoal”⁹⁰.

Como ratifica Lavigne e Perlingeiro, as medidas protetivas são fruto importante das reivindicações feministas pela proteção da mulher em situação de violência, à medida que se mostram úteis para cessar imediatamente o contato da mulher vítima de violência com o seu agressor, impedindo, muitas vezes, um destino fatal.⁹¹

Ainda nas palavras de Belloque:

Como a violência doméstica e familiar contra a mulher ocorre principalmente no interior do lar onde residem autor, vítima e demais integrantes da família, em especial crianças, é muito comum que o agressor se aproveite deste contexto de convivência e dos laços familiares para atemorizar a mulher, impedindo-a de noticiar a violência sofrida às autoridades. Este quadro contribui sobremaneira para a reiteração e a naturalização da violência, sentindo-se a mulher sem meios para interromper esta relação, aceitando muitas vezes o papel de vítima de violência doméstica para manter seu lar e seus filhos.

Assim, **é como fórmula imprescindível de amparo à vítima durante o processo criminal que atuam as medidas protetivas de urgência, sendo que aquelas que obrigam o agressor estão voltadas para a garantia da integridade física, psicológica, moral e material da mulher e de sua família.**⁹² (grifo nosso)

Assim, logo em seu art. 1º, a referida Lei dispõe, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei **cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher**, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa

⁹⁰ Ibidem, p. 291

⁹¹ Idem.

⁹² BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 308.

do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e **estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar**.⁹³ (grifo nosso)

A concessão dessas medidas protetivas de urgência pode ser por meio de requerimento do Ministério Público (MP) ou a pedido da própria ofendida (art. 19 da Lei 11.340/2006).⁹⁴

O fim único das medidas protetivas é interromper ou prevenir a violência doméstica sofrida pela mulher. Assim, as concessões delas independem de inquérito policial, processo criminal ou ação principal contra o suposto agressor.⁹⁵ Basta a iminência de ocorrência de qualquer das espécie de violência previstas no art. 7º da Lei Maria da Penha, sendo desnecessária a prática delitiva em si, pois, o objetivo das medidas não é provar ou investigar condutas, mas sim, coibir a violência.⁹⁶

Cavalcante assim resume a possibilidade da concessão das medidas:

[...] deve haver ao menos indícios de autoria e materialidade de um crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher (*fumus boni juris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*), a fim de proteger a mulher da reiteração criminosa.⁹⁷

⁹³ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo; DENORA, Emmanuella Magro. Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 133, p. 219-255, 2017.

⁹⁶ LIMA, Fausto Rodrigues de. Leis das Cautelares mudou aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Consultor Jurídico**, 20 dez. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>>. Acesso em: 31 out. 2019.

⁹⁷ CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 15, n. 38, p. 113-132, jan./abr. 2014.

Desse modo, o art. 19, § 1º, da Lei em comento preceitua, *in verbis*:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência **poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes** e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

[...].⁹⁸ (grifo nosso)

Em tal ditame, tem-se ainda a seguinte previsão em relação às medidas, *in verbis*:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

[...];

III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

[...].⁹⁹

Disponível

em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/38vd%2009.pdf?d=636688301325046003>>. Acesso em: 31 out. 2019.

⁹⁸ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁹⁹ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

Seu art. 18, por sua vez, cita o prazo de 48h para que o juiz decida sobre o pedido, *in verbis*:

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:
I – conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; [...].¹⁰⁰

Conforme explica Hermann, cabe à autoridade policial tomar providências tão logo se tenha conhecimento de episódio que caracterize violência doméstica, remetendo ao juiz o pedido de concessão das medidas protetivas para que este, no prazo de 48h, decida sobre o fato, devendo também comunicar ao MP.¹⁰¹

Entretanto, como se percebe da leitura do art. 12, inc. III, e do art. 18, inc. I¹⁰², e como observa Cabette, “[...] entre o pedido da ofendida e o eventual deferimento judicial, podem correr 96 horas, isso sem contar o tempo para a expedição do respectivo mandado e a intimação do agressor”¹⁰³.

Tal lapso, muitas vezes, se mostra incompatível com a necessidade de proteção imediata da mulher contra a violência doméstica, como sustentado por Saninni Neto, ao lembrar que a concessão das medidas protetivas depende de um processo extremamente burocrático e que, muitas vezes, o rito procedimental até a decisão final do juiz se mostra incompatível com a essência das medidas, que é a própria urgência.¹⁰⁴

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11334/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2008, p. 00.

¹⁰² BRASIL, *op. cit.*

¹⁰³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Medidas Protetivas de Urgência e Decreto pela Polícia: um avanço na proteção da mulher. In: **Jusbrasil**, ago. 2019. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/751478420/medidas-protetivas-de-urgencia-e-decreto-pela-policia-um-avanco-na-protacao-da-mulher>>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁰⁴ SANNINI NETO, Francisco. Medidas protetivas de urgência podem ser decretadas pelo Delegado de Polícia. In: **Jusbrasil**, maio 2019. Disponível em

Desse modo, diante do descompasso entre a legislação e a efetividade dela na coibição e prevenção da violência doméstica contra a mulher, a Lei n. 11.340/2006 sofreu alteração pela Lei n. 13.827, de 13 de maio de 2019, a qual, em seu art. 1º, permite que a própria autoridade policial, nas hipóteses específicas, aplique medidas protetivas de urgência à mulher e a seus dependentes em situação de violência doméstica e familiar.¹⁰⁵

Art. 1º Esta Lei altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, **nas hipóteses que especifica, 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, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.¹⁰⁶ (grifo nosso)

Observa-se que o legislador infraconstitucional usou a expressão genérica “autoridade policial”, a qual abrange tanto os policiais civis quanto os militares, além disso, o novo dispositivo prevê regra para que a concessão ocorra, qual seja: o risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes.¹⁰⁷

<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/708733355/medidas-protetivas-de-urgencia-podem-ser-decretadas-pelo-delegado-de-policia>>. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁰⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Medidas Protetivas de Urgência e Decreto pela Polícia: um avanço na proteção da mulher. In: **Jusbrasil**, ago. 2019. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/751478420/medidas-protetivas-de-urgencia-e-decreto-pela-policia-um-avanco-na-protecao-da-mulher>>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁰⁷ FOUREAUX, Rodrigo. A Lei n. 13.827/19 e a aplicação de medidas protetivas de urgência pelas autoridades policiais. **Jus**, set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73964/a-lei-n-13-827-19-e-a-aplicacao-de-medidas-protetivas-de-urgencia-pelas-autoridades-policiais>>. Acesso em: 28 out. 2019.

Desse modo, a Lei Maria da Penha foi acrescida do art. 12-C, que especifica, *in verbis*:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

I – pela autoridade judicial; (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

II – pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (Incluído pela Lei n. 13.827, de 2019)¹⁰⁸

Além disso, a inovação trazida pela Lei teve o cuidado de prever, no § 1º do art. 12-C, a comunicação à autoridade judiciária no prazo de 24h para que esta decida, no mesmo prazo, sobre a manutenção ou revogação da medida aplicada pelo delegado ou pelo policial, nos casos definidos nos incisos II e III do dispositivo, tudo isso para que o princípio da reserva jurisdicional seja preservado, atribuindo ao magistrado a última palavra.¹⁰⁹

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. **Revista Consultor Jurídico**, 18 maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>>. Acesso em: 30 out. 2019.

Nucci sustenta que a mulher não pode ficar à mercê do agressor pelo fato de não ter na localidade juiz ou até mesmo delegado, devendo o policial que atender a ocorrência afastar o agressor do lar, domicílio ou do local de convivência com a ofendida. Nessa perspectiva, a alteração veio para privilegiar o que se tem de mais importante, que é a dignidade da pessoa humana.¹¹⁰

Nota-se que a nova Lei apenas autorizou a concessão de imediato pela autoridade policial de uma das medidas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, qual seja: a de afastar o agressor do lar, prevista no art. 22, inc. II, sendo todas as outras de legitimidade exclusiva da autoridade judiciária.¹¹¹

Ainda no campo das alterações importantes que a Lei n. 11.340/2006 sofreu, menciona-se a Lei n. 13.641, de 03 de abril de 2018, que veio para tipificar o crime contra a administração da justiça nos casos de descumprimento de medidas protetivas por parte do agressor.¹¹²

O entendimento pacificado que se tinha até o advento da Lei n. 13.641/2018 no ordenamento jurídico era o da atipicidade nos casos de descumprimento de medidas protetivas, por tal conduta não caracterizar crime de desobediência, visto a possibilidade de o juiz decretar outras medidas protetivas quando as primeiras concedidas se mostrassem ineficientes na proteção da mulher, além da possibilidade de o magistrado poder decretar a

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. **Revista Consultor Jurídico**, 18 maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹¹¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Medidas Protetivas de Urgência e Decreto pela Polícia: um avanço na proteção da mulher. In: **Jusbrasil**, ago. 2019. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/751478420/medidas-protetivas-de-urgencia-e-decreto-pela-policia-um-avanco-na-protexcao-da-mulher>>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹¹² AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Descumprir medidas protetivas agora é crime (notas sobre a Lei 13. 641/2018). **Revista Consultor Jurídico**, 06 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/carlos-amaral-descumprir-medidas-protetivas-agora-crime>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

prisão preventiva do descumpridor, nos termos do art. 313, inc. III, do Código de Processo Penal (CPC).¹¹³

Isso porque, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o crime de desobediência só se configura quando para o desrespeito à ordem judicial não exista previsão de sanção em lei específica, assim, como havia na Lei a previsão legal de multa ou a possibilidade de decretação de prisão preventiva, o tipo penal “crime de desobediência” não poderia ser enquadrado nos casos de descumprimento de medidas protetivas.¹¹⁴

Entretanto, como expresso nas justificações do Projeto de Lei n. 173/2015, esse posicionamento jurídico ia de encontro com a essência e com os fins sociais da Lei n. 11.340/2006, pois desestimulava a mulher vítima a denunciar novos casos de agressão, além de causar nela a desconfiança na Justiça. Explica-se: antes da alteração legislativa, diante da notícia de descumprimento de medidas protetivas, a polícia nada podia fazer, a não ser que o agressor tivesse praticado nova conduta que caracterizasse violência doméstica e familiar.¹¹⁵

Assim, a Lei n. 13.641/2018, alterou a Lei Maria da Penha para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas, acrescentando à Lei o art. 24-A, *in verbis*:

Art. 2º O Capítulo II do Título IV da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido da seguinte Seção IV, com o seguinte art. 24-A:

“Seção IV

Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência
Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

¹¹³ LEITÃO, Joaquim Leitão Júnior Leitão; ZANON, Raphael. [Impactos jurídicos da Lei n. 13.641/2018 e o novo crime de desobediência de medidas protetivas](https://jus.com.br/artigos/65424/impactos-juridicos-da-lei-n-13-641-2018-e-o-novo-crime-de-desobediencia-de-medidas-protetivas). Jus, ABR. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65424/impactos-juridicos-da-lei-n-13-641-2018-e-o-novo-crime-de-desobediencia-de-medidas-protetivas>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

¹¹⁴ BRASIL, 2017

¹¹⁵ BRASIL, 2015

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.”¹¹⁶

Destaca-se que o mero descumprimento não faz configurar o novo delito, devendo ser analisado o dolo do agente.¹¹⁷ Além disso, importa frisar que, apesar do *quantum* da pena culminada no preceito secundário, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança nas hipóteses de prisão em flagrante nos casos de descumprimento de medida preventiva (art. 24-A, § 2º, da Lei n. 11.340/2006).¹¹⁸

Superada essas explicações iniciais sobre as medidas protetivas, as quais possuem natureza criminal e civil, cabe esclarecer que elas se dividem em duas categorias: medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, art. 22, e as medidas protetivas de urgência que protegem à ofendida, arts. 23 e 24.¹¹⁹ A presente pesquisa limitar-se-á a fazer uma análise das primeiras.

São medidas de urgência que obrigam o agressor na Lei Maria da Penha:

¹¹⁶ BRASIL, 2018, n. p

¹¹⁷ ÁVILA, Thiago Pierobom de. O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência: primeiras considerações. In: **Compromisso e Atitude: Lei Maria da Penha: a Lei é mais forte**, 10 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/o-novo-crime-de-descumprimento-de-medidas-protetivas-de-urgencia-primeiras-consideracoes-por-thiago-pierobom-de-avila/>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹¹⁹ FREITAS, Bruna de Oliveira. Medida protetiva na Lei Maria da Penha: incompatibilidade com a guarda compartilhada. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 186-197, 2018.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

[...].¹²⁰

As medidas previstas no dispositivo acima possuem natureza cautelar, pois o fim delas é resguardar a integridade física e psicológica da mulher ofendida, além disso, as previstas nos incs. I, II e III, têm natureza penal; já aquelas dos incs. IV e V, possuem natureza civil, advindas do direito de família.¹²¹

¹²⁰ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹²¹ CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 15, n. 38, p. 113-132, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/38vd%2009.pdf?d=636688301325046003>>. Acesso em: 31 out. 2019.

Como mecanismo de coibição e prevenção da violência doméstica contra a mulher, as medidas protetivas de urgência podem, no mínimo, assegurar níveis suportáveis no enfrentamento das soluções dos conflitos domésticos e patrimoniais.¹²²

2.1 DAS MEDIDAS PROTETIVAS QUE OBRIGAM O AGRESSOR

As medidas protetivas que obrigam o agressor têm sido o grande destaque da Lei Maria da Penha, pois proporcionam, em qualquer fase da persecução penal, proteção a mulher e a seus dependentes vítimas de violência doméstica e familiar.¹²³

Estão elencadas no art. 22 da Lei 11.340/2006 e foram pensadas pelo legislador tendo por base o conhecimento de atitudes mais empregadas por autores de violência doméstica e familiar que ou impedem ou dificultam a vítima a sair do cenário de conflito.¹²⁴

Assim, o objetivo deste tópico é apresentar ao leitor cada uma das espécies de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, ressaltando que, de acordo com o § 1º, do artigo 22, o magistrado poderá adotar outras medidas previstas em Lei sempre que a segurança da ofendida ou outras circunstâncias o exigirem, o que faz o rol não ser exaustivo.

¹²² BATISTA, Nilo. Prefácio. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹²³ BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

¹²⁴ BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

2.1.1 Suspensão da posse ou restrição ao porte de armas

Prevista no art. 22, inc. I, da Lei em estudo, a “suspensão da posse ou restrição do porte de arma, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826/2003”¹²⁵, preocupa-se com a preservação da incolumidade física da mulher, uma vez que as estatísticas evidenciam um grande número de uso de arma de fogo nos crimes nos quais as mulheres são vítimas.¹²⁶

De acordo com o Painel de Violência contra Mulheres, em 2016, 5, 33% dos homicídios contra as mulheres envolveram o uso de arma de fogo de mão; 0,48% o uso de espingarda, carabina ou calibre de arma de fogo maior e 43; 72% o uso de outra arma de fogo ou de arma não especificada.¹²⁷ Ainda, tem-se que, no Brasil, a cada dois minutos uma mulher é vítima de condutas que envolvem o uso de arma de fogo.¹²⁸

Assim, objetivando que uma tragédia maior não ocorra, o órgão ou instituição responsável pela concessão da posse ou do porte deverá ser comunicado para que tome providência cabível, além disso, deve também o Ministério Público ser comunicado da medida deferida.¹²⁹

¹²⁵ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹²⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹²⁷ BRASIL, 2019

¹²⁸ RELÓGIOS DA VIOLÊNCIA. 2019. Disponível em: <<https://www.relogiosdaviolencia.com.br/?ga=2.227085653.978408517.1572401361-414432332.1572054896>>. Acesso em: 25 out. 2019.

¹²⁹ SANTANA, Selma P. de; PIEDADE, Fernando O. Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06. In: XIII Seminário Nacional – Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade, III Mostra Nacional de Trabalhos Científicos, 2017. **Anais...** 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16939/4150>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

Elucida-se que “suspensão da posse” significa impedimento temporário para o uso da arma, por sua vez “restrição do porte” é a limitação do porte por aqueles quem a possuem.¹³⁰

2.1.2 Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida

Esta medida, prevista no inc. II, do art. 22 da Lei em estudo, tem o fim de proteger a mulher, pois dificulta que o agressor cometa novas agressões física e moral contra a ofendida pelo fato de não estar no mesmo ambiente de conviveu que ela.¹³¹

Segundo dados do Relatório sobre a Violência contra a Mulher – Lei Maria da Penha, ano 2019, no Distrito Federal, os locais em que mais se observaram a incidência da violência contra as mulheres foram nas residências das vítimas (casas e aptos), representando 92% do total das agressões.¹³²

2.1.3 Vedação de condutas

No inc. III, do art. 22 da Lei em estudo, há a proibição de determinadas condutas por parte do agressor, quais sejam:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

¹³⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹³¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei Maria da Penha comentada**: sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 5. ed., rev. e atual. de acordo com a nova Lei do Feminicídio. Curitiba: Juruá, 2016.

¹³² DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Segurança Pública. **Violência contra a mulher**. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.ssp.df.gov.br/violencia-contra-a-mulher/>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

- c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Trata-se de proibições que visam proteger a integridade física e psicológica da mulher vítima de violência, já que, em muitas situações, o agressor insiste em manter contato reiterado com a ofendida, seja por telefone, mensagens telefônicas ou até mesmo indo aos locais onde ela se encontra com o intuito de proferir ameaças ou praticar novas agressões.¹³³

Quanto à proibição de frequentar determinados lugares, Dias explica que tal vedação não caracteriza constrangimento ilegal nem afronta ao direito de ir e vir, já que tal restrição visa proteger o direito à vida e à integridade física de outro, no caso, da mulher.¹³⁴

Ainda em relação à proibição de frequentar determinados locais, ressalta-se que a decisão judicial que a conceder deve deixar claro quais lugares o agressor não poderá frequentar.¹³⁵

2.1.4 Restrição ou suspensão de visitas

Esta medida, prevista no inc. IV, do art. 22 da Lei em estudo, segundo Souza, tentar impossibilitar que o suposto agressor exerça sobre o filho pressão psicológica e até mesmo agressões físicas.¹³⁶

¹³³ CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 15, n. 38, p. 113-132, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/38vd%2009.pdf?d=636688301325046003>>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹³⁵ CAVALCANTE, *op. cit.*

¹³⁶ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher**: Lei Maria da Penha 11.340/06: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais. Curitiba: Juruá, 2007.

A concessão depende da oitiva da equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço semelhante, para que seja analisada a real relação dos dependentes com o agressor e a necessidade de restrição ou de suspensão das visitas, sendo necessário em alguns casos apenas evitar que as visitas se deem no lar da ofendida.¹³⁷

2.1.5 Fixação de alimentos provisionais ou provisórios

Prevista no inc. V, do art. 22 da Lei em estudo, seu deferimento depende da análise do binômio “possibilidade-necessidade”, bem como dos requisitos previstos na Lei de Alimentos (CPC 693) e no Código Civil (CC) de 2002.¹³⁸

O art. 1.695 do CC disciplina, *in verbis*:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.¹³⁹

A doutrina diverge quanto à competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar em decidir sobre a medida de urgência que obriga o agressor a prestar alimentos, senão vejamos.

Dias diz que, uma vez deferida a medida que obriga o agressor a prestar alimentos pelo Juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

¹³⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹³⁸ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher**: Lei Maria da Penha 11.340/06: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais. Curitiba: Juruá, 2007.

¹³⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

(JVDFCM), não é necessária a propositura de ação perante a Vara Civil ou de Família objetivando o mesmo fim.¹⁴⁰

Didier e Oliveira posicionam-se no sentido da desnecessidade do ajuizamento de ação principal no prazo de 30 dias só nos casos em que a prestação alimentar tenha caráter provisória, ou seja, enquanto durar os motivos que ensejaram o deferimento da medida protetiva. Entretanto, caso a mulher ainda queira a manutenção dos alimentos após o fim da medida, deve haver o ajuizamento de ação própria no juízo competente.¹⁴¹

Pensamento compartilhado por Fernandes ao sustentar que o Juizado da Violência Doméstica e Familiar é competente para tratar de alimentos provisórios, mas, no caso de alimentos definitivos pleiteados pela agredida, deverá ter ação específica perante a Vara Civil ou de Família, uma vez que a competência do Juizado de Violência se limita a providências urgentes.¹⁴²

Cunha e Pinto, por sua vez, dizem ser necessário o ajuizamento de ação principal perante o juízo de família no prazo de 30 dias contados da concessão das medidas protetivas, ou seja, mesmo se tratando de alimentos provisórios deve haver o ajuizamento na vara competente.¹⁴³

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher). **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 4, jun./jul. 2008.

¹⁴² FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de feminicídio). São Paulo: Atlas: 2015.

¹⁴³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

3 DA (IN) EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DE AFASTAMENTO DO LAR, DOMICÍLIO OU LOCAL DE CONVIVÊNCIA COM A OFENDIDA: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN) EFICÁCIA NO DISTRITO FEDERAL

O presente capítulo tem como objetivo analisar a efetividade, no DF, da medida protetiva de urgência que afasta o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Para isso, indispensável conhecer a estrutura do Juizado de Violência Doméstica e Familiar no DF para, só então, tratar, especificamente, da efetividade da medida protetiva em estudo, o que será feito nos tópicos seguintes.

3.1 A ESTRUTURA DOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO DISTRITO FEDERAL

A Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 – previu a criação de JVDFCMs em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; **dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.¹⁴⁴ (grifo nosso)

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

Conforme disposto o art. 14 do ditame em comento, os Juizados são órgãos pertencentes à Justiça Ordinária com competência civil e criminal, criados pela União, no Distrito Federal e Territórios, e pelos Estados, para o processo, julgamento e execução de causas que envolvem práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14 da Lei 11.340/2006).¹⁴⁵

Pasinato esclarece que a atuação dos JVDFCMs terá de operar de forma diferente da justiça criminal tradicional, já que esta última se limita à apreciação das responsabilidades criminais e à distribuição de penas, e aqueles vão além, operando em sintonia com vários diplomas internacionais e nacionais que enfatizam o uso de medidas no combate à violência contra a mulher.¹⁴⁶

De acordo com Bianchini:

Os Juizados representam um dos maiores avanços da Lei Maria da Penha. Por meio deles foi possível centralizar, num único procedimento judicial, todos os meios de garantia dos direitos da mulher em situação de violência doméstica e familiar, antes relegado a diversos e diferentes órgãos jurisdicionais (vara criminal, cível, de família, da infância e da juventude etc.).¹⁴⁷

¹⁴⁵ Vide art. 14 da Lei n. 11.240/2006. Cf, BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁴⁶ PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

¹⁴⁷ BIANCHINI, Alice. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. In: **Jusbrasil**, 2012, n. p. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814363/os-juizados-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

A criação dos JVDFCMs, além de prevista na Lei n. 11.340/2006, foi tema da Recomendação n. 9, de 08 de março de 2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja ementa é:

Recomenda aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a adoção de outras medidas, previstas na Lei 11.340, de 09.08.2006, tendentes à implementação das políticas públicas, que visem a garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares.¹⁴⁸ (*grifo nosso*)

Entretanto, enquanto não forem criados tais Juizados de competência exclusiva, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar os conflitos decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo tais causas direito de preferência sobre as demais.¹⁴⁹

Segundo relatório elaborado pelo CNJ, intitulado *O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha 2018*, a quantidade de varas exclusivas no ano de 2016 era de 109, passando para 122 em 2017.¹⁵⁰

¹⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 9, de 08 de março de 2007**. Recomenda aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a adoção de outras medidas, previstas na Lei 11.340, de 09.08.2006, tendentes à implementação das políticas públicas, que visem a garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=864>>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁴⁹ Vide art. 33, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006. Cf. BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha 2018**. Brasília: CNJ, 2018.

No relatório intitulado *Justiça em Números 2019*, também elaborado pelo CNJ, esse número passou para 133 varas exclusivas para o processamento e julgamento das causas de violência doméstica em todo o país.¹⁵¹

Uma das Unidades da Federação (UFs) que já conta com essas varas de competência exclusiva é o Distrito Federal, o qual, por meio da Resolução n. 05, de 20 de setembro de 2006, assim organizou o JVDFCM, *in verbis*:

Art. 1º. Transformar a 2ª Vara de Delitos de Trânsito da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília em Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência nas regiões administrativas de Brasília, Núcleo Bandeirante e Guará.

Art. 2º. Ampliar a competência das Primeiras Varas Criminais das demais Circunscrições Judiciárias, para abranger o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes de prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, mediante compensação na distribuição de feitos.

Art. 3º. Caberá ao Juiz de plantão conhecer do expediente e do pedido de que trata o art. 18 da Lei n. 11.340/2006 e decidir sobre as medidas protetivas de urgência, nos horários em que não houver expediente forense.

Art. 4º. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.¹⁵²

Em pesquisa realizada no *site* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), constatou-se que, atualmente, há 19 juizados com competência para demandas relacionadas à violência doméstica e Familiar, sendo 16 deles com competência exclusiva e três deles Juizados de Vara Civil e Criminal que acumulam também a competência no processo, julgamento e

¹⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

¹⁵² BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Conselho Especial. **Resolução n. 5, de 20 de setembro de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-conselho-especial/2006/00005.html>>. Acesso em: 30 out. 2019.

execução de causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a Mulher.¹⁵³

Diante dessa quantidade de Juizados exclusivos no trato da violência doméstica e Varas Cíveis e Criminais que também acumulam tal competência, importante descartar o art. 15 da Lei n. 11.340/2006, que diz ser competente para os processos cíveis referentes à violência doméstica e familiar, a critério da ofendida, o Juizado do domicílio ou residência da ofendida, do lugar do fato em que se embasou a demanda ou o do domicílio do agressor.¹⁵⁴

Os JVDFCMs fazem parte da rede de atendimento à mulher e devem atuar de forma integrada com as demais instituições governamentais e não governamentais na busca pela prevenção e coibição da violência doméstica e familiar.¹⁵⁵¹⁵⁶

Atuando de forma interdisciplinar pela busca de tal fim, desde 2012, atendendo à Resolução CNJ n. 128, de 17 de março¹⁵⁷, o Distrito Federal conta

¹⁵³ BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Consulta de endereços e telefones**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://rh.tjdft.jus.br/enderecos/app.html>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

¹⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: CNJ, 2018.

¹⁵⁶ Entende-se por Rede de atendimento à Mulher a “atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não governamentais e a comunidade, visando à ampliação e melhoria da qualidade do atendimento; à identificação e encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência e ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção. A constituição da rede de atendimento busca dar conta da complexidade da violência contra as mulheres e do caráter multidimensional do problema, que perpassa diversas áreas, tais como: a saúde, a educação, a segurança pública, a assistência social, a cultura, entre outros”. Cf. BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Brasília, 2011.

¹⁵⁷ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 128, de 17 de março de 2011**. Determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos

com o Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (NJM-TJDFT)¹⁵⁸, o qual atua em três frentes: junto ao Judiciário, aos órgãos de segurança pública e junto à comunidade. Assim, segundo o art. 293, da Portaria Conjunta do TJDF n. 81, de 28 de setembro de 2017, são atribuições daquele Núcleo, *in verbis*:

Art. 293. Ao Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar NJM compete:

I - elaborar sugestões para aprimoramento da estrutura do Judiciário na área do combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres;

II - dar suporte aos magistrados, servidores e equipes multidisciplinares visando à melhoria da prestação jurisdicional;

III - promover a articulação interna e externa do Poder Judiciário com outros órgãos governamentais e não governamentais para a concretização dos programas de combate à violência doméstica;

IV - colaborar para a formação inicial, continuada e especializada de magistrados, servidores e colaboradores na área do combate e da prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres;

V - recepcionar, no âmbito do Distrito Federal, dados, sugestões e reclamações referentes aos serviços de atendimento à mulher em situação de violência, promovendo os encaminhamentos e divulgações pertinentes;

VI - entregar ao Conselho Nacional de Justiça os dados referentes aos procedimentos que envolverem violência contra a mulher, de acordo com a parametrização das informações com as Tabelas Unificadas do Poder Judiciário, propondo as mudanças e adaptações necessárias aos sistemas de controle e informação processuais existentes;

Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2017/08/fe915b7706eb1915ab6d93e9ba1e3937.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

¹⁵⁸ Tal Núcleo, apesar de ter sido criado em 2012, somente passou assim ser denominado em 2017, por meio da Portaria Conjunta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) n. 81, de 28 de setembro de 2017. Inicialmente, era denominado Centro Jurídico de Solução de Conflitos e de Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Cf. BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Núcleo Judiciário da Mulher. In: ACS, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/destaques/nucleo-judiciario-da-mulher>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

VII - atuar sob as diretrizes do CNJ em sua coordenação de políticas públicas a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher; [...].¹⁵⁹

Em relação aos três eixos de atuação do NJM-TJDFT, alguns dos projetos e programas que mais se destacam são:

- 1) No eixo judicial: atendimentos multidisciplinares e interinstitucionais encaminhados pelos JVDPM, de acordo com determinação dos arts. 29 a 32 da Lei n. 11.340/2006; art. 2º, inc. II, da Resolução CNJ n. 128/2011; Grupos Reflexivos de Homens; Medidas Protetivas de Urgência eletrônica; Apoio à formação de magistrados e servidores do TJDFT;
- 2) No eixo policial: Acordo de Técnica com o Policiamento de Prevenção Orientada à Violência Doméstica – Polícia Militar do Distrito Federal (PROVID-PMDF); Acordo de Cooperação Técnica para Implantação de Sistema de Segurança Preventiva para Ofendidas em Medida Protetiva de Urgência; e
- 3) No eixo comunitário: Projeto Maria da Penha Vai à Escola; Rede de Proteção às Mulheres do Distrito Federal e Entorno; Participação da construção da Rede Brasil Mulher; Acordo de Cooperação Técnica.¹⁶⁰

¹⁵⁹ BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Portaria Conjunta n. 81, de 28 de setembro de 2017**. Acrescenta e altera dispositivos da Resolução 2, de 12 de dezembro de 2016, do Conselho da Magistratura, para modificar a estrutura organizacional da Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2017/portaria-conjunta-81-de-28-09-2017>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

¹⁶⁰ BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Gabinete da Segunda Vice-Presidência. Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Relatório Anual**: referente ao período de janeiro a dezembro de 2017. Brasília, 2018.

O art. 29 da Lei Maria da Penha ainda prevê que os JVDFCMs poderão contar com a ajuda de equipe multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.¹⁶¹ Além disso, o art. 30 do mesmo diploma legal atribui à equipe, além de outras atribuições, a competência em fornecer subsídio por escrito ao juiz, ao Ministério Público (MP) e à Defensoria Pública (DP), além de desenvolver trabalhos e orientações, encaminhamento, prevenção, responsabilização e outras medias voltadas à ofendida, ao agressor e a seus familiares.¹⁶²

Em consonância com tais dispositivos, sete JVDFCMs do Distrito Federal (Águas Claras, Núcleo Bandeirante, Planaltina, Recanto das Emas, Santa Maria, São Sebastião e Taguatinga) contam com os serviços do Núcleo de Assessoramento em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (NERAV), vinculado à Coordenadoria Psicossocial Judiciária (COORPSI) do TJDFT e cujo principal fim é o assessoramento no tocante aos aspectos psicossociais presentes nas ações judiciais.¹⁶³

Segundo o art. 72-I da Resolução TJDFT n. 1, de 26 de junho de 2017, incluído pela Portaria Conjunta do TJDFT n. 8, de 17 de janeiro de 2019¹⁶⁴, compete ao NERAV, *in verbis*:

¹⁶¹ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Núcleo de Assessoramento em Violência Doméstica realiza mais de mil atendimentos no 1º semestre. In: **ACS**, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/julho/nucleo-de-violencia-domestica-do-tjdft-realiza-mais-de-1000-atendimentos-em-2018>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

¹⁶⁴ BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Portaria Conjunta n. 8, de 17 de janeiro de 2019.** Acrescenta dispositivos ao Anexo da Resolução 1, de 26 de

Art. 72-I. Ao Núcleo de Assessoramento sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – NERAV compete:

I – assessorar, por meio de avaliações e estudos psicossociais, os juízos criminais em ações judiciais que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher;

II – elaborar parecer técnico referente às avaliações e aos estudos psicossociais realizados;

III – desenvolver parcerias com instituições e órgãos que compõem a rede de atenção às partes atendidas por este Núcleo;

IV – elaborar pesquisas e executar projetos setoriais.

§ 1º As avaliações e estudos psicossociais serão distribuídos mensalmente de forma proporcional ao número de feitos de cada juízo e à força de trabalho da unidade.^{165 166}

Em relação à importância do trabalho desenvolvido pela equipe multidisciplinar, a assistente social pertencente ao NERAV do TJDFT, Tarciane Ramos, diz que:

Considero o nosso trabalho muito importante. Sem ele, seria quase impossível aos magistrados compreender de maneira mais aprofundada as questões de gênero e do patriarcado presentes nos casos que chegam à Justiça. E, nesses casos, essa compreensão é fundamental, tendo em vista que a violência contra a mulher é um fenômeno complexo e multifacetado.¹⁶⁷

junho de 2017, do Conselho da Magistratura, para modificar a estrutura organizacional da Coordenadoria Psicossocial Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, e revoga dispositivos do Anexo da Resolução 2, de 12 de dezembro de 2016, do Conselho da Magistratura. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2019-1/portaria-conjunta-8-de-17-01-2019>>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁶⁵ BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Resolução n. 1, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre a estrutura organizacional da Corregedoria da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-conselho-da-magistratura/2017/resolucao-1-de-26-06-2017>>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁶⁶ Quanto à denominação NERAV, esclarece-se que esta “[...] ocorreu em 2017, através da portaria GPR 2498 de 06 de novembro de 2017, e a unidade passou a denominar-se NERAV – NÚCLEO DE ASSESSORAMENTO SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER”. Cf. BRASIL. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Família em Situação de Violência: NERAV – Núcleo de Assessoramento sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Brasília, 2019, n. p. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/psicossocial-judiciario/informacoes/familia-em-situacao-de-violencia-1>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

¹⁶⁷ DESAFIOS para a efetivação da Lei Maria da Penha. In: **Anajus Notícias**, 24 out. 2019. Disponível em: <<https://anajus.org.br/desafios-para-a-efetivacao-da-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

Pelo exposto, como bem destaca o projeto de pesquisa intitulado *O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, elaborado, em 2019, pelo CNJ e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), percebe-se que:

Em suma, o Judiciário brasileiro tem incorporado a discussão da violência motivada por gênero e vem se empenhando em apresentar respostas à altura da legislação nacional na área. Há, contudo, um longo caminho a percorrer para que este tipo de conflito seja tratado a contento, garantindo-se um atendimento ao mesmo tempo tecnicamente apurado e mais humanizado, que não reproduza violências de gênero e dê respostas efetivas às expectativas de justiça das mulheres vítimas de violência.¹⁶⁸

3.2 DO AFASTAMENTO DO AGRESSOR: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

Os efeitos da violência doméstica e familiar contra a mulher não se restringem apenas à agredida, mas se estendem a todos os membros da entidade familiar, principalmente crianças, que possuem uma tendência em perpetuar os atos de violência presenciados em casa, podendo tornarem-se agentes multiplicadores dessa violência.

Quem vivencia a violência, muitas vezes antes de nascer ou durante toda a infância, só pode achar natural o uso da força física. Também a impotência da vítima, que não consegue ver o agressor punido, gera nos filhos a consciência de que a violência é um fato natural.¹⁶⁹

Destarte, a importância em aferir a (in) efetividade dos mecanismos já existentes que têm como finalidade combater a violência doméstica e familiar,

¹⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório:** O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres. Brasília: CNJ, IPEA, 2019.

¹⁶⁹ DIAS, 2007, p. 16

temática abordada neste tópico ao analisar se a medida protetiva que obriga o agressor a se afastar do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida representa uma solução à interrupção do ciclo de violência ou um problema.

Ressalte-se que a pesquisa se restringiu ao âmbito do Distrito Federal, uma vez que a realidade judiciária, seja por falta de recursos humanos ou de infraestrutura, diverge em cada estado da federação, motivo que impossibilitaria uma resposta una à temática trazida pelo presente trabalho.

A conclusão da (in) efetividade, desse modo, além de levar em consideração dados fornecidos pelo Núcleo de Estatísticas do TJDFT sobre o tema, teve como base, principalmente, a percepção dos agentes que lidam diretamente com a aplicação das medidas protetivas, no caso, os Juízes de Direito Titulares dos JVDFCMs do Distrito Federal, o que foi feito por meio de entrevistas semiestruturadas com roteiro aberto nos seguintes Juizados: Gama, Santa Maria, Núcleo Bandeirante e 1º Juizado de Brasília. Além disso, há também a fala de uma representante da Secretaria de Estado da Mulher do Distrito Federal (SMDF).

Por meio dessas entrevistas, entre outros enriquecimentos, foi possível conhecer como se opera a Lei Maria da Penha nos JVDFCMs no Distrito Federal, principalmente, a forma de aplicabilidade das medidas protetivas que obrigam o agressor, em especial a que afasta o agressor do lar, conforme se extrai das informações abaixo alinhavadas.

Primeiramente, constatou-se que, nesses Juizados, as medidas protetivas mais concedidas são: o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, cumulada com a de proibição de aproximação e a que proíbe o agressor de manter contato com a agredida. Além disso, averiguou-se que o deferimento dos pedidos que solicitam essas medidas, na maioria dos casos, é feito de plano.

Dados fornecidos pelo NUEST – TJDFT revelam que o número de concessões, só em 2019 (até 06/11/2019), em todos os juizados de Violência contra a Mulher, é de 10.440 (dez mil, quatrocentos e quarenta), contra 2.892 pedidos de medidas protetivas não concedidos.

De acordo com o Juiz Titular do JVDFCM da Região Administrativa do Gama (RA II), Francisco Marcos Batista, quando há o mínimo de elementos que evidenciam o risco da integridade física e psíquica da vítima, há o deferimento de imediato dos pedidos de medidas protetivas, o que acontece em quase todos os casos. Nas situações em que as medidas são negadas, assim o são porque não foram colhidos elementos suficientes que indicam esse risco, sendo designada audiência de justificação em poucos dias, sendo normalmente mantido o indeferimento em tais situações.

Esclarece-se que a audiência de justificação, como explicado pelo Juiz Francisco Marcos, acontece quando o magistrado não se mostra convicto da necessidade da medida protetiva. Assim, após o recebimento do pedido, ao invés de deferi-lo ou indeferi-lo de imediato, o juiz designa uma audiência denominada, nos casos de violência doméstica, audiência de justificação, para que a mulher exponha os fatos de forma mais detalhada e, assim, o juiz decida sobre o pleito. Além disso, como destacado pela Juíza Titular do 1º JVDFCM de Brasília (RA I), a audiência serve também para que o magistrado, em posse de mais informações dos fatos, ajuste a medida pleiteada, podendo, inclusive, ser diferente da que foi inicialmente solicitada para melhor adequação ao caso.

A Juíza Titular do JVDFCM da Região Administrativa de Santa Maria (RA XIII) e Coordenadora do NJM-TJDFT, Gislaine Carneiro Campos Reis, explica que a competência para decidir sobre o pedido de medida protetiva é tanto do Juiz Titular do Juizado, do Juiz plantonista e, nos casos de prisão em flagrante, do Juiz do Núcleo de Audiência de Custódia (NAC), o que faz a Justiça funcionar 24 (vinte

e quatro) horas em prol da mulher, dando uma maior vazão aos pedidos de medidas protetivas.

Ainda, a Juíza cita que, segundo levantamento feito por ela em relação aos processos do Juizado de Santa Maria, o deferimento chega a ser de 90% (noventa por cento), pois prefere conceder a medida, já que o que se analisa é a possibilidade de um eventual risco à mulher e a plausibilidade do pedido, não a possível autoria de um crime, que é analisada por outros meios. Nos outros poucos casos que sequer é narrada a violência, ela percebe, na verdade, que a mulher busca, com o pedido, fim diverso do proposto pela medida protetiva, o que a faz direcionar essa mulher a tratamento psicológico, a advogado especializado em direito de família ou até mesmo à audiência de justificação para verificar melhor a necessidade da medida. Nessas situações, segundo a magistrada, em 99% (noventa e nove por cento) dos casos, o pedido esconde um desejo de mudança de comportamento do companheiro, não uma proteção em face de uma iminente agressão por parte dele.

Em relação a esse fim diverso do pedido, a magistrada ressalta que o desconhecimento de meios alternativos para a solução dos conflitos conjugais leva a mulher a procurar apenas a Delegacia de Polícia (DP). Por isso, acredita que, se a assistência prevista na Lei Maria da Penha fosse mais fortificada, a mulher buscaria outros mecanismos já existentes, diferentes da Delegacia, para a resolução dos conflitos.

No 1º JVDFCM de Brasília (RA I), a Juíza Titular Jorgina de Oliveira Carneiro e Silva Rosa menciona que, em média, dos 100 (cem) pedidos de Medidas, 90 (noventa) são concedidos, sendo que os indeferimentos ocorrem, muitas vezes, por conta de declínio de competência por não abarcarem violência doméstica e familiar.

Indo na mesma via do grande número de concessões de medidas, o Juiz Titular do JVDFCM da Região Administrativa do Núcleo Bandeirante (RA VIII) e Coordenador do NJM-TJDFT, Ben-Hur Viza, diz que “É mais fácil afastar o homem de casa hoje e autorizar ele voltar para casa amanhã do que ele matar a mulher e não ter jeito de tirá-la do cemitério depois”¹⁷⁰.

No tocante ao cumprimento dessas medidas concedidas, em todos Juizados analisados, percebeu-se que há um número pequeno de descumprimentos. Segundo o Juiz Ben-Hur Viza, a porcentagem de descumprimento das Medidas concedidas nos processos que ele analisa não chega a 10% (dez por cento), ressaltando a importância da inserção do art. 24-A ao instrumentalizar a ação da polícia e efetivar, assim, o cumprimento das medidas protetivas.

Isso porque, como lembrado pela Juíza Titular do JVDFCM da RA XIII, antes da inovação legislativa, alguns magistrados aplicavam ao descumprimento o crime de desobediência, entretanto, a grande dificuldade era a recusa pela polícia em prender o agressor em flagrante pelo mero descumprimento, só o fazendo nos casos em que, cumulado com o descumprimento, o agressor cometesse outro crime.

Ainda, quanto ao cumprimento das medidas que obrigam o agressor, a Juíza Titular do 1º JVDFCM da RA I afirma que os agressores têm respeitado as decisões que concedem à mulher a medida protetiva e que, se há o descumprimento, não tem chegado tal notícia ao Tribunal, pois o maior meio de fiscalização ainda é a mulher, que, na maioria dos casos, por ter o agressor como alguém muito próximo, estabelece com ele um vínculo emocional muito forte, motivo que dificulta a comunicação do descumprimento, pois esse desrespeito à decisão judicial gera, inclusive, a prisão preventiva.

¹⁷⁰ VIZA, Ben-Hur. [Entrevista concedida a] **Alana Teles Nunes**. Brasília, 2019, n. p., 14 nov. 2019.

Ainda em relação ao cumprimento das medidas, o Juiz Ben-Hur informa que, apesar de a mulher ser a principal parceira na fiscalização do cumprimento da medida, o Distrito Federal dispõe de instrumentos que objetivam tal fim. O primeiro é o PROVID, policiamento feito pela PMDF destinado a visitar as mulheres vítimas de agressão e os agressores envolvidos em casos mais graves de violência doméstica, trabalho que, segundo o magistrado, tem trazido resultados positivos na prevenção da violência contra a mulher. O segundo é o uso de tornozeleiras eletrônicas por parte do agressor envolvido em casos mais graves, o que possibilita uma maior fiscalização por parte do Estado. Há também o aplicativo denominado “Viva Flor”, que possibilita à mulher cadastrada preferência nas chamadas realizadas para o 190, proporcionando atendimento célere nas situações de risco. Cabe asseverar que há um projeto que está na iminência de ser implementado no Distrito Federal, que consiste no uso de tornozeleira pelo agressor, combinado com a existência de um dispositivo eletrônico que ficará em posse da mulher agredida, possibilitando que o monitoramento de situação de risco também seja feito pela vítima: quando acionado o dispositivo, a mulher que se encontra em situação de perigo receberá assistência policial o mais rápido possível.

Apesar do grande número de cumprimento das decisões que aplicam as medidas protetivas, todos os juízes relataram que é muito comum a retomada da convivência entre o agressor e a vítima, fato que não configura um descumprimento. Entretanto, os magistrados só passam a ter conhecimento da retomada dessa convivência em audiência, o que, segundo eles, dificulta a conscientização da importância das medidas protetivas e da seriedade da Justiça.

O TJDFRJ conta também com Grupos Reflexivos para homens, que abordam vários assuntos, como por exemplo, comunicação violenta, responsabilidade, responsabilização, Lei Maria da Penha, estereótipo de gênero. Segunda a

magistrada Titular do JVDFCM, o resultado de tal iniciativa tem sido fantástico na mudança de pensamento dos agressores. Em relação a esse tipo de projeto voltado ao agressor, a juíza complementa dizendo que a utilização apenas do Direito Penal para a solução da violência doméstica, por si só, não é garantia de transformação do comportamento do agressor, devendo o Estado se valer de outras formas para tal fim.

Além disso, a Juíza falou do NERAV, do qual também é uma das Coordenadoras, esclarecendo que tal núcleo atende tanto a vítima quanto ao agressor; citou os Núcleos de Atendimento às Famílias e aos autores de Violência Doméstica (NAFAVDs), unidades de atendimento que realizam o acompanhamento de mulheres e homens envolvidos em situação de violência doméstica; frisou a parceria feita com o Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) no atendimento psicológico voltado tanto para a agredida quanto para o agressor nos JVDFCMs das RAs do Gama e de Santa Maria.

Compondo a Rede de Atendimento à Mulher Vítima de Violência, há também os Centros Especializados de Atendimento à Mulher (CEAMs) e a Casa da Mulher Brasileira, mas que, por ficarem em locais de difícil acesso no Plano Piloto, as vítimas de agressão de localidades mais afastadas e de baixa renda ficam impossibilitadas de irem, conforme relatado pela Juíza Titular do JVDFCM da RA de Santa Maria. Dessa forma, segundo ela, o serviço disponibilizado nessas unidades alcançaria um número maior de mulheres e homens envolvidos em contexto de violência doméstica se fosse descentralizado, possuindo unidades de atendimento em várias RAs do Distrito Federal.

Percebe-se que são vários os mecanismos de assistência à mulher e ao homem em situação de violência doméstica e familiar, o que, pela concepção de todos os juízes entrevistados, faz com que a medida protetiva que obriga o

agressor, em especial, a que obriga o obriga ao afastamento do lar, se torne eficaz dentro da realidade do Distrito Federal.

O Juiz Titular do JVDFCM da RA do Gama afirma que a medida que obriga o agressor a se afastar do lar é bastante eficiente no combate à violência, até pelo auto índice de cumprimento. A Juíza do 1º JVDFCM de Brasília diz que a Lei foi bastante feliz com a previsão das medidas protetivas em geral, e que elas, no Distrito Federal, alcançam o fim para o qual foram criadas, visão compartilhada também pela Juíza Titular do JVDFCM da RA de Santa Maria. O mesmo posicionamento também é o do Juiz do Juizado do Núcleo Bandeirante que diz ser o afastamento do agressor do lar uma medida importante na interrupção da violência e na mudança de mentalidade e, conseqüentemente, comportamental, do agressor.

Fortalecendo o posicionamento de todos os juízes sobre a importância das medidas protetivas, de acordo com a juíza Titular do JVDFCM da RA XIII, em um levantamento feito por ela, desde os sete anos de atuação no Juizado, passaram por ela mais de 10 (dez) mil ocorrências, desse total, todas que estavam com medidas protetivas vigentes não resultaram em feminicídio.

Perguntados ainda sobre o que deve ser feito para se alcançar uma maior efetividade das medidas protetivas, em especial a que obrigam o Agressor, os magistrados ressaltaram a importância de maior comprometimento de toda a sociedade, da necessidade de mais parcerias com entidades governamentais e não governamentais e do fortalecimento da assistência prevista na Lei Maria da Penha.

Na entrevista concedida ainda por uma representante da SMDF, ela ressaltava a combinação de três fatores importantes no combate à violência doméstica e familiar: o primeiro é o investimento em programas de reeducação que objetivem quebrar paradigmas sexistas e suas ramificações; o segundo é o

incremento de aparatos estatais, como o fortalecimento de programas de fiscalização de cumprimento de medidas protetivas e o reforço de atendimento especializado que publicize as formas de violência, pois muitas mulheres ainda só reconhecem a violência física; o terceiro fator mencionado como importante na visão dela é o incremento de políticas socioassistenciais para amparar a vítima que se mantém envolvida num relacionamento por se ver dependente economicamente.

De todo o exposto, nota-se que a medida protetiva de urgência que obriga o agressor a se afastar do lar se mostra como uma solução aos conflitos relacionado à violência doméstica e familiar, pois interrompe o ciclo de violência, permitindo ao Estado agir neste momento de diferentes formas na prevenção e coibição da violência contra a mulher e seus dependentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 – tem sido um instrumento de grande valia no combate à violência doméstica e familiar, visto viabilizar um tratamento mais adequado a todos os envolvidos diretamente no contexto desse tipo de violência, que são: a mulher, seus dependentes e o agressor.

Um dos mecanismos previstos na Lei mais destacado por aqueles que lidam diariamente com a violência doméstica é a previsão das medidas protetivas, mais especificamente, as que obrigam o agressor, pois, por meio delas, conforme destacado pelos magistrados entrevistados, o legislador visou proteger a integridade física e psicológica da mulher e de seus dependentes.

Entretanto, após mais de 13 anos de vigência da Lei e diante da percepção do aumento de notícias relacionadas à violência contra a mulher, importante

indagar sobre a (in) eficácia de tais medidas e se as elas merecem ou não ser repensadas.

Após entrevistas com 4 (quatro) juízes dos 19 (dezenove) Juizados com competência para o processo, julgamento e a execução de causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, constatou-se que, no Distrito Federal, essas medidas se mostram, na maioria dos casos, eficientes, pois o Poder Judiciário dispõe de um aparato tanto estatal quanto não governamental para um resultado positivo.

Assim, durante a pesquisa feita em campo, observou-se que a Justiça, buscando uma assistência mais fortalecida à mulher, atua em três frentes: a judicial, com um número maior de Juizados especializados em violência doméstica para atender de forma mais adequada a mulher e demais envolvidos no conflito. Ressalta-se que, de acordo com os juízes entrevistados, o Distrito Federal já conta com um sistema todo eletrônico e um sistema judicial que funciona 24 (vinte e quatro) horas, o que permite maior celeridade nas decisões acerca dos pedidos de medidas protetivas; a frente policial, com termos de parceria com órgãos de segurança pública que propiciam um atendimento priorizado, permitindo à mulher em situação de perigo uma proteção maior; e, por último, a frente social, que objetiva a conscientização de todos os cidadãos da importância sobre a temática e o comprometimento no enfrentamento desse problema.

Além disso, os magistrados entrevistados informaram que o Distrito Federal conta com mecanismos voltados especificamente na prevenção da violência doméstica e familiar, tais quais: o Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Distrito Federal, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (NJM-TJDFT), que se preocupa em desenvolver atividades, projetos e

ações no combate à violência; a Prevenção Orientada à Violência Doméstica e Familiar (PROVID), que consiste em visitas específicas feitas pela Polícia Militar (PM) ao agressor e à vítima de violência doméstica; as medidas protetivas eletrônicas, sendo uma das conquistas do NJM, que é o uso de tornozeleiras por parte do agressor, o que permite também um poder maior de fiscalização pelo Estado do cumprimento das medidas; e o Projeto Lei Maria da Penha Vai à Escola, que divulga a Lei Maria da Penha nas escolas, objetivando uma formação social tanto do corpo docente e demais integrantes da instituição de ensino como dos alunos.

A pesquisa revelou que a Justiça do Distrito Federal tem se preocupado não só em atender à mulher que sofre a agressão, mas também em acolher a todos os membros envolvidos/atingidos da família. Um fato que chamou a atenção na pesquisa foi o investimento em projetos de atendimento psicossocial ao agressor, como os “Grupos Reflexivos para Homens” e o atendimento psicológico, disponibilizado aos agressores, prestado pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), o que, segundo os Juízes entrevistados, tem proporcionado um retorno positivo na mudança de mentalidade e, conseqüentemente, comportamental do agressor.

Apesar de alguns relatos de empecilhos que impossibilitam um grau maior de alcance da efetividade do combate à violência doméstica e familiar, como, por exemplo, o número reduzido de servidores e de equipes multidisciplinares nos Juizados, bem como a baixa adesão de parcerias de entidades da sociedade civil à causa, notou-se que há uma preocupação e uma empatia por parte daqueles que lidam diariamente com a violência, o que os fazem, dentro das limitações, buscarem sempre ideias renovadoras que influenciam na coibição da violência contra a mulher, atuando não só no conflito já instalado, mas também na formação social de crianças ainda na escola.

Diante de todo o exposto, conclui-se que as medidas protetivas que obrigam o agressor, mais especificamente a que obriga o agressor a se afastar do lar, são eficazes dentro da realidade do Distrito Federal. Entretanto, observa-se que esse sucesso não advém somente da medida protetiva em si. A medida protetiva oportuniza a cessação do ciclo da violência, momento oportuno para acolher todos os agentes envolvidos no conflito e trabalhar os focos de tensão, na medida do possível. É nesse momento que é importante a implementação de programas e políticas públicas para se ter a efetividade da medida.

Importante destacar que, apesar do foco inicial ter sido a efetividade da medida que afasta o agressor do lar e do convívio com a ofendida, durante a pesquisa, os juízes entrevistados informaram que dificilmente uma medida de urgência que obriga o agressor é aplicada isoladamente. Desse modo, segundo eles, as que mais se aplicam são: a que afasta o agressor do lar, domicílio ou local convivência com a ofendida e a que proíbe o agressor de determinadas condutas, mais especificamente a de proibição de aproximação e a de proibição de contato. Apesar de tal fato merecer ser explorado com mais profundidade, esclarece-se que, nas falas dos juízes, todas essas três medidas se incluíram quando da afirmativa de êxodo da aplicação das medidas protetivas no DF.

Em relação a todo o aparato judicial citado pelos magistrados, percebe-se que, pelo fato de a violência doméstica ser um problema complexo, multidisciplinar e multifacetário, uma alternativa apenas não é suficiente para tratá-la, sendo imprescindível o investimento por parte do Estado em formas de prevenção, o apoio das sociedades não governamentais em parcerias que tenham como objetivo programas voltados ao enfrentamento da violência doméstica e a conscientização de toda a sociedade em não reproduzir falas e comportamento que segregam e culminam em violência.

Assim, pelo Distrito Federal ter uma estrutura que já disponibiliza à mulher e a todos os envolvidos em violência doméstica e familiar uma assistência maior, as medidas protetivas que obrigam o agressor, mais especificamente a que obriga o afastamento do lar, que faz parte de todo o conjunto necessário para se coibir a violência doméstica e familiar, têm cumprido seu papel de proteção à mulher no Distrito Federal, sendo talvez a percepção no aumento de números de casos um reflexo do amadurecimento da sociedade em reconhecer a violência em todas suas nuances e utilizar dos meios já disponíveis para denunciá-la.

Ressalta-se que este trabalho poderá servir de base em futuros estudos à respeito da temática que se revela de extrema importância social, acadêmica e jurídica, pois o problema da violência doméstica e familiar, apesar de nos últimos anos ter ganhado uma maior visibilidade, ainda precisa de maiores discussões a respeito de identificação e de eliminação de suas causas e de seus efeitos por meio do engajamento de profissionais de todas as áreas e, sobretudo, do comprometimento de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Leonardo Machado; GASPARATO, Carlos Henrique. Discriminação no tratamento jurídico recebido pelas mulheres nos Códigos Penais do século XIX. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 10, n. 2, p. 43-56, dez. 2015.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Descumprir medidas protetivas agora é crime (notas sobre a Lei 13. 641/2018). **Revista Consultor Jurídico**, 06 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/carlos-amaral-descumprir-medidas-protetivas-agora-crime>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

AMARAL, Isabela Guimarães Rabelo do. Inferiorizando mulheres no período imperial brasileiro: a influência do Direito. In: XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, 2011. **Anais...** São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300298141_ARQUIVO_ArtigoparaANPUH-IsabelaGuimaraes.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Histórias da Educação**. São Paulo: Moderna, 1989.

ASSIS, Maria Sônia de Medeiros Santos de. **Tese da legítima defesa da honra nos crimes passionais: da ascensão ao desprestígio**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito Público, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência: primeiras considerações. In: **Compromisso e Atitude: Lei Maria da Penha: a Lei é mais forte**, 10 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/o-novo-crime-de-descumprimento-de-medidas-protetivas-de-urgencia-primeiras-consideracoes-por-thiago-pierobom-de-avila/>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

BASEGGIO, Julia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer da. As condições femininas no Brasil colonial. **Revista Maiêutica**, Indaial, v. 3, n. 1, p. 19-30, 2015. Disponível em: <https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/HID_EaD/article/viewFile/1379/528>. Acesso em: 29 out. 2019.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 315-326.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. In: **Jusbrasil**, 2012. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814363/os-juizados-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BORGUEZAN, Danielly; TORQUATO, Alexander Wilson. A paixão no banco dos réus – Casos passionais céleres: de Pontes Visgüeiro a Pimenta Neves. **Revista Húmus**, v. 7, n. 20, p. 170-176, 2017. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/6880/4841>>. Acesso em: 29 out. 2019.

BORIS, Fausto. **Histórias do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 1996.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

____. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2. ed. rev. e atual. Brasília: CNJ, 2018.

____. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha 2018**. Brasília: CNJ, 2018.

____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 9, de 08 de março de 2007**. Recomenda aos Tribunais de Justiça a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a adoção de outras medidas, previstas na Lei 11.340, de 09.08.2006, tendentes à implementação das políticas públicas, que visem a garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=864>>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 128, de 17 de março de 2011**. Determina a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2017/08/fe915b7706eb1915ab6d93e9ba1e3937.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

____. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório: O Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres**. Brasília: CNJ, IPEA, 2019.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1940.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Lei n. 9.099, de 16 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004.** Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica". Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Lei n. 13.641, de 03 de abril de 2018.** Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. **Lei n. 13.827, de 13 de maio de 2019.** Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, 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, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Consulta de endereços e telefones**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://rh.tjdft.jus.br/enderecos/app.html>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Família em Situação de Violência: NERAV – Núcleo de Assessoramento sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/psicossocial-judiciario/informacoes/familia-em-situacao-de-violencia-1>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Gabinete da Segunda Vice-Presidência. Núcleo Permanente Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. **Relatório Anual**: referente ao período de janeiro a dezembro de 2017. Brasília, 2018.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Núcleo de Assessoramento em Violência Doméstica realiza mais de mil atendimentos no 1º semestre. In: **ACS**, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/julho/nucleo-de-violencia-domestica-do-tjdft-realiza-mais-de-1000-atendimentos-em-2018>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Núcleo Judiciário da Mulher. In: **ACS**, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/destaques/nucleo-judiciario-da-mulher>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Portaria Conjunta n. 8, de 17 de janeiro de 2019**. Acrescenta dispositivos ao Anexo da Resolução 1, de 26 de junho de 2017, do Conselho da Magistratura, para modificar a estrutura organizacional da Coordenadoria Psicossocial Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, e revoga dispositivos do Anexo da Resolução 2, de 12 de dezembro de 2016, do Conselho da Magistratura. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2019-1/portaria-conjunta-8-de-17-01-2019>>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Portaria Conjunta n. 81, de 28 de setembro de 2017**. Acrescenta e altera dispositivos da Resolução 2, de 12 de dezembro de 2016, do Conselho da Magistratura, para modificar a estrutura organizacional da Segunda Vice-Presidência

do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2017/portaria-conjunta-81-de-28-09-2017>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Resolução n. 1, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre a estrutura organizacional da Corregedoria da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-conselho-da-magistratura/2017/resolucao-1-de-26-06-2017>>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Conselho Especial. **Resolução n. 5, de 20 de setembro de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-conselho-especial/2006/00005.html>>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Brasília, 2011.

____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.

____. **Projeto de Lei n. 173, de 2015**. Tipifica o crime de descumprimento de medidas protetivas da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945767>>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. Senado Federal. **Painel de Violência contra Mulheres**. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www9.senado.gov.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=senado%2FPainel%20MV%20-%20Viol%C3%Aancia%20contra%20Mulheres.qvw&host=QVS%40www9&anonymus=true>>. Acesso em: 30 out. 2019.

____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 338.613-SC (2015/0257928-7)**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: C da R (Preso). Sexta Turma. DJe 19/12/2017. Disponível em: <<https://juristas.com.br/wp->

<content/uploads/2018/06/Viole%CC%82ncia-Dome%CC%81stica-e-Familiar-Aco%CC%81rda%CC%83o-STJ-1.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Histórico**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 30 out. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Medidas Protetivas de Urgência e Decreto pela Polícia: um avanço na proteção da mulher. In: **Jusbrasil**, ago. 2019. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/751478420/medidas-protetivas-de-urgencia-e-decreto-pela-policia-um-avanco-na-protacao-da-mulher>>. Acesso em: 31 out. 2019.

CAMBI, Eduardo; DENORA, Emmanuella Magro. Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 133, p. 219-255, 2017.

CAMPOS, Carmem Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

CASIQUE, Letícia Casique; FUREGATO, Antônia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, v. 14, n. 6, nov./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n6/pt_v14n6a18.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

CAVALCANTE, Elaine Cristina Monteiro. Apontamentos sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, a. 15, n. 38, p. 113-132, jan.abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/38vd%2009.pdf?d=636688301325046003>>. Acesso em: 31 out. 2019.

CORREIA, Mariza. **Os crimes da paixão**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

COUTINHO, Sabrine Mantuan dos Santos. **“A dona de tudo”**: o que é ser mulher, mãe e esposa de acordo com as representações sociais de mulheres de suas gerações. 2008. Tese (Doutorado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

____; _____. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006): comentada** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DESAFIOS para a efetivação da Lei Maria da Penha. In: **Anajus Notícias**, 24 out. 2019. Disponível em: <<https://anajus.org.br/desafios-para-a-efetivacao-da-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

____. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher). **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 4, jun./jul. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Segurança Pública. **Violência contra a mulher**. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.ssp.df.gov.br/violencia-contra-a-mulher/>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de feminicídio)**. São Paulo: Atlas: 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Ano 13.

FOUREAUX, Rodrigo. A Lei n. 13.827/19 e a aplicação de medidas protetivas de urgência pelas autoridades policiais. **Jus**, set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73964/a-lei-n-13-827-19-e-a-aplicacao-de-medidas-protetivas-de-urgencia-pelas-autoridades-policiais>>. Acesso em: 28 out. 2019.

FREITAS, Bruna de Oliveira. Medida protetiva na Lei Maria da Penha: incompatibilidade com a guarda compartilhada. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 186-197, 2018.

GARCIA, Carla Cristina. **Breve história do feminismo**. São Paulo: Claridade, 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. As Ordenações Filipinas e mais um exemplo de violência contra as mulheres. In: **Conjur**, 12 mar. 2017. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2017-mar-12/embargos-culturais-ordenacoes-filipinas-violencia-mulheres>>. Acesso em: 31 out. 2019.
GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lúcia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, v. 27, n. 2, p. 256-266, 2015. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: considerações à Lei 11334/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2008.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Tipos de violência**. 2019. Disponível em:
<<http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>>. Acesso em: 30 out. 2019.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher**: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. São Paulo: Saraiva, 2010.

KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L.; MERCY, James A.; ZWI, Anthony B.; LOZANO, Rafael. **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21. In. CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 289-306.

LEITÃO, Joaquim Leitão Júnior Leitão; ZANON, Raphael. **Impactos jurídicos da Lei n. 13.641/2018 e o novo crime de desobediência de medidas protetivas**. **Jus**, ABR. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65424/impactos-juridicos-da-lei-n-13-641-2018-e-o-novo-crime-de-desobediencia-de-medidas-protetivas>>. Acesso em: 1^o nov. 2019.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Leis das Cautelares mudou aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Consultor Jurídico**, 20 dez. 2012. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>>. Acesso em: 31 out. 2019.

MCCANN, H. et al. **O livro do feminismo**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MOCELLIN, Renato. **As mulheres na Antiguidade**. São Paulo: Editora do Brasil, 2014.

MONTEBELLO, Marianna. A proteção Internacional aos direitos das mulheres. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, P. 155-170, 2000. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_155.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019.

NEVES, Anamaria Silva. **Violência física de pais e mães contra filhos: cenário, história e subjetividade**. 2014. 26 f. Dissertação (Doutorado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. **Revista Consultor Jurídico**, 18 maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>>. Acesso em: 30 out. 2019.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rev. de Fabiane Simioni. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 119-142.

PATTI, E. M. R. **O que pode uma mulher?: Sexualidade, Educação e Trabalho**. Franca, SP: UNESP, 2004.

PRA, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n1/a03v20n1.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2019.

RELÓGIOS DA VIOLÊNCIA. 2019. Disponível em: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/?_ga=2.227085653.978408517.1572401361-414432332.1572054896>. Acesso em: 25 out. 2019.

RODRIGUES, Luciano Lima; PINTO, Renata; LIMA, Raphael Rocha. A contribuição da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) para o combate da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Tema: “Cidadania e Efetividade dos Direitos”, Salvador, 2008. **Anais...** Salvador, 2008.

RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RUFINO, Alzira dos Santos (Org.). **Violência contra a mulher – Um novo olhar. Anais do II Encontro Nacional de Entidades Populares**. Santos, SP: Casa de Cultura da Mulher Negra, 2000.

SAFFIOTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica**. São Paulo: EdUSP, 1993.

SANNINI NETO, Francisco. Medidas protetivas de urgência podem ser decretadas pelo Delegado de Polícia. In: **Jusbrasil**, maio 2019. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/708733355/medidas-protetivas-de-urgencia-podem-ser-decretadas-pelo-delegado-de-policia>>. Acesso em: 1º out. 2019.

SANTANA, Selma P. de; PIEDADE, Fernando O. Um olhar acerca das medidas protetivas de urgência nos termos da Lei n. 11.340/06. In: XIII Seminário Nacional – Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade, III Mostra Nacional de Trabalhos Científicos, 2017. **Anais...** 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16939/4150>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

SANTOS, Aline Tosta. A construção do papel social da mulher na Primeira República. **Revista Em Debate**, n. 8, 2009. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14404/14404.PDF>>. Acesso em: 29 out. 2019.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurulho de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface – Comunic., Saúde, Educ.**, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06: comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei Maria da Penha comentada: sob a nova perspectiva dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. de acordo com a nova Lei do Femicídio. Curitiba: Juruá, 2016.

TELES, Paula do Nascimento Barros González. **Lei Maria da Penha – Uma história de vanguarda**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 14, Curso: Capacitação em Gênero, Acesso à Justiça e Violência às Mulheres, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

VITANGELO, Maria Tereza. A violência psicológica contra as mulheres e o empoderamento feminino como forma de quebrar as barreiras da discriminação de gêneros. In: **Migalhas**, 08 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275773,61044-A+violencia+psicologica+contra+as+mulheres+e+o+empoderamento+feminino>>. Acesso em: 29 out. 2019.

VIZA, Ben-Hur. [Entrevista concedida a] **Alana Teles Nunes**. Brasília, 2019, n. p.,14 nov. 2019.

ZAIDMAN, L. B. As filhas de Pandora: mulheres e rituais nas cidades. In: DUBY, G.; PRROT, M (Org). **Histórias das mulheres no Ocidente: a Antiguidade**. Porto Alegre: Afrontamento, 1990.

APÊNDICE

APÊNDICE A – QUESTIONAMENTOS DA ENTREVISTA

Questionamentos da Entrevista

A título de conhecimento, entrevista teve as seguintes perguntas:

- 1) Faz quanto tempo que Vossa Excelência está no Juizado de Violência Doméstica e Familiar?
- 2) Quantos casos são julgados por mês e desse quantitativo em quantos há crimes mais violentos?
- 3) Em quantos casos julgados pelo Juizado é determinado o afastamento do agressor do lar?
- 4) Em quantos casos Vossa Excelência já tomou conhecimento sobre o agressor ter descumprido a medida protetiva?
- 5) Há relatos de que após o afastamento houve a retomada do convívio entre a vítima e o agressor?
- 6) Na concepção de Vossa Excelência, é eficaz o afastamento do agressor do lar?

- 7) Ainda na concepção de Vossa Excelência, qual medida se mostra mais eficaz no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher?
- 8) Qual seria a conclusão do senhor a respeito das medidas protetivas que obrigam o agressor, previstas na Lei Maria da Penha? E o que ainda é preciso ser feito para que elas se mostrem mais eficazes?

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA

Aliane de Castro Vieira (Orientador: Prof. Me. Ricardo Lima de Oliveira)

RESUMO: A teoria da perda de uma chance é uma modalidade de responsabilidade civil recente no ordenamento jurídico brasileiro, mas que tem repercussão na sociedade e nas decisões judiciais, baseadas na incerteza do resultado, isto porque sua apuração está voltada para possibilidades de danos a um bem jurídico. A busca de informações quanto à sua aplicação na área da saúde, tem por respaldo a previsão constitucional que, a saúde é um direito de todos e responsabilidade do Estado. Embora essa responsabilidade seja tripartite (União, Estado/Distrito Federal e Municípios), quando da ação ou omissão dos entes, quais reparações podem ser suscitadas pelos usuários tendo em vista que a atividade dos profissionais da saúde são obrigações de meio, ou seja, não há promessa de resultado, cura, mas apenas da oferta de tratamento adequado. São inúmeras as ações que estabelecem a reparação por danos materiais, morais e estéticos aos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS, contudo, diante de situações em que o usuário perde a possibilidade de cura por não ter sido submetido ao tratamento adequado, não amolda-se as modalidades supramencionadas, devendo, assim, incidir a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance. Por derradeiro, ressalta-se que a presente pesquisa tem por viés verificar a aplicabilidade da teoria face à ação ou omissão estatal na oferta de serviços de saúde.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. Teoria da Perda de uma Chance. Assistência à Saúde.

ABSTRACT: The loss of a chance theory is a modality of civil responsibility recent on the Brazilian juridical ordination, but that has repercussion in the society and the judicial decisions, based on the results uncertainty, due to its examination being turned to possibilities of damaging a juridical good. The search of information as far as its application on the health area, based on the constitutional forecast that the health is everyone's right and a responsibility of the State. Although this responsibility is tripartite (Union, State/Federal District and Municipalities), when occur the action or omission of the institutions, which reparations can be created by the users given that the activity of the health professionals are means obligations, that is, there is no promise of result, cure, but just the offer of a suitable treatment. There are countless actions that stablish the reparation caused by material, moral and esthetic damage to the users from Sistema Único de Saúde - SUS, however, before situations when the user loses the possibility of cure for not being submitted to a suitable treatment, the modalities aforesaid do not fit, and the loss of a chance theory must be applied. At last,

it is highlighted that the present search aims to verify the applicability of the theory in front of the action or omission of the State when offering health services.

Keywords: Administrative Law. Civil Law. Liability. Loss of Chance Theory. Health Care.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho avalia a possibilidade da configuração da reparação do dano pela teoria da perda de uma chance quando o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) não proporciona ao cidadão a devida prestação de serviços de saúde e o usuário perde a possibilidade de obter a cura frente à sua necessidade.

Não há um entendimento sedimentado acerca da aplicação da perda de uma chance em muitas situações cotidianas pela incerteza do resultado do evento danoso, o que se justifica em razão da ausência de previsão legal de aplicação da teoria e, também, pela dificuldade de quantificação do dano, o que amplia de sobremaneira a margem de subjetividade.

A teoria da perda de uma chance é uma responsabilidade nova no ordenamento jurídico brasileiro, mas que vem criando repercussão, mormente ante sua característica da incerteza, porque sua apuração está voltada para possibilidades e não à tutela de um bem jurídico específico como nos danos materiais, morais, estéticos, dentre outros.

O estudo faz uma abordagem sobre o processo histórico da responsabilidade civil, suas conformações para espelhar as normativas legais vigentes no ordenamento jurídico, bem como suas influências nas atuais concepções da reparação do dano.

Em uma análise sistematizada, aborda o processo de evolução das legislações brasileiras na aplicação da responsabilidade, visto que o Brasil só

houve codificação civilista a partir do século XX, por meio do Código Civil de 1916 e pela atual legislação, que, ainda de forma limitada, não traduz a reparação da Teoria da Perde de uma Chance.

É imperiosa ainda a distinção da responsabilidade nas relações civis e nas, do Estado, isto pois quando um administrado sofre danos, deverá o ente público indenizá-lo independente da comprovação de culpa, responsabilidade objetiva. Nas relações privadas o elemento culpa é de suma importância, visto que a vítima deverá comprová-la para que haja a indenização.

A Saúde, como obrigação do Estado, está previsto na Constituição Federal como um direito de todos, sob os princípios da universalidade, integralidade e equidade do acesso. Essas normativas têm relação direta ao judicialização desse direito, que podem ser, tanto para o acesso quanto por danos pela falta de acesso ou sua deficiência.

Quando o Estado atua de forma precária na prestação de serviços públicos de saúde ou quando é totalmente omissivo, é quase certo, que cause prejuízo ao administrado, e esse por sua vez, poderá exigir do ente público a reparação. Assim, a responsabilidade objetiva merece ser apurada.

As legislações brasileiras não definem um rol de quais danos podem ser reparados, mas a proposta é permitir a vítima que retorne ao *status quo ante* com a reparação. Todavia, os danos morais, estéticos e pela perda de uma chance, apenas acalantam uma condição vivenciada por ocasião de um ato ilícito.

Visto ser condições rotineiras de desassistência à saúde, o Estado usando mormente por escudo a aplicação do princípio da reserva do possível, deixam de assistir seus administrados causando-lhes prejuízos muitas vezes irreparáveis financeiramente falando, como a perda de mobilidade, a redução da expectativa de vida ou sua morte.

O estudo traz à baila a verificação da possibilidade de aplicação da Teoria da Perda uma Chance na assistência à saúde pública, embora a Administração Pública seja regida por um princípio que estabelece a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em que pese a imprecisão a respeito dos primórdios da responsabilização civil no seio social, os seus primeiros relatos percorreram trilhos advindos da vingança privada, influenciada fortemente pela Lei de Talião. Por todo esse período, não era ponderada qualquer distinção entre o direito penal e o direito civil.

A origem da vingança privada decorria do contra-ataque, promovido por grupos em defesa de seus membros, demonstrando, assim, a superioridade frente aos demais e, conseqüentemente, o modo de repelir futuras agressões. A vingança promovida pela Lei de Talião, tinha por máximas expressões dissipadas do ordenamento jurídico, como: “olho por olho, dente por dente”; “quem com ferro fere, como o ferro será ferido”. Percebe-se que, até então, a responsabilidade prescindia a reconhecimento da culpa, pois era voltada a frear toda e qualquer lesão/dano promovida por outrem na mesma medida do dano causado¹.

Ressalta-se, ainda, um período singular a épocas do Código de Ur-Nammu, Código de Manu e das Leis das XII Tábuas, cuja vingança, nos moldes privados, já não era aplicada de igual maneira, a composição do dano passou a ter um viés econômico, quando devia ao ofensor pagar para, somente assim, poder deparar

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23^a ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10 e 11.

um membro, a morte de um homem livre ou escravo do causador de uma dano. Tal período e suas diretrizes, deu origem às tábuas de indenização².

Ainda não se trata de um período onde relacionava o dano à culpa. Não obstante a interferência do poder público, a sociedade ainda mantinha a vingança privada de maneira impulsionada. Por consequência, as responsabilidades civil e penal permaneciam amplamente vinculadas, sem nenhuma promoção de sua distinção³.

Ante os marcos históricos iniciais da responsabilidade, as relações da justiça privada foram propulsoras para a formação do Estado, como responsável para dirimir os conflitos, bem como, e talvez a mais relevante, a fixação de valores para a reparação, ou seja, rompe os comportamentos voltados a lesionar o outro como forma de reparação do dano e passa a ter um viés exclusivamente econômico. Por marco relevante, a responsabilidade aquiliana, *Lex Áquila*, é resgatada pelos romanos para a responsabilização do agente causador do dano.

A Doutrina teoriza as influências romanas, sob forte da influência *Lex Áquila*, como as mais relevantes na evolução da responsabilidade civil, visto iniciar-se uma concepção que promove a distinção entre pena e reparação, bem como passa a diferenciar os delitos públicos, dos delitos privados⁴.

A *Lex Áquila* foi um plebiscito ocorrido, possivelmente, entre fins do século III ou início do século II a.C., todavia não há precisão da época, a qual semeou as primeiras noções de responsabilidade extracontratual, posto que

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 25.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 25.

considerava o ato ilícito uma figura autônoma, surgindo, assim, o elemento culpa⁵.

Os pontos relevantes da concepção dos romanos perpassam definição dos delitos, sua classificação e o responsável das penas cabíveis em cada situação. Por isso que os delitos, à época, eram enumerados em um rol de conhecimento de todos, para que cada um compreendesse se houve ou não a violação.

Os delitos “constituíram o fator genético da responsabilidade, com a caracterização de algumas figuras de delitos civis: *furtum, naxia et iniuria*”⁶. O *furtum* tem por viés a concepção atual de furto, já a *naxia et injuria*, ao dano civil.

Uma primeira classificação imperiosa pelos romanos era distinguir os delitos públicos dos privados. Assim, para a reparação dos delitos públicos era aplicada uma pena econômica aos ofensores, a qual seria convertida os cofres públicos, há maior relação às responsabilidades penais; no que tange à relação privada, a reparação do dano era convertida em favor da vítima.

A definição da pena caberia unicamente ao Estado, pois somente ele teria a função de punir. Diante dessa conformação, nasce a concepção da ação indenizatória, a qual distancia, de forma relevante, da responsabilidade penal⁷. Não foi um momento de rompimento total das responsabilidades, contudo importante e decisivo marco à evolução histórica.

Ferracini corrobora ao ressaltar que:

No Direito Romano foi trazida a diferenciação entre uma responsabilidade civil e uma responsabilidade penal, com configurações semelhantes as mais modernas diferenciações entre atos ilícitos. Tal diferenciação tratava-se de delitos públicos ou de

⁵ VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 401.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 25.

delitos privados. Contudo, ainda não é nesse momento histórico que se vislumbra a dicotomia moderna entre público e privado, pois naquele período os conceitos do que é público e do que é privado são muito díspares dos mais modernos.⁸

Villaça Azevedo, citado por Tartuce, assenta que o elemento culpa surge a partir da *Lex Aquilia* e cita, ainda, a necessidade de ater a três requisitos para a configuração dano, sob a concepção de *'damnum iniuria datum'*: “O primeiro deles era a *iniuria*, ou seja, que o dano tivesse origem em ato contrário ao direito. O segundo requisito, a *culpa genérica*, isto é, um ato positivo ou negativo praticado por dolo ou culpa específica do agente(...) o *damnum*, uma lesão patrimonial”⁹.

Nos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira¹⁰, há uma abordagem comparativa entre autores romanistas que lesionam ser estranha a concepção de culpa à Lei Aquiliana, sendo eles: Arangio Ruiz ; Emilio Betti ; Giovanni Pacchioni; Pietro Dei Francisci; e na contramão, os que entendem pela influência da culpa são Edouard Cuq ; Filippo Serafini ; Van Wetter; Biondo Biondi; Maynz; Rene Foignet; Marcel Planiol.

Em uma linha cronológica e mais próximo dos dias atuais, o Direito Francês, por meio do Código Napoleão, de 1804, foi o propulsor da responsabilidade civil do tempo moderno, pois, aperfeiçoando os pensamentos romanos, definiu princípios gerais da responsabilidade e a necessidade da configuração da culpa para que houvesse a reparação do dano. Foi a primeira legislação codificada sobre o tema.

⁸ FERRACINI, Douglas Guedes Ferreira. **Responsabilidade Civil: Cláusulas Específicas de Responsabilidade Civil - Um Estudo sobre a Natureza Sancionatária dos Indenizações por danos Morais**. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2011.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. São Paulo: Método, 2018, p. 20.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 23.

O citado Código introduzia novo entendimento de maneira a ampliar o conceito de responsabilidade civil: “Art. 1.382 Todo ato, qualquer que seja, de homem que causar dano a outrem obriga aquele por culpa do qual ele veio a acontecer a repará-lo”¹¹.

Há vários doutrinadores, dentre eles Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Carlos Roberto Gonçalves, os quais denominam a responsabilidade extracontratual por responsabilidade aquiliana, todavia, deve-se ponderar a abordagem feita por Flávio Tartuce, ao citar Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, visto entender ser equivocada essa nomenclatura:

Isso porque a culpa estudada na contemporaneidade tem forte influência religiosa e cristã, decorrente da ideia de pecado e de castigo. Já a culpa romana não sofria esse tipo de ingerência conceitual, sendo apenas um dado accidental, eis que constituía seu fator fundamental a causalidade do agente em relação ao dano, ou seja, o que obriga alguém a reparar é ter sido a causa de um dano e não ter desejado causar esse dano que efetivamente causou¹².

Já no século XX, nos Estados Unidos da América, funda-se o conceito de responsabilidade objetiva, no ano de 1908, sobre acidentes ferroviários; e em 1915, relacionados ao transporte marítimo. Contudo, o maior marco da responsabilidade acontece em 1965 “quando a Suprema Corte reconheceu que o *“right to privacy”* (i.e., “direito à privacidade”) encontrava-se sob proteção constitucional”¹³.

Isto pois, rompe o entendimento de dano vinculado exclusivamente ao patrimônio, ou seja, o dano material. O reconhecimento da privacidade foi o

¹¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 85. Texto no original: “*Art. 1.382 – Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*”

¹² TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. São Paulo: Método, 2018, p. 20.

¹³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p 88.

primeiro passo para conceber o reconhecimento dos danos imateriais, estando eles vinculados a atos ilícitos que abalem os sentimentos intrínsecos da pessoa, ou ainda, sua origem ideológica, religioso, sua opção sexual, sua raça, e outros fatores.

1.2 ANÁLISE DO INSTITUTO NO BRASIL

Sob forte influência da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, o Direito Brasileiro, tanto Código Criminal de 1830, quanto na Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841 (Reforma do Código de Processo Criminal) previa que a reparação do dano na esfera cível impescindia de condenação criminal.

O Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização dos etc¹⁴.

A responsabilidade civil no Código de 1916, sob forte influência do Código Francês, definia a necessidade de comprovação de culpa do agente para que outro pudesse exigir a reparação do dano. Tinha por limitação a reparação apenas do dano patrimonial, ausente qualquer norma com abordagem referente ao dano moral, sendo esse suportado e fortalecido pela jurisprudência e doutrina.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 27.

Explica-se o fato porque, no final do século XIX e início do século XX, quando elaborado o diploma, a matéria ainda não havia atingido ainda um estágio de maturidade teórica e jurisprudencial. Acrescente-se que o estudo da responsabilidade civil é especialmente dinâmico, estando a surgir a cada momento novas teorias e linhas de pensamento, na doutrina e na jurisprudência, fruto não só do pensamento jurídico como também das novas necessidades e das constantes transformações sociais¹⁵.

No atual Código Civil, a reparação de dano advém do cometimento de um ato ilícito, conforme disposto no art. 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”¹⁶.

A doutrina conceitua ato ilícito por:

Toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. O ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou que ocasione prejuízo a outrem¹⁷.

O citado diploma legal civilista, ainda estabelece que aquele por ato ilícito causa dano a outrem, deverá reparar, nos termos do art. 927¹⁸.

São considerados como danos clássicos, os danos materiais e os morais, visto possuírem um marco teórico fundamentado na Constituição Federal de 1988, bem como os novos danos cabíveis como sendo: danos estéticos, os danos morais coletivos, os danos sociais ou difusos e os danos por perda da chance¹⁹.

¹⁵ VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 391.

¹⁶ BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 20 nov. 2019.

¹⁷ TARTUCE, Flávio **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 468.

¹⁸ TARTUCE, Flávio **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 468.

¹⁹ TARTUCE, Flávio **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 499.

Cabe ainda mencionar a ampliação do termo dano disposto no Enunciado nº 456, da V Jornada de Direito Civil, ao estabelecer que:

A expressão 'dano', no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas²⁰.

Destarte, é nítida a conformação histórica para as definições atuais de responsabilidade civil, havendo ainda, fundada influência do direito romano, responsabilidade civil subjetiva, e concepções mais recente de responsabilidade civil objetiva, sendo esta aplicada aos danos causados pelo Estado em ações comissivas e em algumas situações as relações privadas e aquela aplicada nas relações privadas e nas omissões do Estado.

1.3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de adentrar as definições doutrinárias da responsabilidade civil, merece fazer algumas considerações a fim de comparar os termos obrigação e responsabilidade, visto que, ao senso comum, podem denotar ideias semelhantes.

A obrigação é a relação jurídica entre o credor e o devedor para cumprimento de uma prestação. Com isso, a relação entre obrigação e responsabilidade está condicionada aos percalços em que a primeira não é adimplida de forma livre e espontânea, e por consequência, nasce responsabilidade sobre o inadimplemento. Portanto, a responsabilidade emerge das consequências jurídicas da relação obrigacional descumprida²¹.

²⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 456 da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acessado em 20 nov. 2019.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 20 e 21.

Cavaliere Filho complementa ao estabelece que:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; Responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que “a responsabilidade é a sombra da obrigação”²².

Em que pese os entendimentos doutrinários retro mencionados, ao estabelecer tamanha relação adstrita entre obrigação e responsabilidade, há autores como Álvaro Villaça Azevedo, Arnaldo Wald e Orlando Gomes²³, os quais defendem exceções e citam a fiança, como exemplo de uma responsabilidade sem obrigação. Eles não reconhecem relação jurídica às obrigações naturais, mas apenas um vínculo moral²⁴.

Sem muitas delongas, resta essencial uma abordagem conceitual de reponsabilidade civil.

Da obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho é possível extrair que “responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar)”²⁵.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

²³ Doutrinadores extraídos das obras de Paulo Nader e Sérgio Cavaliere Filho, os quais indicam as obras de Álvaro Villaça de Azevedo, *Responsabilidade Civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 5; Arnaldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*, 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 5; Orlando Gomes, *Obrigações*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p.12.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Reponsabilidade Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p 9.

De modo a complementar, Noronha citado por Venosa, atribui à responsabilidade civil “uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *strictu sensu*”²⁶.

A responsabilidade civil deve ser orientada a partir de princípios e normas com o fim de indenizar, para que, desta maneira, possa reestabelecer o equilíbrio patrimonial e moral infringido, isto pois, “um prejuízo ou dano não reparado é um fato de inquietação social”²⁷.

Em sua obra, Venosa aborda uma preocupação acentuada na identificação do responsável pelo dano, isto porque sem conhecer o causador, a vítima acabará por suportar os desgastes advindos do prejuízo²⁸.

Insta salientar que a responsabilidade tem classificação doutrinária em algumas espécies, como a responsabilidade jurídica e moral; responsabilidade civil e penal, responsabilidade contratual e extracontratual, bem como responsabilidade subjetiva e objetiva.

Para fins desse estudo, será aprofundada as classificações de responsabilidade subjetiva e objetiva, bem como a responsabilidade contratual e extracontratual.

1.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

São elementos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano e nexo de causalidade e a culpa.

²⁶ VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 394.

²⁷ VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. 390.

²⁸ VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 394

O elemento conduta humana corrobora que somente o homem pode ser civilmente responsabilizado. Essa conduta voluntária pode ser positiva ou negativa, manifestadas pelo agente que desencadeia o prejuízo a outrem²⁹.

A voluntariedade é requisito imprescindível para que haja a conduta, pois não se pode responsabilizar aquele que age involuntariamente. Exemplificando, tem-se o dano causado pelo agente a um manuscrito, pois os ácaros no documento o fazem espirar e conseqüentemente danifica-lo. Assim, o elemento volitivo é a “a consciência daquilo que está fazendo”. É um elemento presente tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva, diferenciadas no próximo tópico³⁰.

O dano nada mais é que o prejuízo suportado pela vítima. Resta lembrar que nem todo dano será indenizado, mas tão somente àqueles decorrentes de ato ilícito.

A terminologia mais moderna cuja relação tem para com a responsabilidade civil é a noção de lesão. Entende-se que o dano precisa ser atual e certo, não cabendo, *a priori*, danos hipotéticos³¹.

O nexos de causalidade é fundado em 3 teorias, quais sejam: teoria da equivalência de condições; teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta ou imediata. Em que pese não haver total consenso, parte da doutrina entende que no Brasil aplica-se a Teoria da Causalidade Adequada, posto que não considera o nexos causal como qualquer condição para que haja efetivamente o resultado – como na Teoria da Equivalência – “mas sim, segundo

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p 27.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p 28.

³¹ VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

um juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso”³².

Por derradeiro, a culpa é conceituada por José de Aguiar Dias citado por Venosa como: “a falta de diligência na observação da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível”³³.

1.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

A distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva está diretamente ligada a ideia de culpa. Assim, na primeira, faz-se indispensável a existência do caráter culposos da ação ou omissão, enquanto que na última tem-se por exigência tão somente do nexos causal entre a atividade e o resultado danoso.

Para Carlos Roberto Gonçalves, na responsabilidade subjetiva, também denominada de teoria da culpa, atribui-se à vítima a necessidade de comprovação da culpa para fazer jus à indenização em razão do dano sofrido. Assim, somente haverá responsabilização se o agente causador do dano agir com dolo ou culpa³⁴.

O Código Civil Brasileiro funda-se na teoria ‘subjetiva’, depreendida do texto do art. 186.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito³⁵.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p 88.

³³ VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 48.

³⁵ BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 20 nov. 2019.

Diante o processo tecnológico e industrial, há inúmeras situações de difícil comprovação da culpa, sendo que, a partir de trabalhos formulados na Itália, Bélgica e, em especial, na França, sustentou-se a responsabilidade objetiva, a qual é fundamentada na teoria do risco, ou seja, responsabilidade sem culpa³⁶.

O Código Civil estabelece a possibilidade da responsabilidade objetiva conforme previsto no parágrafo único do art. 927.

Art. 927. 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. (Sem grifo no original)³⁷.

A teoria do risco justifica-se pois,

Toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo³⁸.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

³⁷ BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em: 20 nov. 2019.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 49.

Portanto, nas relações privadas sobrecitem a responsabilidade objetiva e subjetiva, com aplicações taxativas apenas para a objetiva, pois a regra no Direito Civil é a subjetiva.

1.6 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A diferenciação da responsabilidade contratual e extracontratual faz-se necessária, pois a primeira independe da comprovação de culpa, sendo a outra imperiosa a sua comprovação.

Na responsabilidade contratual, há a constituição de uma relação prévia, que constitui uma obrigação entre as partes, positiva (dar ou fazer) ou negativa (não fazer). O dano, nessa relação, decorre do inadimplemento ou ilícito contratual, por uma das partes. A extracontratual decorre da lesão a direito subjetivo entre a vítima e o ofensor³⁹.

Na doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho existem três elementos que diferenciam a responsabilidade contratual da extracontratual, sendo eles: “a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto a culpa; e a diferença quanto à capacidade”. Assim, entende que para a existência da responsabilidade contratual existe necessariamente uma relação pré-constituída entre autor e vítima. Já na responsabilidade extracontratual há, na verdade, violação a uma obrigação negativa, qual seja de não causar dano a outrem⁴⁰.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 15.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p 18.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUA APLICAÇÃO NA SAÚDE PÚBLICA

2.1 REFLEXÕES INICIAIS

Para adentrar no termo "Responsabilidade Civil do Estado", é imperioso destacar a controvérsia existente na doutrina sobre aplicação da responsabilidade objetiva ou subjetiva nas ações omissivas estatais. Em suma, nas ações comissivas, a responsabilidade é objetiva e impera pela ação do Estado, já na omissivas, onde propaga controvérsia, há uma ausência do Estado, quando deveria agir.

A luz dessa controvérsia doutrinária, prevalecerá, para fins desse estudo, o entendimento do doutrinador Hely Lopes Meireles: “o §6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina de Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva”⁴¹, assim como o entendimento do STF extraído de um julgado, *in verbis*:

Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º). **Essa concepção teórica que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público, não importando que se trate de comportamento positivo ou que se cuide**

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 742.

de conduta negativa daqueles que atuam em nome do Estado⁴². (sem grifo no original)

Afim de enriquecer a temática divergente, insta mencionar que a omissão, na concepção de Guilherme Couto de Castro citado por Cavalieri Filho, sustenta duas classificações, sendo elas a omissão genérica e a omissão específica. O que se entende por omissão genérica está no campo da não ação do Estado, visto que este não pode estar presente em todas as situações cotidianas de seus administrados. Entretanto, naquelas situações que sua atuação é presente, por uma condição específica, e há negligência de suas atividades, estará diante de uma omissão específica⁴³.

Exemplificando: um motorista embriagado que dirige seu veículo atropela um pedestre, assim não poderá ser responsabilizado o Estado a reparação do dano por evitar que pessoas alcoolizadas trafeguem nas vias. Distintamente, a reparação deveria ser exigido caso, o mesmo motorista tenha passado a quilômetros antes por um posto policial, ter sido parado e continuar na direção do veículo.

Em sua obra, Carlos Roberto Gonçalves ao citar Álvaro Lazzarini delimita que “se presente a omissão em quaisquer dos três Poderes do Estado, e não só no Poder Executivo, e dessa omissão ocorrer dano a terceiros, o Estado deve recompor o patrimônio ofendido, respondendo, assim, civilmente pelo dano acarretado pelo agente estatal”⁴⁴. Assim, o Estado não suporta os danos causados apenas pela atuação do Poder Executivo, porque tem por competência típica a

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 807.153. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000227913&base=baseMonocraticas>>. Acessado em: 14 out. 2019.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 231.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p 164.

administração e execução de serviços, a ação ou omissão dos Poderes podem ensejar danos a terceiros.

À vista do mencionado, a responsabilidade civil do Estado é uma obrigação que a lei impõe para ressarcir danos causados e advindos da atividade estatal⁴⁵. A partir do conceito da responsabilidade do Estado, conclui-se que, inclusive, esse tem a obrigação de reparação de dano, mesmo agindo em prol do coletivo, todavia a atividade estatal é mais gravosa, visto que sua obrigação de reparar independe da comprovação de culpa, ou seja, é necessário apenas que haja o dano e nexos causal entre a conduta.

Vale destacar que esta figura imaginária, dotada de personalidade jurídica, denominada de Estado, que administra e executa uma gama de serviços, é regida por princípios e interesses, sobretudo coletivos, que são necessariamente priorizados quando em confronto aos interesses individuais, que de certa forma é distanciado na apuração da responsabilidade quando causador de dano. Contudo, recair sobre o Estado é a maneira de distanciar da teoria da irresponsabilidade, a posteriori trabalhada⁴⁶.

É cristalina a todos, a maneira que atua essa criação jurídica ficta, visto que somente pela atividade de pessoas, em seu nome, há a real efetivação de suas atribuições.

A parte final do art. 37, § 6^a da CF permite às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado a ação de regresso contra o responsável em caso de dolo ou culpa. Com isso, o ônus suportado pelo Estado, no primeiro momento, deve ser transferido ao agente público responsável pelo dano.

⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11.

⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11.

2.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, até o alcance dos marcos da concepção atual, trilhou diversos caminhos, tais como: o da total irresponsabilidade do Estado, passando pela responsabilidade subjetiva para chegar à conformação atual da responsabilidade objetiva. Foi um processo evolutivo decorrente da própria constituição do Estado de Direito. O modelo atual é baseado no sistema europeu-continental, sob fortes influências do Direito Francês⁴⁷.

Sem muitas delongas, a primeira teoria estabeleceu a irresponsabilidade do Estado, visto que o rei, representação divina na terra, não erra (*The king can do not wrong*). Com isso, é afastado o Estado de qualquer situação danosa, devendo ser demandado, única e exclusivamente, o funcionário causador do dano⁴⁸.

Esse foi um período absolutista e, conseqüentemente, de total soberania do rei, sendo que, responsabilizá-lo por causar danos a terceiros, seria colocá-lo na mesma condição de seus súditos, ou seja, afrontar sua supremacia.

A Teoria da Irresponsabilidade sustentava-se em 3 pressupostos:

Na soberana do Estado, que, por natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2 - segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3 - daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles como praticados nomine próprio⁴⁹.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 219 e 220.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 874 e 875.

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18 e 19.

A teoria foi abandonada pela notário distanciamento do justo, visto que, se o Estado tutela direitos, quando a sua ação ou omissão causar danos a terceiros, este deve ser responsabilizado; “o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade”⁵⁰.

Superado esse período, a responsabilidade do Estado passa a ser subjetiva, pelo entendimento esposado na Teoria Civilista. Este foi o primeiro passo para o rompimento da total aversão estatal à reparação quando causador de dano.

O Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade. Se o Estado é guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízo por ato do próprio Estado⁵¹?

Cavaliere, ao citar Celso Antônio Bandeira de Mello, define os marcos para o reconhecimento da responsabilidade do Estado nos Estados Unidos, em 1946, por meio da *Federal Tort Claims Act* e na Inglaterra em 1947 pelo *Crown Proceeding Act*, apesar do marco de fundamental relevância do aresto Blanco⁵², julgado pelo Tribunal de Conflitos, em 1873⁵³.

Neste período, a responsabilidade era avaliada de acordo com os atos praticados pelo Estado, dividindo-se em atos de império e de gestão. Quando o

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.19.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 219.

⁵² Este caso tratou do atropelamento da menina Agnès Blanco, em 1873, em Bordeaux, na França. Agnès foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco, de exploração do Estado. O pai da menina acionou a justiça, com um pedido de indenização, alegando a responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados a terceiros, em face das atividades de seus agentes. MB/RN **Eros Grau pede vista em recurso sobre responsabilidade objetiva de prestadores de serviços públicos**. Notícia STF. acessado em 31/10/2019.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 219 e 220.

Estado, na sua atuação, praticava atos de império, esse não tinha obrigação de indenizar, diferentemente do ato de gestão, do qual poderia ser responsabilizado:

Procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal⁵⁴.

Com efeito, houve resistência ao entendimento, visto a sua impossibilidade na divisão da personalidade estatal para definição do que seria ato de gestão ou ato de império. Em que pese ainda haver doutrinadores 'apegados' à Teoria da Culpa Civil, esta foi abolida⁵⁵. Destaca-se que a citada teoria foi motivadora do art. 15 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano⁵⁶.

Frente às incertezas da mencionada Teoria, a responsabilidade estatal, sob influência da doutrina da Paul Duez, consagra a Teoria da Culpa Administrativa, cuja identificação do agente responsável é desnecessária, devendo, apenas,

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p 659.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1458.

⁵⁶ BRASIL. **Código Civil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Legislação revogada pela Lei 10.406/2002. Acessado em 20 nov. 2019.

comprovar o mau funcionamento do serviço público. “A doutrina, então, cognominou o fato como *culpa anônima* ou *falta do serviço*. (...) podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço”.⁵⁷ Essa teoria ainda guarda resquícios do elemento culpa.

Por derradeiro, a teoria consagrada, atualmente, como decorrente da própria evolução do Estado de Direito, é a da Responsabilidade Objetiva do Estado, a qual não se considera mais, como requisito prévio à responsabilização, a culpa da Estado ou de seus agentes, mas tão somente a demonstração, clara e inequívoca, da ocorrência de ação ou omissão estatal causador de um fato danoso e/ou injusto à vítima⁵⁸.

Di Pietro, em uma comparação à empresa de seguro, justifica a teoria pois:

Parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo⁵⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a responsabilidade objetiva como sendo “a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”. Assim como, condiciona essa obrigação a existência de trivial relação entre a conduta e o dano⁶⁰.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p 660.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 781.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1.460.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiro, 2009, p. 995 e 996.

Ao passo que a Teoria do Risco Integral entende pela obrigação do Estado de indenizar sempre, ou seja, todo e qualquer evento danoso⁶¹.

2.3 OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE INDENIZAR

A Responsabilidade Civil do Estado no Brasil está prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa⁶².

A configuração da responsabilidade civil objetiva do Estado, sob a ótica do dever de indenizar, ainda obedece a requisitos definidos na jurisprudência do STF, ao ponto que, na falta de ao menos um, exclui a sua obrigatoriedade. Confira-se:

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalecte no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 214/516-517, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)⁶³.

⁶¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 1.126.

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 20 nov. 2019.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 807.153. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em

Tem-se, assim que, a obrigação do Estado de indenizar decorre de “evento que desequilibra o patrimônio econômico ou moral do administrado”. Os danos causados pela Administração Pública decorrem dos atos de seus agentes, assim como sua omissão, falhas de máquinas ou falha dos serviços⁶⁴.

Para esta responsabilidade estatal entende-se que “a teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade objetiva integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração”⁶⁵.

Assim, salienta-se que há causas que excluem totalmente a responsabilidade do Estado no que atina à indenização pecuniária, exemplificados pela doutrina como: força maior, culpa da vítima, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, legítima defesa, caso fortuito, atos criminosos, atos rebeldes, atos praticados em esfera excêntrica⁶⁶.

Com efeito, de igual modo que nas relações privadas, o Estado também é obrigado a reparar o dano.

2.4 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O Estado de bem-estar social, *welfare state*, com ampla abordagem no final do século XX, década de 80, visa a conformação da eficiência estatal, pois busca tanto a geração de riquezas, como também, sua distribuição por meio da prestação dos serviços públicos. Esse ponto está diretamente vinculado ao surgimento no neoliberalismo, onde há significativa redução do Estado,

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000227913&base=baseMonocraticas>>. Acessado em: 14 out. 2019.

⁶⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 193 a 195.

⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 293.

tornando-o minimalista em sua atuação e suas interferências são apenas em situações realmente necessárias⁶⁷.

A instituição do Sistema Único de Saúde - SUS adveio de um movimento sanitário em todo o país, por profissionais da saúde, cujas finalidades eram levar serviços de saúde a toda população, bem como o rompimento do período ditatorial para conseqüente democratização do Estado.

As Cartas Constitucionais precedentes a CF/88, de forma esparsa e sem muito aprofundamento, garantiam a população apenas o serviço denominado de 'socorro público', como exemplo a Constituição de 1824, em seu art. 179, XXXI⁶⁸. Eram serviços prestados pelas Santas Casas de Misericórdia, àqueles sem vínculo empregatício, que necessitavam de cuidados médicos em casos extremamente necessários.

A Constituição de 1988 foi um grande marco no ordenamento brasileiro, visto ser a primeira Carta Brasileira a instituir a saúde por direito fundamental, sendo direito de todos e obrigação do Estado (art. 196, CF), ao passo de afastar a inércia do Estado às crescentes patologias que devastavam o país diante a falta de seu controle.

O capítulo da seguridade social, previsto na CF/88, é uma tentativa de ampliação da proteção social fomentada pelo bem-estar social, isto pois, define diretrizes para a saúde como a universalidade de acesso, as responsabilidades dos entes, orçamento próprios e a ativa participação da sociedade na decisões locais, por meio dos Conselhos de Saúde que incluem profissionais da saúde,

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 55.

⁶⁸ MENDES. Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

usuários do SUS e Gestores em saúde, dos níveis federal, estaduais e municipais⁶⁹.

Entre os direitos de segunda geração tem a saúde garantida pelo Estado, mediante políticas públicas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle. Ações e serviços de saúde podem ser executados diretamente pelo Ente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado⁷⁰.

O art. 198, II, da Carta Magna estabelece que as ações e serviços públicos de saúde, que integram a rede regionalizada e hierarquizada, constituem o Sistema Único de Saúde - SUS, devendo ser organizado, dentre outras diretrizes, pelo atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais⁷¹.

O SUS regulamentado pela Lei nº 8.080/1990, também denominada de Lei Orgânica da Saúde, garante a saúde por direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Aponta ainda que o dever do Estado de oferecer serviços de saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que

⁶⁹ LOBATO. Lenaura de Vasconcelos Costa. **Políticas sociais e modelos de bem-estar social: fragilidades do caso brasileiro**. Saúde Debate. v. 40, n. especial. p. 90.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 20 nov. 2019.

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 20 nov. 2019.

asseguem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação⁷².

A partir dos fragmentos das normas que regem o SUS, será necessário esclarecimentos quanto à extensão desse direito, porque, pelas normas, há indução de não haver limites para atuação estatal quanto à oferta de serviços, e, conseqüentemente, há impacto direto no estudo, visto que, se o gestor de saúde não promover a ação necessária à cura do paciente ou sua sobrevivência, poderá sujeitar-se a reparar o dano pela perda de uma chance.

Do art. 196 da Constituição Federal, *in verbis*, extrai-se dois princípios norteadores, quais são universalidade e igualdade:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e **ao acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (sem grifo no original)⁷³.

Consonante o art. 7 da Lei 8.080/1990, além dos mencionados, ainda estabelece dentre outros princípios e diretrizes, o da integralidade, nestes termos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e

⁷² BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acessado em 20 nov. 2019.

⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 20 nov.

curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

- preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- participação da comunidade;
- descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
- organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013⁷⁴.

Ao passo que a universalidade da saúde, garante o acesso, a integralidade garante esse acesso a todos os níveis de complexidade, ou seja, desde um serviço da atenção primária, como algumas consultas até a mais alta complexidade, como um transplante de órgão, por exemplo. No Brasil, que tem dimensão continental com uma população de 210.147.125 (duzentos e dez milhões, cento e quarenta e sete mil, cento e vinte cinco) habitantes⁷⁵, é previsível que as

⁷⁴ BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acessado em 20 de nov. 2019.

⁷⁵ Censo IBGE. População estimada em 2019. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio>>.

necessidades assistenciais sejam infinitas, entretanto, os recursos são finitos. Isso justifica as dificuldades enfrentadas pelo SUS.

A partir de estudos de sanitaristas, observou-se, como barreiras da saúde, a sua judicialização e a limitação de recursos financeiros e humanos. Paim acrescenta outras barreiras de necessária transposição, como “insuficiência da infraestrutura pública, a falta de planejamento ascendente, as dificuldades com a montagem de redes na regionalização e os impasses para a mudança dos modelos de atenção e das práticas de saúde”⁷⁶.

Para fins deste estudo, a abordagem abrange a judicialização e seu impacto financeiro, pois são os gargalos que desencadeiam a falta de assistência ou, ainda, sua precariedade.

A judicialização é um fenômeno que não paira unicamente sobre os serviços públicos. O setor privado também é atingido diretamente pela cobrança dos usuários. Tal fato está intimamente ligado ao desenvolvimento tecnológico de equipamentos de exames, assim como da indústria farmacêutica⁷⁷.

Um dos principais responsáveis pelo grande número de ações judiciais são os próprios profissionais da saúde, em especial, o médico. Eles indicam o procedimento, os medicamentos e a necessidade de internações e justificam a limitação da sua atuação à indisponibilidade de recursos financeiros ou equipamentos na unidade de saúde⁷⁸.

Salienta-se que, na indicação de medicamentos, deve haver selo do Poder Judiciário para não obrigar o Estado a fornecer medicamentos que não possuem registro no órgão competente Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA,

⁷⁶ PAIM, Jairnilson Silva. **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. Ciência e Saúde Coletiva. v.23, n.6, p. 1725.

⁷⁷ PAIM, Jairnilson Silva. **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. Ciência e Saúde Coletiva. v.23, n.6, p. 1725.

⁷⁸ DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. **O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, p. 97.

“de modo a não sujeitar a coletividade ao custeio de tratamento de eficácia duvidosa e que podem trazer riscos à saúde do paciente”⁷⁹.

Uma crítica que merece destaque, cinge-se a situação de que a judicialização ampara apenas aos que dispõem de conhecimentos e meios financeiros suficientes para demandar acesso, sendo que muitas vezes nem são procedimentos previstos no sistema de saúde pública:

O sistema judiciário, por sua vez, acolhe demandas individuais e determina ao poder público a prestação de atendimentos, muitas vezes não previstos no SUS, baseado em um conceito amplo de universalidade e integralidade. Evidências, porém, sugerem que a judicialização tem aumentado a inequidade em saúde, pois apenas grupos sociais mais ricos têm meios para requerer acesso a tratamentos através do poder judiciário⁸⁰.

Esclarecendo, o SUS tem um rol de ações e serviços que são ofertados aos usuários que visam garantir a integralidade da assistência. Denominada de Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES, está prevista no art. no art. 21 do Decreto 7.508/2011, *in verbis*

Art. 21 A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde⁸¹.

Nesta esteira, o art. 25 do mesmo diploma legal, estabelece um rol para medicamento, *ipsis verbis*:

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.069.

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Relatório 30 anos de SUS, que SUS para 2030?** Brasília: OPAS, 2018, p. 36.

⁸¹ BRASIL. **Decreto 7.508 de 28 de junho de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acessado em 20 nov. 2019.

Art. 25 A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS⁸².

Sob a ótica do outro obstáculo – financeiro – o qual sofre influência direta na judicialização, traz à baila que demandas judiciais consomem volume relevante de recursos financeiros. Por consequência, as altas despesas dos entes políticos com a judicialização penaliza a coletividade⁸³.

Os gestores de saúde são limitados a um orçamento para atendimento de toda uma população. As demandas judiciais consomem boa parte desses recursos, sendo imprevisível estabelecer montantes no orçamento público capazes de suprir essas demandas. Essas demandas individuais necessariamente reduzem a capacidade dos gestores em desenvolver ações em prol da coletividade⁸⁴.

A partir dessa consideração tecida, verifica-se que há um clarividente desequilíbrio entre demandas judiciais individuais na área da saúde e Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

3 TEORIA DE PERDA DE UMA CHANCE APICADA À ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA

3.1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

As oportunidades são cada vez mais fonte de expectativa das pessoas, influenciada pela modernidade da sociedade, os avanços tecnológicos e suas

⁸² BRASIL. **Decreto 7.508 de 28 de junho de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acessado em 20 nov. 2019.

⁸³ PAIXÃO, André Luís Soares de. **Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS**. Ciência & Saúde Coletiva. v. 24, n. 6, p 2.168.

⁸⁴ DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. **O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. v. 8, n. 2. p 96.

consequentes facilidade. E quando surgem oportunidades é possível que haja vastos investimentos, inclusive financeiros, na expectativa de obtenção de êxito.

Cita-se como exemplo de oportunidade a tão sonhada vaga em um cargo público, em um concurso a ser prestado em Estado distinto do que resida a pessoa. Além do tempo dedicado aos estudos, ainda há os relevantes gastos com o transporte e algumas vezes hospedagem entre as cidades. Uma empresa aérea em que o voo atrasa e impede do candidato de chegar a tempo para prestar o concurso, frustra a chance da pessoa em concorrer a vaga ao cargo público. Esse é o exemplo mais citado pela doutrina, quando se fala da Teoria da Perda de uma Chance, isto pois, não existe garantia nenhuma que o candidato seria aprovado, contudo ele sequer pode fazer a prova, que seria a única forma de concretude da aprovação⁸⁵.

Outros exemplos mais próximos do estudo, são dos profissionais que possuem obrigação de meio, como os médicos, advogados. O médico quando no desempenho de sua atividade, com exceção das cirurgias plástica, não garante o resultado, mas apenas o melhor tratamento para a necessidade do paciente. Já o advogado não pode garantir o ganho de uma ação, visto que depende do livre convencimento do juiz. Todavia, o médico que erra um diagnóstico, frustra a oportunidade do paciente em obter a cura ou a retarda; e um advogado que perde o prazo de um recurso, frustra a oportunidade de seu cliente ter sua demanda reavaliada e possível êxito⁸⁶.

Nas situações narradas foram frustradas oportunidades das vítimas, sendo que não há como amoldá-las em dano moral, pois estão abarcadas pela incerteza do resultado. Por este viés em uma ação proposta, visto que um oficial

⁸⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

⁸⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

ministerial, de forma negligente, extinguiu a chance de êxito em uma demanda judicial, a surge na França, em 1889, a reparação do dano pela perda de uma chance⁸⁷.

No Brasil, a teoria foi traduzida de forma literal, mas é mormente denominada pela doutrina pela perda da oportunidade, pois CHANCE, segundo dicionário Aurélio, é uma ocasião favorável, ou seja, há uma restrição, já o vocábulo OPORTUNIDADE é a ocasião oportuna (que vem à tempo, a propósito, apropriada e conveniente)⁸⁸.

Peteffi esclarece que:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza⁸⁹.

Por ter uma aplicação recente no Brasil, é trivial muitas ações terem aplicação de danos diversos quando sua correta denominação seria dano imaterial pela teoria da perda de uma chance.

Rafael Peteffi Silva atribui a falta de sistematização da teoria como responsável por sua parca aplicação, fato este, justificado ainda, visto a reduzidas doutrinas brasileira referentes à temática, somada ao processo histórico da

⁸⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

⁸⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

⁸⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13 e 14.

primeira norma civilista brasileira de 1916, cujos bens jurídicos protegidos eram enumerados (art. 1537 a 1554)⁹⁰.

Isto justifica o imenso lapso temporal para que uma Corte Superior emitisse pronunciamento referente ao tema. Assim, apenas em 2005, por uma ação proposta em face do programa “Show do Milhão”, trouxe à baila a classificação do dano pela Teoria da Perda de uma Chance, para indenização um evento certo com resultado incerto. Antes do julgado, de maneira cotidiana, os acontecimentos futuros duvidosos eram suportando exclusivamente pela vítima.

Em contexto, a participante do referido programa, após responder inúmeras questões, teve por oportunidade responder uma pergunta e conquistar um prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). O questionamento definia a Constituição Federal como fonte da informação para resposta, o qual era “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?”

A tese de defesa da participante apontou que tal informação não estava disposta na CF/88, mas bem verdade, está descrita na Barsa.

No caso, o STJ entendeu que a incorreção da pergunta formulada pelo apresentador, visto que nenhuma das alternativas respondiam corretamente à pergunta, teve por consequência a perda pela participante da oportunidade concorrer ao prêmio⁹¹.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias

⁹⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459** - BA (2005/0172410-9) Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 13 de março de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006>. Acessado em 29 set. 2019.

ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

(REsp nº 788.459 - BA (2005/0172410-9). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicado em 13/3/2006)

Verifica-se que a Teoria “encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perda deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva”⁹².

Para Carlos Roberto Gonçalves (p. 285):

A mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível. A teoria da perda de uma chance só pode ser aplicada aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porque o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra não é indenizável.

Para Savi, “a perda de uma chance seria e real é considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento”⁹³.

3.2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO SUS

A partir das considerações tecidas referentes ao direito à saúde, o qual é regido por regras de direito público, busca a verificação da aplicação da responsabilidade civil quando o Estado é causador do dano pela Teoria da Perda de uma Chance.

⁹² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 134.

⁹³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

Em que pese a abordagem ter por viés a responsabilidade civil do Estado na sua atuação de políticas públicas de saúde, merece uma rápida abordagem o fato referente à atuação dos profissionais da saúde, afinal é por meio dessas pessoas que são ofertadas ações e serviços da natureza.

É cristalina, pois, a percepção de que todos os profissionais podem errar, haja vista tratar-se de algo intrínseco à própria condição humana. Nesta esteira, nenhum profissional está isento do cometimento de condutas equivocadas, como erro de um diagnóstico, de um tratamento proposto ou, ainda, a indicação equivocada de uma medicação⁹⁴.

Assim, todos os profissionais de qualquer área estão sujeitos a errar, inclusive o profissional médico, o que nem sempre ensejará responsabilidade:

Não está o médico proibido de errar. Nem sempre o erro acarreta a responsabilidade. Não pode, porém, errar por culpa, isto é, por açodamento, por ligeireza, por falta de estudo, por carência de exames, por despreparo técnico, dentre outros múltiplos fatores.⁹⁵

Não se pode acreditar que sempre que houver um dano, deverá o profissional ser responsabilizado. Caberá a ele demonstrar que diagnosticou com base em relatos do paciente e sua devida verificação, por meio de exames propostos ou ainda demonstrar que a condição do paciente não permitia nenhuma ação salvadora, visto o estágio da doença.⁹⁶

O Código Civil de 1916 previa, de forma expressa, a responsabilidade de alguns profissionais da saúde em seu art. 1.545:

Art. 1.545 Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência,

⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 326.

⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 326.

⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 326.

negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento⁹⁷.

Já a codificação civilista vigente, em seu art. 951, não enumerou os profissionais como a anterior. Contudo, estabeleceu a responsabilização a qualquer profissional atuando na área da saúde:

Art. 951 O dispositivo nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo⁹⁸.

Em total sensatez, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 0004802- 06.2003.8.26.0400 proferiu decisão, acerca da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações de prestação de serviços de saúde pública, sob a motivação de que não há entre o Estado e o indivíduo não há relação contratual, mas sim principiológica decorrente da Carta Magna.

Afastada de qualquer relação consumeirista "para o reconhecimento da responsabilidade civil da entidade prestadora do serviço médico e assistencial parte-se do pressuposto da precariedade ou deficiência do serviço prestado"⁹⁹.

Em termos de risco administrativo, aceita-se a reponsabilidade civil objetiva do hospital público, com superposição até mesmo ao risco inerente à operação cirúrgica expressamente assumida pelo paciente. "Responde a autarquia pelo dano causado por médico anestesista de seus hospital que, aplicando anestesia raquiana, causa dano ao paciente, sem que tivesse havido

⁹⁷ BRASIL. **Código Civil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acessado em 20/11/2019.

⁹⁸ BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 20/11/2019.

⁹⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 246.

interferência de causa estranha (força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima)"¹⁰⁰.

Apesar da fundada argumentação, em um viés consumerista trazido por Ênio Santarelli Zuliani, citado por Silva, uma visão contraposta à atuação do judiciário no enrijecimento da responsabilidade do profissional da saúde, permite uma singela reflexão:

As sentenças são armas de uma política de conscientização setorial. Um Judiciário coerente estimula revisão de conceitos, retomada de valores, modificação de condutas e aprimoramento de técnicas de serviços. Se os profissionais sentem que são mais exigidos pelos consumidores e que as sentenças estão rompendo redutos em que a impunidade reinava, naturalmente, por instinto de defesa, eles criam métodos eficazes de eliminação das reclamações que são transformadas em severas indenizações e que estigmatizam os médicos como inábeis, com comprometimento do currículo e de uma carreira promissora¹⁰¹.

Após as considerações supramencionadas, o doutrinador Flávio Higa traz uma inquietação sobre a possibilidade da aplicação da perda de uma chance sem que seja concretizado o dano. Exemplifica para esclarecer o questionamento¹⁰²:

Uma pessoa descobre, com dois anos de atraso, que é portadora de uma moléstia grave, a qual, diagnosticada e tratada precocemente pelos médicos que realizaram os exames de rotina e não a detectaram, teria 30% (trinta por cento) de chance de cura. Como a intempestividade da diagnose, a probabilidade ficou reduzida a 1% (um por cento). Todavia tal pessoa, dotada de uma compleição física privilegiada, submetida a um excelente tratamento com outra equipe e contando com uma dose de sorte, fica completamente sã, sem qualquer sequela¹⁰³.

¹⁰⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 247.

¹⁰¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil na área da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

¹⁰² HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012, 172.

¹⁰³ HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012, 172.

Pois bem, ele entende que não é possível, haja vista o caso emblemático superado pela Câmara de Londres em 2005. Trata-se do caso *Gregg vs Scott*, onde o Sr. Gregg, move uma ação em face do médico, Dr. Scott, por falha no diagnóstico de um câncer, localizado na axila esquerda. O médico acreditando trata-se de um tecido gorduroso, tardou o início do tratamento do paciente em nove meses¹⁰⁴.

A demora em iniciar o tratamento reduziu pela metade a perspectiva de cura. Assim, o paciente requereu indenização em razão da diminuição (perda) da chance de obter o melhor resultado. A Corte Inglesa entendeu, por 3 a 2, que seria necessário que tivesse havido o dano para ensejar a reparação, não havendo aplicação da perda de uma chance na ocasião de redução da chance, no caso, de cura¹⁰⁵.

Pois bem, a doutrina preleciona que, para que haja a reparação pelo dano da perda de chance, terá que ter uma chance certa, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tiver sido perdida, traria o benefício esperado¹⁰⁶.

Rafael Peteffi Silva aponta ainda que “a teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, 173.

¹⁰⁵ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, 173.

¹⁰⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p 528.

¹⁰⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 134.

A teoria da perda de uma chance é aplicada à atividade médica nas situações em que não se obteve o resultado favorável diante o tratamento proposto ou submetido, ou seja, o paciente deixa de ter chances de cura ou ainda de sobrevivência, por tempo razoável ao caso e minimamente qualidade de vida por todo o período. Deve, portanto, distinguir da continuidade de vida, por se tratar de evento certo. Com isso, “a falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência”¹⁰⁸.

Peteffi Silva ao cita Jacques Boré e exemplifica o caso de um paciente portador de uma doença incurável, não se deve considerar a possibilidade de cura e sim apenas de sobrevivência. Sob esta análise, as decisões proferidas pelos tribunais franceses observaram com seriedade, ademais a real chance perdida para, somente assim, seja configurado o dano e conseqüentemente reparado. Com isso, deve ser afastado quaisquer situações meramente hipotéticas e eventuais¹⁰⁹.

Como já mencionado, a responsabilidade civil do Estado será, em regra, objetiva, pois cabe a Administração zelar pela integridade física da pessoa, que diante a omissão de um de seus agentes responsáveis pela vigilância, venha a sofrer algum dano. Compreendo aqueles que hospitalizados, em uma unidade de saúde do poder público, venha a sofrer algum dano. Entendida como responsabilidade sem culpa¹¹⁰.

Apesar da abordagem primordial direcionar ao profissional médico, a responsabilidade pode recair a qualquer profissional da saúde que, dentre suas atribuições, cause danos ao paciente.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p 75.

¹⁰⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p.134.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p 636.

Entre o julgado que possibilitam o cabimento de reparação de dano por perda de uma chance, destaca-se o voto proferido pelo relator Desembargador Eugênio Facchini Neto, onde aduz que os fatos demonstram a ausência de certezas de cura e a admite sua probabilidade ante os fatos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO-HOSPITALAR. MUNICÍPIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE FALHA NO ATENDIMENTO. SUS. FRATURA DE PULSO/MÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE URGÊNCIA. MUNICÍPIO QUE NÃO POSSUÍA MÉDICO COM A ESPECIALIZAÇÃO NECESSÁRIA. DEMORA NO ACIONAMENTO DA REDE INTEGRADA. PERDA DE UMA CHANCE.
(...)

Os documentos constantes dos autos revelam que o primeiro atendimento foi feito em 28/08/2007 (data do acidente) mas o encaminhamento para a cirurgia ocorreu apenas em 08/01/2009, quando da emissão do “Documento de Referência e Contra-referência / identificação do paciente”, sendo a cirurgia realizada ainda muito tempo depois.

Ademais, a prova pericial revela que a demora de mais de três anos na realização da cirurgia contribuiu para o resultado final (sequelas permanentes que reduzem a capacidade de trabalho do autor). Tivesse a cirurgia sido realizada à época, as chances de cura total eram enormes. Aplicação da teoria da perda de uma chance, pois é isso, precisamente, que a caracteriza: a ausência de certezas e a admissão de um juízo de probabilidade ou, no limite, de possibilidade.

Quantum indenizatório fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), considerando as peculiaridades do caso. Tal valor deverá ser corrigido a partir desta data (Súmula

362 do STJ), e acrescido de juros moratórios desde a data do evento danoso (28/08/2007), ambos apurados com base nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos de Lei 11.960/09.

(Apelação Cível Nº 70074148396, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/09/2017)¹¹¹.

¹¹¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70074148396**, Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 27 de setembro de 2017. Disponível: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70074148396&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acessado em 29 set. 2019.

Ainda no que tange ao supracitado voto, o relator na fixação da indenização, considera que, para que seja aplicada a tese da teoria da perda de uma chance, “jamais se imputa ao réu o dever de pagar por todo o dano sofrido pela vítima ou por toda a vantagem esperada e frustrada. Indeniza-se apenas e tão somente a chance perdida, na proporção da perda e da expectativa de ganho”¹¹².

A aplicação do dano pela perda de uma chance por omissão de assistência à saúde, não pode ser confundido com a possibilidade de danos estéticos, pois concerne “a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém”. Por conseguinte, o dano estético impescinde de uma transformação no corpo do paciente. Já no dano por perda de uma chance, as sequelas físicas podem coexistir, conquanto perde-se a possibilidade de cura¹¹³.

É imperiosa a avaliação conjunta os princípios que regem a Administração Pública, em especial, a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, norteador das demais normas de direito administrativo e “presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública”¹¹⁴.

O benefício à coletividade é sempre o fim das atividades administrativas desenvolvidas pelo Estado. Assim, o indivíduo não é propriamente o destinatário da atividade administrativa, mas sim toda a sociedade que dela necessite, afastando, desta feita, o individualismo exacerbado, tendo o Estado o caráter

¹¹² BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70074148396**, Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 27 de setembro de 2017. Disponível:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70074148396&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acessado em 20 set. 2019.

¹¹³ LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. São Paulo: RT, 1980, p 17.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 133.

como o *Welfare State* (Estado/bem-estar). Com isso, sempre que houver um conflito entre o interesse público e o interesse privado, deverá prevalecer o interesse público¹¹⁵.

O fator de influência da ampliação das atribuições do Estado, conjuntamente com as crises econômicas que o país vivencia, propulsiona a fragilidade do SUS e as demandas individuais de assistência à saúde frente ao princípio da universalidade¹¹⁶.

O predomínio da doutrina do neoliberalismo justamente no período de implantação do SUS, com as limitações do *Welfare State* nos países europeus e a crise econômica de 2008, representam um sério obstáculo para o desenvolvimento de sistemas universais de saúde. Do mesmo modo, a proposta político-ideológica da Cobertura Universal em Saúde, patrocinada por organismos internacionais, só faz reforçar tal doutrina e fragilizar os valores civilizatórios do SUS¹¹⁷.

Essas ações devem coadunar, de mesmo modo, com o princípio da reserva do possível, estabelecido com base na possibilidade e na extensão da atuação estatal para que alguns direitos sociais e fundamentais sejam efetivados¹¹⁸. Pois como bem pontuado por Stephen Holmes e Cass Sunstein citado por Gilmar Mendes, “levar a sério os direitos, significa levar a sério a escassez”¹¹⁹.

Portanto, face ao precedente da aplicação, não há dúvidas quanto à possibilidade do Estado vir a ser demandado a indenizar pela perda de uma chance e, ante a falta de legislação para regulamentar a temática, ficará a cargo

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

¹¹⁶ PAIM, Jairnilson Silva. **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. Ciência e Saúde Coletiva. v.23, n.6, p. 1725.

¹¹⁷ PAIM, Jairnilson Silva. **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. Ciência e Saúde Coletiva. v.23, n.6, p. 1725.

¹¹⁸ SILVA, Leny Pereira da. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, p.26.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

do Poder Judiciário ponderar uma solução para as lides sobre o direito à saúde sob esse novo viés, considerando que se trata de uma tema que transborda de processos os Tribunais do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil percorreu longo trilhão sociais para a concepção atual. A mais relevante evolução advém dos berços civilizatórios de Roma, rompendo a concepção da vingança privada, passando o dano ser ressarcido pelo ofensor por meios pecuniários.

Outro marco relevante advém do Código Francês, que dita os preceitos da responsabilidade civil no modelo atual. O Brasil, por meio do Código Civil de 1916, transparece as normas para apuração da responsabilidade civil, superando qualquer vínculo para com a responsabilização de égide penal.

Para o Estado, a responsabilidade não poderia ser distinta, assim, na ocorrência de um dano, a reparação far-se-ia medida a ser imposta. A distinção considerável da relação do Estado para a privada está embasada ao fato da responsabilidade do Estado ser prescindível a comprovação de culpa, ou seja, basta que haja os elementos da conduta humana, do nexó causal e do dano para o nascituro da pretensão referente à reparação civil.

Na relação privada, o elemento culpa, em regra, precisa ser comprovado para que haja sua devida reparação, havendo algumas exceções previstas no Código Civil de 2002, as quais amoldam-se à responsabilidade objetiva.

Para se chegar à concepção de responsabilidade do Estado nos ditames atuais, a evolução transcorreu diversos níveis deontológicos, iniciando-se em um contexto de total irresponsabilidade, posto que 'o rei nunca erra', passando pela responsabilidade subjetiva, com a comprovação da culpa e atualmente, a responsabilidade objetiva, que consiste na Teoria do Risco Administrativo.

Não é consensual entre os doutrinadores a aplicação da responsabilidade objetiva quando da omissão do Estado. Todavia para a reparação do dano na área da saúde, o STF já se pronunciou pela aplicação do risco administrativo, independentemente se trata-se de atuação positiva ou negativa do Estado.

Nesta esteira, o Direito à Saúde, estabelecido na Constituição Federal de 1988, foi um grande marco para a população brasileira, que sofria à míngua pela desassistência e morria por doenças que facilmente alastravam por não haver tratamento adequado. O SUS foi uma quebra desse paradigma, um movimento social voltado à democratização do país que encerrava sua longa trajetória ditatorial.

As conquistas desse período estão intimamente ligadas ao aumento da expectativa de vida da população que, como maior acesso aos serviços de saúde, passou a ter a possibilidade de cura de uma doença, como uma chance a ser alcançada.

O Estado, por ser o responsável pela oferta de ações e serviços, pelo ditame constitucional, supera constantemente obstáculos para levar políticas públicas de saúde a toda a população, visto que o Brasil possui dimensões continentais, com inúmeras barreiras geográficas e culturas diversas.

Em que pese o sistema de saúde ter por principiologia a universalidade do acesso, sem distinguir brasileiros ou estrangeiros, tendo acesso todos aqueles que estão no território nacional, também está rotineiramente nas páginas de jornais e nas manchetes televisivas de sua atuação limitada, onde pessoas passam horas nas filas e não têm atendimento ou, pior, sua morte nas portas das unidades de saúde.

Com efeito, observa-se que a proposta nos moldes como descritos na Carta Magna não limita o acesso a serviço algum por nenhuma pessoa. Esclarecendo, mesmo aquelas que utilizam da saúde suplementar, podem demandar, em todos

os níveis assistências, o SUS. Justo, afinal o financiamento da saúde é uma “colaboração” de todos, por meios do pagamento de seus tributos.

Entretanto, o que se tem visto é insustentabilidade do sistema, desde à crise financeira vivenciada pelo Brasil em 2015, onde muitos brasileiros, os quais dependiam minimamente dos serviços de saúde pública (exemplo vacinação), atualmente são inteiramente “SUS dependentes”. A consequência é o aumento nas demandas de saúde que, nem sempre, são atendidas a contento.

Isso justifica a crescente demanda judicial voltada à obtenção do acesso aos serviços de saúde, haja vista a sua precariedade, ou ainda quando deixam o paciente a própria sorte, rememorando, em algumas situações, o período ditatorial de total inércia estatal.

A consequência desta desassistência é sentida nos palcos do Poder Judiciário, que, apesar de não serem responsáveis pelas políticas públicas, acabam fazendo vez, visto a estagnação da Administração Pública em oferecer serviços.

Cotidianamente, o Estado é demandado tanto para prestar serviços de saúde, quanto responsabilizado pelo serviço precário ou por sua omissão.

A demanda de prestar serviços (leitos de UTI, fornecimento de medicamentos) ainda gera inquietações, pois há uma priorização do interesse de um indivíduo, afastando o da coletividade, quando este é que deveria prevalecer. Ademais, tem-se ainda as relevantes montas dispendidas para o custeio dessas ações individuais, as quais o Judiciário, motivado mormente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, coagem os gestores de saúde a cumprirem suas decisões.

Não se pode deixar de mencionar que ainda há críticas referentes à parcela da população que tem conhecimento sobre as demandas de saúde feitas ao

Judiciário, deixando, aqueles mais desprovidos de conhecimento, a suportar só sua penúria.

Por derradeiro, as demandas judiciais decorrentes do dano causado pela própria Administração Pública, luz deste estudo, estão voltadas não só para a omissão do Estado, mas também, a sua atuação de forma insatisfatória, gerando consequências devastadoras, porque deixam sequelas na vítima, reduzem suas chances de cura ou, ainda, ocasionam a morte do paciente por um diagnóstico tardio ou errado.

Essas demandas judiciais necessitam da ocorrência do resultado danoso. É o momento em que o paciente experimenta consequências que podem perdurar a vida toda, ou ainda a família terá que conviver com a perda prematura de um ente.

As justificativas dos entes públicos pela deficiência na assistência sempre perpassam pelas dificuldades financeiras, pela falta de recursos humanos, processos administrativos que são demorados (exemplo licitações), no entanto, muitas vezes poderiam ser supridas por uma melhor gestão dos recursos financeiros.

São inúmeros os julgados que apuram a Responsabilidade Civil do Estado em indenizar a vítima desinente sua atuação na área da saúde, são ações que visam a reparação por danos morais, danos estéticos e pelo precedente estudado, pela perda de uma chance.

Essa Teoria, introduzida, efetivamente, no Brasil em 2005, vem ganhando espaço mesmo tratando-se de uma concepção da incerteza no resultado, o evento danoso é justamente o cerceamento da oportunidade em concretizar um evento certo, ou seja, há a perda da chance de conhecer um resultado almejado.

A perda de uma chance inicia-se na França, berço da responsabilidade civil nos moldes atuais e atualmente vasta aplicação no país.

No Brasil, apesar de não haver previsão legal para a sua aplicação, timidamente pelas ações no Poder Judiciário, tem sido mais estudada e conseqüentemente, aplicada. Alguns doutrinados mencionam como uma reparação de dano cabível, contudo, esclarecem a dificuldade de sua verificação.

Inobstante haja fundadas críticas sobre a judicialização da saúde, em um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aplicou-se o dano pela perda de uma chance a um paciente que perdeu parte da mobilidade da mão, visto a assistência precária ofertada ao paciente.

Portanto, verifica-se a possibilidade de aplicação da Teoria na ausência estatal ou na sua precariedade, de forma a afastar princípios que regem o Estado, como a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, princípio da Igualdade.

Essa consequência é fruto da ineficiência do Estado, conquanto não pode a população brasileira suportar sozinha o descaso praticado pelos seus governantes. De certa forma, quando um indivíduo recebe tal indenização, é a coletividade quem paga, mas ele sozinho conviver com a injustiça não faz do país um Estado Democrático de Direitos, que promove também o Estado de bem-estar social.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIAS DOUTRINÁRIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Censo IBGE. **População Estimada em 2019**. Disponível em
<<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio>>. Acessado em 6/11/2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DOMINGOS, Larissa de Oliveira; ROSA, Gabriela Ferreira de Camargos. **O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. v. 8, n. 2. p 82-99, 1/7/2019. Disponível em:
<<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/524>>. Acessado em 7/11/2019.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 1.126.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil: A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBATO. Lenaura de Vasconcelos Costa. **Políticas sociais e modelos de bem-estar social: fragilidades do caso brasileiro**. Saúde Debate. v. 40, n. especial, p. 87-97. Dez 2016. Disponível em
<https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042016000500087>. Acessado em 7/6/2019.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. São Paulo: RT, 1980.

MB/RN **Eros Grau pede vista em recurso sobre responsabilidade objetiva de prestadores de serviços públicos**. Notícia STF. Brasília, 8/3/2017.
Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69265>>. Acessado em 31/10/2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiro, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Relatório 30 anos de SUS, que SUS para 2030?** Brasília: OPAS, 2018.

PAIM, Jairnilson Silva. **Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos**. Ciência e Saúde Coletiva. v.23, n.6, p. 1723 – 1728. Abr. 2018. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-2018000601723&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acessado em 6/11/2019.

PAIXÃO, André Luís Soares de. **Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS**. Ciência & Saúde Coletiva. v. 24, n. 6, p 2167 – 2172. Mar. 2019. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000602167>. Acessado em 6/11/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil na área da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP Disponível

em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acessado em 08/06/2019.

VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 390.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. São Paulo: Método, 2018.

BIBLIOGRAFIAS LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acessado em 20 nov. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 456 da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acessado em 20 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto 7.508 de 28 de junho de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acessado em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda Executar o Código Criminal. Disponível de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acessado em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841**. Reformando o Código de Processo Criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm>. Acessado em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acessado em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459** - BA (2005/0172410-9) Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 13 de março de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 807.153**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000227913&base=base Monocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000227913&base=base%20Monocraticas)>. Acessado em: 14 out. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70074148396**, Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 27 de setembro de 2017. Disponível: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70074148396&codEmenta=7706337&temInte or=true>. Acesso em: 29 set. 2019.

OS DOIS LADOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO QUE TANGE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Ana Carolina da Silva Fonseca (Orientadora: Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva)

RESUMO: Da Grécia aos dias atuais, é descrita a história vivenciada por homossexuais com observância aos níveis crescentes de discriminação. As chamadas minorias oprimidas pela intransigência buscam por meio dos movimentos sociais frear tamanha violência. O enfoque deste estudo se limita a analisar os dois lados do ativismo judicial, trazendo como exemplo, a recente criminalização da homofobia. Inicialmente far-se-á considerações acerca da manifestação da homossexualidade desde os primórdios, abordando a origem da homofobia e os enfrentamentos visando combater a mazela em questão. Em seguida, foi realizada uma retomada histórica no que tange o princípio da Separação dos Poderes, por fim, foi exposto o papel do ativismo judicial, averiguando-se os aspectos positivos e negativos desse instituto e sua aplicação na criminalização da homofobia. Esta pesquisa possui caráter qualitativo, tendo por base de estudo: a doutrina, projeto de lei e a legislação vigente que tangenciam o tema em tela.

Palavras-Chave: Homossexualidade. Homofobia. Separação de poderes. Ativismo judicial. Criminalização.

ABSTRACT: From Greece to the present day, the history of homosexuals is described with regard to increasing levels of discrimination. The so-called minorities oppressed by intransigence seek through social movements to stop such violence. The focus of this study is limited to analyzing both sides of judicial activism, bringing as an example the recent criminalization of homophobia. Initially considerations will be made about the manifestation of homosexuality from the beginning, addressing the origin of

homophobia and the confrontations aimed at combating the ailment in question. Then, a historical resumption was made regarding the principle of the Separation of Powers. Finally, the role of judicial activism was exposed, investigating the positive and negative aspects of this institute and its application in the criminalization of homophobia. This research has a qualitative character, based on study: the doctrine, bill and current legislation that tangent the theme on screen.

Keywords: Homosexuality. Homophobia. Separation of powers. Judicial activism. Criminalization.

INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade intolerante. Com base, no contexto dessa expressão se observa que as normas consolidadas no texto da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, bem como, na Declaração de Direitos Humanos, artigo 7º, são feridas.

Da Grécia aos dias atuais, é descrita a história vivenciada por homossexuais com observância aos níveis crescentes de discriminação. As chamadas minorias oprimidas pela intransigência buscam por meio dos movimentos sociais frear tamanha violência.

A espera pela concretização de direitos fundamentais entram em conflito a medida que se buscou através do Judiciário essa garantia sob o argumento de negligência estatal vinculada a um silêncio legislativo.

A justificativa ainda é pautada em um Estado Democrático de Direito que ver no Judiciário o caminho em razão de um momento de crise política. Discute-se diante desse cenário, a preponderância de um poder sobre o outro e a violação ao sistema de freios e contrapesos.

Pois, o princípio da separação de poderes, consagrado na Lei Maior, sugerido por Aristóteles e inovado por Montesquieu parte da premissa em que

os limites e responsabilidades de cada órgão devem ser preestabelecidos e seguir o caminho delineado, afim de evitar a concentração do poder nas mãos de um só e causar o absolutismo.

Partindo dessa análise, surge a postura ativista, que emerge no meio social devido uma aparente superioridade do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, discutindo-se, portanto, a legitimidade daquele para intervir na seara legislativa e inovar o ordenamento jurídico. De um lado, o argumento de que o Judiciário por meio do ativismo judicial assume papel relevante no meio social, do outro, este estará desprestigiando e enfraquecendo o Poder daqueles que foram escolhidos pelo povo.

Entretanto, nota-se que a doutrina divide opiniões sobre o assunto em tela, em razão disso, o escopo deste artigo se limita a analisar o ativismo judicial, trazendo como exemplo, a recente criminalização da homofobia. Buscando demonstrar as visões e os argumentos positivos e contrários a este instituto.

Verifica-se que o tema a ser tratado é de suma relevância, pois, o seu conteúdo trata diretamente da efetivação de direitos fundamentais que atuam em favor da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, à medida que o poder judiciário brasileiro apresenta uma nova predisposição isso reflete em todos os âmbitos do direito, isso recai na incumbência dos demais poderes e primordialmente, isso afeta diretamente as relações sociais nesse país.

1 ACEPTÃO

Sabe-se que uma sociedade é composta por diversos grupos étnicos, nos quais existem pessoas que se identificam, seres que coadunam uma mesma tradição e que partilham de uma cultura que é refletida em seus comportamentos. Dessa forma, segundo Barth (1998) “a identidade étnica é

utilizada como forma de estabelecer os limites do grupo e de reforçar sua solidariedade”.

Nessa conjuntura os indivíduos são instigados por uma série de fatores que determinam direta ou indiretamente costumes, crenças, hábitos e aptidões. Contudo, quando esse corpo social enraizado em um modo de viver e pensar está diante de novos ideais o compreender se torna fatigante, ao passo que a aceitação se reverte em um bloqueio quase sempre irremediável.

É nessa perspectiva que a figura da homofobia se materializa, uma mazela de identificação social que pune aquele que não se enquadra em um padrão, mesmo que seja apenas no que tange a orientação sexual. Partindo desse pressuposto, é oportuno trazer à baila algumas breves observações acerca da homossexualidade, já que uma atitude homofóbica é sustentada nesse comportamento.

1.1 HOMOSSEXUALIDADE

A homossexualidade nos primórdios manifestou-se em grandes civilizações, assumindo, diga-se de passagem, uma função determinante. De acordo com Bremmer (1995), foi a Grécia Antiga, como local e período, que se tornou marco principal de discussões acadêmicas históricas acerca deste padrão.

Especificamente nessa civilização, hoje denominada de berço da humanidade o relacionamento homossexual era tratado com naturalidade, inserindo-o como parâmetro na preparação da vida adulta. Nas cidades gregas a homossexualidade estava encoberta de peculiaridades que justificavam sua existência.

Segundo Cappellano (2004), em Esparta que corresponde a uma das principais polis desse povo, a homossexualidade fundamentava-se sobre a égide do grande poder militar da mesma, uma vez que durante as guerras entrelaçar

vínculos afetivos era um ponto positivo. Já em Atenas, a guarida se dava pelo fato de ser a procriação o motivo pelo qual homem e mulher se relacionavam, enquanto que o prazer era alcançado pelo relacionamento de pessoas do mesmo sexo.

Nesse diapasão, cabe destacar de forma clarividente a imagem que os gregos tinham desse comportamento. Segundo Sartre (1992), “os gregos não se preocupavam em julgar a homossexualidade enquanto tal, e o elogio ou a reprovação de que ela é alvo, dependendo das circunstâncias, visa os indivíduos e não a prática”

Partindo desse pressuposto, os romanos não só olhavam com bons olhos, como também eram adeptos dessa prática, desde que não acontecesse entre indivíduos com níveis sociais inferiores. Em contrapartida, na idade média quando a igreja passa a ser vista com uma figura imponente, tendo grande poder de persuasão, a homossexualidade já não se sobressai e nem tampouco é bem vista, sendo caracterizada como abominável.

Desse modo, a bíblia era utilizada como parâmetro, e conforme consta no livro de Levítico, “ com homem não te deitarás, como se fosse mulher, abominação é”.

A sodomia que tem sua origem baseada na origem das cidades de Sodoma e Gomorra que foram destruídas pelo poder divino em razão da prática do pecado de seu povo que tinham comportamentos homossexuais tornou-se o fator que serviu de comparativo para nesse período em tela intitular os tais indivíduos de sodomitas.

Somente com o surgimento do Iluminismo mais conhecido como século das luzes é que o rótulo imposto aos homossexuais de pecadores perde espaço, entretanto o entrave é que passam a ser vistos como doentes mentais, que deviam ser isolados em instituições psiquiátricas. Um percurso longo até chegar

em 1985, momento em que a homossexualidade é retirada através da Organização Mundial de Saúde do elenco de patologias, sendo o sufixo ismo substituído.

Ratifica-se, portanto, que a homossexualidade não é contemporânea e a séculos permeia sobre sociedades levantando discussões, contudo, o que não é atual diz respeito as proporções alarmantes do preconceito com uma alta dosagem de aversão que culminados transformam-se em homofobia.

2 CONCEITO – HOMOFOBIA

De acordo com o dicionário homofobia é um medo patológico em relação a homossexualidade, a quem se sente sexual e afetivamente atraído por pessoas do mesmo sexo.

Weinberg (1972), agrupou dois radicais gregos “semelhante” e ‘medo” para definir sentimentos negativos em relação a homossexuais e às homossexualidades, e desse neologismo surgiu a palavra homofobia.

Com base na acepção de Borillo (2010), a homofobia é:

Intolerância, rechaço, temor, preconceito e perseguição de pessoas que não cumprem com o rol de gênero masculino dominante, com o papel estabelecido culturalmente pelo poder masculino para homens e mulheres. O outro, diferente, é inferior.

Nesse bojo, é possível perceber que apesar dos dizeres em que a homofobia é oriunda da homossexualidade, pode concluir-se que seu surgimento não dependeu unicamente desse fator, primeiro foi imposta uma cultura conservadora que defende a manutenção das instituições como lei, em segundo lugar difundiu-se as normas que determinam como deve-se ser e agir, qual a importância do homem e sua masculinidade e por fim decretou-se que todo pensamento ou falácias contrário a esses requisitos não seriam aceitos. Partindo

desse pressuposto, embora a homofobia já tenha uma aceção definida, a sua causa não possui a mesma sorte.

O termo chega a ter, em alguns casos, uma carga semântica ulteriormente medicalizadas, na medida em que a homofobia é, em si mesma objetivada como “doença”. Ainda nessa perspectiva, Junqueira oferece um pensamento sobre as influencias patológicas e os possíveis sintomas da homofobia:

O termo costuma ser empregado quase que exclusivamente em referência a conjuntos de emoções negativas (tais como aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação a pessoas homossexuais ou assim identificadas. Essas emoções, em alguns casos, seriam a tradução do receio (inconsciente e “doentio”) de a própria pessoa homofóbica ser homossexual (ou de que os outros pensem que ela seja)”. (JUNQUEIRA, 2007, p. 4)

Por essa mesma causa, Junqueira (2007) afirma que:

Assistimos, então, a um fogo cruzado entre discursos igualmente medicalizados: de um lado, os que ainda definem a homossexualidade como doença e, de outro, os que rechaçam essa afirmação dizendo que a doença seria a homofobia. Não muito distantes desses últimos, encontram-se aqueles/as que buscam obter um reconhecimento social das homossexualidades por meio da aquiescência dos saberes médico ou clínico.

Contudo, na medida em que os pilares para entender as causas do comportamento homofóbico é tracejada em um conteúdo de patologias retrocedesse ao tempo em que a homossexualidade era tida como doença e camufla-se o fato de que em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria (APA) retirou a homossexualidade de seu Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais, que em 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) excluiu-a do Código Internacional de Doenças (CID) e que inclusive no Brasil, os Conselhos Federais de Medicina (desde 1985) e de Psicologia (somente desde

1999) não consideram a homossexualidade como doença, distúrbio ou perversão.

É válido lembrar que não está sendo questionado a validade do posicionamento clínico e nem tampouco de seus estudos sobre essa temática, no entanto, não se pode negar que esse caminho favorece a patologização, objetivando a cura de algo que não é doença e dissipando o enfoque primordial que seria sua compreensão.

A partir dessa reflexão é cabível corroborar que o campo de estudos do preconceito tem sido evocado ao se estudar o preconceito do ponto de vista individual. Os autores afirmam ainda que:

A psicologia tem sido mais bem-sucedida em explicar o preconceito do que em alivia-lo. Uma vez que o preconceito é resultado de muitos fatores interacionados, não há uma solução fácil. Muitas dessas soluções já foram aplicadas com algum grau de sucesso com o preconceito racial e de gênero. Estamos em tempo de descobrir se o mesmo se estenderá para a diversidade sexual (COSTA, NARDI, 2015).

Nesse diapasão, verifica-se que não existem dúvidas quanto a origem do preconceito, a questão é como aplicar o meio adequado para sanar tal problema, assim no que tange a orientação sexual, um fator a mais é acrescido, pois não se sabe ainda, se o que foi remédio para outras formas de preconceito, trará resultados satisfatórios nessa seara.

2.1 COMPORTAMENTOS HOMOFÓBICOS

O quadro que temos em relação aos comportamentos Homofóbicos denotam que apesar do avanço da humanidade em vários quesitos, alguns ainda permanecem arcaicos e não se desassociaram do imaginário clichê de que “normais” são os heterossexuais.

Warner (1993), tece observações no sentido de que a heterossexualidade (e acrescente-se: pensada invariavelmente no singular, embora seja um fenômeno plural) é instituída e vivenciada como única possibilidade legítima (e natural) de expressão identitária e sexual. As homossexualidades tornam-se: desvio, crime, aberração, doença, perversão, imoralidade, pecado.

Nessa seara para que se possa delinear as proporções desse preconceito desacerbado é preciso ter a noção do que vem a ser a violência, pois esta é a característica substancial que atinge essa parcela da população. Dahlberg, Krug (2006), nos traz a definição de violência segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) em que diz que a mesma é “o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.

Dessa forma, comportamentos Homofóbicos variam desde a violência física da agressão e da violência fatal, isto é, o assassinato, até a violência simbólica e/ou psicológica nos atos de xingar, ridicularizar, apelidar, excluir do grupo (KOEHLER, SOUSA, 2013).

Os fatores aqui expostos podem ser presenciados e vivenciados pela comunidade LGBT diariamente, não se trata de uma agressão que acontece de forma esporádica e em locais específicos, pelo contrário, os comportamentos Homofóbicos entrelaçaram-se nas mais variadas relações sociais e as vítimas se tornam cada mais vulneráveis as afrontas desrespeitosas e sem qualquer observância do que seja limites.

Dessa maneira, não importa o ambiente em que se esteja, no trabalho ou na escola, nas igrejas ou no âmbito familiar, nos momentos de lazer ou em movimentos sociais, a homofobia ali está pronta e apta ao ataque. Tomando essa

constatação, é irrefutável que os direitos pertencentes a essas pessoas foram indevidamente vulgarizados e assim permanecem em virtude da omissão estatal.

É importante dizer que o atentado na boate pulse em junho de 2016, nos Estados Unidos é uma demonstração indiscutível da severidade causada pela homofobia.

De acordo com a revista *Veja* (2016), o ataque em tela é considerado o pior ataque perpetrado por apenas uma pessoa na história do país, nos relatos Omar Mateen, cidadão americano, filho de afegãos, assassinou 50 pessoas usando um fuzil e uma pistola, e deixou 53 feridas antes de ser morto pela polícia no local. Há relatos em que Mateen declara que o massacre teve vínculo com o grupo terrorista Islâmico. No entanto nas palavras do Presidente americano Barack Obama: "O lugar onde foram atacados é mais que uma casa noturna – é um lugar de solidariedade e empoderamento onde pessoas se reúnem para se informar, se expressar e lutar por seus direitos civis".

2.2 COMPORTAMENTOS HOMOFÓBICOS NO BRASIL

O Brasil devido aos índices alarmantes em que pessoas são vítimas de atitudes homofóbica é considerado como um dos mais perigosos para gays, lésbicas e transexuais. Um título que não causa inveja a ninguém nem tampouco deve ser tido como motivo de orgulho nacional.

As pesquisas através dos números nos mostram de forma assombrosa como a intolerância tem mostrado seu poder de destruição, com base na Organização Grupo Gay da Bahia os dados mostram que em 2018 os LGBT sofreram 320 homicídios, totalizando 76% dos casos de violência computados. Já os suicídios foram 100, totalizando 24% dos dados. Em relação ao ano de 2017 observou-se uma pequena redução no número de mortes. Neste ano em questão, foram computadas 445 mortes, recorde desde o início da contagem há 39 anos.

A situação é tão delicada que em média a cada 16 horas uma pessoa LGBT é morta (LADO A, 2019).

Ainda de acordo com a entidade, a causa das mortes injustificáveis e sua crueldade revela-se pelos meios empregados, pois com a utilização de arma de fogo, que corresponde a maioria dos casos foram contabilizados 29,5% das mortes. Com arma branca foram 23,6% dos casos, 5,2% por asfixia e 3,6% por espancamento. Já por pauladas foram 2,4% das mortes, 1,4% por apedrejamento e 9,3 % foram outras causas não especificadas (LADO A, 2019).

A maioria das vítimas, 58,4 %, eram brancos. Já as vítimas negras somaram 12,3% e as pardas 29,3%. A pesquisa apresenta uma hipótese para o número maior de vítimas ser de brancos. De acordo com o estudo, esse perfil provavelmente pertence a melhores classes socioeconômicas, portanto, estaria mais vulnerável a latrocínios. Enquanto isso, LGBTs negros ou pardos seriam oriundos de camadas mais populares da população. Assim, teriam habilidade para reconhecer fatores de risco e se protegerem. No entanto, fora do recorte da pesquisa que centraliza seus dados em vítimas LGBT, é sabido que o racismo estrutural faz da população negra a maior vítima de violência no geral (LADO A, 2019).

Vale ainda fazer menção a um dado não menos importante, pois dos 420 LGBTs mortos no Brasil, 45,5% são gays; 39% são trans; 12,5% são lésbicas; 1,9% são bissexuais e 1,2% são heterossexuais. Esses últimos estão inclusos na pesquisa pois morreram por motivo de LGBTfobia, confundidos com LGBTs ou que, em alguma ocasião, saíram em defesa dessa população e foram mortos (LADO A, 2019).

Em consonância com este triste imbróglio social, o programa de Combate a Violência e Discriminação GLTB e de Promoção de Cidadania de Homossexuais “Brasil sem Homofobia” possui dentre outros princípios, a inclusão da

perspectiva da não-discriminação por orientação sexual. O relatório afirma que o comportamento intolerante em relação à diversidade sexual tem resultado em assassinatos e suicídios de pessoas GLBT em todo o mundo e na negação do livre exercício da cidadania para este segmento da sociedade.

É clarividente que a história por si só no Brasil no que tange a esse tema possui um viés preconceituoso, são atitudes que partem de uma piada desnecessária e que ao invés de serem combatidas terminam em risos e divulgação da intolerância, outrora, surgem com uma agressão verbal até serem culminadas em ódio extremo.

Conforme Costa, Nardi (2015), preconiza, esse cenário se dá pela vinculação aos papéis sexuais dos LGBTs, como por exemplo, (o bofe, homem masculino sexualmente; e a bicha, um homem feminino e passivo sexualmente). Por esses motivos pode-se sim afirmar que a homofobia é inerente a cultura de uma sociedade.

2.3 ENFRENTAMENTO À DISCRIMINAÇÃO

Preconceito e discriminação são dinâmicas individuais e grupais. Pode-se dizer, sem medo de errar, que ambas se apresentam em todas as sociedades humanas, manifestando-se, à evidência, dos mais diversos e complexos modos. O autor afirma que “um dos desafios básicos para a democracia no Brasil é a construção de uma sociedade sem discriminações, em que a liberdade de cada um conduzir sua vida de modo autônomo seja respeitada” (RIOS, 2017 *apud* NECCHI, 2017).

Analisando, então o exposto, a discriminação nada mais é que um obstáculo que tem como escopo se sobressair em relação a direitos e garantias fundamentais através de atitudes que segregam e distinguem um indivíduo ou grupos sociais.

Desse modo, pode-se afirmar que a discriminação é um encaço na história da humanidade, é ainda, um gigante constante que volta e meia surge para assolar direitos emergentes. Ao longo das memórias sociais, temos um quadro de lutas constantes, onde muitas pessoas derramaram suor e sangue para garantir através de movimentos que a liberdade da escolha não fosse apenas inerente aos que tem poder, ou para os que aparentemente são aceitos, mas que fossem, sobretudo, acessíveis a todo aquele que necessita.

A partir disso, destaca-se que a primeira vez em que se falou formalmente em discriminação com base na orientação sexual foi em 1945, em um foro das Nações Unidas, durante a Conferência Mundial de Beijing pela Delegação Suécia (CONSELHO, 2004, p 12).

O tema foi retomado de forma organizada durante o processo preparatório para a Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e formas Conexas de Intolerância realizadas em Durban, na África do Sul em 2001. O Brasil foi um dos países que estavam presentes na conferência e introduziu o tema, apresentou um diagnóstico nacional e uma lista de propostas. Contudo apesar de ser apoiado por diversas delegações não foi incorporado ao texto final da Declaração de Plano e Ação da Conferência de Durban (CONSELHO, 2004, p. 12).

Por fim, a criação do Conselho Nacional de Combate em 2001, foi uma das primeiras medidas do governo brasileiro pós conferencia de Durban. O CNCD é representado por integrantes da sociedade civil, gays, lésbicas e transgênicos. No ano de 2003, criou-se além de uma Comissão Temática para receber denúncias de violações aos direitos homossexuais, com base na orientação sexual, um grupo de trabalho destinado a elaborar o Programa Brasileiro de Combate à Violência e à Discriminação a Gays, Lésbicas, Travestis, Transgêneros e Bissexuais (GLTB) e de Promoção da Cidadania Homossexual, que tem como

objetivo prevenir e reprimir a discriminação com base na orientação sexual, garantindo ao segmento GLTB o pleno exercício de seus direitos humanos fundamentais (CONSELHO, 2004, p. 12).

2.4 MOVIMENTOS E PROGRAMAS NO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

É nesse caminho que o enfrentamento a homofobia luta. Luta contra a discriminação, luta contra um padrão descabido, luta para poder viver em paz. Nesse contexto, a importância de movimentos como o realizado pelos LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais ratifica a importância de não desistir.

O movimento em questão surge no final do ano 70, período em que o país vivencia a ditadura militar. As reuniões aconteciam em espaços sociais, onde circulavam publicações de cunho homossexual que foram referência para o início da organização. Em São Paulo, especificamente em 1978, nasce o primeiro agrupamento de afirmação Homossexual, denominado de “SOMOS”.

Nessa conjuntura, corrobora-se a trajetória de luta e conquistas desse movimento:

Durante os anos 1980, apesar da redução expressiva da quantidade de grupos e das dificuldades trazidas pela associação entre Aids e homossexualidade, há mudanças significativas que influenciam o movimento contemporâneo: a atuação passa a ser vista de modo mais pragmático, voltada para a garantia dos direitos civis e contra a discriminação e violência dirigidas aos homossexuais, e há menor resistência à institucionalidade (FACCHINI, 2009, p.138).

Facchini (2009, p. 140), aponta ainda, que a partir de 1990, inicia-se um novo momento, onde a ampliação da visibilidade com um maior espaço de participação, os levam a ser vistos de modo mais positivo e conseqüentemente sujeito de direitos, assim:

Até 1993, o movimento aparece descrito predominantemente como MHB (movimento homossexual brasileiro); depois de 1993, como MGL (movimento de gays e lésbicas); após 1995, aparece primeiramente como um movimento GLT (gays, lésbicas e travestis) e, posteriormente, a partir de 1999, figura também como um movimento GLBT – de gays, lésbicas, bissexuais e transgênicos, passando pelas variantes GLTB ou LGBT, a partir de hierarquizações e estratégias de visibilização dos segmentos. Em 2005, o XII Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Transgêneros aprova o uso de GLBT, incluindo oficialmente o “B” de bissexuais à sigla utilizada pelo movimento e convencionando que o “T” refere-se a travestis, transexuais e transgêneros. Em 2008, nova mudança ocorre a partir da Conferência Nacional GLBT: não sem alguma polêmica, aprova-se o uso da sigla LGBT para a denominação do movimento, o que se justificaria pela necessidade de aumentar a visibilidade do segmento de lésbicas.

Itinerário difícil, contudo, necessário para combater as mais diversas formas de preconceito e provar incansavelmente que opção sexual não pode ser alicerce para inclusão em uma sociedade.

Em consonância a esse movimento, o programa de Combate a Violência e a Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual, denominado de Brasil sem Homofobia é além de uma base para fortalecer a Cidadania no Brasil, corresponde ao reflexo da consolidação dos avanços políticos, sociais e legais tão duramente conquistados:

O Programa “Brasil sem Homofobia” é uma articulação bem-sucedida entre o Governo Federal e a Sociedade Civil Organizada, que durante aproximadamente seis meses se dedicou a um trabalho intenso, fundamental para o alcance do resultado apresentado nesta publicação. Quero manifestar o nosso agradecimento ao esforço de todos os militantes e à Janaína, que na sua passagem pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação deixou um testemunho de coragem e dignidade. Um dos objetivos centrais deste programa é a educação e a mudança de comportamento dos gestores públicos. Buscamos a atitude positiva de sermos firmes e sinceros e não aceitarmos nenhum ato de discriminação e adotarmos um “não à violência” como bandeira de luta (CONSELHO, 2004, p.7).

2.5 PROJETO DE LEI DA CÂMARA 122/2006 - CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Inicialmente cabe frisar que a idealizadora do projeto de lei em debate foi a ex-deputada federal Laura Bernardi que devido ao grande índice de violência contra a população LGBT e mediante sua condição de legisladora buscou por meio desta à tipificação do crime de discriminação em função de identidade de gênero e orientação sexual.

Segundo Laura Bernardi em justificativas ao projeto, o direito e a legislação não podem ficar estagnados. E como legisladora, temos o dever, de encontrar mecanismos que assegurem os direitos humanos, a dignidade e a cidadania das pessoas, independente de raça, cor, religião, opinião política, sexo ou orientação sexual (PLC 122/2006).

Foi concebido em 2001 e preliminarmente denominado de projeto de Lei 5003/2001. Nesse interim, o projeto passou por modificações e teve aprovação em 2006 na Câmara dos Deputados, seguindo ao Senado Federal e adquirindo novo desígnio, agora então, Projeto de Lei da Câmara 122/2006. As mudanças ocorreram, uma vez que foi dado a ele uma roupagem mais ampla no qual tinha como meta alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.849, de 7 de dezembro de 1940 –Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

Destaca-se que o enfoque central era a criminalização da homofobia ao passo que integrando o rol já mencionado passa a existir punição à medida em que se é transgressor. Por esses motivos o crime coaduna no âmbito penal para inserir uma qualificadora no crime de injúria e a Consolidação das Leis de Trabalho.

Nessa caminhada ao chegar na Câmara o projeto é analisado pela Comissão de Constituição e Justiça onde o então relator Deputado Luciano Zica faz remodelações no mesmo que conforme afirmou foram para o seu aprimoramento:

A primeira delas, estabelecendo na proibição de discriminar não apenas a expressão “orientação sexual”, que contempla a heterossexualidade, a bissexualidade e a homossexualidade, mas acrescentando igualmente o conceito de “identidade de gênero”, para abranger também as transexuais e as travestis, pois trata-se de uma caracterização social diferenciada. Em segundo lugar, acreditamos que o elenco de situações de discriminação, além de não dever ser taxativo, mas sim enunciativo, o que necessita de uma alteração no caput do artigo em questão, pode ser mais bem descrito, tomando-se por base algumas referências de legislações estaduais deste teor já em vigor há alguns anos, como a Lei Estadual de SP nº 10.948 de 2001.

Após alterações, o projeto foi aprovado no Plenário. No Senado Federal, o mesmo passou pelo crivo de duas comissões, quais sejam, Comissão de Direitos Humanos (CDH) e Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

Destaca-se que o projeto ainda passou por diversas análises e questionamentos até o seu arquivamento em 2011 conforme Regimento Interno do Senado Federal. Assim, cabe frisar que a relatora Fátima Cleide em 2007 se posicionou a favor da aprovação do projeto, contudo, o Senador Gim Argello pediu a tramitação do mesmo na Comissão de Assuntos Sociais (CAS).

Apesar de arquivado, o projeto logo em seguida, precisamente, fevereiro de 2011 é suscitado para desarquivamento. A autora desse feito foi a Senadora Marta Suplicy que recolhendo 27 assinaturas conseguiu aprovação e que o mesmo fosse remetido ao CDH.

Contudo, o desarquivamento apesar do esforço da senadora, em apresentar um texto coerente e passível de aprovação, teve uma recepção

contraria e levantou-se questionamentos desfavoráveis à medida que o novo conteúdo corroborado levaria a um retrocesso.

3 SEPARAÇÃO DOS PODERES

3.1 HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções:

Esse é um princípio geral do direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta no seu artigo 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (SILVA, 2019, p 108).

Nesse sentido, tecer alguns comentários no que tange ao princípio em voga se faz necessário. O princípio não configura mais aquela rigidez de outrora:

Afirma ainda, que essa flexibilidade no rigor é consequência da ampliação das atividades do Estado contemporâneo que impôs nova visão a teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário (SILVA, 2019, p. 111).

Contudo, os alicerces que contemplam a separação dos poderes não estão fincados na contemporaneidade, pelo contrário historicamente é possível observar que suas bases encontram respaldo na antiguidade.

Nas palavras de Lenza (2011, p. 433):

As primeiras bases teóricas para a “ tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade Grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais

a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos da execução das normas gerais nos casos concretos.

A concentração do poder idealizado por Aristóteles é una, o mesmo que legisla e administra, vai também julgar. Não há na teoria do autor nivelamento ou manejo desse poder que o torna supremo e ditador da lei, da organização social e da justiça.

De acordo com Lenza (2011), Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão. Nesse contexto, ao olharmos o modelo vigente é irrefutável que a teoria aqui descrita não se consolidou, todavia, foi lapidada para um resultado eficaz.

A separação de poderes, conforme corrobora Silva (2019), se encontrava sugerida por Aristóteles, John Locke e Rousseau, em contrapartida, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. O grande pensador francês inovou dizendo que as funções estatais estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano (LENZA, 2011, p 433).

Por meio dessa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo (LENZA, 2011. p 434)

A teoria de Montesquieu pressupõe de forma organizada o exercício das atividades desempenhadas pelos poderes, de modo que o poder político passa a ser fragmentado e o Estado desce do seu pedestal emblemático de superioridade em relação aos outros poderes. Assim, com o enfoque de propiciar o bem comum,

Lenza (2011), leciona que tais atividades seriam realizadas de forma independente, por cada órgão, surgindo, assim, o que se denominou teoria dos freios e contrapesos.

A teoria da tripartição dos Poderes, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos (LENZA, 2011, p 434).

Dessa forma, tendo em vista o exposto acima, cabe detalhar a relevância plausível da teoria em tela nas Constituições:

Nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição os Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é (SILVA. 2019, p 111).

Ou seja, a tripartição não é mera roupagem para intitular cada poder, mas uma necessidade afim de evitar acúmulo de funções em um único ser. Assim, Montesquieu demonstra sua preocupação em concretizar o progresso social a medida em que expõe seu pensamento, afirmando que, “ tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou de nobres, ou do povo, exercessem os três poderes, o que faz leis, o que executa as resoluções públicas e o que julga os crimes ou as desavenças dos particulares ”.

3.2 O TRAJETO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Em 25 de março de 1824 foi outorgada a primeira Constituição Brasileira, então intitulada de Constituição Política do Império do Brasil, marcada por um país que acabara de declarar sua Independência teve suas peculiaridades tracejadas em uma forte influência da francesa de 1824. Nesse interim não temos uma figura tripartida, contudo, observa-se a preponderância de uma figura administrativa e política enraizada por um poder moderador, constitucionalizado, unitário e absolutista (LENZA, 2011, p 96).

Nesse ensejo, seguimos o seguinte entendimento:

No contexto histórico em questão o princípio da divisão e harmonia dos poderes políticos foi adotado como princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer garantias que a Constituição oferece, mas segundo a formulação quadripartida de Benjamim Constant: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário (SILVA, 2019, p 77).

Somente em 1891 que a teoria tripartida é fincada no texto Constitucional Brasileiro, seguindo os parâmetros estabelecidos por Montesquieu. Barroso (2015), ratifica que o modelo eficiente de separação de Poderes e o controle de constitucionalidade (judicial review), empregados na constituição americana serviram de inspiração para inúmeras cartas pelo mundo afora inclusive o Brasil.

Mantendo nossa atenção a esse período, Silva (2019), coaduna com o texto mencionado acima, ao afirmar que no Brasil perfilhou-se o regime representativo e optou-se pelo presidencialismo a moda norte-americana. Discorre ainda o autor, que se equilibravam, nos freios e contrapesos (como nos Estados Unidos), os poderes – e afinal, a clareza, a síntese, a limpidez verbal da Constituição.

Após o período em tela, a teoria em comento, manteve-se mesmo com o surgimento de novas constituições ao longo da história brasileira, sendo a separação de poderes apenas reformulada. A carta Magna de 1943, surge diante de movimentos sociais que buscavam uma melhoria nas condições de trabalho, mas não só isso, a crise econômica de 1929 também se somou a esse fator, tendo um abalo nas estruturas do liberalismo econômico e da democracia liberal da CF anterior (LENZA, 2011, p 106 a 107).

Na era Vargas, momento histórico que vigorava a Carta Maior de 1937 apesar de mantida a tripartição, o forte traço do regime autoritário esvaziou os poderes Legislativo e Judiciário, tendo sido restabelecida com Constituição de 1946. O texto constitucional, no artigo 73 comprova o período marcado por ideais autoritários e fascistas, no qual, o presidente da República da República era a autoridade suprema do Estado (LENZA, 2011, p 108 a 114).

A tônica da Carta do Estado Novo foi o fortalecimento do Executivo. O Presidente da República era, por disposição expressa do artigo 37, a “ autoridade suprema do Estado”. As casas legislativas foram dissolvidas e o parlamento não funcionou no regime ditatorial, desempenhando o Presidente da República, por si só, todas as atribuições do legislativo (MENDES, BRANCO, 2014, p 100).

A Constituição de 1946 expressou o esforço por superar o Estado autoritário e reinstalar a democracia representativa, com o poder sendo exercido por mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável (MENDES, BRANCO, 2014, p 101). Partindo desse pressuposto, Lenza (2011), acrescenta que com o fim do Estado Novo e o desequilíbrio dos poderes escancarados nessa conjuntura origina-se a Constituição de 1946 ensejada pela redemocratização mediante a convocação de novas eleições presidenciais.

No período que antecede a Constituição atual, um novo olhar nasce e conforme anota LENZA apud BASTOS (2011, p 116), no fundo existia um só um

poder, o executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário.

É com a contemplação da Constituição Federal de 1988 que o Estado se compromete a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção dos meios materiais à afirmação da dignidade de todos (MENDES, BRANCO, 2014, p 102). A teoria da tripartição de poderes é retomada na sua essência, buscando segundo Lenza (2011), um equilíbrio, por meio dos freios e contrapesos, abrandando a supremacia do Executivo.

Nesse diapasão, o próprio texto constitucional é contundente ao corroborar o papel do princípio em tela em seu artigo 2º, segundo o qual:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p. 5).

Decerto, a Carta Magna de 1988 buscou consolidar a separação de Poderes tornando-a relevante para essa sociedade por questões óbvias, quais sejam de proteção. Um estado democrático de direito não faz jus ao nome que carrega quando eivado de vícios, pois põem em risco a boa e velha pacificação social. Dessa maneira, de nada adiantaria um pedaço de papel rotulado de Lei Maior se houvesse a independência e supremacia de um único poder que ditasse as leis e as colocassem em prática à sua maneira e ao seu bel prazer.

A harmonia e independência entre eles consubstancia a ideia concreta de colaboração recíproca afim de resguardar a paz e a ordem social. Tendo em vista o exposto, a sábia Constituição sequer deixa brechas para qualquer discussão, assegurando em seu artigo 60, § 4º, III, a tripartição como cláusula pétrea.

§ 4º -Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III -a separação dos Poderes;

Avançando nessa perspectiva, cumpre destacar que a independência e harmonia são fatores externos, que devem ser pormenorizados na pratica e sob a égide expressa, pois apenas caminhando juntos concretizam a tripartição. Assim cabe destacar de forma verossímil suas particularidades:

A independência dos poderes significa que a investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem dá vontade de outros, que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização, que na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (SILVA, 2019, p 112).

Dessa forma, o conteúdo nuclear do princípio da separação dos Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto (BARROSO, 2015, p 208).

Diz ainda Silva (2019, 2019, p. 113) que:

A harmonia entre os poderes se verifica primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos tem direito. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos.

Desse modo, Junior (2006), afirma que cada uma dessas funções estatais básicas devem ser com preponderância, mas não com exclusividade.

3.3 OS LIMITES DE CADA PODER

Inicialmente é oportuno demonstrar o posicionamento do doutrinador Pedro Lenza no que tange a tripartição de poderes, para só então ser possível identificar as fronteiras de cada um, se elas se cruzam e se justificam ao longo desse percurso. O autor questiona a utilização da expressão tripartida, uma vez que atesta ser o poder singular, não podendo, portanto, fragmentar-se. Afirma nessa conjuntura que, O poder é uno e indivisível. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções (LENZA, 2011, p 435).

Nessa conjuntura, Dezen (2006), corrobora que é clássica a lição que mostra que o poder, que é uno, se expressa na realização de três funções básicas, a legislativa, a administrativa e a judiciária.

Lenza (2011), alega que todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só poder, uno e indivisível e que os atos adquirem diversas formas com base nas funções que exercem.

Nesse contexto, a tripartição é utilizada sem muito rigor técnico, o que justifica ser o poder enaltecido no texto constitucional em seu artigo 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário compreendido como órgãos. Pois bem, sendo assim, os “Poderes” (órgãos) independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida assegura a manifestação do poder constituinte originário (LENZA, 2011, p 436).

A função legislativa consiste na edição das regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas de leis. A executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis, não se

limita à simples execução das leis, como as vezes de diz, comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal, enquanto que a função jurisdicional, tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse SILVA, 2019, p 110).

Dito isto, verifica-se que o marco de cada poder é delineado pelas funções típicas e atípicas atreladas a cada um, sendo que a primeira é inerente a sua natureza, ao passo que a atípica corresponde ao exercício da ocupação de outro poder. Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional (LENZA, 2011, p 434).

Partindo desse pressuposto, Barroso (2015), afirma que é evidente que a clausula pétrea de que trata o artigo 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, calcado na doutrina salienta que existe diversas formas de realizar duas concepções básicas da separação de poderes, quais sejam, divisão de função entre órgãos diversos e controles recíprocos.

Ele certifica que baseado na experiência brasileira extrai-se dessas concepções dois corolários, a especialização funcional e a independência orgânica de cada um dos poderes em face dos demais. Detalha que a primeira, inclui a titularidade, por cada poder, de determinadas competências privativas.

Ao passo que a segunda, demanda na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um poder ao mesmo tempo, (ii) um poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política e (iii) a cada poder são atribuídas além de funções típicas ou privativas,

outras funções (chamadas de atípicas), com reforço de sua independência frente aos demais poderes (BARROSO, 2015, p 209).

Silva (2019), compatibiliza desse entendimento, pois assevera que o princípio em foco se fundamenta nos dois elementos colacionados acima, no qual a especialização funcional, significa que cada órgão é especializado no exercício de uma função, as assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função legislativa: ao Executivo, a função executiva, ao Judiciário, a função jurisdicional. Já a independência orgânica é essencial pois torna cada poder efetivamente independente o que postula ausência de meios de subordinação.

Pois bem, ainda apoiado no discurso de Silva (2019), o cenário elucidado trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

Por fim, em razão dos motivos elucidados, só haverá violação a cláusula pétrea da Separação de Poderes:

Se o conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema de esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas (BARROSO, 2015, p 209 a 210).

Nessa seara, observa-se que o princípio em questão, tem como parâmetro não acumular o poder em único órgão, evitando manifestação diversa ao que preza a separação dos poderes.

4 O ATIVISMO JUDICIAL: UMA DEFINIÇÃO

É sabido que o ativismo judicial se encontra entre os principais temas em discussão, tendo em vista que sua substancialidade se dá em razão do seu conteúdo inovador capaz de quebrar paradigmas para dizer e concretizar o

direito. Antes de estabelecer conceitos vagos ou especular prejulgamentos sobre tal postura é primordial aclarar suas peculiaridades.

Segundo Barroso (2015), o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Corrobora ainda que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Não obstante a esse entendimento, Ramos (2010), entende por ativismo judicial O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo).

O conceito corroborado por Gomes (2009), é profundo e deve ser observado em duas espécies: há o ativismo judicial inovador (criação, ex-novo, pelo juiz de uma norma de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito) a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa.

Verifica-se das acepções trazidas que o ativismo judicial corresponde a uma postura, sendo sua regulação jurídica pautada em princípios e normas constitucionais que garantem sua aplicabilidade nas mais diversas decisões.

4.1 O PERCURSO HISTÓRICO DE UM FENÔMENO DENOMINADO DE ATIVISMO JUDICIAL

A priori cabe destacar que o surgimento do referente fenômeno se sucedeu em 1947 nos Estados Unidos da América, quando o historiador e democrata Arthur Schlesinger Jr através de um artigo destacou a atuação da

Suprema Corte dos Estados Unidos frente ao New Deal. Sabe-se que nesse interim o país em questão passava por uma série de transformações, cujo objetivo era recuperar a economia e assistir os prejudicados pela Grande Guerra.

Em razão disso, o enfoque do referido artigo corroborava a respeito do papel da Corte no que tange a garantia do bem-estar social aos olhos dos magistrados, uma vez que discursavam que a mesma poderia exercer essa função, ao passo que havia quem entendesse que tal postura era de autocontenção judicial, devendo dessa forma, serem exercidas pelos poderes eleitos pelo povo.

Em reação as exposições vivenciadas nos Estados Unidos acerca do ativismo, Ramos (2010) assevera que as manifestações “desloca-se mais para o plano da filosofia política, sendo a indagação central a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano”.

Consoante com os fatos, cabe mencionar Barroso, que compõe o referencial teórico do presente artigo, apesar de ser criticado pela visão construída acerca da postura ativista. O autor descreve o surgimento desse fenômeno:

“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Barroso, 2015, p 441).

Seguindo o demonstrado acima, Barroso (2015), ainda explica que:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Diante dos fatos e conforme denota a história o ativismo judicial teve assim sua primeira aparição, causando desde o início calorosas polemicas e interpretações plausíveis. Por fim, conclui-se que, tendo em vista a narrativa aqui descrita, batizou-se de ativismo judicial o posicionamento que pregava que esta era uma postura progressista afim de efetivar e garantir direitos. Contudo cabe frisar que assim como a revolução acontece, a sociedade se renova, o direito se adequa, o ativismo judicial transformou-se e na busca para continuar sendo garantidor de direitos, tornou-se mais amplo e intenso, interferindo para tanto, na seara de outros poderes.

4.2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA:

4.2.1 Uma justificativa positiva para aplicação do Ativismo Judicial

A Constituição Federal de 1988, mais conhecida com Constituição Cidadã não possui tal nome despropositadamente, pelo contrário, foi assim intitulada por salvaguardar direitos dos cidadãos. Nessa linha de raciocínio, o protagonista

em comento está inteiramente ligado a esta característica constitucional, pois como já verificado concretiza os direitos por ela protegidos.

Precipuamente é substancial falar-se em democracia atrelada a Constituição, pois ambas em perfeita harmonia solidificam os direitos fundamentais. Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo e destinam-se a prover a justiça, segurança jurídica e o bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto as garantias e valores essenciais, que ficam preservadas no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes eleitos pelo povo (BARROSO, 2015, p 115).

Nesse sentido, a democracia reflete a soberania de um povo ao passo que Constituição retrata em seu texto normativo a objetivação primordial de ser, que é assegurar direitos fundamentais, incluindo os das minorias políticas afim de um adequado funcionamento dos mecanismos democráticos. Contudo, o que fazer quando a justiça perde o caminho? Quando a segurança não protege? E quando o caos em relação a classe minoritária se instala?

Aos questionamentos acima, a resposta poderia ser óbvia, pois, a Constituição é clara como a água e por meio de uma tradução plausível de Barroso corrobora que as demandas dos grupos sociais de pressão e dos movimentos sociais imprimem na política e legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder, uma vez que, há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo (BARROSO, 2015, p. 114). Acontece que na atualidade vivenciamos uma grande falha de poder e que vai contra todos os parâmetros constitucionais ocasionando

um alvoroço e conseqüentemente uma violação de direitos fundamentais que não é capaz de alcançar seu próprio detentor.

Nessa conjuntura a pergunta de Barroso (2015), desafia a doutrina e jurisprudência: Porque deveria transferir ao Judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo?

A resposta verifica-se no reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, ao passo que paira no sistema contemporâneo uma desilusão com a política majoritária em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. A partir daí o fenômeno do ativismo judicial que outrora, por meio de uma visão conservadora detinha uma conotação negativa, depreciativa equiparada ao exercício improprio do poder judiciário ressurgiu como uma válvula de escape no que tange a concretização de direitos (BARROSO, 2015, p. 439 a 441).

O ativismo judicial, assim toma espaço, sai de coadjuvante a papel principal e por meio do poder que lhe dar vida, minimiza a realidade grotesca em que homens e mulheres são agredidos verbalmente e fisicamente, tendo direitos violados, vidas subjugadas e objetivos destruídos. Assim, no Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisões, dentre as quais se incluem, a recente criminalização da homofobia que será detalhada em capítulo posterior, mas que de antemão já justifica positividade do fenômeno em tela.

Cabe frisar que o papel do Supremo Tribunal Federal, em casos brasileiros, visa proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Pois em eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2015, p. 447).

A justificativa de Barroso (2015), encontra repouso no texto lecionado por Ferraz Junior (2007), no qual, o legislativo delega responsabilidades ao judiciário quando deixa de regulamentar matéria de seu interesse. Nesse diapasão, coberto pelo seu papel perante a sociedade, o poder judiciário através de uma postura ativista “necessitou” agir, colocando-se à disposição, pois nas entre linhas da sua função jurisdicional está o dever de assistir, ainda que para isso tenha que interpretar a lei de forma ampla.

Por meio dessa perspectiva é que podemos afirmar que direitos e garantias fundamentais dão amparo a postura ativista, pois nas palavras de Silva (2019), os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto às garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.

Dessa forma, como bem preconiza o famoso artigo 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ao passo que sua garantia é observada nos incisos XLI e XLII:

XLI - onde a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Ora, é irrefutável o suporte constitucional no que tange a aplicação do ativismo judicial, pois o próprio artigo é impositivo ao aclarar “todos são iguais perante a lei”, então porque deixar uma parcela da sociedade sem amparo e respostas devido a omissão de outros poderes?

Andrade (2007), responde a indagação acima, quando expõe que pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim judiciário, entretanto, inexistente tal afirmação, uma vez

que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direito estes que gozam de autoexecutoriedade.

Nessa seara, quando não estão em jogo os direitos fundamentais ou procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem aceitar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável da discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhe sua própria valoração política. Nesse sentido, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único, nem no principal foro de debates e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo (BARROSO, 2015, p. 448).

Entretanto, Barroso (2015), finaliza dizendo que a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

4.2.2 Posicionamento Negativo no que tange a Postura Ativista

Aos olhos de muitos doutrinadores a postura ativista não parte da premissa de concretização de direitos, pelo contrário a crítica embasa que o ativismo judicial é ameaçador a medida em que ultrapassa a zona de sua competência.

De acordo com Barroso (2015), a crítica político-ideológica sustenta sua argumentação ao enfatizarem que “Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos pelo povo”. Nessa perspectiva justificam que:

Sua investidura não tem o batismo da vontade de popular. Nada obstante isso, quando invalida atos Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepor suas decisões às dos agentes políticos eleitos

gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2015, p 445)

Assevera ainda que:

A transferência do debate público para o judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais e não na imprensa oficial e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar movidas por visões políticas contrapostas e concorrentes (BARROSO, 2015, p. 446).

Verifica-se do exposto, que uma decisão ativista não deveria ser válida a medida em que o judiciário se investe em um papel que não é o seu e utiliza-se de uma competência diversa da que lhe pertence. Dito isto, observa-se o primeiro fator contraposto ao fenômeno em comento, pois, a discricionariedade possui conceito e função diferente em cada âmbito de poder.

Nesse sentido, a liberdade do julgador confunde-se com a do agente administrativo, ao passo que devesse entender que para esse ela é facultativa, enquanto que para aquele, ela não é uma opção, pois o direito segundo STRECK (2013) “não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que seja”. Em razão disso, ratifica-se que:

Discricionariedade é entendida como a faculdade de que dispõe a Administração Pública para, à vista de determinada situação, escolher uma entre as várias soluções juridicamente possíveis e admitidas. Com base nesse poder, a Administração, no manejo de suas atribuições, desfruta da possibilidade de fazer opções, de deliberar, com uma margem de liberdade quanto à conveniência a oportunidade, o interesse, o conteúdo e os motivos do ato administrativo (JÚNIOR, 2014, p. 72).

Já para Streck (2013), “na seara judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento”. Sendo assim, a aplicação inversa desse conceito, conforme preconiza o autor feririam a tradição, a coerência e a integridade do direito, cuja consequência fatal seria a inevitável submissão de tudo, inclusive da democracia, à vontade do juiz.

Mediante essa conjuntura, é como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo complementar (portanto à revelia do princípio democrático). Isso seria uma “autorização” para ativismos, que, ao fim e a cabo, deságuam em decisionismos (STRECK, 2013, p. 43).

O interprete constitucional ao se resguardar em uma decisão ativista, estaria erroneamente abrindo um leque indevido, pois ao exercer a função de julgar põem em risco a constituição a medida em que pode suprimi-la devido essa amplitude nas decisões, ao passo que, o perigo ainda recai sobre os demais poderes que desarmonicamente abrem espaço para o judiciário executar e legislar.

Em suma, a discricionariedade que poderia advir do ativismo judicial pode constituir significativo entrave à democracia, razão pela qual “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que “a convicção pessoal do juiz” seja o “critério” para resolver as indeterminações da lei, enfim, os “casos difíceis” (STRECK, 2013, p. 51).

Por esse argumento, certifica-se que a livre escolha do juiz não é o único meio transgressor, a democracia perde sua essência a medida em que o judiciário quer “intrometer-se” em assuntos que não lhe cabem, interferindo no poder constituinte e agindo como se gestor público fosse. Partindo desse pressuposto, se teria uma falsa ideia de democracia, na qual as decisões não emanam dos

sujeitos escolhidos pelo povo, configurando, o que Streck (2008, p. 18-19), denomina de antidemocracia:

Relevante é também salientar que admitir que se traduza democracia simplesmente como a sujeição de um povo às vontades da maioria induz a uma conseqüente conclusão de que o Constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários.

O autor conclui seu raciocínio, diante do quadro contramajoritário ao tecer o seguinte comentário:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa? Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos. (STRECK, 2009, p. 1)

Por fim, não menos importante, é imprescindível falar novamente em Separação de Poderes. O assunto já destrinchado em momento anterior é argumento plausível da tese contrária a aplicação ativista no cenário brasileiro. No entanto, antes de trazê-lo para a baila, breves ponderações sobre principiologismo são pertinentes.

Isso porque os princípios nas circunstâncias relatadas são priorizados no lugar da lei ocasionando dois aspectos preocupantes, de um lado da moeda temos um Judiciário extrapolando na utilização dos princípios e do outro, em virtude dessa ação, temos um Legislativo que perde sua legitimidade.

É partindo desse raciocínio que Sarmento (2007, p.144) e Streck (2013, p. 221) tecem suas desaprovações, considerando que se tem um decisionismos judicial e um abuso de princípios nas decisões judiciais. De acordo com eles:

A outra face da moeda é o lado do decisionismos e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismos judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismos.

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.

Dito isto, põem-se em risco o exercício e existência do poder legislativo. O exercício, pois, na qualidade de criar as leis que regem o ordenamento, o judiciário toma esse papel e desprestigia o legislador que automaticamente vai sucumbindo em razão de decisões cunhadas em um ponto de vista camuflado de justiça.

Em razão disso, instaura-se um grande receio, medo de que se construa um “GOVERNO DE TOGA”, conforme menciona Hirschell apud Vitório (2011). É nessa trama que a Separação dos Poderes se encaixa, pois, tal conduta desafia o

sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a separação entre os três Poderes (VITÓRIO, 2011, p. 224).

Contemplamos ainda, o pensamento do autor, no momento em que ele diz:

O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado (VITÓRIO, 2011, p. 224).

Dessa forma, a independência entre poderes, tendo em vista, todo o exposto, é questionada. Onde está a autonomia legislativa, quando outro poder, sem pedir licença toma as rédeas e leva para os tribunais assuntos contra majoritários? Ainda nesse caminho, resta obvio, que esse conflito ocasiona a desarmonia entre tais poderes.

5 APLICABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL: CASO CONCRETO

5.1 A DECISÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO -ADO26

A ADO 26 do STF é composta precipuamente por um cenário que envolve o clamor de indivíduos por direitos fundamentais consolidados no texto constitucional. De um lado o escopo de proteção calcado no reconhecimento de que é imprescindível criminalizar a homofobia, do outro, a figura do Congresso Nacional que é substancial para a concretização desse objetivo. Acontece que que “MEIO” e “FIM”, na situação em comento não caminham juntos, daí a justificativa de buscar o Poder Judiciário que se respalda em uma postura ativista para solucionar a questão.

O ministro Alexandre de Moraes, com base na petição apresentada descreve em seu voto os pontos chaves almejados na ação:

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS, para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88) (BRASIL, ADO 26, p.2).

Expõe ainda o ministro, as alegações trazidas na petição:

Narra a peça inicial que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero). Acrescenta que a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas (BRASIL, ADO 26, p.2).

Nessa perspectiva, o Partido Popular Socialista esclarece a legitimidade do STF para criminalizar a homofobia e tecer seus pedidos:

A superação da exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia é juridicamente possível pela ausência de proibição normativa a tanto e, ainda, se faz necessária no atual contexto brasileiro na medida em que nosso Parlamento lamentavelmente nega a supremacia constitucional ao se recusarem a elaborar referida legislação criminal (BRASIL, ADO 26, p.3)

- (a) seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constata do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhecê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88; (b) seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia; (c) cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima; (d) caso transcorra o prazo fixado pela Suprema Corte, seja efetivamente tipificada a homofobia e a transfobia com o crime específico e fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia (BRASIL, ADO 26, p 3 e 4).

É com base nas pretensões em reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional, na declaração da existência de omissão do Poder Legislativo, na necessidade de enquadrar a homofobia e transfobia nos tipos penais definidos na lei 7.716/89, bem como, qualificar as práticas homofóbicas como espécies de gênero do racismo, que o cabimento e voto dos ministros encontram razão. É nesse ambiente que o ministro Celso de Mello, ora relator da presente demanda apoia o acolhimento da mesma.

“Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facer ou non praestare, resultara a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como

comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 162/877, Rel. Min. Celso de Mello) (BRASIL, ADO 26, p 10).

Não distante a essa compreensão, Barroso (2019) alicerça o recebimento da ADO 26 ao expor:

Assentei que, como regra, a criação primária de leis é competência do Congresso Nacional, mas, em casos de omissão legislativa, especialmente no que diz respeito a direitos fundamentais, cabe ao Supremo Tribunal Federal, legitimamente, agir para fazer valer a Constituição, num diálogo respeitoso com o Congresso e com a sociedade.

O percurso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade iniciou-se em 2013, sendo protocolada, autuada e distribuído em 19 de dezembro do mesmo ano, vários procedimentos aconteceram, entretanto apesar de serem relevantes ao desfecho dessa história, não serão aqui tratados, uma vez que a delimitação tange a decisão. Assim, cabe destacar os aspectos mais relevantes dos votos que reconheceram por meio da ADO 26 a imprescindibilidade de criminalizar a homofobia, como mecanismo adequado ao exercício de direitos fundamentais.

O fechamento do caso decorreu da votação expressiva realizada em 13 de junho de 2019, no qual, por meio de 10 votos a 1, ficou definido que o Congresso Nacional em que pese sua omissão, é o responsável por legislar sobre a homofobia e transfobia, ao passo que reconheceram o enquadramento da homofobia e transfobia no mesmo tipo penal do artigo 20 da Lei 7.716/1989 por 8 votos a 3. Conforme decisão publicada em 13/06/2019 no site do STF concluiu-se que:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

Nesse interim, o ministro e relator Celso de Mello (2019, p.153) aduz que está em debate mais uma vez, o permanente conflito entre civilização e barbárie. Fundamenta ainda que:

O permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acimada insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acimadas pulsões irracionais e acima da degradação torpedos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República.

A questão dos direitos essenciais da pessoa humana – precisamente porque o reconhecimento de tais prerrogativas funda-se em consenso verdadeiramente universal (“*consensus omnium gentium*”) – não mais constitui problema de natureza filosófica ou de caráter meramente teórico, mas representa, isto sim, tema fortemente impregnado de significação política, na medida em que se torna fundamental e inadiável instituir meios destinados a protegê-los, conferindo-lhes

efetividade e exequibilidade no plano das relações entre o Estado e os indivíduos.

Outro voto substancial é o do ministro Alexandre de Moraes (2019, p.43) que acompanhou o relator Celso de Mello, no conhecimento parcial da presente ação, vale destacar nesse contexto sua visão referente a aplicação do artigo 5º da CF, incisos XLI e XLII, sendo a coercibilidade jurídica desse dispositivo medida eficaz.

Dessa maneira, é possível a utilização da interpretação conforme para garantir a supremacia incondicional do texto constitucional em relação a todo ordenamento jurídico e sua força normativa inquestionável, com a reafirmação de coercibilidade jurídica dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, e possibilidade de punição criminal de condutas discriminatórias e desrespeitosas aos direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT (condutas homofóbicas e transfóbicas).

Ainda no que concerne ao voto, Luís Roberto Barroso defende a aplicação do papel contramajoritário exercido pelo STF para que se garanta os direitos fundamentais sublinhados na CF. Segundo ele, é dever do STF de garantir os direitos das minorias, mesmo contra a vontade de uma maioria, o STF muitas vezes deve exercer suas funções de forma “iluminista”, isto é, “empurrar a história mesmo contra vontades majoritárias”.

A ministra Rosa Weber (2019) reafirma esse papel e afirma que resta demonstrada a mora legislativa, sendo a Carta Magna o caminho para suprir o vazio legislativo. Assim, com base em suas palavras, *o descumprimento de tal comando pelo Legislativo, não obstante transcorridas três décadas desde promulgação da lei fundamental, abre via da ação por omissão, previsto na Constituição e que visa suprir vazio legislativo. No caso, a mora do poder legislativo em cumprir determinação pelo artigo 5º está devidamente demonstrada*

Portanto, o pronunciamento do Judiciário é devido, em razão da demora legislativa, pois apesar de tramitar no Congresso projetos propondo a tipificação da homofobia, estes não tramitam de forma contínua. Sendo assim, o ministro Luiz Fux (2019) acrescenta que o Judiciário age até que o Legislativo cumpra a determinação constitucional de defesa das minorias contra as violências das maiorias.

Ele deixa claro que, o Judiciário não está criando uma norma penal, mas apenas interpretando a legislação infraconstitucional para tratar a homofobia de forma similar ao racismo. Pois, de acordo com Alexandre de Moraes (2019, p.10), é papel do Supremo Tribunal Federal amenizar a *síndrome da inefetividade* que acomete determinados mandamentos constitucionais, sem que isso represente uma falta de harmonia entre os Poderes. Dessa forma, o saudoso ministro compara a função de cada poder ao declamar que:

Assim como é missão constitucional do Congresso Nacional legislar, com absoluta independência; é dever constitucional do Supremo Tribunal Federal garantir e concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais.

Em suma, observar-se que os argumentos e a decisão dessa corte foram pautados sobretudo em uma balança, em que de um lado está a omissão e mora legislativa e do outro, a violação a preceitos de um povo, sendo assim, o peso maior recai sobre as minorias, recai em direitos fundamentais, recai em um papel que obrigatoriamente necessita ser exercido.

Não se trata então de apequenar ou desprezar as funções de outro poder em detrimento de uma supremacia jurisdicional, diz respeito, a não fechar os olhos ou cruzar os braços a quem pede apoiado em constituição que lhes assegura direitos e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente o ideal de justiça pulsa muito mais que outrora. Observa-se que tal afirmativa não é por acaso, o respaldo está vinculado ao contexto que vem desde dos primórdios em que o ser humano passou a compreender e lutar pelos seus direitos. Desse modo, não é mais aceitável que lei esteja apenas no plano formal, ela necessariamente precisa ser concreta e efetiva.

O presente artigo foi construído na análise de uma postura ativista, fundada na doutrina, para mostrar os dois lados desse fenômeno e sua aplicação a um caso concreto motivado pela posituação de direitos em face da mora legislativa.

Constatou-se, que diametralmente doutrinadores divergem acerca do ativismo judicial, pois, ora, reconhecem que cabem ao juiz a garantia de direitos fundamentais pois não pode o poder judiciário “oprimir ou suprimir a voz das ruas”, ora, sustentam que não cabe ao juiz decidir as “indeterminações da lei”, uma vez que afronta a democracia e a separação dos poderes, e tornam suas decisões em meros “decisionismos”.

Embora os relevantes posicionamentos, pondera-se que a homofobia no Brasil alcançou patamares alarmantes, que não se limitaram apenas as agressões verbais, que por si só já violam direitos, mas foram além, causando inúmeras mortes como já visto pelos relatórios aqui apresentados. Nesse sentido, incumbe precipuamente ao direito proteger tais vítimas, uma vez que os atentados recaem diretamente no fundamento basilar que é a vida.

Fala-se que em razão das condutas homofóbicas ensejarem em tipos penais não haveria motivos para criação um novo tipo no ordenamento jurídico. Acontece que existe um grupo de pessoas que não são heterossexuais, e justamente pela sua orientação sexual se tornam centro de toda forma de

agressão, dessa forma, é clarividente que um crime cometido com base nessa justificativa abrange um novo elemento.

Assim, o escopo que se buscou ao pedir reconhecimento da criminalização da homofobia partiu de dois viés, defesa e combate, em que se busca a tutela jurisdicional para uma minoria atrelado ao fim de ofensas individuais ou coletivas, homicídios e discriminações, pois, na medida que se equipara a homofobia ao crime de racismo, reconhece-se e educa que inferiorizar ou privar um indivíduo com base em sua orientação sexual é intolerável, pois não define e nem determina os padrões morais e éticos de um cidadão, sendo a partir de então, passível de punição.

O ativismo judicial, bem ou mal, é o mecanismo utilizado em decisões como essa. É sabido que concerne ao Poder Legislativo tutelar tal questão, contudo, sabe-se também que o poder em comento vem de um histórico de omissão que prejudicialmente impede a votação no Congresso Nacional, causando um contra fluxo constitucional ao escusar-se da sua função de legislar.

Há de se concordar que existia um débito com essa parcela da sociedade, na medida em que criminalizar a homofobia buscou-se ao menos amenizar as mazelas que se delongavam na história dessa minoria. O Poder Judiciário, diante do cenário que se formou, em deferência com outros poderes sentenciou pela dignidade da pessoa humana e supremacia da Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial, se torna cada vez mais recorrente em virtude de uma crise que aflige os Poderes Executivo e Legislativo, denominada de representatividade. Nesse sentido, o poder Judiciário assume uma responsabilidade que não pediu, mas que a exerce em respeito à sua função dentro da sociedade, e isso consequentemente lhe põem em preponderância, mas essa, não desmerece e nem tampouco desrespeita outro poder, apenas

demonstra que na conjuntura atual é o mais apto a efetivar os direitos dos cidadãos.

Partindo desse pressuposto, impõem-se ao Judiciário direta ou indiretamente o papel contramajoritário. Em contrapartida, ater-se a cuidados nunca é demais, logo, as decisões que emanam dos tribunais por meios de juízes maculadas de discricionariedade podem acarretar riscos a democracia, devendo a dosagem dessa liberdade ser comedida.

Nessa ótica, a título ilustrativo, ao colocar o ativismo judicial em uma balança é notório afirmar em que pese o teor antidemocrático de um lado, do outro, temos sua substancialidade para garantir não só a CF, mas primordialmente os direitos que ela traz, bem como, a própria ideia de democracia.

Em suma, a CF destinou a cada poder o que deve ser feito, sem sobrecarregar ou dar privilégios, então que se execute cada papel para que se prevaleça a justiça, a democracia e os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**; in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Acessado em: 27/10/19.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**/Luis Riberto Barroso. - 5. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2015. Acessado em: 15/10/19.

BARTH, Fredrik. **Grupos étnicos e suas fronteiras**. In: POUTIGNAT, P; STREIFF-FENART, J. Teorias da etnicidade. São Paulo: UNESP, 1998. p. 185-227. Acessado em: 05/10/19.

____.Senado. **Projeto de Lei n.º 122/2006**. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>.
Acesso em: 29/10/19.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.
Brasília, DF: Senado, 1988. Acessado em: 06/10/19.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**.
2019. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>.
Acessado em: 07/11/19.

BRASIL. **Mandado de Injunção 4.733 Distrito Federal**. 2019. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>.
Acessado em: 07/11/19.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. 2019. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acessado em:
07/11/19.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**.
Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>.
Acessado em: 07/11/19.

BRASIL. **Violência LGTBfóbicas no Brasil: dados da violência**. Disponível em:
<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>. Acessado em: 07/11/19.

BREMMER, Jan. **Pederastia grega e homossexualismo moderno**. In: BREMMER, Jan.
(Org.). De Safo a Sade: momentos da história da sexualidade. São Paulo: Papyrus, 1995.
p. 11-26. Acessado em: 02/10/19.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo
Horizonte: Autêntica Editora, 2010. Acessado em: 22/10/19.

CAPPELLANO, Luiz Carlos. **Breve Histórico da Homossexualidade.2004**. Disponível
em
<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxsdWNhcHBlbGxhbm98Z3g6YmlyYzhjNWVmNzYxMGYz>. Acessado em: 14/10/2019.

CONSELHO, Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia:
Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção
da Cidadania Homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Acesso em:
29/10/19.

COSTA, Ângelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. **Homofobia e preconceito contra diversidade sexual: debate conceitual**. Temas psicol. [online]. 2015, vol.23, n.3, pp. 715-726. ISSN 1413-389X. <http://dx.doi.org/10.9788/TP2015.3-15>. Acessado em: 17/10/19.

DAHLBERG, Linda Lee; KRUG, Etienne, G. **Violência: um problema global de saúde pública**. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v11s0/a07v11s0>. Acessado em:14/10/2019.

FACCHINI, Regina. **Entre compassos e descompassos: um olhar para o “campo” e para a “arena” do movimento LGBT brasileiro**. 2009. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/entre%20compassos%20e%20descompassos.pdf>. Acesso em: 27/10/19.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 13/10/19.

JUNIOR, Gabriel Denzen . **Curso Completo de Direito Constitucional – Vol. I / Gabriel Denzen Junior – 10. ed. – Brasília: Vestcon, 2006**. Acesso em: 22/10/19.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. Rev. Atual. e Ampl. Salvador: Jus Podivm, 2014. Acessado em: 25/10/19.

JUNQUEIRA, Rogério. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. Bagoas: estudos gays –gêneros e sexualidades, vol. 1, nº 1, Natal-RN, jul-dez 2007, pp.145-65. Acesso em: 21/10/19.

KOEHLER, Sonia Maria Ferreira; SOUSA, Ana Maria Viola (2013). **Homofobia e educação em direitos humanos**. In A. M. Eyng (Ed.), Direitos humanos e violências nas escolas (pp.147-172). Curitiba: CRV. Acessado em: 20/10/19.

LADO A. **Grupo Gay da Bahia publica relatório sobre mortes por LGBTfobia em 2018**. 2018. Disponível em: <https://revistaladoa.com.br/2019/01/brasil/grupo-gay-da-bahia-publica-relatorio-sobre-mortes-por-lgbtfobia-em-2018/>. Acessado em: 13/11/19.

LENZA, Pedro. **Direito Consititucional Esquematzados/ Pedro Lenza- 15. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011**. Acessado em: 19/10/19.

MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional – 9. Ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2014**. Acessado em: 23/10/19.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Acesso em: 07/10/19.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. Acesso em: 27/10/19.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**/ José Afonso da Silva. – 42. Ed., ver. E atual./ até a Emenda Constitucional . n. 99, de 14/12/17.- São Paulo: Malheiros, 2019. Acessado em: 25/10/19.

SARTREC, Maurice. **A homossexualidade na Grécia Antiga**. In: Amor e Sexualidade no Ocidente. Edição Especial da revista L'Histoire/Seuil, Porto Alegre, L&PM, 1992, p.47. Acessado em: 19/10/19.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. 2009. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 22/10/19.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81. Acesso em: 28/10/19.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. Acesso em: 28/10/19.

STRECK, Lenio Luiz. **O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista”** In: COUTINHO, J. N. de M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242. Acesso em: 21/10/19.

VEJA. **Atirador ataca boate gay nos EUA e mata 50 pessoas**. 2016. Disponível: <https://veja.abril.com.br/mundo/atirador-ataca-boate-gay-nos-eua-e-mata-50-pessoas/>. Acessado em: 14/10/19.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf. Acessado em: 14/10/19.

WARNER, Michael. **Medo de um planeta rainha: política queer e teoria social**. Minneapolis: University of Minnesota, 1993.

O FENÔMENO DAS FAKE NEWS: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES NA JUSTIÇA ELEITORAL

Aurélio da Silva Grande (Orientador: Prof. Dr. Thiago Santos Aguiar de Pádua)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo verificar a atuação da Justiça Eleitoral nas decisões sobre *fake news* nas Eleições Presidenciais de 2018. O TCC está organizado em três capítulos. O primeiro, refere-se a parte conceitual de *fake news*, contendo definições, tipos de notícias falsas, seus efeitos e consequências. O segundo, trata-se do levantamento dos princípios constitucionais relacionados ao tema. E o terceiro, é a análise das decisões na Justiça Eleitoral. Para tanto, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica na literatura científica e o método de análise de decisões¹ a fim de se realizar uma análise quantitativa e qualitativa delas, bem como, verificar os limites da liberdade de expressão na remoção de conteúdo nas redes sociais.

Palavras-Chave: *Fake news*. Liberdade de Expressão. Censura. Decisões. Jurisprudência. Justiça Eleitoral.

ABSTRACT: The present work aims to verify the role of the Electoral Justice in the decisions about fake news in the 2018 Presidential Elections. The TCC is organized in three chapters. The first refers to the conceptual part of fake news, containing definitions, types of false news, their effects and consequences. The second is a survey of constitutional principles related to the theme. And the third, is the analysis of decisions in the Electoral Justice. To this end, it was used as methodology the bibliographic review in the scientific literature and the method of analysis of decisions in order to carry out a quantitative and qualitative analysis of them, as well as, to verify the limits of freedom of expression in the removal of content in social networks ..

Keywords: Fake news. Freedom of expression. Censorship. Decisions. Jurisprudence. electoral justice.

¹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010, p. 7.

INTRODUÇÃO

Fake News é um dos assuntos que está em voga atualmente, principalmente, nas proximidades de certames eleitorais. A Justiça Eleitoral tem atuado em casos pontuais durante o período eleitoral utilizando-se o art. 58, da lei 9.504/1997, que estabelece as normas para eleições, no qual trata a difusão por qualquer meio de comunicação social de afirmação 'sabidamente inverídica' sobre candidato, partido ou coligação, assegurando o direito de resposta ao ofendido. Porém, após o período eleitoral, as representações pendentes de julgamento são arquivadas por perda de objeto.

O tema é muito abrangente, inclui casos que ocorrem fora do período eleitoral, por pessoas que não estão ligadas a campanha de algum candidato, cuja intenção não seja prejudicar a imagem de concorrente à eleição, mas sim causar um dano para a sociedade em si, extrapolando os limites da liberdade de expressão e causando desinformação. No entanto, o escopo desse estudo é verificar como o ordenamento jurídico tem atuado na esfera eleitoral por meio de uma análise das decisões sobre *fake news* na Justiça Eleitoral.

O trabalho tem como justificativa a mudança nas formas das pessoas se relacionarem com o advento das redes sociais, o que requer a atualização da forma de atuação do judiciário para acompanhar os litígios nas mídias sociais. Atualmente, existe um excesso de conteúdos que nem sempre trazem informação. Alguns materiais são confeccionados com o intuito de causar confusão e desinformação, ferindo não somente a honra mas, o próprio direito à informação, atentando contra a própria democracia.

Com o advento da evolução tecnológica das mídias sociais, o Brasil e o mundo estão se deparando com novas situações, novos desafios e problemáticas até então não enfrentadas relacionadas à divulgação de informações fraudulentas e suas consequências na sociedade e no mundo jurídico. No passado

não tão distante, o acesso à informação era mais difícil, atualmente, vivemos em uma realidade na qual predomina o excesso de informação, muitas vezes contradizentes e sem procedência, que acabam por trazer outro problema, a disseminação de notícias falsas ou a desinformação.

Segundo o Ministro Luiz Fux, em suas palavras no Seminário Internacional sobre *Fake News* e as Eleições realizadas em maio de 2019, a base de qualquer democracia está na liberdade de expressão, no entanto, quando a divulgação de conteúdos causa desinformação, isso fere outros princípios constitucionais como o próprio direito à informação, do princípio da soberania popular, da moralidade e no contexto eleitoral, atenta ao princípio de igualdade de chances, causando dano irreparável às candidaturas, ao processo democrático e a própria Democracia. O Ministro defende uma tutela inibitória inclusive com sanções eleitorais e penais, pois entende que *Fake News* nada tem a ver com liberdade de expressão².

Por outro lado, o Secretário-Geral da Federação Europeia dos Jornalistas (EJF), Ricardo Gutiérrez, em sua palestra "Tratar Desinformação sem prejudicar a liberdade de expressão" discorda sobre a regulação judiciária das mídias digitais afirmando que as leis existentes são suficientes. Argumenta o palestrante, que ao se banir uma publicação, ela será republicada em outro servidor de internet³.

Na visão dele, os políticos utilizam do argumento de *Fake News* para enfraquecer a mídia e sua incidência maior se dá em países polarizados. Afirma

² FUX, Luiz. Manifestação dos componentes da mesa de abertura. *In*: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais, p. 21-22. – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019, p. 21. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>. Acesso em: 23/10/2019.

³ GUTIÉRREZ, Ricardo. Combatendo a Desinformação e Preservando a Liberdade de Expressão". *In*: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais, p. 26-31. – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019, p. 30. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>. Acesso em: 23/10/2019.

que a solução seria envolver os responsáveis interessados em um grupo multidisciplinar compostos de jornalistas, pesquisadores, academia etc, com transparência dos algoritmos das mídias sociais, investimento em educação midiática, além do combate ao mau jornalismo e empoderamento do jornalismo ético.

O representante da União Europeia compartilhou a experiência europeia no combate a desinformação. A União Europeia possui uma iniciativa de combate a *Fake News* por meio de um Plano Internacional de combate a desinformação, por meio de avisos entre os países membros para identificação de notícias falsas. Esses avisos são feitos por um grupo de peritos para tratar de assunto.

No Brasil, a lei eleitoral estipula os limites da propaganda, porém a internet quebrou o monopólio da imprensa, seu efeito hoje é instantâneo, trazendo uma quantidade enorme de informações, o que se agrava em um mundo menos tolerante. O Ministro Henrique Neves, no Seminário Internacional sobre *Fake News* e as Eleições realizadas em maio de 2019, informou que o principal problema é "Definir fato falso e opinião falsa", pois, opinião falsa não existe devido a livre convicção. Esse é o grande desafio, saber o limite entre a liberdade de expressão e livre convicção e o dolo específico de propagar notícias falsas⁴.

Devido a essa dificuldade, como metodologia, será realizada uma revisão bibliográfica a fim de conceituar *fake news*. Após isso, verificar os princípios constitucionais estão relacionados ao tema. Por fim, realizar uma análise de decisões sobre *fake news* na JE⁵, com intuito de verificar a atuação judicial frente

⁴ NEVES, Henrique. Lei Eleitoral e os Limites da Propaganda. *In*: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais, p. 39-41. – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019, p. 41. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>. Acesso em: 23/10/2019.

⁵ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010, p. 7.

às garantias constitucionais de liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento.

O trabalho está organizado em três capítulos: Capítulo 1 – Das *Fake News*: contextualização, conceitos, tipos de notícias falsas, efeitos e consequências; Capítulo 2 – Dos princípios constitucionais e eleitorais relacionados. Capítulo 3 – Análise de decisões sobre *fake news*: análises quantitativa e qualitativa dos pedidos de remoção de conteúdo. Por fim, a conclusão sobre a prevalência da liberdade de expressão e as dificuldades nas análises dos pedidos.

1 DAS FAKE NEWS

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Desde o surgimento da humanidade, uma das características que diferenciavam o *Homo Sapiens* das outras espécies foi o desenvolvimento de uma linguagem única ou, em outras palavras, a capacidade de fazer fofoca⁶. A teoria da fofoca pode parecer uma piada mas, os humanos são animais sociais cuja maior parte de sua comunicação, seja na forma de e-mails, de telefonemas ou de colunas de jornais, é fofoca. A capacidade de criar suas próprias verdades, falar sobre coisas que não existem de fato e fazer com que os outros acreditem nesses mitos, é da natureza humana, o problema é quando isso causa algum tipo de prejuízo de forma intencional.

O fenômeno das *fake news* pode ser percebido em diversos fatos históricos recentes, como nas Eleições Presidenciais Americanas de 2018, nas quais o presidente Donald Trump, em sua campanha, alegava que as notícias veiculadas na imprensa que lhe eram desfavoráveis não tinham credibilidade por se tratar de *Fake News*. Além disso, houveram suspeitas de interferências do

⁶ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*. 15. Ed. Porto Alegre-RS:L&PM, 2016, p. 31-33.

governo russo por intermédio dos meios digitais que influenciaram no resultado das eleições.

Entre os outros episódios em que esse fenômeno pode ser verificado estão as Eleições na França, o Plebiscito sobre a Separação da Catalunha na Espanha, o Plebiscito sobre a saída do Reino Unido da União Europeia em 2016 - *Brexit*, bem como, as Eleições Presidenciais no Brasil em 2018, no qual serviços de divulgação de mensagem em massa foram utilizados e uma série de publicações foram veiculadas e compartilhadas, inclusive pondo em dúvida a confiabilidade da urna eletrônica de votação e que, de certa forma, acabaram contribuindo para o resultado das eleições.

Mas não é apenas no contexto eleitoral que se verifica a alegação de *Fake News*. Em abril de 2019, o Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal - STF, relator do inquérito para apurar notícias fraudulentas que possam atingir a honra dos ministros da Corte ou vazamento de informações de seus pares integrantes da corte, decidiu que o sítio "O Antagonista" e a revista "Cruzeú" retirassem do ar publicações e notas que ligavam o Ministro Toffoli à Odebrecht⁷. O caso teve repercussão da mídias por entenderem se tratar de censura.

Com a facilidade de comunicação proporcionada pela *internet*, o advento das redes sociais, a polarização política da população em face de eleições de seus representantes, juntamente com a ânsia do indivíduo de provar que está certo, resulta em se apoiar em qualquer material que reforce esse pensamento, compartilhando uma notícia que sequer foi checada, causando desinformação e proliferando as *Fake News*. Porém, para o devido tratamento jurídico, é necessário conceituá-la.

⁷ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/ministro-do-stf-censura-sites-e-manda-tirar-do-ar-reportagem-sobre-toffoli.shtml>. Acesso em: 22/10/2019.

1.2 CONCEITOS

A polissemia aplicada a expressão é a maior dificuldade para sua conceituação, ora usada como notícia falsa, ora como notícia fraudulenta, ora como reportagem deficiente ou parcial, ou até mesmo como uma agressão a alguém ou alguma ideologia. Diogo Rais⁸ considera que devido a mentira está no campo da ética, o mais perto que ela se aproxima do campo jurídico é da fraude e uma possível tradução seria "notícias ou mensagens fraudulentas" e assim a conceitua: "como uma mensagem propositalmente mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem".

Para Allcott e Gentzkow⁹, notícia falsa é definida como "artigos noticiosos que são intencionalmente e verificavelmente falsos, embora capazes de enganar os leitores". Contribuem para isso, o engajamento em redes sociais *online* somando-se ao declínio da confiança em veículos tradicionais de informações. Ou seja, conforme explica Castro¹⁰, existem duas características centrais: "autenticidade (é possível validá-las) e intencionalidade (possuem o intuito de enganar).

De forma mais restrita Shu et al¹¹. define fake news como "notícias intencionalmente e verificamente falsas". Essa definição exclui erros jornalísticos não intencionais; rumores¹², ou seja, informações não verificadas

⁸ RAIS, Diogo. Fake News e Eleições. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 105-129, 24 de setembro de 2018, p. 107.

⁹ ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. Journal of Economic Perspectives, vol. 13, number 2, p. 211-236, Spring 2017, p. 213. Disponível em: <<https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>>. Acesso em: 07/08/2019.

¹⁰ CASTRO, Leandro Nunes de. Computação e desinformação: tecnologias de detecção de desinformação online. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 61-73, 24 de setembro de 2018, p. 64.

¹¹ SHU, K.; SLIVA, A.; WANG, S.; TANG, J.; LIU, H. (2017). Fake News Detection on Social Media: A Data Mining Perspective, ADM SIGKDD Explorations Newsletter, pp. 22-36, 19(1), p. 2.

¹² ZUBIAGA, A.; AKER, A.; BONTCHEVA, K.; LIAKARA, M.; PROCTER, R. (2018). Detection and Resolution of Rumours in Social Media: A Survey, ACM Computing Surveys 51(2), Article 32, p. 32.

quando postadas, teorias de conspiração¹³, entendidas como explicações sobre eventos históricos em termos do agente causal de um grupo relativamente pequeno de pessoas agindo em segredo, bem como sátiras, que são identificáveis pela característica de entretenimento; fofocas, que são afirmações não validadas e não consentidas sobre pessoas ou fatos, e declarações falsas.

O Grupo Independente de Alto Nível sobre as notícias falsas e a desinformação *on-line* da União Europeia (High Level Group - HLEG)¹⁴ recomendou o uso do termo 'desinformação' em vez de *fake news*, pois esse foi "apropriado e usado de maneira enganadora por participantes poderosos para desconsiderar reportagens que não são de seu interesse" e, aquele um sentido mais abrangente e assim definem:

"a desinformação como as informações falsas, inexatas ou deturpadas concebidas, apresentadas e promovidas para obter lucro ou para causar um prejuízo público intencional. Este cenário pode colocar em risco os processos e os valores democráticos e pode visar especificamente uma grande variedade de setores, tais como a saúde, a ciência, a educação e a finança".

Nesse sentido Wu et al.¹⁵ corrobora que há duas expressões similares em inglês, porém, com significados distintos: *misinformation* e *desinformation*. A primeira é uma informação falsa ou imprecisa espalhada de forma não intencional, enquanto a segunda, é intencionalmente falsa e deliberadamente propagada. Ou seja, é nessa última que se conceitua *fake news* como desinformação, criada com o propósito de enganar ou enviesar os usuários e é espalhada para que seja reforçada nas redes.

¹³ KEELEY, B. L. (1999), Of Conspiracy Theories, The Journal of Philosophy, pp. 109-126, 96(3), p. 116.

¹⁴ High Level Group - HLEG (Grupo Independente de Alto Nível sobre as notícias falsas e a desinformação *on-line*) da União Europeia. Uma abordagem multidimensional para a desinformação, 12.03.2018. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1746_pt.pdf>. Acesso em: 06/09/2019.

¹⁵ WU, L.; MORSTATTER, F.; HU, X.; LIU, H. (2016), Mining Misinformation in Social Media, In THAI, T.; WU, W; XIONG, H. Big Data in Complex and Social Network, Taylor & Francis Group, Chapter 5, p. 28.

De acordo com Claire Wardle e Hossein Derakhshan¹⁶, em trabalho sobre “desordem informacional” produzido para o Conselho da Europa, o gênero das “fake news” inclui três modalidades de manipulação:

(a) a desinformação (“*disinformation*”), que consiste em informações falsas deliberadamente criadas e espalhadas para prejudicar pessoas, grupos sociais, organizações ou mesmo países;

(b) a (“*misinformation*”), ou seja, aquela notícia falsa propriamente dita que, embora criada sem intenção deliberada de prejudicar (v.g., uma reportagem com erros ou omissões na apuração da notícia), acaba por confundir ou ser replicada por pessoas desavisadas; e

(c) a (“*mal-information*”), malinformação i.e., as notícias que, baseadas em aspectos da realidade, são intencionalmente editadas e distorcidas com a finalidade de causar prejuízos

REPRESENTAÇÃO (11541) - PROCESSO No 0603147-97.2018.6.09.0000 - GOIÂNIA/GO. Acórdão de 01/10/2018. RELATOR: JUIZ JULIANO TAVEIRA BERNARDES. PRESIDENTE: DESEMBARGADOR CARLOS HIPOLITO ESCHER. PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL: DR. RAPHAEL PERISSE RODRIGUES BARBOSA.

Segundo Aline Osório¹⁷, embora não exista legislação específica, o código eleitoral traz dispositivos para tratar do tema e levantou três problemas para a aplicação deles, pois não foram feitos especificamente para tratar de *fake news*:

- a) Terminológico: A ideia de informação falsa não é novidade, mas sim, o uso do termo, frequentemente equivocado no discurso público, além da velocidade de propagação. Alguns utilizam o termo quando não concordam uma informação, não convém uma opinião ou não gostam

¹⁶ DERAKHSHAN, Hossein; WARDLE, Claire. Information Disorder: Definitions. Understanding and Addressing the Disinformation Ecosystem Workshop. Annenberg School for Communication, pp. 5-12 Dec. 15. 2017, p. 8. Disponível em: <<https://firstdraftnews.org/wp-content/uploads/2018/03/The-Disinformation-Ecosystem-20180207-v2.pdf?x72166>>. Acesso em: 22/10/2019.

¹⁷ OSÓRIO, Aline. Lei Eleitoral e os Limites da Propaganda. In: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais. – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, p. 41-43, 2019, p. 42. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>. Acesso em: 23/10/2019.

de uma ideia. Segundo a autora, *fake news* são informações manifestamente inverídicas, manipuladas que foram criadas ou divulgadas intencionalmente com um potencial de dano. Manchetes sensacionalistas, juízo de valor, opiniões inadequadas ou agressivas, não são *fake news*. Conforme entendimento do TSE nos casos da propaganda de Regina Duarte, que falava que tinha medo caso Lula fosse eleito, e da propaganda contra a candidata Marina Silva sobre a independência do Banco Central, que enquanto o narrador falava, a comida ia sumindo da mesa de uma família, tentaram impugná-las como manifestamente inverídica, mas o TSE entendeu como juízo de valor e previsão catastrófica no debate propositivo;

- b) Filosófico: Há um risco relevante de que, na tentativa combater notícias falsas, tenha como resultado a asfixia da liberdade de expressão. Há três fundamentos filosóficos principais na tutela da liberdade de expressão: Busca da verdade, por meio da livre competição de ideias ao invés de alguém dizer o que é verdade ou mentira; Democracia, que não há sem a possibilidade de liberdade de expressão, incluindo críticas veementes; e Auto-desenvolvimento pessoal, que nos define como seres humanos pela nossa capacidade de se manifestar, diferentemente de outras espécies;
- c) Tecnológico: A internet é um mundo e nenhum órgão é capaz de fiscalizar tudo o que se publica na internet. É necessário atuar de forma pontual, nos casos mais graves, de forma pedagógica, tomando cuidado para não provocar disparidades na própria disputa eleitoral.

Para Clarissa Piterman Gross¹⁸, *Fake News* são um tipo novo de conteúdo produzido a partir de uma intencionalidade viabilizada pelo modelo de produção, disseminação e consumo de conteúdo *online*. Trata-se do conteúdo mentiroso, intencionalmente falso, fabricado com o objetivo de explorar as circunstâncias do universo *online* (anonimato, a rapidez de disseminação da informação, a fragmentação das fontes de informação e da atenção dos usuários da *internet*, e o apelo às emoções e ao sensacionalismo) para fins de obtenção de vantagens econômicas ou políticas.

O novo modelo de produção e consumo de informação a que se refere a autora, trata-se do deslocamento parcial da importância da mídia tradicional para a *internet*, assumindo um papel cada vez mais relevante como fonte de informação e como lugar de debate público. Aponta três características do meio digital para compreensão das *fake news*:

- a) Na *internet*, os custos e barreiras à entrada para produção e disseminação de conteúdo são radicalmente mais baixos, permitindo uma fragmentação da produção de conteúdo e a transformação de todo usuário da rede em potencial produtor de conteúdo, o que acelera a difusão da informação e dificulta seu rastreamento;
- b) Facilidade ao anonimato na *internet*;
- c) O modo de financiamento da produção e disseminação do conteúdo na *internet* é diferente. O consumidor financia o acesso a grande parte do conteúdo por meio do fornecimento de seus dados ao disseminador de conteúdo, permitindo a formulação do perfil de consumo, político e das inclinações e preferências em geral dos usuários da *internet*.

¹⁸ GROSS, Clarissa Piterman. Fake News e Democracia: Discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. Revista dos Tribunais. 1^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 153-174, 24 de setembro de 2018, p.157.

Nesse modelo de financiamento, o apelo às emoções do consumidor ganha espaço, o que favorece o sensacionalismo, a manipulação de informações e a mentira fabricada.

1.3 TIPOS DE NOTÍCIAS FALSAS

Segundo a jornalista Claire Wandle¹⁹, existem sete tipos de notícias falsas que podem ser identificadas e combatidas nas redes:

- a) Sátira ou pararádia: sem intenção de causar mal, mas tem potencial de enganar;
- b) Falsa conexão: quando manchetes, imagens ou legendas dão falsas dicas do que é o conteúdo realmente;
- c) Conteúdo enganoso: uso enganoso de uma informação para usá-la contra um assunto ou uma pessoa;
- d) Falso contexto: quando um conteúdo genuíno é compartilhado com um contexto falso;
- e) Conteúdo impostor: quando fontes (pessoas, organizações, entidades) têm seus nomes usados, mas com afirmações que não são suas;
- f) Conteúdo manipulado: quando uma informação ou ideia verdadeira é manipulada para enganar o público;
- g) Conteúdo fabricado: feito do zero, é 100% falso e construído com intuito de desinformar o público e causar algum mal.

¹⁹ MERELES, Carla; MORAES, Isabela. Notícias Falsas e Pós-Verdade: O mundo das Fake News e da (Des)informação. Disponível em: <www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/>. Acesso em: 06/09/2019.

Para Castro²⁰, fake news são consequências do mau uso da tecnologia para fins de obter vantagens, enganar e enviesar opiniões. Devido a isso, para combater as *fake news* deve ser usado a própria tecnologia. Apesar de existirem agências de checagem de fatos para verificar a veracidade das notícias, o volume delas torna humanamente impraticável o serviço. Portanto, por meio do uso de algoritmos de análise de dados e recursos de inteligência artificial se caminha para a identificação automática e em tempo real de *fake news*.

O uso da tecnologia é importante pois, segundo investigação promovida pela BBC do Brasil²¹, existe uma verdadeira indústria de *fake news* que utiliza-se do mercado de compra e venda de contas falsas para favorecer políticos no Twitter e no Facebook. A BBC a dividiu em cinco categorias de impulsionamento da notícias falsas e que nem sempre é feita por humanos:

- a) Robôs: ou *bot*, nada mais é que uma metáfora para um algoritmo que está realizando um trabalho para você. São usados para proliferar postagens de forma automatizada;
- b) Ciborgues: dão origem a perfis mais sofisticados, que tentam de fato imitar perfis de pessoas verdadeiras, publicando fotos e frases e interagindo com outros usuários, criando "reputação digital";
- c) Robôs políticos: perfis de militantes que autorizam que suas contas sejam conectadas a páginas de candidatos ou de campanhas, abrindo mão de sua autonomia para dar curtidas de forma automática em notícias selecionadas pela campanha de um candidato;
- d) *Fake* clássico: um perfil inventado por uma só pessoa, sem relação com empresas que vendem esse serviço para políticos e sem relação com campanhas que pedem acesso às contas de militantes. É aquele perfil usado

²⁰ CASTRO, Leandro Nunes de. Computação e desinformação: tecnologias de detecção de desinformação online. Revista dos Tribunais. 1^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 61-73, 24 de setembro de 2018, p. 71.

²¹ Disponível em: <www.bbc.com/portuguese/brasil-42172154>. Acesso em: 09/09/2019.

por uma pessoa para esconder-se atrás de um "fake" pelos mais diversos motivos;

- e) Ativistas em série: pessoas reais altamente prolíficas politicamente no Twitter e com postagens sobre eventos políticos em diferentes partes do mundo.

1.4 EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS

Segundo Alzamora e Bicalho²², a dinâmica de circulação de fake news é transmidiática, cuja propagação depende do engajamento social gerado, e pragmaticamente orientada. Utiliza-se da versão pragmática da verdade de Charles Sanders Peirce, na qual a verdade nem sempre é atributo da notícia. Segundo Peirce²³:

"a abdução, ou hipótese explicativa, será considerada boa se puder ser verificada. Neste caso, resultará em crença, cujo significado será um hábito, ou seja, a regularidade de ação apta a conformar uma opinião relativamente duradoura, pois assim que uma crença firme é alcançada, ficamos inteiramente satisfeitos, quer a crença seja verdadeira, quer seja falsa".

O efeito prático de uma notícia, portanto, não é o reconhecimento social da verdade, mas a natureza da crença que ela deflagra, sendo esta sempre passível de revisão conforme o aprofundamento dos processos de verificação decorrentes da dúvida. Conforme essa visão, a notícia pode ser entendida como processo de significação que se configura relativamente ao ato criativo que a deflagrou, cujo efeito prático será uma crença compartilhada na forma de opinião.

Essa perspectiva remete à noção de dinâmica transmídia, segundo a qual os textos midiáticos contemporâneos se propagam na interseção dos meios,

²² ALZAMORA, G. C; BICALHO, L. A. G. A dinâmica transmídia de Fake News: interações sociais em torno da concepção pragmática de verdade. Compós, 2018, p. 3.

²³ PEIRCE, C. S. Charles Peirce: Selected Writings (values in a universe of chance). In: WIENER, Philip P. (ed). Nova York: Dover Publications, 1966, p. 100.

embora cada configuração textual apresente autonomia semiótica e seja continuamente expansível pela ação integrada de produtores, consumidores e algoritmos. A circulação de notícias falsas é transmidiática porque opera na interseção dos meios, configurando teia textual que se expande em ações de compartilhamento motivadas por uma crença comum.

Segundo Pierre Lévy²⁴, o uso da internet potencializa o debate do chamado *egov*²⁵, permitindo a superação do empecilho físico no modelo de democracia direta desenvolvido em Atenas, Grécia. Algo que seria potencialmente positivo para o amadurecimento da democracia, utilizando a rede de computadores para um diálogo livre de indiferença, irritação e desprezo com apreço pela diversidade de argumentos, atualmente, ocorre o contrário, as pessoas estabelecem conexões "entre bolhas" nas quais se pensa da mesma forma com o intuito de confirmar aquilo em que acreditam, mesmo havendo informações na internet em sentido contrário.

Conforme Nohara²⁶, "a propensão a achar que é verdade aquilo que se crê é associada com o fenômeno da pós-verdade". Na pós-verdade, as pessoas creem em sua visão do mundo, aceitando apenas informações que confirmem suas crenças, sem as pôr em questionamento. Dessa forma, perde a força de persuasão o contraste de argumentos, sucumbindo aos boatos, sem se analisar os fatos. Esse é o ambiente propício para disseminação das *fake news*.

Antonio e Lilian Pires²⁷ também alertam sobre as câmaras de eco e bolhas de filtro resultados das tecnologias de personalização de conteúdo, ou seja,

²⁴ LÉVY, Pierre. Ciberdemocracia. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 103.

²⁵ Governo Eletrônico (electronic government).

²⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante o fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. Revista dos Tribunais. 1^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 75-88, 24 de setembro de 2018, p. 86.

²⁷ PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. Desinformação: atuação do Estado, da Sociedade Civil organizada e dos usuários da internet. Revista dos Tribunais. 1^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 89-104, 24 de setembro de 2018, p. 90.

informações filtradas daquilo que se infere do interesse do usuário. Nas palavras dos autores, refere-se a uma mediação virtual que reflete diretamente no conteúdo que é exposto ao usuário e, necessariamente, não está consoante aos princípios democráticos e constitucionalmente protegidos.

De acordo com Diogo Rais e Gustavo Hennemann²⁸, a motivação da disseminação de *fake news* é econômica, pois os autores de notícias inverídicas apostam na mentira e no sensacionalismo como forma de gerar cliques, o que gera a remuneração de anúncios em sítios de *internet*, fomentando esse comportamento oportunista.

Existe ainda a possibilidade de manipulação social na forma de se fazer campanha eleitoral de políticos influentes. Por meio da psicométrica eleitoral²⁹, ao invés de expor os ideais do partido político, após análise dos perfis de usuários em redes sociais, é possível entender a cabeça do eleitor e criar campanhas customizadas em razão da sua forma de pensar com intuito de lograr-se vencedores em eleições, mesmo que incompatível com o que irá fazer no futuro governo.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS

2.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Luís Roberto Barroso³⁰ faz uma distinção fundamental e pouco explorada acerca da noção de interesse público, dividindo-o em primário e secundário. O interesse público primário é a razão de ser do Estado, sintetizando os fins que

²⁸ RAIS, Diogo; HENNEMANN, Gustavo. Fake news: do que se alimentam, como se reproduzem. Disponível em: <<http://portal.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/artigo/fake-news-do-que-se-alimentam-como-se-reproduzem/>>. Acesso em: 10/09/2019.

²⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante o fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 75-88, 24 de setembro de 2018, p. 82.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

pretende promover, que são os interesses de toda sociedade: justiça, segurança e bem-estar social. O interesse público secundário se refere ao da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica, em ampla medida, ao interesse do erário, maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

É na primeira noção, de interesse público primário, que nos interessa a fim de proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais, principalmente com relação a liberdade de expressão. Conforme Barroso:

"O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais - dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover."

Irene Nohara³¹ afirma que a catalogação pelo Estado de quais informações seriam ou não publicadas era típico de regimes autoritários anteriores a Constituição de 1988, sendo arbitrário e insensível o crivo dos órgãos censores em relação aos espetáculos públicos e notícias em geral. Atualmente, está fora de cogitação jurídica essa atuação do Estado em relação ao conteúdo que será veiculado em rede, pois a Constituição Federal de 1988, garante ao cidadão a ampla liberdade expressão, contida no art. 5º, Inciso IX, veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

³¹ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante o fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 75-88, 24 de setembro de 2018, p. 83.

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Nesse sentido complementa Pontes³², que a Constituição assegura garantias à liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º IV e V, CF), à liberdade de comunicação (art. 5º, IX e X, CF), à liberdade de informação (art. 5º, XIV e XXXIII, CF), destacando que nenhuma lei poderá constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, vedando-se expressamente qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, caput, §1º e §2º, CF).

Nohara continua seu pensamento no qual, a atuação do Estado, por meio do Poder Judiciário, ocorre de forma repressiva, quando o usuário se sente lesado quanto ao conteúdo falso publicado e requer que seja retirado da plataforma do servidor por meio de um processo judicial. Porém, questiona se o Estado não poderia atuar de forma proativamente para evitar a desinformação.

Com base no princípio da supremacia do interesse público, a atuação do Estado é necessária para garantir os direitos fundamentais, entre eles as liberdades individuais. Para uma visão liberal pura, a liberdade é vista como pré-estatal, e a competência para o Estado tratar da liberdade é limitada por princípio, nos quais os meios e os fins perseguidos são os da mais ampla autonomia da vontade.

No entanto, com o maior refinamento do papel do Estado, para a corrente institucional, a liberdade também é um instituto que requer circunstâncias vitais

³² PONTES, Carlos Henrique Ferreira. Fake news e o desafio da Justiça Eleitoral nas eleições de 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Eleitoral) - Faculdade Unyleya, Brasília, 2018, p. 31.

para sua realização, sendo a atuação do Estado necessária para garantir essa mesma liberdade que é restringida por meio da regulação, pois a liberdade não é indefinida, mas deve ser ordenada e configurada normativamente.

Indiara Liz Fazolo Pinto³³ observa que a imprensa, como verdadeiro poder social, pode influenciar tanto positivamente como negativamente a comunidade em que está inserida. Quando se torna maléfica ao uniformizar as opiniões, massificando a linguagem e os costumes devido interesses comerciais de entidades privadas, deixam de se tornar expressão da autonomia individual do cidadão.

Portanto, a liberdade de imprensa deve ter como fundamento o binômio liberdade-responsabilidade, obedecendo critérios de ética e juridicidade, para não entrar em choque com outros direitos fundamentais, como intimidade, vida privada, honra e dignidade humana. Na mesma seara, Edilsom Farias³⁴ afirma que a mídia tem função política, uma vez que divulga fatos e acontecimentos atinentes a toda uma sociedade, subsidiando o cidadão em suas escolhas, a fim de fixar uma agenda de discussão.

Antônio e Lilian Pires³⁵ complementam que a mídia pode ser vista como quarto poder, podendo influenciar toda a sociedade, motivo pelo qual as suas ações não podem ser dissociadas do contexto da responsabilidade. Portanto, a liberdade de informação não pode ser absoluta, devido a necessidade do

³³ PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio - Da restrição como violação à limitação como proteção. A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul.-set. 2013, p. 205.

³⁴ FARIAS, Edilsom Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. Orientador: Prof. Dr. Silvio Dobrowolski Florianópolis-SC, novembro de 2001, p. 100.

³⁵ PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. Desinformação: atuação do Estado, da Sociedade Civil organizada e dos usuários da internet. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 89-104, 24 de setembro de 2018, p. 93.

compromisso com a ética e a verdade, sob pena de responsabilização a ensejar a cabível indenização.

Clarissa Piterman Gross³⁶ esclarece que a democracia está a atrelada a existência de um livre debate de ideias, com pluralidade de falantes, revelando a importância da liberdade de expressão. Aponta duas formas distintas de conceber a liberdade de expressão e democracia: como um instrumento para a democracia, como como um direito individual.

No primeiro caso, se baseia na teoria da liberdade de expressão de John Stuart Mill³⁷ que atribui a essa liberdade um valor instrumental na qual a iniciativa de expressão de quem fala é protegida e promovida na medida em que contribui para um debate plural, saudável, rico, que contribua para a formação da convicção do eleitor e para o exercício do voto informado, que leva a comunidade à tomada das melhores decisões políticas.

Contudo, sendo a preocupação com a qualidade do debate público, é difícil pensar em razões para defender a liberdade expressão de falsidades. Porém, a falsidade é importante para a formação da convicção completa e genuína da verdade. Além disso, evita o chamado efeito da "encosta escorregadia" (*slipery slope*), no qual a proibição e punição da expressão de conteúdos "não valiosos" pode colocar em risco a circulação de conteúdos "valiosos", bem como gerar o "efeito silenciador" (*chilling effect*), quando há a autocensura das pessoas e agentes de imprensa por medo de que aquilo que expressam possa ser considerado falso e passível de punição.

³⁶ GROSS, Clarissa Piterman. Fake News e Democracia: Discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 153-174, 24 de setembro de 2018, p. 159.

³⁷ MILL, John Stuart. On Liberty and Utilitarianism. New York: Bantam Dell, 1993, p. 45-58.

No segundo caso, refere-se a concepção alargada de participação política sugerida por Ronald Dworkin³⁸ como direito individual, ocorrendo que cada pessoa individualmente considerada tenha protegida a sua liberdade de expressão como condição para existência de uma democracia na qual a comunidade política reconhece cada um como participante em boas condições dos processos de formação da opinião pública, do ambiente cultural e político no qual os assuntos públicos são decididos.

Nessa concepção de democracia, a liberdade de expressão possui um valor constitutivo, no qual ninguém pode ser desqualificado do debate público *a priori* por causa de um juízo de valor a respeito das ideias ou do caráter dessa pessoa. A violação de direitos individuais de expressão é um limite importante que pode comprometer a própria legitimidade do exercício de autoridade estatal, cuja exclusão de alguém do debate público baseada no juízo de pouco valor acerca das informações, opiniões e crenças das pessoas é uma violação da igualdade.

Conclui a autora que isso não significa que a liberdade política e a concepção constitutiva da liberdade de expressão protege toda e qualquer expressão de falsidade, mas sim o exercício genuíno da liberdade individual de expressão. No contexto de fake news, que se busca o conteúdo fraudulento, falso e intencionalmente fabricado para enganar, apesar do conteúdo ser expressivo, não pode ser protegido pela liberdade de expressão em seu valor constitutivo, pois não revela engajamento genuíno de crenças no debate público.

Acrescenta ainda a possibilidade de restrição ou contenção da circulação de algumas falsidades, ainda que de boa-fé e com convicção, quando se puder mostrar o vínculo direto e provável entre o conteúdo falso e a ocorrência de consequências muito danosas, pois a racionalidade por trás da proibição não

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. P. 200-203.

estaria centrada no juízo do valor do conteúdo da expressão ou caráter dos que o fazem circular, mas do vínculo com a ocorrência de uma dano social importante.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para Kant³⁹, a verdade é um dever que deverá prevalecer sempre, sendo base de todos outros deveres. É essência de todos os princípios e por meio dela será possível compreendê-los. O pensador atribui à mentira, enquanto negação da verdade, o atributo de concreto horror pois, uma pessoa que pratica determinada ação ou comportamento baseado numa mentira não está representando sua legítima vontade.

Segundo Carlos Eduardo Nicoletti Camillo⁴⁰, isso fere o princípio da dignidade humana devido a ação do indivíduo estar baseada na vontade de quem assim deseja, maculando valores fundamentais, indo de encontro a própria perspectiva do ser humano, que deixa de ser tratado como ser racional com um fim em si mesmo (dignidade), sendo tratado como meio para se atingir determinado fim, em essência antijurídico.

O autor acrescenta que vivemos em tempos de pós-positivismo, nos quais o direito se aproxima à ética e posiciona a dignidade da pessoa humana como base e fundamento de todo o ordenamento jurídico tendo os seguintes atributos fundamentais:

³⁹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clédia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 59.

⁴⁰ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. O Fenômeno do fake news e a sua repercussão na responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 221-233, 24 de setembro de 2018, p. 223.

- a) Reaproximação entre a ética e o direito, a fim de superar o legalismo exacerbado das teorias positivistas, reconhecendo os valores importantes da sociedade;
- b) Compreensão de que o direito não encerra apenas uma noção de ordem e segurança, tampouco conjunto de regras do direito positivo, mas sim como um sistema aberto de valores;
- c) Normatividade de princípios, materialização explícita ou implicitamente, principalmente, na Constituição;
- d) Releitura e ressignificação dos princípios existentes no ordenamento jurídico, de maneira a instrumentalizar os valores fundantes da sociedade, primando pelo fundamento da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade;
- e) Hermenêutica que privilegie a interpretação do verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, utilizando outros métodos, além dos clássicos (interpretação gramatical, histórica, teleológica, sistemática), como: Método de Interpretação Conforme a Constituição, Método Científico Espiritual (Rudolf Smend), Método Tópico Problemático (Theodor Viehweg), Método Hermenêutico Concretizador (Conrad Hesse), Método Normativo Estruturante (Friedrich Muller), etc.

Nesse diapasão, a verdade como sentido e essência da ética e da justiça, é compreendida como afirmação incondicional do dever ser, tendo relevante papel em nosso sistema, não sendo mera ficção. Para Bruno Miragem⁴¹, o dever da

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 663.

veracidade deve ser aplicado aos meios de comunicação quanto à liberdade de informação, tendo os seguintes deveres específicos a serem observados:

- a) Dever Geral de Cuidado, mandamento geral de prudência e diligência próprio da atuação humana social;
- b) Dever de Veracidade, divulgação feitas por intermédio da atividade de imprensa devem ser basear em informações verazes;
- c) Dever de Pertinência, necessidade de adequação entre a divulgação de informações e críticas no exercício da atividade de imprensa com critérios intrínsecos e extrínsecos de aferição de sua regularidade.

A mentira, pode ser de todas as ordens: política, econômica, social, eleitoral, jurídica, etc que, no contexto do fake news, cujo núcleo é prejudicar, corresponde ao *animus nocendi*, podendo recair sobre determinada pessoa ou coletividade, determinado bem ou valor, mediante condutas comissivas ou omissivas.

2.3 PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Conforme Pontes⁴², caberá à sociedade, por meio das instituições estabelecidas, reprimir e punir a criação e disseminação de fake news, contudo preservando as garantias da liberdade de imprensa e livre manifestação do pensamento. Conquanto exista igualdade de valor entre as normas constitucionais, alguns princípios receberam tratamento “privilegiado”, denotando extrema importância para o sistema constitucional e para o ordenamento jurídico como um todo.

⁴² PONTES, Carlos Henrique Ferreira. Fake news e o desafio da Justiça Eleitoral nas eleições de 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Eleitoral) - Faculdade Unyleya, Brasília, 2018, p. 31.

A estes a doutrina convencionou chamá-los de Princípios Sensíveis, e entre eles encontra-se o Princípio Democrático, inserido no art. 34, VII, “a” e art. 1º, caput, da Constituição Federal, bem definido pelo Ministro Alexandre de Moraes⁴³:

“O princípio democrático – consagrado no artigo 1º de nossa atual Constituição Republicana – exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular. Essa participação se dará, em regra, pela via representativa, ou seja, pelo Congresso Nacional.”

O Princípio Democrático faz às vezes de verdadeira pedra angular constitucional, sendo fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico, e da própria Constituição, especialmente sob o prisma de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único, CF). Conforme Ministro Barroso⁴⁴:

“o constitucionalismo se funda na limitação do poder e na preservação de valores e direitos fundamentais. A democracia, por sua vez, é um conceito construído a partir da soberania popular, em cujo âmbito se situa o princípio majoritário. Assim sendo, sempre que se impede a prevalência da vontade da maioria produz-se, automaticamente, uma tensão com o princípio democrático”.

Pontes⁴⁵ afirma que no contexto eleitoral, os direitos e garantias referentes à liberdade de informação, de pensamento e de comunicação cedem,

⁴³ MORAES, Alexandre. Poder Legislativo. In Tratado de Direito Constitucional Vol. 1 (Coordenação: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento). Editora Saraiva, 2.ª Edição, 2012. Arquivo EPUB. Paginação Irregular. P. 3362,6/3910.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184.

⁴⁵ PONTES, Carlos Henrique Ferreira. Fake news e o desafio da Justiça Eleitoral nas eleições de 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Eleitoral) - Faculdade Unyleya, Brasília, 2018, p. 33.

sem supressão integral, perante a imperatividade do Princípio Democrático, sem o qual aqueles nem sequer existiriam. Corroboram Antônio e Lilian Pires⁴⁶, que o princípio democrático para se concretizar, exige a informação como condicionante da opinião pública, destacando as garantias e liberdades de pensamento, comunicação e informação, porém, essas não são absolutas, quando confrontadas com a vedação ao anonimato e o direito de resposta e indenização (art. 5º, IV e V, da CF).

2.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Afirma Carlos Henrique Pontes⁴⁷ que os direitos e garantias, muito antes de serem regras constitucionais, por sua relevância com respeito à essência do Estado Democrático de Direito, devem ser observados sempre, consoante a dimensão de peso que assumem na situação específica.

Complementa Alexandre David Malfati⁴⁸, em relação ao art. 5º, inciso XIV, da CF que assegura a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, a informação assume três facetas principais: o direito de informar, o dever de informar e o direito de ser informado. A primeira, amplamente garantida pela Constituição Federal, tangenciando a manifestação do pensamento, conferindo a todos o direito de se manifestar. A segunda, a CF impôs aos particulares o dever de informar quando suas atividades envolvem, direta ou indiretamente, a

⁴⁶ PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. Desinformação: atuação do Estado, da Sociedade Civil organizada e dos usuários da internet. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 89-104, 24 de setembro de 2018, p. 99.

⁴⁷ PONTES, Carlos Henrique Ferreira. Fake news e o desafio da Justiça Eleitoral nas eleições de 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Eleitoral) - Faculdade Unyleya, Brasília, 2018, p. 32.

⁴⁸ MALFATI, Alexandre David, p. 93-94, apud AFONSO, Luiz Fernando. Fake News e Direito do Consumidor: uma violação ao direito fundamental à informação. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 175-188, 24 de setembro de 2018, p. 179.

dignidade da pessoa humana ou outros direitos fundamentais. A terceira, a concretização da dignidade da pessoa humana e do exercício da cidadania.

No contexto de criação e disseminação de notícias falsas, em especial, quando não configurem qualquer ofensa direta, estariam, albergadas pelos direitos e garantias constitucionalmente referentes à liberdade de opinião, à livre manifestação e à liberdade de imprensa. No entanto, as notícias deliberadamente falsas sempre terão um objetivo específico, podendo este ser lícito (como as notícias qualificadas pelo *animus* ou as sátiras) ou ilícito, que possam causar danos a uma pessoa ou coletividade.

Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada, valendo-se do princípio da proporcionalidade, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, incluindo-se aí as colisões entre direitos fundamentais. Conforme doutrina de Barroso⁴⁹:

“A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Esses são os casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.”

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo E Constitucionalização Do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005, p. 11.

Da mesma forma pensam Antônio e Lilian Pires⁵⁰, a questão da coibição do *fake news* não pode prescindir do necessário manejo dos princípios constitucionais relativos à liberdade de informações, mediante a ponderação de princípios perante o caso concreto, tendo como limites principiológicos interpretativos a razoabilidade e a proporcionalidade, pois informações desprovidas de sustentáculo técnico que podem causar lesões ao direito de terceiros ou lesivas à comunidade não podem ser albergadas pelos direitos e garantias relativas à informação.

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ELEITORAIS

Além dos princípios puramente constitucionais relacionados, é interessante dispor sobre a classificação adotada por Aline Osório⁵¹ sobre os princípios constitucionais eleitorais. Segundo a autora, a CF não trouxe expressamente os princípios eleitorais como fez em outros ramos do Direito. Devido a isso, não existe um padrão doutrinário sobre quais são esses princípios, variando conforme o autor nos diversos manuais eleitorais existentes.

A título de exemplo, Frederico Franco Alvim⁵², separa em grupos de princípios, entre eles, o grupo dos Princípios Específicos do Direito Eleitoral e o grupo dos Princípios Processuais Eleitorais. O primeiro, engloba os princípios da lisura ou legitimidade das eleições, da competitividade das eleições, da autenticidade do resultado das eleições, da legalidade das eleições, da proteção do processo eleitoral, do máximo aproveitamento do voto, da máxima extensão do direito ao voto, da anualidade e da igualdade do voto.

⁵⁰ PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. Desinformação: atuação do Estado, da Sociedade Civil organizada e dos usuários da internet. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 89-104, 24 de setembro de 2018, p. 99.

⁵¹ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 141.

⁵² ALVIM, Frederico Alvim. Curso de Direito Eleitoral. 2a. Ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 44.

O segundo, os princípios da tipicidade das ações eleitorais, da primazia do interesse público, da celeridade, da duração razoável do processo eleitoral, da economia processual, da preclusão instantânea, da adaptabilidade do procedimento, da devolutividade ou negação de efeitos suspensivos aos recursos eleitorais, da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias de primeiro grau e da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral.

Partindo das bases e fundamentos das regras do jogo eleitoral fixados pela CF, quais sejam, princípio democrático (art. 1º, *caput*), princípio republicano (art. 1º, *caput*), pluralismo político (art. 1º, V), soberania popular (art. 1º, parágrafo único, e 14, *caput*), princípio representativo (art. 1º, parágrafo único), liberdade (art. 5º, *caput*) e igualdade (art. 5º, *caput*), a autora extraiu quatro diretrizes básicas para a regulação do processo político-eleitoral, chamados de princípios constitucionais eleitorais, que constituem pressupostos para um processo eleitoral livre, justo e democrático.

2.5.1 Igualdade Política entre os cidadãos

Previsto no art. 14, da CF, confere aos eleitores o igual valor do voto e a igual possibilidade de influenciarem o resultado das eleições. Decorre diretamente dos princípios democrático, representativo, republicano e da soberania popular. A efetivação da igualdade no campo político envolvem três dimensões:

- a) Dimensão institucional, relacionada à extensão do sufrágio, às estruturas formais que viabilizam a representação política e ao sistema eleitoral adotado para a conversão de votos em cargos e postos de poder. Vai além da igualdade de voto para a ideia de igualdade de possibilidade de participação, por meio do debate

público, o que interconecta profundamente igualdade política com liberdade de expressão;

- b) Dimensão econômica, referente à interferência das condições e relações econômicas na participação política. Para tanto, é necessário associar políticas de erradicação do analfabetismo e da pobreza extrema; de redução dos impedimentos à liberdade de locomoção; e de acesso à educação de qualidade e ao mercado de trabalho;
- c) Dimensão sociológica ou psicológica, referente aos diversos fatores que conferem a algumas pessoas ou grupos uma posição privilegiada no debate público, como capacidade de liderança, conhecimento técnico, carisma, fama e notoriedade, relacionamentos interpessoais e acesso aos meios de comunicação, sendo o Estado responsável por adotar medidas para superar esses obstáculos, possibilitando a população a igualdade de acesso ou participação no debate público por meio da plena liberdade de expressão.

2.5.2 Igualdade de Oportunidades ou Paridade de Armas entre candidatos e partidos

O princípio da igualdade de oportunidades também é conhecido como igualdade de chances, da "paridade de armas" ou da isonomia entre os candidatos e partidos políticos. É deduzido dos princípios democrático, representativo, republicano, do pluralismo político e da soberania popular. Fundamenta-se no conceito de que candidatos e partidos políticos desempenham uma função-chave para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, por meio da representação política e expressão da vontade popular. Para tanto o ordenamento jurídico deve garantir duas dimensões:

- a) A igualdade de acesso à disputa eleitoral, referente a disposição de garantias suficientes para possibilitar que todas as ideias políticas presentes na sociedade possam participar da disputa eleitoral por cargos políticos;
- b) A igualdade de condições de competição, ou seja, a igualdade de oportunidades de visibilidade entre as forças políticas, que visa garantir a liberdade para que os competidores busquem o apoio dos eleitores durante as campanhas, e ao mesmo tempo, alcançar uma igualdade material na disputa, estabelecendo alguns limites a essa liberdade de campanha, para que nenhum competidor possa se beneficiar de vantagens ou influências ilegítimas de poderes econômicos, midiáticos ou políticos.

Devido essas exigências, a projeção do princípio da paridade de armas assumem um caráter ambivalente:

- a) Vertente negativa, que requer a neutralidade do Estado em relação às diferentes correntes políticas existentes e seus representantes, a garantia da liberdade de expressão e de campanha dos candidatos e dos partidos políticos, e a vedação de condutas abusivas por partes dos concorrentes, que permitam que estes se aproveitem de forma ilegítima das superioridades fáticas econômica, midiática e política, por exemplo, limite de gastos e proibição de propaganda paga no rádio e TV;
- b) Vertente positiva, que exige a adoção de medidas prestacionais, voltadas à obtenção de um maior equilíbrio entre os competidores, garantindo-se condições mínimas de sobrevivência e participação a

todos os candidatos e partidos na disputa, por exemplo, financiamento público de campanhas.

2.5.3 Legitimidade do Processo Eleitoral

Um processo eleitoral legítimo é aquele dotado de lisura, higidez e credibilidade pública, no qual o eleitor tenha plena liberdade para realizar suas opções de voto e que se impeça fraudes, manipulações e outros constrangimentos que alterem o resultado do pleito. A legitimidade está intrinsecamente ligada a justiça das eleições e deve ser assegurada sob duas perspectivas.

A primeira, refere-se a autenticidade do voto por meio da garantia de plena liberdade de escolha pela população. É dever do Estado assegurar que os cidadãos sejam livre e independentes para fazer seus julgamentos e para expressar na urnas suas conclusões e convicções. Pressupõe a liberdade de expressão, associação e reunião, de modo a ter acesso sobre diferentes alternativas políticas e elementos para formar o convencimento.

A segunda, refere-se a veracidade do escrutínio. Consiste na tutela do resultado final das eleições, refletindo de maneira mais precisa possível, a vontade do corpo eleitoral. É necessário garantir condições para que o resultado das eleições reflita a vontade popular depositada nas urnas e para que as escolhas dos eleitores não sejam falseadas e com vícios capazes de alterar o resultado do pleito.

2.5.4 Liberdade de Expressão Político-Eleitoral

Visa assegurar que os candidatos, partidos e cidadãos em geral possam expor e ter acesso a informações e opiniões sobre temas de interesse público que permitam a tomada das decisões políticas e eleitorais. O princípio está presente

na propaganda política partidária, intrapartidária e eleitoral, no direito de resposta, na realização e na divulgação de pesquisas de intenção de voto e na publicidade institucional dos Poderes Públicos.

Permeia a cobertura nos meios de comunicação sobre as eleições, os candidatos e os partidos, e as manifestações da cidadania nas ruas e redes sociais. Também é identificado no financiamento de campanhas e na regulação dos gastos eleitorais e partidários. É o princípio tão essencial no processo eleitoral que compõe o conteúdo de todos os demais princípios substantivos estruturantes do direito eleitoral como o da igualdade política entre os cidadãos, o da igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos e o da legitimidade do pleito. Da incidência da liberdade de expressão é possível extrair algumas garantias.

Primeiro, deve ser garantida sob a perspectiva dos candidatos e partidos, dos eleitores e cidadão em geral, e dos meios de comunicação em sentido amplo e outros fóruns de discussão política. Segundo, a proteção às manifestações expressivas não deve ficar confinada ao período eleitoral, mas também, aquelas que se verificam fora desses momentos. Terceiro, a proteção tanto do conteúdo quanto do tom em que são veiculadas, incluindo as minoritárias, contrárias a crenças estabelecidas, discordantes, críticas, incômodas, ofensivas ou negativas, ainda que em tom feroz, exaltado ou emocionado.

3 ANÁLISE DE DECISÕES SOBRE FAKE NEWS

3.1 INTRODUÇÃO

Neste capítulo será feita a análise das decisões sobre "*fake news*" na Justiça Eleitoral. Apesar da ocorrência da desinformação se ultimar em diversos contextos, o trabalho foi direcionado para o contexto eleitoral para fins de delimitação do escopo com o intuito de aprofundar as averiguações das

fundamentações jurídicas utilizadas e suas relações com os princípios constitucionais correlatos.

É mister, primordialmente, tratar sobre a organização da Justiça Eleitoral (JE) e sua competência. A JE possui como órgãos os Juízes Eleitorais, as Juntas Eleitorais, os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior Eleitoral. Cabe a este expedir instruções para a fiel execução das Eleições (parágrafo único, do art. 1º, da lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral), que o faz por meio de Resoluções e Súmulas (art. 23, IX e XV, do Código Eleitoral), bem como "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político" (art. 23, XII, do Código Eleitoral).

Quanto à competência do TSE, em se tratando de "*fake news*" durante as eleições, atua de forma originária sobre as Representações Eleitorais por Propaganda Irregular⁵³ nas Eleições Presidenciais e de forma recursal sobre os Recursos Especiais Eleitorais - RESPE⁵⁴ das decisões dos Tribunais Regionais embargadas, sendo, inclusive, irrecorríveis suas decisões, parágrafo único, do art. 22, salvo art. 281, ambos do Código Eleitoral, e art. 19 da Resolução TSE nº 23.478/2016, in verbis:

“as decisões interlocutórias ou sem caráter definitivo proferidas nos feitos eleitorais são irrecorríveis de imediato por não estarem sujeitas a preclusão, ficando os eventuais inconformismos para posterior manifestação em recurso contra a decisão definitiva de mérito”.

Não obstante, como instância superior, analisa matéria de direito, em tese, e não matéria fática. *In Verbis*:

⁵³ ALVIM, Frederico Alvim. Curso de Direito Eleitoral. 2a. Ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 479.

⁵⁴ ALVIM, Frederico Alvim. Curso de Direito Eleitoral. 2a. Ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 610.

ELEIÇÕES 2018. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET. PESSOA JURÍDICA. ART. 57-C, § 1º, I, DA LEI Nº 9.504/97. PROCEDÊNCIA. INOVAÇÃO DE TESE. RECURSO ELEITORAL NÃO CONHECIDO. ARTS. 5º, IV, IX, XIV, e 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 72/TSE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 24/TSE. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS. SÚMULA Nº 26/TSE. DESPROVIMENTO.

1. A matéria relativa aos arts. 5º, IV, IX, XIV, e 220 da Constituição Federal, tidos como violados, não foi devidamente prequestionada – sequer se apontou, nas razões do recurso especial, omissão no acórdão regional em violação ao art. 275 do Código Eleitoral –, o que atrai a incidência da Súmula nº 72/TSE.

2. O TRE/SP, instância exauriente na análise do acervo fático–probatório dos autos, a despeito de entender pela impossibilidade de conhecimento do recurso eleitoral, concluiu que o ora agravante não comprovou exercer atividade de jornalismo e que a mensagem veiculada pela pessoa jurídica O Jacaré de Tanga Propaganda e Marketing – EIRELI na internet – sem propósito informativo e jornalístico – configurou propaganda eleitoral.

3. Rediscutir tal entendimento exigiria o revolvimento de matéria fático–probatória, o que é inadmissível nesta instância especial (Súmula no 24/TSE).

4. Na linha da remansosa jurisprudência desta Corte Superior, “a simples reiteração de argumentos já analisados na decisão agravada e o reforço de alguns pontos, sem que haja no agravo regimental qualquer elemento novo apto a infirmá-la, atraem a incidência do Enunciado da Súmula nº 26 do TSE” (AgR–REspe nº 1669–13/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.10.2016).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgR–AI 0608965–56, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJE de 26.3.2019.)

Ademais, a atuação recursal do TSE em relação a conteúdo divulgado na internet⁵⁵ se realiza durante o período de propaganda eleitoral, pois, decorrido esse prazo, acarreta, segundo a jurisprudência, perda superveniente do objeto processual extinguindo o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015. *In Verbis*:

⁵⁵ Ac.-TSE, de 4.12.2018, no REspe nº 1011: essa permissão está restrita à propaganda realizada pela Internet, não alcançando envio de mensagens de texto entre aparelhos telefônicos.

ELEIÇÕES 2018. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. FAKE NEWS. FACEBOOK. TWITTER. YOUTUBE. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. LIMINAR. PERDA DA EFICÁCIA. DESPROVIMENTO.

1. Nos termos do art. 33, caput e § 1º, da Res.–TSE 23.551, a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático, a fim de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, limitando-se às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

2. Na linha da jurisprudência desta Corte, as ordens de remoção de propaganda irregular, como restrições ao direito à liberdade de expressão, somente se legitimam quando visam à preservação da higidez do processo eleitoral, à igualdade de chances entre candidatos e à proteção da honra e da imagem dos envolvidos na disputa. Assim, eventual ofensa à honra, sem repercussão eleitoral, deve ser apurada pelos meios próprios perante a Justiça Comum.

*3. **Ultimado o período de propaganda eleitoral, a competência para a remoção de conteúdos da internet passa a ser da Justiça Comum, deixando as ordens judiciais proferidas por este Tribunal de produzir efeitos, nos termos do § 6º do art. 33 da Res.–TSE 23.551.***

Recurso a que se nega provimento.

(Recurso na Representação 0601765–21, rel. Min. Admar Gonzaga, julgado em 2.4.2019.)

Como legislação aplicável nas decisões analisadas, além da própria lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral), estão: a lei nº 9.504/1997, de 30 de Setembro de 1997 (Lei das Eleições); a Resolução TSE nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017, que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições; as Súmulas TSE nº 24, 26 e 72 sobre requisitos processuais; a lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que trata da reclamação de abuso de autoridade por meio da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (art. 22, da LC nº64/90 c/c art. 74, da lei nº 4.737/1965); Resolução TSE nº 23.547, de 18 de dezembro de 2017, que dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de resposta previstos na Lei nº 9.504/1997 para as eleições; Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que,

inclusive, dispõe sobre apuração judicial de autoria para a afirmação da existência de anonimato, *in verbis*:

"§ 2o do art. 33 da Res.-TSE nº 23.551/2017 A ausência de identificação imediata do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento do pedido de remoção de conteúdo da internet e somente será considerada anônima caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)."

3.2 ANÁLISE DAS DECISÕES NA JUSTIÇA ELEITORAL

Por meio da metodologia de análise de decisões⁵⁶, utilizou-se como palavra-chave o termo "*fake news*" na consulta de jurisprudência no site do TSE para toda a JE⁵⁷ no período de julgamento de 01/01/2018 a 01/10/2019 de todos os tipos de decisões, resultando em 226 decisões, não estando disponíveis os julgados do TRE-AC e TRE-AP. Delimitou-se o escopo ao órgão julgador TSE no qual foram encontradas 74 decisões. A delimitação pelo TSE se justifica pelo fato de ser órgão central com jurisdição em todo o país, analisando recursos sobre decisões dos Tribunais Regionais.

3.2.1 Análise Quantitativa das decisões

As 74 decisões analisadas (Anexo I) se dividem em nove tipos de ações, conforme distribuição da Tabela 1 abaixo:

Tabela 1 - Quantitativo de Decisões por Classe Processual

Tipo	Quantidade
Rp - Representação	59

⁵⁶ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010, p. 7.

⁵⁷ <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Palavra-chave: "*fake news*". Data de julgamento: 01/01/2018 a 01/10/2019. Tipo de decisões: Todos. Acesso em: 01/10/2019.

MS - Mandado de Segurança	1
RESPE - Recurso Especial Eleitoral	6
AI - Agravo de Instrumento	1
AC - Ação Cautelar	1
AIJE - Ação de Investigação Judicial Eleitoral	3
CTA - Consulta	1
RCL - Reclamação	1
PET - Petição	1
Total	74

Desses tipos de decisões, há que se fazer um filtro sobre a relevância para a análise em questão sobre o contexto de fake news:

- a. o **Mandado de Segurança** se refere a pedido de produção de provas e, portanto, não está relacionado ao contexto de fake news, apenas cita o termo;
- b. O **Agravo de Instrumento** teve seguimento negado e, na origem, a representação não teve por objeto a análise da veracidade ou ofensividade das publicações feitas pelo recorrente, mas, tão somente, a irregularidade na utilização do impulsionamento;
- c. A **Ação Cautelar** trata de pedido direito de resposta que foi prejudicado devido o término da propaganda eleitoral;
- d. A **Consulta**, iniciado o processo eleitoral, não foi conhecida por ser de forma abstrata, porquanto seu objeto poderá ser apreciado pela Justiça Eleitoral em caso concreto;
- e. A **Reclamação** foi negada o prosseguimento por falta de pressuposto processual;

- f. A **Petição** se refere a comunicado de fato delituoso, consubstanciado na divulgação de pesquisa fraudulenta relativa à eleição presidencial, mas que foi arquivado devido haver procedimento em trâmite, no âmbito da Procuradoria-Geral Eleitoral, para apurar os fatos descritos na inicial.

Portanto, o universo amostral foi reduzido para 68 decisões referentes aos tipos Rp - Representação, RESPE - Recurso Especial Eleitoral e AIJE - Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Não obstante, é de se observar que as 24 decisões após o encerramento das eleições presidenciais, 7 e 28 de outubro/2018 (1º e 2º turno, respectivamente), foram prejudicadas devido, principalmente, à perda superveniente do objeto tendo negado seu seguimento, entre elas, 17 Representações e 5 Recursos Especiais. Além disso, o RESPE que sobrou, também está prejudicado pois tratava de abuso de poder econômico, com isso reduziu-se o escopo para 45 decisões, sendo 42 Representações e 3 Ações de Investigações Eleitorais.

Contudo, apesar de essas decisões com perda de objeto ficarem prejudicadas, serão analisadas as decisões de pedidos liminares dos mesmos processos referentes às decisões de mérito prejudicadas. Com relação aos 5 Recursos Especiais com perda de objeto nas decisões do TSE, analisamos as decisões proferidas nos Tribunais Regionais objeto do recurso.

Tabela 2 - Lista de Decisões da Classe Processual Recurso Especial Eleitoral

Processo	Recurso	Decisão Recorrida
0607820-57.2018.6.19.0000	RESPE nº 060782057 - RIO DE JANEIRO - RJ	defiro em parte tutela urgência para remoção do conteúdo divulgado nos URL

0604534-39.2018.6.13.0000	RESPE nº 060453439 - BELO HORIZONTE - MG	indeferiu representação
0000031-02.2017.6.21.0173	RESPE nº 3102 - GRAVATAÍ - RS	improcedente AIJE
0602792-65.2018.6.17.0000	RESPE nº 060279265 - RECIFE - PE	Improcedente representação
0602691-28.2018.6.17.0000	RESPE nº 060269128 - RECIFE - PE	Improcedente representação

Conforme Tabela 2, verificou-se que em 20% das decisões da amostra selecionada foram favoráveis ao reconhecimento da prática de fake news, sendo determinado a remoção do conteúdo divulgado nas redes sociais (Gráfico 1). *In Verbis:*

"DIREITO ELEITORAL. ELEIÇÕES DE 2018. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. ALEGAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MATERIAL COM CONTEÚDO FALSO NA INTERNET, NOTICIANDO QUE A CANDIDATURA DO AGRAVANTE SE ENCONTRAVA COM O REGISTRO INDEFERIDO, FAZENDO USO DE FALSA IMAGEM NO SÍTIO ELETRÔNICO DIVULGACAND DO TSE.

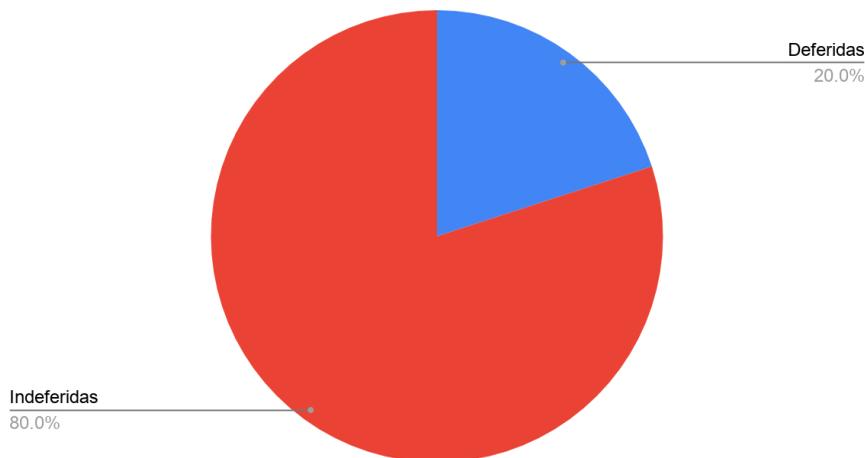
Nesse contexto, revela-se correto o entendimento perfilhado pela Corte Regional ao reconhecer a perda superveniente do interesse de agir do recorrente em relação aos requerimentos de concessão de direito de resposta e remoção das postagens impugnadas, bem como no tocante à ausência de previsão normativa a respaldar a aplicação da pena de multa.

Nesse ponto, a fundamentação do recurso especial se revela deficiente, porquanto o dispositivo apontado não trata da matéria versada nas respectivas razões, o que atrai a incidência do verbete sumular 27 do TSE.

Por essas razões e nos termos do art. 36, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, nego seguimento ao recurso especial interposto por Wladimir Barros Assed Matheus de Oliveira."

RESPE nº 060782057 - RIO DE JANEIRO - RJ. Decisão monocrática de 09/08/2019. Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 155, Data 13/08/2019

Gráfico 1 - Decisões objeto de RESPE



Considerando o universo das 45 decisões do espaço amostral selecionado, categorizamos a atuação do TSE em 9 tipos de decisões (Tabela 3):

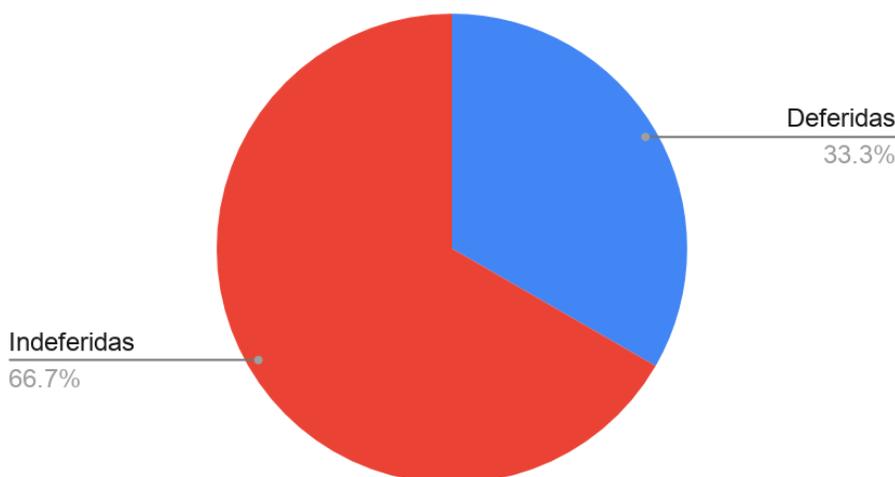
Tabela 3 - Quantitativo de Decisões por Resultado dos Pedidos

Decisões TSE	Quantidade
Indefiro liminar	13
Improcedente representação	11
indefiro antecipação de tutela	2
indefiro cautelar	2
desprovisamento dos embargos de declaração	2
defiro liminar	6
defiro em parte liminar	6
procedente representação	2
parcialmente procedente	1
Total	45

Conforme Tabela 3, verificou-se que 15 decisões do TSE, equivalente a 33.3% da amostra, foram favoráveis ao reconhecimento da prática de fake news,

sendo determinado a remoção do conteúdo divulgado nas redes sociais (Gráfico 2).

Gráfico 2 - Decisões de Representações TSE



3.2.2 Análise Qualitativa das Decisões

3.2.2.1 Análise dos pedidos de remoção de conteúdo indeferidos

Entre os motivos do indeferimento das 30 decisões do TSE estão a caracterização de opinião de eleitores, notícias jornalísticas e de cunho jocoso ou humorístico. Houveram casos nos quais, ainda que verificadas fato sabidamente inverídico, não foram concedidos os pedidos de remoção de conteúdo, bem como, os de direito de resposta pois, não se verificaram elementos suficientes à configuração de transgressão capaz de desequilibrar a disputa eleitoral e em prestígio do princípio da mínima interferência da Justiça especializada no debate político-eleitoral, porquanto a veiculação dessas notícias encontra-se agasalhada pelo exercício legítimo das liberdades comunicativas de expressão, informação e imprensa.

Para se configurar uma *fake news*, a notícia tem que ser verificada de plano, não necessitando de apuração ou análise de provas para sua verificação,

caso contrário a publicação está dentro dos limites dos direitos à liberdade de expressão e informação e à livre manifestação do pensamento. Esse é o entendimento dado pela Ministra Rosa Weber ao apreciar a liminar na Representação nº 0600720-79.2018.6.00.0000. *In Verbis*:

De acordo com a doutrina, a inverdade sabida nada mais é que do que a inverdade evidente (CONEGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 366), isto é, aquela cuja constatação independa de maiores exames ou avaliações. Logo, entendem-se por sabidamente inverídicos somente os "flagrantes expedientes de desinformação", levados a cabo "com o propósito inequívoco de induzir o eleitorado a erro" (ALVIM, Frederico Franco. Curso de Direito Eleitoral. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 293).

Na mesma trilha, esta Corte entende que "a mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias" (RP nº 367.516/DF, rel. Min. Henrique Neves da Silva, publicado em sessão, 26.10.2010), e que "o fato sabidamente inverídico [...] é aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano" (RP nº 143175/DF, rel. Min. Admar Gonzaga Neto, PSESS de 2/10/2014), o que não se verifica no caso em exame.

Tais considerações aplicam-se integralmente ao caso dos autos, uma vez que não há na matéria combatida afirmações cujas falsidades sejam evidentes, perceptíveis de plano.

A publicação apontada pelos representantes como inverídica está situada dentro dos limites referentes aos direitos à livre manifestação do pensamento e à liberdade de expressão e informação, de alta relevância no processo democrático.

Corroboram esse entendimento, a citação na Rp nº 060178172 - BRASÍLIA - DF, do afirmado pelo rel. Min. Roberto Barroso da ADI no 4439/DF sobre a liberdade de expressão que "não abarca somente as opiniões inofensivas ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtorno ou inquietar pessoas, pois a democracia se assenta no pluralismo de ideias e pensamentos".

Nesse sentido, sobretudo no contexto das competições eleitorais é preciso preservar, tanto quanto possível, a intangibilidade da liberdade de imprensa, notadamente porque a função de controle desempenhada pelos veículos de

comunicação é essencial para a fiscalização do poder e para o exercício do voto consciente.

O Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da ADPF no 130, DJe de 6.11.2009, assim ponderou:

A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.

Na análise de mérito, embora alguns fatos fossem realmente sabidamente inverídico, houve a tendência de privilegiar a liberdade de expressão. No caso do pedido de Jair Bolsonaro objetivando a remoção de conteúdos publicados na *Internet* em que é atribuída falsa interpretação às decisões judiciais emanadas do TSE, o pedido foi indeferido sob argumento de que o controle do conteúdo deva ser feito pela própria sociedade sob pena de silenciar o discurso.

2.2. Na espécie, em juízo preliminar, malgrado algumas das publicações indicadas, efetivamente, contenham informações não condizentes com os fundamentos jurídicos constantes de decisões proferidas por esta Corte Superior, penso não ser o caso de remover os conteúdos, porquanto não é possível aferir se as notícias foram produzidas intencionalmente para desvirtuar ou falsear a realidade, ou se decorreram de equívocos ou de negligência dos veículos de mídias sociais.

Com efeito, o controle sobre quais conteúdos ou nível das informações veiculadas, se aceitáveis ou não, deve ser realizado pela própria sociedade civil, porquanto a atuação da Justiça Eleitoral no âmbito da Internet e redes sociais, deve ser minimalista, sob pena de silenciar o discurso dos cidadãos comuns ou obstruir a atividade da imprensa no debate democrático.

3. Ante o exposto, indefiro a liminar.

Processo 0601793-86.2018.6.00.0000. Rp nº 060179386 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 24/10/2018, Relator(a) Min. Og Fernandes, Relator(a) designado(a) Min. Luis Felipe Salomao. Publicação: MURAL - Publicado no Mural, Data 24/10/2018

Em outros casos, utilizaram-se dois critérios complementares como: potencial lesivo de disseminação das notícias e possibilidade de contraditório de ideias na própria mídia social, de modo a não tolher a liberdade do debate democrático no internet. Na decisão proferida na Rp nº 060172709, em 17.10.2018, o ministro Carlos Horbach propôs alguns parâmetros para justificar a intervenção da Justiça Eleitoral na remoção de conteúdos nas redes sociais, a fim de evitar indevida interferência no debate democrático, *in verbis*:

Um primeiro referencial complementar a ser verificado é o do estabelecimento, no âmbito da própria rede social, do contraditório de ideias, por meio do qual as informações veiculadas são postas em xeque, submetendo-as ao soberano juízo crítico do eleitor. Intervenções em debates nos quais estabelecido o contraditório caracterizariam atitude paternalista da Justiça Eleitoral, pressupondo a ausência de capacidade do eleitor para avaliar os conteúdos que lhe são apresentados. Com efeito, se o debate democrático já se estabeleceu no ambiente virtual, não há razão para a atuação corretiva do Estado, por meio de um provimento jurisdicional.

Ademais, um segundo critério deve ser definido, qual seja, o da potencialidade lesiva das postagens cuja remoção se busca. O referencial do potencial lesivo é utilizado pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral em diferentes matérias, nas quais a ilicitude da conduta deve ser avaliada em conjunto com sua aptidão para desequilibrar o pleito.

Em síntese, tratando-se de conteúdos veiculados no ambiente especialmente livre da Internet, além da ofensa à honra ou da constatação da patente falsidade, há de se considerar a existência de contraditório na própria rede e o potencial lesivo da postagem, que pode ser avaliado, por exemplo, pelo número de compartilhamentos, de comentários ou de reações de apoio ou rejeição dos demais usuários.

Rp nº 060172709 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 17/10/2018. Relator(a) Min. Carlos Horbach. Publicação:MURAL - Publicado no Mural, Data 18/10/2018.

3.2.2.2 Análise dos pedidos de remoção de conteúdo deferidos

As 15 decisões TSE de deferimento (Tabela 4), 7 foram parcialmente deferidas e apenas 8 deferidas completamente. Além disso, 2 decisões referem-se ao processo 0601701-11.2018.6.00.0000, sendo uma decisão liminar e outra de mérito. Da mesma forma, 2 decisões no 0600546-70.2018.6.00.0000, sendo uma decisão liminar e outra de prosseguimento da representação para identificação de usuário. Além desses processos, incluímos a decisão liminar proferida na Rp nº 0601699-41/DF, citada no processo 0601793-86.2018.6.00.0000, pertencente ao conjunto das decisões indeferidas. Dentre esses 14 processos, encontram-se os pedidos dos candidatos Jair Bolsonaro, Fernando Haddad, Ciro Gomes, Marina Silva, Manuela D'Ávila e Lula.

Tabela 4 - Lista de Decisões com Pedidos de remoção de conteúdo deferidos

Representação	Decisão
0601701-11.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	parcialmente procedente
0601776-50.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro liminar
0601762-66.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro em parte liminar
0601765-21.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro em parte liminar
0601727-09.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro em parte liminar
0601701-11.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro liminar
0601700-26.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro liminar
0601646-60.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro em parte liminar
0601635-31.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro liminar
0601626-69.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro liminar
0601601-56.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro em parte liminar
0600719-94.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	procedente representação
0600796-06.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro em parte liminar
0600546-70.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	procedente representação
0600546-70.2018.6.00.0000 - BRASÍLIA - DF	defiro liminar

3.2.2.2.1 Representações da Coligação Brasil Acima Tudo, Deus Acima de Todos (PSL/PRTB) e por Jair Messias Bolsonaro

O processo **0601701-11.2018.6.00.0000** refere-se a propaganda, no horário gratuito, veiculada no rádio em 13.10.2018, e no processo **0601700-26.2018.6.00.0000**, que trata da mesma propaganda, porém, veiculada na televisão, na qual teriam sido utilizados recursos de trucagem, montagem e proferidas mentiras, em ofensa à honra do candidato representante. O vídeo veiculado imputa ao candidato representante a responsabilidade por casos de violência, como o homicídio de um capoeirista e o ataque sofrido por uma garota de 19 anos por neonazistas, além de afirmar que o candidato votou contra a lei que protege as pessoas com deficiência e distorção da fala do candidato quanto à votação da PEC das domésticas.

Foi deferido o pedido, na **Rp nº060170111**, quanto à utilização recursos de trucagem e montagem por ser vedada pela legislação eleitoral. *In Verbis*:

Conforme consignei na decisão liminar, a utilização dos recursos de trucagem e montagem é vedada pela legislação eleitoral.

Na hipótese dos autos, após ouvir atentamente o áudio da propaganda questionada, verifiquei que houve sobreposição e repetição de sons à fala do candidato Jair Bolsonaro, sugerindo a utilização de montagem e trucagem, de modo a desvirtuar a realidade dos fatos, por meio da vinculação da fala do candidato à violência que aflige a população brasileira. Deve-se ressaltar, ademais, que se trata de propaganda veiculada em rádio, o que potencializa a dramaticidade com que os fatos são narrados, podendo inviabilizar a livre formação da convicção pelo receptor da mensagem.

Pelos motivos expostos, determinei que os representados fizessem cessar imediatamente a divulgação da propaganda eleitoral irregular.

Quanto à ocorrência de atos de violência atribuídos a eleitores do candidato representante, conforme consignou o Ministro Carlos Horbach nos autos da Rp 1696-86/DF “o fato de o candidato representante, de modo louvável, repudiar a violência e dispensar o apoio e o voto de quem a pratica não acarreta, automaticamente, a falsidade dos eventos e de suas possíveis conexões com apoiadores de

sua candidatura, circunstância que não autoriza a aplicação do art. 58 da Lei das Eleições”.

Outrossim, no que concerne à utilização da fala do candidato representante sobre a “PEC das domésticas”, verifico que a propaganda eleitoral impugnada foi embasada em notícias veiculadas na imprensa e em entrevistas concedidas pelo próprio candidato Jair Bolsonaro.

Portanto, não se trata da veiculação de ofensas sem embasamento, nem da divulgação de fatos sabidamente inverídicos, mas da retransmissão de notícias divulgadas nos veículos de comunicação, mediante a manifestação de críticas de natureza político-ideológica, as quais se inserem na órbita da garantia constitucional da livre manifestação do pensamento.

Rp nº 060170111 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 22/10/2018. Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação: MURAL - Publicado no Mural, Data 22/10/2018

Na **Rp nº 060170026**, foi deferido o pedido de remoção da divulgação de votação contra a lei de pessoas com deficiência, ainda que havendo checagem de fatos na *internet*, a JE entendeu haver potencialidade para desequilibrar a disputa eleitoral.

Ocorre, todavia, que na presente representação é agitado fato novo, suficiente, no meu entender, para ensejar diferente desígnio à controvérsia.

Neste caso, traz-se, pela vez primeira, a argumentação de que seria inverídica a afirmação de que o representante havia votado contra a lei que protege as pessoas com deficiência. É que, de acordo com os representantes, a notícia reputada no vídeo como veiculada pela revista Fórum, traduziria manifesta fake news. Isso porque o portal Boatos.org, “que é dedicado a desmentir boatos que surgem e se alastram na internet”, já desmentiu tal fato (ID 534853, p. 6).

Em face desses fatos, portanto, ao menos em juízo de cognição sumária, entendo que se extraem da propaganda eleitoral impugnada elementos suficientes à configuração da alegada transgressão, porquanto se depreende da propaganda em evidência a publicação de fato sabidamente inverídico (fake news) capaz de desequilibrar a disputa eleitoral, consistente na divulgação de que o candidato representante votou contra a LBI.

Rp nº 060170026 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 15/10/2018. Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação:MURAL - Publicado no Mural, Data 16/10/2018

O processo **0601776-50.2018.6.00.0000** refere-se a impugnação de propaganda eleitoral gratuita veiculada na televisão, nos dias 16 e 17 de outubro

de 2018, com base na violação do art. 242 do Código Eleitoral, uma vez que incute medo na população ao sugerir que se o candidato Jair Bolsonaro for eleito vai perseguir e torturar eventuais opositores políticos; apresenta os eleitores do candidato representante como violentos e brutais; e acirra os ânimos da população promovendo confronto entre apoiadores dos dois candidatos. O pedido de remoção foi deferido por ultrapassar os limites da razoabilidade e infringir a legislação eleitoral.

2.1. De início, anoto que é bem verdade que há diversos precedentes deste Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que o preceito normativo previsto no art. 242 do Código Eleitoral “não pode embaraçar a crítica de natureza política – ainda que forte e ácida –, ínsita e necessária ao debate eleitoral e substrato do processo democrático representativo” (Rec. na Rp nº 121177, Rel. Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, PSESS em 23/09/2014).

Esta tem sido a postura do signatário no exame das questões que envolvem o debate político, seja em relação ao campo das redes sociais, seja no tocante a propaganda em rádio e televisão.

2.2. No caso em exame, porém, entendo que a peça publicitária impugnada ultrapassou os limites da razoabilidade e infringiu a legislação eleitoral.

A distopia simulada na propaganda, considerando o cenário conflituoso de polarização e extremismos observado no momento político atual, pode criar, na opinião pública, estados passionais com potencial para incitar comportamentos violentos.

Na forma do dispositivo legal invocado, observando a sequência das cenas e a imputação formalizada ao candidato impugnante e seus eleitores/apoiadores, percebo que a peça televisiva tem mesmo potencial para “criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais” (artigo 242, Código Eleitoral).

2.3. Ademais, a propaganda em análise reproduz trechos do filme “Batismo de Sangue”, que apresenta cenas muito fortes de tortura.

Segundo a classificação indicativa realizada pelo Ministério da Justiça, o conteúdo da mídia, diante das cenas de violência, destina-se à faixa etária acima dos 14 anos, e só poderia ser veiculada, na televisão, após às 21h.

Desse modo, é forçoso reconhecer a inviabilidade de sua transmissão, uma vez que o art. 49 da Lei das Eleições estabelece o início da propaganda eleitoral do bloco noturno às 20h30.

Rp nº 060177650 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 20/10/2018. Relator(a) Min. Luis Felipe Salomao. Publicação: MURAL - Publicado no Mural, Data 20/10/2018

3.2.2.2 Representações da Coligação O Povo Feliz de Novo e por Fernando Haddad

O processo **0601762-66.2018.6.00.0000**, refere-se a 3 vídeos, nos quais, o primeiro se afirma que, no plano de governo do candidato, há previsão de criação de “poupança fraterna”; o segundo, refere-se a propostas de governo do representante, quais sejam: soltar Lula, prender Sérgio Moro, acabar com a Lava Jato ou implantar a ditadura no país; no terceiro, é afirmado que Haddad odeia Judeus e o Cristianismo, bem como pretende controlar a imprensa e suprimir toda a liberdade individual. O pedido de remoção foi deferido apenas para o caso da poupança fraterna devido ao caráter pedagógico, mesmo que já sendo objeto de checagem de fato.

Com base nessas balizas, no caso dos autos, entendo que apenas os conteúdos relativos à “poupança fraterna e moradia social” seriam passíveis de remoção, porquanto atribui ao plano de governo dos representantes proposta sabidamente inverídica.

A propósito, consta da inicial que o Projeto de Lei no 137/2004 foi arquivado há 11 anos e não faz parte do plano de governo dos representantes, conforme atestado pelo portal G1 como fake news, em 11.10.2018. Desse modo, entendo que, para concessão da tutela de urgência, fazem-se necessárias a demonstração preliminar da existência do direito afirmado (*fumus boni iuris*) e a verificação de que o autor necessita da imediata intervenção jurisdicional, sem a qual o direito invocado tende a perecer (*periculum in mora*).

Embora conste na inicial a notícia de que o portal G1 já qualificou o conteúdo como fake news, a disseminação da informação falsa continua a ocorrer nas redes sociais, o que, mesmo em caráter pedagógico, demanda a atuação desta Justiça Eleitoral.

Rp nº 060176266 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 19/10/2018. Relator(a) Min. Jorge Mussi. Relator(a) designado(a) Min. Sérgio Silveira Banhos. Publicação: MURAL - Publicado no Mural, Data 20/10/2018

O processo **0601646-60.2018.6.00.0000** refere-se a impugnação de 222 publicações contendo informações inverídicas, difamatórias e injuriantes, mas

sem nenhuma legitimidade ou fundamento, constituindo-se em um verdadeiro manifesto político que agride o Partido dos Trabalhadores sem lhe dar possibilidade de contraditório, contraponto ou debate. Apenas uma postagem foi determinada a remoção, pois as outras diziam respeito a opinião de eleitores, matérias jornalísticas, especulações, ideologia de partido ou critica os mecanismos eletrônicos de votação.

A partir desse parâmetro normativo, foram examinadas todas as postagens questionadas nesta representação, que – na dicção da exordial – seriam veiculadoras de fake news, responsáveis por desinformação danosa ao processo eleitoral.

Dessas, a grande maioria expressa opinião de eleitores sobre os candidatos da representada, reproduz matérias jornalísticas, faz especulações antes as conexões políticas dos candidatos, relaciona documentário histórico a ideologia de partido integrante da coligação ou critica os mecanismos eletrônicos de votação. Tais conteúdos, por óbvio, não se enquadram entre aqueles cuja remoção é autorizada pela legislação eleitoral, o que faria com que a eventual concessão da liminar pleiteada consubstanciasse inconstitucional ato de censura.

Por outro lado, é importante observar que a Internet é um espaço democrático por excelência, pois possibilita que se estabeleça o contraditório no âmbito da própria plataforma que hospeda o conteúdo, no espaço reservado a comentários, o que efetivamente tem sido feito em muitas das postagens impugnadas. Tal circunstância esvazia o potencial lesivo dessas postagens, o que igualmente recomenda a preservação da liberdade de expressão no âmbito da Internet.

No que se refere às críticas ao sistema eletrônico de votação, ainda que questionáveis, refletem o pensamento de grupos sociais, que ora se posicionam contra o avanço tecnológico das urnas eletrônicas, ora atacam decisões institucionais acerca de temas relevantes no cenário nacional, configurando manifestação ordinariamente livre em um regime democrático, sem ensejar, ao contrário do requerido na inicial, intervenção desta Justiça especializada.

Há, porém, uma única postagem que se apresenta, prima facie, como inverídica e potencialmente lesiva à honra do candidato da representante à Presidência da República. Trata-se do conteúdo associado à URL indicada no item 12.1 da exordial, a qual associa Fernando Haddad ao planejamento de estratégia de desinformação contra seu adversário na disputa presidencial. **Rp nº 060164660 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 11/10/2018. Relator(a) Min. Carlos Horbach. Publicação:MURAL - Publicado no Mural, Data 11/10/2018**

O processo **0601601-56.2018.6.00.0000** refere-se a 115 postagens, em diferentes redes sociais e sites de veículos de imprensa, que conteriam notícias falsas, agrupadas em categorias pela exordial, tais como, “*fakenews* envolvendo crianças”, “*fakenews* envolvendo sexualidade”, “*fakenews* envolvendo religião”, entre outras. Apenas 35 continham fato sabidamente inverídico. As demais postagens impugnadas tratam de matérias jornalísticas ou que expressam opinião dos usuários de redes sociais. Chamou atenção a remoção de postagens manifestamente jocosas e humorísticas, mas que, porém, tem potencial de causar desinformação ao eleitor.

Registre-se, de início, que o art. 33 da Res.-TSE nº 23.551/2017 determina que a intervenção da Justiça Eleitoral no sentido de remover conteúdos da Internet será a mais parcimoniosa possível, protegendo, no maior grau, a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento e de opiniões.

Com efeito, na linha da jurisprudência desta Corte, “o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento, razão pela qual se recomenda a intervenção mínima do Judiciário nas manifestações e críticas próprias do embate eleitoral, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão” (AgR-RO nº 758-25/SP, rel. designado Min. Luiz Fux, DJe de 13.9.2017). A partir desse parâmetro normativo, foram examinadas as 115 postagens questionadas nesta representação, que – na dicção da exordial – seriam veiculadoras de fake news, responsáveis por desinformação danosa ao processo eleitoral.

Do exame perfunctório ora realizado, é possível concluir que 35 dessas postagens efetivamente contêm a divulgação de fatos inverídicos, alguns dos quais já analisados por este Tribunal Superior Eleitoral, como se pode verificar no julgamento da Rp 0601530-54, rel. Min. Sérgio Banhos, e da Rp 0601437-91, de minha relatoria.

Nas postagens impugnadas no item 8 da inicial, há conteúdos falsos, inclusive já sancionados por esta Corte, nas URLs correspondentes aos números (i), (ii) e (vi)

No item 12 da exordial, os números (iii), (ix), (xii), (xv) e (xvii) a (xxii) indicam URLs cujos conteúdos que ou não apresentam fontes, ou expõem montagens grosseiras, ou ainda veiculam material já considerado ilícito pelo TSE, o que impõe sua remoção.

No item 14, as URLs correspondentes aos números (i) e (iii) a (vii) são de evidentes montagens, buscando imputar a candidatos declarações que lhes são prejudiciais, o que igualmente recomenda a remoção.

No item 16, há várias postagens que provocam desinformação, difundindo notícias falsas sobre medidas econômicas de um eventual governo dos candidatos da coligação representante, como as que se encontram nas URLs correspondentes aos números (i), (ii), (iv), (vi) e (viii).

No item 17, somente os números (i), (xiii) e (xvi) indicam URLs com conteúdos irregulares, por apresentarem montagens grosseiras e fatos manifestamente inverídicos.

No item 21, todas as URLs indicadas são de postagens manifestamente jocosas e humorísticas, mas que têm a potencialidade real de desinformar o eleitor, em prejuízo de sua livre escolha nas eleições. Desse modo, impõe-se a remoção dos conteúdos correspondentes aos números (i) a (viii).

Rp nº 060160156 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 06/10/2018. Relator(a) Min. Og Fernandes. Relator(a) designado(a) Min. Carlos Horbach. Publicação:MURAL - Publicado no Mural, Data 07/10/2018.

Além desses processos, incluímos a decisão liminar proferida na **Rp nº 0601699-41/DF**, citada no 0601793-86.2018.6.00.0000, de relatoria do Ministro Carlos Horbach, na qual foi acolhido parcialmente o pedido para remover as postagens que veiculavam a informação equivocada de que o livro “Aparelho Sexual e Cia.” integrava a base de livros didáticos distribuídos ou recomendados pelo governo federal no programa “Escola Sem Homofobia”. A decisão de remoção foi determinada para apenas 5 das 36 URL’s impugnadas.

A controvérsia a ser dirimida em sede de cautelar se resume a determinar se o livro “Aparelho Sexual e Cia.” integrava, ou não, o conjunto de materiais didáticos associados ao projeto “Escola sem Homofobia”, tendo sido distribuído pelo Ministério da Educação às escolas públicas brasileiras.

Nesse particular aspecto, o próprio Ministério da Educação já registrou, em diferentes oportunidades, que a publicação em questão não integra a base de livros didáticos distribuídos ou recomendados pelo Governo federal. Mais recentemente, ante a permanente polêmica suscitada nas redes sociais, o Ministério, por meio de comunicado publicado em dezembro de 2017, assentou que “as informações equivocadas presentes no vídeo, inclusive, repetem questão que tinha sido esclarecida anos atrás. Em 2013, o Ministério da Educação já havia

respondido oficialmente à imprensa que ‘a informação sobre a suposta recomendação é equivocada e que o livro não consta no Programa Nacional do Livro Didático/PNLD e no Programa Nacional Biblioteca da Escola/PNBE’” (cf. <http://www.brasil.gov.br/noticias/educacao-e-ciencia/2016/01/mec-nao-distribuiu-nas-escolas-livro-de-educacao-sexual-citado-em-video-na-internet>).

Por outro lado, é igualmente notório o fato de que o projeto “Escola sem Homofobia” não chegou a ser executado pelo Ministério da Educação, do que se conclui que não ensinou, de fato, a distribuição do material didático a ele relacionado.

Assim, a difusão da informação equivocada de que o livro em questão teria sido distribuído pelo MEC, no referido projeto, no PNLD ou no PNBE, gera desinformação no período eleitoral, com prejuízo ao debate político, o que recomenda a remoção dos conteúdos com tal teor.

Rp Nº 060169941 - BRASÍLIA - DF. Tipo da decisão: Decisão monocrática. Relator(a): Min. Luiz Edson Fachin. Relator Designado(a): Min. Carlos Bastide Horbach. Data da decisão/julgamento: 16/10/2018. Publicação: MURAL - Mural eletrônico - 16/10/2018.

3.2.2.2.3 Representações do Diretório Nacional do Partido Democrático Trabalhista (PDT) e por Ciro Gomes

No processo **0600719-94.2018.6.00.0000**, referente a um vídeo publicado no YouTube intitulado "Lamentável. Caso de Ciro Gomes com as drogas está cada vez mais grave", observou-se o limite a liberdade de expressão se estende ao ponto de não haver ofensa à imagem ou à honra do candidato. No caso constatou-se flagrante adulteração do vídeo, caracterizando fato sabidamente inverídico. *In verbis*:

As críticas de viés político, por mais veementes e ácidas que sejam, devem ser entendidas válidas, dado o prestígio que deve ser conferido à liberdade de expressão.

Ou seja, para a promoção da retirada de conteúdo na Internet, deve haver grave ofensa à imagem ou à honra do representante.

No presente caso, o representante é exposto como se fosse dependente químico, em vídeo disponibilizado pelo YouTube, com flagrante depreciação de sua imagem, por intermédio da utilização de montagem, traduzida na substituição de um cigarro comum de uma foto verídica, por um cigarro de maconha (ID 282800, p. 8).

Ora, é cediço que o direito à liberdade de expressão, embora prestigiado constitucionalmente, tem limites. Não se pode entender lícita a conduta dos representados em difundir fatos sabidamente inverídicos, em ofensa à honra do representante.

A essa mesma conclusão chegou o parecer ministerial, manifestando-se pela total procedência dos pedidos da inicial, por entender que “é perceptível a olho nu que o fato veiculado no vídeo e nas notícias impugnados pelo representante ostenta caráter manifestamente inverídico, além de configurar afirmação difamatória e caluniosa, na medida em que impõe ao candidato representante um fato ofensivo à sua reputação, bem como a prática de um ilícito penal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006)”.

Rp nº 060071994 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 24/09/2018. Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação: MURAL - Publicado no Mural, Data 24/09/2018.

3.2.2.2.4 Representações do Diretório Nacional da Rede Sustentabilidade e Maria Osmarina Marina da Silva Vaz de Lima

O processo **0600546-70.2018.6.00.0000**, no qual o perfil Anti-PT, após delação premiada do executivo da OAS Léo Pinheiro sobre Marina Silva, Lula e Dias Toffoli, afirmou que a presidenciável recebeu propina de R\$ 1,25 milhões da Odebrecht oriundos de caixa 2. Nesse caso, também se observou a limitação da liberdade de expressão quando da divulgação de fatos sem comprovação que afetariam o resultado eleitoral.

Nessa quadra, a intervenção da Justiça Eleitoral, até pela importância das mídias sociais nestas eleições de 2018, deve ser firme, mas cirúrgica. É saber estabelecer o contraponto entre o direito à liberdade de expressão, consagrado na Constituição Federal de 1988, e o direito também constitucional e sagrado de bem exercer a cidadania ativa, no sentido de garantir-se a todos o direito de votar de forma consciente, a partir de concepções fundadas na verdade dos fatos, buscando a aderência do resultado eleitoral a real vontade dos eleitores. É de cidadania e legitimidade que isso se trata.

O perfil “Partido Anti-PT” publica frequentemente em sua página notícias inflamatórias e sensacionalistas, de teor político, muitas vezes contendo dados de veracidade questionável ou informações não verificadas.

No caso dos autos, os representantes denunciam a existência de diversas publicações contendo informações inverídicas sobre a pré-candidata Marina Silva. As manchetes, redigidas de forma exagerada e

efusiva, afirmam que a representante é “omissa e oportunista, negligente e conivente” com a corrupção e a associam à Operação Lava jato e ao recebimento de propina.

As referidas críticas e notícias foram publicadas de maneira anônima, ou seja, tanto as publicações quanto os links nelas contidos não indicam os autores dos textos. O perfil do Facebook, em sua declaração de autoria, afirma que se trata de “página dedicada aos mais de 84 milhões de brasileiros que são contra este governo corrupto, mentiroso e incompetente(...)”.

Conquanto a liberdade de expressão constitua garantia fundamental de estatura constitucional, sua proteção não se estende à manifestação anônima (art. 5º, inciso IV, da CF). A ausência de identificação de autoria das notícias, portanto, indica a necessidade de remoção das publicações do perfil público.

Ainda que assim não fosse, observo que as informações não têm comprovação e se limitam a afirmar fatos desprovidos de fonte ou referência, com o único objetivo de criar comoção a respeito da pessoa da pré-candidata.

Além disso, é inegável que tais postagens podem acarretar graves prejuízos no caso concreto. O perfil “Partido Anti-PT” possui mais de 1,7 milhão de seguidores, o que potencializa a já referida viralização das fake news.

Rp nº 060054670 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 07/06/2018. Relator(a) Min. Og Fernandes. Relator(a) designado(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação:DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 112, Data 08/06/2018.

O processo **0600796-06.2018.6.00.0000** refere-se a alegação de existência de postagem de conteúdo que vincula a pré-candidata Marina Silva à prática de crime ambiental, contrabando de madeira, no ano de 2004. Essa decisão é interessante pois, apesar de ser caracterizado fato sabidamente inverídico, devido ao extenso lapso temporal da publicação original, a tutela de urgência foi indeferida, porém o pedido foi parcialmente deferido para identificação dos perfis. No despacho de 10 de setembro de 2019, devido o não cumprimento da determinação de fornecimento de dados, foi fixada multa diária no valor de R\$ 5.000,00.

No tocante aos demais links impugnados, impende destacar que todas as publicações, tidas por fake news, referem-se a um único fato, qual seja: suposto favorecimento ilícito do Grupo de Trabalho Amazônico

(GTA), federação de organizações não governamentais, cuja direção tinha como participante o marido da segunda representante.

Segundo informado pelos próprios representantes, esse fato foi alvo de uma tomada de contas especial pelo TCU (TC nº 012307/2003-5) e, posteriormente, de investigação conduzida pelo Ministério Público Eleitoral, solicitada pela própria pré-candidata.

É dizer, mesmo que se considere que as publicações não retratam completamente a verdade dos fatos, considerando que posteriormente não houve sequer acusação formal contra a representante ou seu cônjuge, as notícias, à primeira vista, não podem ser tratadas como inverdades patentes.

Mais, a terceira, quarta, quinta, sexta e sétima publicações impugnadas pelos representantes, embora tenham sido alvo de compartilhamentos este ano no Facebook, foram originalmente veiculadas nos anos de 2016 e 2017. Contra essas publicações não se tem notícia de que tenha sido requerida qualquer medida judicial, nesta Justiça especializada ou na Justiça comum.

Assim, no juízo próprio das medidas liminares, considerando também o extenso lapso temporal entre as publicações originais e a presente data, não vislumbro a urgência alegada pelos representantes.

Finalmente, não merece amparo a alegação feita pelos representantes de que as publicações foram realizadas por perfis anônimos. Isso porque, nos termos do § 2º, do supracitado art. 33, tal afirmação somente pode ser feita após apuração judicial de autoria.

Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido liminar para determinar que o Facebook forneça, no prazo de 10 (dez) dias, a identificação dos números de IPs das conexões usadas para realização dos cadastros iniciais no Facebook dos perfis “Maria Amélia Lula da Silva”; MPB – Movimento do Povo Brasileiro; Milena Fontini; Ivan Dario Floripa; Brasil, um País de Otários; Picadeiro Brasil; Bolsonaro Opressor 2.0, bem como para a publicação ou propagação das informações.

Rp nº 060079606 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 03/08/2018. Relator(a) Min. Rosa Weber. Relator(a) designado(a) Min. Og Fernandes. Publicação:DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 156, Data 07/08/2018.

3.2.2.2.5 Representações da Coligação O Povo Feliz de Novo, por Fernando Haddad e Luiz Inácio Lula da Silva

No caso de Lula, quando ainda candidato em 2018, o processo **0601765-21.2018.6.00.0000**, relativo a montagem grosseira de vídeo afirmando ser possível a compra do voto do povo baiano por R\$10,00. A liberdade de expressão foi limitada devido a desinformação trazida que poderia influenciar ao pleito

eleitoral, mesmo com o precedente de que o controle de conteúdo deva ser feito pela própria sociedade civil, sendo a atuação da JE minimalista.

Em síntese, tratando-se de conteúdos veiculados no ambiente especialmente livre da Internet, além da ofensa à honra ou da constatação da patente falsidade, há de se considerar a existência de contraditório na própria rede e o potencial lesivo da postagem, que pode ser avaliado, por exemplo, pelo número de compartilhamentos, de comentários ou de reações de apoio ou rejeição dos demais usuários.

Ademais, como decidido pelo Ministro Luis Felipe Salomão na Rep. no 06011758-29, ainda que "encontradas publicações que apresentam realmente teor ofensivo ou negativo, é forçoso reconhecer que exteriorizam o pensamento crítico dos usuários das plataformas de rede sociais ora impugnadas, de modo que a liberdade de expressão no campo político-eleitoral abrange não só manifestações, opiniões e ideias majoritárias, socialmente aceitas, elogiosas, concordantes ou neutras, mas também aquelas minoritárias, contrárias às crenças estabelecidas, discordantes, críticas e incômodas". É que "o controle sobre quais conteúdos ou nível das críticas veiculadas, se aceitáveis ou não, deve ser realizado pela própria sociedade civil, porquanto a atuação da Justiça Eleitoral no âmbito da Internet e redes sociais, ainda que envolva a honra e reputação dos políticos e candidatos, deve ser minimalista, sob pena de silenciar o discurso dos cidadãos comuns no debate democrático".

Adotando essas balizas, no caso dos autos, entendo que apenas a "denúncia i", relativa à compra de voto do povo baiano, é passível de remoção.

Os vídeos publicados contêm edição que faz o espectador crer que Lula acredita ser possível comprar o voto do povo baiano por R\$ 10. As publicações têm a clara intenção de desvirtuar não apenas as falas do ex-Presidente Lula como também atingir a imagem da coligação representante e do candidato Fernando Haddad, disseminando informação manifestamente inverídica.

Como assentado pelo Ministro Carlos Horbach, ao analisar a liminar na Rp nº 0601437-91.2018.8.6.00.0000, "comentários dessa natureza geram desinformação no período eleitoral e têm a potencialidade de atingir o candidato em sua imagem, bem jurídico constitucionalmente protegido no contexto da liberdade de expressão".

Rp nº 060176521 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 19/10/2018. Relator(a) Min. Admar Gonzaga. Relator(a) designado(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação: MURAL - Publicado no Mural, Data 20/10/2018 .

3.2.2.2.6 Representações da Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS) e por Manuela Pinto Vieira D'Ávila

No caso de Manuela D'Ávila, o processo **0601635-31.2018.6.00.0000** refere-se a imagem de dois manifestantes distribuindo imagens de santas e chutando crucifixos, seguido de vídeo da candidata produzido para combater a homofobia nas escolas com sua voz ao fundo e sobreposição de imagens que deturparam o real conteúdo da publicidade, além de que, candidata incentivaria situações que hipersexualizam crianças; e o processo **0601626-69.2018.6.00.0000**, referente a suposta afirmação da candidata: “o cristianismo vai desaparecer. Vai diminuir e encolher. (...) Nós, somos mais populares do que Jesus neste momento”. O pedido de remoção do conteúdo foi deferido, em ambos os processos, pois manchava a imagem da candidata perante o público católico e cristão e, também, devido as mídias impugnadas serem adulterações grosseiras.

“No caso dos autos, entendo viável a concessão da liminar, porquanto o conteúdo ora questionado mancha a imagem da candidata representante perante o público católico e cristão, com o objetivo evidente de interferir no pleito eleitoral. Ademais, a mídia foi claramente editada com uso de montagem – por meio da qual se desvirtuou o conteúdo original do vídeo produzido pela candidata representante para combater a homofobia nas escolas –, contendo agressão e ataque à imagem da candidata, atribuindo-lhe conceito sabidamente inverídico.”

Rp nº 060163531 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 08/10/2018. Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto. Relator(a) designado(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação:MURAL - Publicado no Mural, Data 09/10/2018.

“No caso dos autos, entendo viável a concessão da liminar, porquanto o conteúdo ora questionado mancha a imagem da candidata representante perante o público cristão, com o objetivo de interferir no pleito eleitoral.

Ademais, a matéria já foi objeto de exame pela plataforma de checagem de notícias falsas – Aos fatos –, a qual assevera que é fake a atribuição da frase à Manuela D'Ávila, dado que essa “foi extraída de um comentário maior feito pelo integrante dos Beatles ao jornal inglês London Evening Standard em 4 de março de 1966”.

Rp nº 060162669 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de

06/10/2018. Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação:MURAL - Publicado no Mural, Data 07/10/2018.

O processo **0601727-09.2018.6.00.0000** refere-se a impugnação de 80 postagens impugnadas que difundem notícias falsas em relação a Manuela D'Ávila, atentando contra sua imagem e gerando danos eleitorais. Ocorre que a maioria das postagens eram relativas a postagens jocosas ou humorísticas, ou que já se estabeleceu o contraditório na própria rede social, ou reduzidíssimo índice de compartilhamento, e apenas algumas tiveram o pedido de remoção deferido pois caracterizou-se a informações falsas e manipuladas, bem como edição de vídeo, podendo causar prejuízo a imagem da candidata.

Nesse contexto, os pedidos de remoção de conteúdos de redes sociais devem ser analisados com todo o cuidado, de modo a evitar intervenções indevidas e desnecessárias na democrática disputa de ideias que viceja na Internet. (...)

Inicialmente, é importante registrar que postagens jocosas ou humorísticas têm como pressuposto a manipulação da realidade e até mesmo sua distorção, o que faz com que não possam ser tachadas, como pretende a inicial, de fake news ou tomadas como algo difamante para fins de concessão de direito de resposta. Nesse sentido, o decidido na Rp no 0600946-84/DF, de minha relatoria, PSESS em 4.9.2018.

Há, porém, alguns conteúdos que, não se enquadrando nas hipóteses anteriormente analisadas, de fato veiculam informações falsas ou manipuladas, com a potencialidade de confundir o eleitor e causar prejuízo à imagem da candidata representante. É o que se tem nos números (4), (11) e (12) do item 12 da exordial, no qual vídeo com declarações da candidata representante é editado, de modo a induzir o eleitor a acreditar que ela afirma não ser cristã; bem como no número (15) do item 15, cujo conteúdo é uma montagem patente na qual se veicula informação manifestamente falsa.

Rp nº 060176266 - BRASÍLIA - DF. Decisão monocrática de 19/10/2018. Relator(a) Min. Jorge Mussi. Relator(a) designado(a) Min. Sergio Silveira Banhos. Publicação: MURAL - Publicado no Mural, Data 20/10/2018.

CONCLUSÃO

Em que pese a amostra de decisões selecionada não cobrir todas as decisões sobre *fake news* ocorridas durante as Eleições de 2018, pela análise delas, foi possível verificar a forma de atuação da Justiça Eleitoral. Conforme a análise quantitativa, na qual houve deferimento para remoção de conteúdo em 33% das Representações julgadas pelo TSE e em 20% das decisões dos Tribunais Regionais atacadas por Recursos Especiais, verificou-se que a atuação da JE privilegia a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento, interferindo no pleito eleitoral apenas pontualmente, quando ocorre ofensa à honra e às imagens dos candidatos que possa prejudicar a igualdade de chances, desequilibrando a corrida eleitoral, ferindo o princípio democrático.

A atuação da Justiça Eleitoral, em especial do TSE, foi louvável dentro das suas possibilidades, em alguns casos atuou de forma incisiva com intuito de dar o exemplo com caráter pedagógico, mostrando uma mudança de postura em relação às eleições anteriores. Por meio de precedente do Min. Carlos Horbach (**Rp nº 060172709**), definiu-se dois critérios complementares para caracterização de *fake news*: potencial lesivo de disseminação das notícias e possibilidade de contraditório de ideias na própria rede social. Porém, se deparou com algumas dificuldades.

Há que ponderar que na era atual da pós-verdade, na qual a verdade é relativizada, juntamente com a velocidade de propagação da informação nas redes sociais, a atuação da JE tem de ser célere. No entanto, não é possível analisar todas as publicações existentes devido a enorme quantidade. Portanto, basicamente, a atuação fica restrita entre o período de propaganda eleitoral e a data da eleição. Isso foi evidenciado pelas 24 decisões do universo inicial que foram excluídas da amostra devido a perda superveniente do objeto.

Outra dificuldade observada, foi saber diferenciar *fake news* de opinião. A linha é muito tênue. Da mesma forma, ocorreu divergência de entendimento sobre a remoção de publicações jocosas ou humorísticas quando na **Rp nº 060176266** o pedido de remoção foi indeferido, no entanto, na **Rp nº 060160156**, mesmo sendo conteúdo humorístico, o pedido foi deferido pois, ainda assim, poderia interferir no pleito eleitoral.

Outro ponto, é o precedente do TSE de não analisar *fake news* pelo aplicativo whatsapp, pois se trata de rede privada e alcance de divulgação limitada. Porém, quando ocorrem compartilhamentos entre grupos de contatos diferentes, o alcance pode ser muito maior. Ademais, o executivo do Whatsapp afirmou que a plataforma foi palco de campanhas de desinformação⁵⁸.

Não obstante, as *fake news* realizadas muito antes da corrida eleitoral, em um verdadeiro plano de desinformação, ficam prejudicadas, como foi o caso da **Rp nº 060079606**, assim como, as *fake news* não relacionadas às Eleições, como por exemplo, o caso da campanha de vacinação. Da mesma forma, as publicações posteriores ao pleito, levantam a necessidade do direito ao esquecimento.

Outra questão é sobre a celeridade quanto a requisição de dados às empresas de mídias sociais ou até mesmo telefônicas. Sem esses dados, a responsabilização fica prejudicada. Foi o que ocorreu no **Rp nº 060079606**, na qual a determinação judicial não foi cumprida, acarretando a sanção de multa para coagir o cumprimento da decisão. Porém, até que ponto o valor das multas não está incluído no planejamento das campanhas eleitorais.

As *fake news* ganharam evidência devido ao uso recursos tecnológicos, talvez seja o caso do Judiciário fazer o mesmo, principalmente, nos contextos das

⁵⁸Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/whatsapp-admite-envio-massivo-ilegal-de-mensagens-nas-eleicoes-de-2018.shtml>. Acesso em: 16/10/2019.

*Deep Fakes*⁵⁹, no qual a checagem dos fatos é muito difícil, e da utilização de robôs. O modelo da Lei das redes sociais alemã⁶⁰, autorregulação regulada, delega responsabilidades para as próprias empresas provedoras dos serviços realizarem esse filtro, dentro de parâmetros definidos pela Justiça. Isso fomenta a celeridade, pois ao contrário do Judiciário, essas empresa já estão de posse dos dados dos usuários.

A própria forma de realização de campanhas eleitorais dos partidos políticos mudou. É possível a coleta de dados dos usuários das redes sociais e montar um plano de governo baseado no pensamento da maioria dos eleitores e não com base nas ideologias do partido. É a materialização da democracia Fake⁶¹. Com a entrada em vigor integralmente da lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD)⁶² em 2020, esse panorama pode mudar.

Para as próximas eleições, o desafio será maior, principalmente com a aprovação do Projeto de Lei 1978/11, convertido na lei nº 13.834 em 4 de junho de 2019, noticiado como a lei de *fake news eleitoral*. A referida lei altera a lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denunciação caluniosa com finalidade eleitoral. Ademais, a referida lei teve o veto presidencial do parágrafo terceiro derrubado pelo Congresso Nacional em

⁵⁹ VIDAL, Márcio. Propaganda Eleitoral nas mídias sociais: premissas básicas. Revista Democrática, Cuiabá, v. 4, p. 209-259, 2018, p. 223.

⁶⁰ MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake News e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 217-231, 19 de outubro de 2018, p. 219.

⁶¹ FENTON, Natalie; FREEDMAN, Des. Democracia fake, más notícias. Comunicação & Educação. Ano XXIII. N.1, 2018, p. 110.

⁶² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 16/10/2019.

28 de agosto de 2019⁶³, cujo conteúdo enquadra na mesma prática quem sabendo da falsidade da notícia a propala:

“Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto. § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. § 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.”

Atualmente, verifica-se que a atuação da Justiça Eleitoral no combate a desinformação, vale-se do uso da própria informação, deferindo direito de resposta, privilegiando o debate democrático. Porém, com a possibilidade de pena de restrição de liberdade da referida lei, talvez traga o efeito colateral de silenciar o debate.

Após todas essas considerações, conclui-se com o presente trabalho, que a Justiça Eleitoral privilegiou, em suas decisões sobre *fake news* no pleito de 2018, às garantias de liberdade de expressão e de livre manifestação do pensamento. Porém, essas garantias constitucionais não absolutas, sendo deferido o pedido de remoção de conteúdo publicado de forma pontual, quando extrapolam o limite da razoabilidade e proporcionalidade, com fins de não prejudicar a corrida eleitoral.

⁶³Congresso derruba veto sobre fake news eleitoral e mantém outros três. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/28/congresso-mantem-dois-vetos-presidenciais>>. Acesso em: 06/09/2018.

Ademais, é preciso melhorar a atuação da JE para tornar mais célere a análise das representações a fim de evitar a perda superveniente de objeto com extinção sem julgamento de mérito, seja por meio de ferramentas tecnológicas com uso de inteligência artificial, seja por meio da delegação de responsabilidade a empresas provedoras de serviços de redes sociais mediante critérios objetivos bem definidos.

REFERÊNCIAS

ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, number 2, Spring 2017, p. 211-236. Disponível em: <<https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>>. Acesso em: 07/08/2019.

ALVIM, Frederico Alvim. *Curso de Direito Eleitoral*. 2a. Ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ALZAMORA, G. C; BICALHO, L. A. G. *A dinâmica transmídia de Fake News: interações sociais em torno da concepção pragmática de verdade*. Compós, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo E Constitucionalização Do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. O Fenômeno do fake news e a sua repercussão na responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 221-233, 24 de setembro de 2018.

CASTRO, Leandro Nunes de. *Computação e desinformação: tecnologias de detecção de desinformação online*. *Revista dos Tribunais*. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 61-73, 24 de setembro de 2018.

DERAKHSHAN, Hossein; WARDLE, Claire. *Information Disorder: Definitions. Understanding and Addressing the Disinformation Ecosystem Workshop*. Annenberg School for Communication. Dec. 15. 2017, p. 5. Disponível em: <<https://firstdraftnews.org/wp-content/uploads/2018/03/The-Disinformation-Ecosystem-20180207-v2.pdf?x72166>>. Acesso em: 22/10/2019.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Havard University Press, 2000.

FARIAS, Edilson Pereira. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. Orientador: Prof. Dr. Silvio Dobrowolski Florianópolis-SC, novembro de 2001.

FENTON, Natalie; FREEDMAN, Des. *Democracia fake, más notícias*. *Comunicação & Educação*. Ano XXIII. N.1, 2018.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões - MAD*. *Univ. JUS, Brasília*, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

FUX, Luiz. *Manifestação dos componentes da mesa de abertura*. *In: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais. - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>, p. 15. Acesso em: 23/10/2019.

GUTIÉRREZ, Ricardo. *Combatendo a Desinformação e Preservando a Liberdade de Expressão*. *In: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais. - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>, p. 26-31. Acesso em: 23/10/2019.

GROSS, Clarissa Piterman. *Fake News e Democracia: Discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão*. *Revista dos Tribunais*. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 153-174, 24 de setembro de 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens - Uma breve história da humanidade*. 15. Ed. Porto Alegre-RS:L&PM, 2016, p. 31-33.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clédia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

KEELEY, B. L. (1999), *Of Conspiracy Theories*, *The Journal of Philosophy*, 96(3), pp. 109-126.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MALFATI, Alexandre David apud AFONSO, Luiz Fernando. *Fake News e Direito do Consumidor: uma violação ao direito fundamental à informação*. *Revista dos Tribunais*. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 175-188, 24 de setembro de 2018.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake News e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 217-231, 19 de outubro de 2018.

MERELES, Carla; MORAES, Isabela. Notícias Falsas e Pós-Verdade: O mundo das Fake News e da (Des)informação. Disponível em: <www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/>. Acesso em: 06/09/2019.

MILL, John Stuart. On Liberty and Utilitarianism. New York: Bantam Dell, 1993.

MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre. Poder Legislativo. In Tratado de Direito Constitucional Vol. 1 (Coordenação: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento). Editora Saraiva, 2.ª Edição, 2012.

NEVES, Henrique. Lei Eleitoral e os Limites da Propaganda. In: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais. – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>, p. 39-41. Acesso em: 23/10/2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante o fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 75-88, 24 de setembro de 2018.

OSÓRIO, Aline. Lei Eleitoral e os Limites da Propaganda. In: Seminário Internacional Fake News e Eleições [recurso eletrônico] : anais. – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>, p. 41-43. Acesso em: 23/10/2019.

OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEIRCE, C. S. **Charles Peirce**: Selected Writings (values in a universe of chance). In: WIENER, Philip P. (ed). Nova York: Dover Publications, 1966, p. 100.

PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio - Da restrição como violação à limitação como proteção. A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul.-set. 2013.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. Desinformação: atuação do Estado, da Sociedade Civil organizada e dos usuários da internet. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 89-104, 24 de setembro de 2018.

PONTES, Carlos Henrique Ferreira. Fake news e o desafio da Justiça Eleitoral nas eleições de 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação em Direito Eleitoral) - Faculdade Unyleya, Brasília, 2018.

RAIS, Diogo. Fake News e Eleições. Revista dos Tribunais. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 105-129, 24 de setembro de 2018.

RAIS, Diogo; HENNEMANN, Gustavo. Fake news: do que se alimentam, como se reproduzem. Disponível em: <<http://portal.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/artigo/fake-news-do-que-se-alimentam-como-se-reproduzem/>>. Acesso em: 10/09/2019.

SHU, K.; SLIVA, A.; WANG, S.; TANG, J.; LIU, H. (2017). Fake News Detection on Social Media: A Data Mining Perspective, ADM SIGKDD Explorations Newsletter, 19(1), pp. 22-36.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAKE NEWS E ELEIÇÕES [recurso eletrônico] : anais. – Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>

VIDAL, Márcio. Propaganda Eleitoral nas mídias sociais: premissas básicas. Revista Democrática, Cuiabá, v. 4, p. 209-259, 2018.

WU, L.; MORSTATTER, F.; HU, X.; LIU, H. (2016), Mining Misinformation in Social Media, In THAI, T.; WU, W; XIONG, H. Big Data in Complex and Social Network, Taylor & Francis Group, Chapter 5, p. 28.

ZUBIAGA, A.; AKER, A.; BONTCHEVA, K.; LIAKARA, M.; PROCTER, R. (2018). Detection and Resolution of Rumours in Social Media: A Survey, ACM Computing Surveys 51(2), Article 32, p. 36.

ANEXO A – Lista das 74 decisões analisadas sobre fake news

Nº	Processo	Destaque
1	0601796-41.2018.6.00.0000	Rp nº 060179641 - BRASÍLIA - DF
2	600558-50.2019.6.00.0000	MS nº 060055850 - BRASÍLIA - DF
3	0607820-57.2018.6.19.0000	RESPE nº 060782057 - RIO DE JANEIRO - RJ
4	0601793-86.2018.6.00.0000	Rp nº 060179386 - BRASÍLIA - DF
5	0601659-47.2018.6.22.0000	Rp nº 060165947 - BRASÍLIA - DF
6	0601642-23.2018.6.00.0000	Rp nº 060164223 - BRASÍLIA - DF
7	0601659-47.2018.6.22.0000	Rp nº 060165947 - BRASÍLIA - DF
8	0604534-39.2018.6.13.0000	RESPE nº 060453439 - BELO HORIZONTE - MG
9	0602455-06.2018.6.16.0000	AI nº 060245506 - CURITIBA - PR
10	0601806-85.2018.6.00.0000	Rp nº 060180685 - BRASÍLIA - DF
11	0000031-02.2017.6.21.0173	RESPE nº 3102 - GRAVATAÍ - RS
12	0601846-67.2018.6.00.0000	Rp nº 060184667 - BRASÍLIA - DF
13	0601635-31.2018.6.00.0000	Rp nº 060163531 - BRASÍLIA - DF
14	0601767-88.2018.6.00.00	Rp nº 060176788 - BRASÍLIA - DF
15	0601766-06.2018.6.00.0000	Rp nº 060176606 - BRASÍLIA - DF

16	0601765-21.2018.6.00.0000	Rp nº 060176521 - BRASÍLIA - DF
17	0601764-36.2018.6.00.0000	Rp nº 060176436 - BRASÍLIA - DF
18	0601611-03.2018.6.00.0000	Rp nº 060161103 - BRASÍLIA - DF
19	0601762-66.2018.6.00.0000	Rp nº 060176266 - BRASÍLIA - DF
20	0601545-23.2018.6.00.0000	Rp nº 060154523 - BRASÍLIA - DF
21	0601626-69.2018.6.00.0000	Rp nº 060162669 - BRASÍLIA - DF
22	0601775-65.2018.6.00.0000	Rp nº 060177565 - BRASÍLIA - DF
23	0602792-65.2018.6.17.0000	RESPE nº 060279265 - RECIFE - PE
24	0602691-28.2018.6.17.0000	RESPE nº 060269128 - RECIFE - PE
25	0601846-67.2018.6.00.0000	Rp nº 060184667 - BRASÍLIA - DF
26	0601853-59.2018.6.00.0000	AC nº 060185359 - MANAUS - AM
27	0601806-85.2018.6.00.0000	Rp nº 060180685 - BRASÍLIA - DF
28	0601818-02.2018.6.00.0000	Rp nº 060181802 - BRASÍLIA - DF
29	0601820-69.2018.6.00.0000	Rp nº 060182069 - BRASÍLIA - DF
30	0601781-72.2018.6.00.0000	Rp nº 060178172 - BRASÍLIA - DF
31	0601793-86.2018.6.00.0000	Rp nº 060179386 - BRASÍLIA - DF
32	0601795-56.2018.6.00.0000	Rp nº 060179556 - BRASÍLIA - DF
33	0601729-76.2018.6.00.0000	Rp nº 060172976 - BRASÍLIA - DF
34	0601701-11.2018.6.00.0000	Rp nº 060170111 - BRASÍLIA - DF
35	0601729-76.2018.6.00.0000	Rp nº 060172976 - BRASÍLIA - DF
36	0601746-15.2018.6.00.0000	Rp nº 060174615 - BRASÍLIA - DF
37	0601779-05.2018.6.00.0000	AIJE nº 060177905 - BRASÍLIA - DF
38	0601775-65.2018.6.00.0000	Rp nº 060177565 - BRASÍLIA - DF
39	0601782-57.2018.6.00.0000	AIJE nº 060178257 - BRASÍLIA - DF
40	0601781-72.2018.6.00.0000	Rp nº 060178172 - BRASÍLIA - DF
41	0601776-50.2018.6.00.0000	Rp nº 060177650 - BRASÍLIA - DF
42	0601766-06.2018.6.00.0000	Rp nº 060176606 - BRASÍLIA - DF
43	0601762-66.2018.6.00.0000	Rp nº 060176266 - BRASÍLIA - DF
44	0601764-36.2018.6.00.0000	Rp nº 060176436 - BRASÍLIA - DF
45	0601773-95.2018.6.00.0000	Rp nº 060177395 - BRASÍLIA - DF
46	0601765-21.2018.6.00.0000	Rp nº 060176521 - BRASÍLIA - DF
47	0601771-28.2018.6.00.0000	AIJE nº 060177128 - BRASÍLIA - DF
48	0601731-46.2018.6.00.0000	Rp nº 060173146 - BRASÍLIA - DF
49	0601732-31.2018.6.00.0000	Rp nº 060173231 - BRASÍLIA - DF
50	0601727-09.2018.6.00.0000	Rp nº 060172709 - BRASÍLIA - DF
51	0601701-11.2018.6.00.0000	Rp nº 060170111 - BRASÍLIA - DF
52	0601700-26.2018.6.00.0000	Rp nº 060170026 - BRASÍLIA - DF
53	0601646-60.2018.6.00.0000	Rp nº 060164660 - BRASÍLIA - DF
54	0601611-03.2018.6.00.0000	Rp nº 060161103 - BRASÍLIA - DF
55	0601635-31.2018.6.00.0000	Rp nº 060163531 - BRASÍLIA - DF
56	0601626-69.2018.6.00.0000	Rp nº 060162669 - BRASÍLIA - DF

57	0601601-56.2018.6.00.0000	Rp nº 060160156 - BRASÍLIA - DF
58	0601545-23.2018.6.00.0000	Rp nº 060154523 - BRASÍLIA - DF
59	0600720-79.2018.6.00.0000	Rp nº 060072079 - BRASÍLIA - DF
60	0601018-71.2018.6.00.0000	CTA - Consulta nº 060101871 - BRASÍLIA - DF
61	0600719-94.2018.6.00.0000	Rp nº 060071994 - BRASÍLIA - DF
62	0601167-67.2018.6.00.0000	RCL nº 060116767 - RIO DE JANEIRO - RJ
63	0600717-27.2018.6.00.0000	Rp nº 060071727 - BRASÍLIA - DF
64	0600716-42.2018.6.00.0000	Rp nº 060071642 - BRASÍLIA - DF
65	0600715-57.2018.6.00.0000	Rp nº 060071557 - BRASÍLIA - DF
66	0600790-96.2018.6.00.0000	PET nº 060079096 - BRASÍLIA - DF
67	0600796-06.2018.6.00.0000	Rp nº 060079606 - BRASÍLIA - DF
68	0600546-70.2018.6.00.0000	Rp nº 060054670 - BRASÍLIA - DF
69	0600546-70.2018.6.00.0000	Rp nº 060054670 - BRASÍLIA - DF
70	0001705-94.2016.6.19.0176	RESPE nº 170594 - RIO DE JANEIRO - RJ
71	0600081-61.2018.6.00.0000	Rp nº 060008161 - BRASÍLIA - DF
72	0600079-91.2018.6.00.0000	Rp nº 060007991 - BRASÍLIA - DF
73	0600081-61.2018.6.00.0000	Rp nº 060008161 - BRASÍLIA - DF
74	0600079-91.2018.6.00.0000	Rp nº 060007991 - BRASÍLIA - DF

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: O IMPACTO DOS VIESES ALGORÍTMICOS NAS DECISÕES JUDICIAIS AUTOMATIZADAS PELA TECNOLOGIA DE APRENDIZADO DE MÁQUINA DENOMINADA MACHINE LEARNING.

Guilherme Silva Figueiredo (Orientador: Profa. Me. Tainá Aguiar Junquillo)

RESUMO: Este artigo analisa os impactos dos vieses algorítmicos utilizados nas ferramentas de Inteligência Artificial (IA) no âmbito do Poder Judiciário, as quais, em geral, procuram identificar padrões a partir da análise de dados por meio de lógica matemática (algoritmo) e aprendizado de máquina - a *machine learning*. O presente trabalho definiu algoritmos, e seu contexto nas ferramentas de Inteligência Artificial. O objeto principal da análise foi a vulnerabilidade proporcionada pelos vieses (discriminatórios, preconceituosos, tendenciosos...) oriundos dos dados usados como parâmetro de treinamento dos sistemas de IA, que realizarão a análise das demandas judiciais. Com objetivo de enriquecer a pesquisa, relatamos a experiência dos Estados Unidos no uso de IA na Justiça Criminal, através do sistema COMPAS. A pesquisa bibliográfica concluiu, fundamentada na experiência do modelo americano, que os vieses algoritmos proporcionará grande desafio em pesquisas, estudos e regulamentação, no sentido de mitigarmos ao máximo, resultados enviesados de injustiças e preconceitos no âmbito do Direito tecnológico.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Direito. Aprendizado de Máquina. Vieses Algorítmicos.

ABSTRACT: This paper analyzes the impacts of algorithmic biases used in the Artificial Intelligence (AI) tools within the Judiciary, which generally seek to identify patterns from data analysis through mathematical logic (algorithm) and machine learning. - a machine learning. The present work defined algorithms, and their context in the Artificial Intelligence tools. The main object of the analysis was the vulnerability provided by the biases (discriminatory, prejudiced, biased ...) arising from the data used as a training parameter of AI systems, which will perform the analysis of judicial demands. To enrich the research, we report on US experience in the use of AI in Criminal Justice through the COMPAS system. The bibliographic research concluded, based on the experience of the American model, that the bias algorithms will provide great challenge in research, studies and regulation, in order to mitigate the biased results of injustices and prejudices within the scope of technological law.

Keywords: Artificial Intelligence. Right. Machine Learning. Algorithmic biases.

INTRODUÇÃO

O uso de sistemas de Inteligência Artificial (IA) é crescente nas mais diversas áreas, em razão do aumento da eficiência e da precisão dos serviços por eles proporcionado. No Direito, ocorre também esse fenômeno, com a utilização das soluções das *lawtechs*, por exemplo, para otimização de serviços, principalmente no que concerne à litigância de massa (MARQUES, 2018).

No Judiciário, foram iniciados diversos estudos nesse sentido numa tentativa de aumentar a efetividade, a eficiência e a produtividade dos serviços prestados à sociedade. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informam que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário, que mede o percentual de processos que ficam represados sem solução ao final de cada ano, segue em patamares insustentáveis. O número de processos cresceu de forma significativa desde 2009, ano inicial da série histórica analisada pelo CNJ, como também os recursos internos e os incidentes julgados e em trâmite. Assim, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. Durante esse ano, embora tenham sido baixados 29,4 milhões de processos, houve exatamente o mesmo quantitativo ingressado (MAIA FILHO; JUNQUILHO, 2018).

Assim, com o objetivo de enfrentar tal realidade e mitigar tais números, o Supremo Tribunal Federal (STF) anunciou, no primeiro semestre de 2018, o desenvolvimento de projeto de Inteligência Artificial, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), batizado de Victor, em homenagem ao Ministro Victor Nunes Leal.

Trata-se de primeiro passo para a implementação de ferramentas de Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro, que, pelas palavras do atual Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, deve ser replicada em todos os âmbitos da magistratura, ou seja, nos tribunais regionais federais, nos tribunais de justiça estaduais, nos tribunais regionais do trabalho e nos demais tribunais de Justiça especializada (SULOCKI, 2019).

O projeto Victor e a declaração do Ministro Dias Toffoli credenciam o Judiciário brasileiro aos estudos e às possibilidades do uso de Inteligência Artificial e nos colocam entre países como EUA e Canadá na vanguarda da judicialização virtual. As manifestações dos atores públicos implicados no projeto Victor, do Supremo Tribunal Federal, ressaltam que as ferramentas de IA não serão usadas para tomada das decisões nem nos julgamentos de mérito dos processos. No entanto, diante do crescimento exponencial das ciências cognitivas e da ciência de dados – *Data Science* –, e do enorme impacto da IA no trabalho, sobretudo em ganho de tempo, não há garantias de que, no futuro próximo, as ferramentas de IA não venham a ser usadas nas tomadas de decisões judiciais, como já ocorre em alguns países, notadamente EUA e Canadá, principalmente no campo mais sensível do Direito: a liberdade da pessoa, a Justiça criminal (SULOCKI, 2019).

Vale ressaltar, nesse contexto, a experiência dos Estados Unidos com o uso de Inteligência Artificial na Justiça criminal, a forma de implementação e uso das ferramentas de IA, sua ainda precária validação com pouca clareza em relação aos algoritmos implementados e os efeitos na realidade do uso dessas ferramentas. Dentre as ferramentas usadas naquele país, destaca-se o programa COMPAS, pioneiro nesse sentido por se tratar de algoritmo amplamente usado para orientar a sentença de condenados com base na previsão da probabilidade de uma reincidência criminal.

Não obstante, tal ferramenta mostrou-se tendenciosa, conforme estudos realizados pela ProPublica, agência não governamental de jornalismo voltado para o interesse público, que realizou pesquisa sobre as ferramentas de avaliação de risco, após relatos de inúmeros casos de erros e vieses discriminatórios nas pontuações individuais, nas avaliações das ferramentas. A *Electronic Privacy Information Center* (EPIC) também publicou dados acerca do uso de algoritmos no sistema de Justiça Criminal Norte-Americana – *Algorithms*

in the Criminal Justice System –, no qual trouxe sérias dúvidas acerca do uso das ferramentas de Inteligência Artificial na Justiça criminal, em razão da opacidade dos algoritmos usados. Ressalte-se que os programas não são publicados, além de não contarem, a maior parte deles, com estudos de validade – portanto, de confiabilidade das ferramentas – dos programas usados.

Os dois estudos apontam, entre as vulnerabilidades no sistema COMPAS, falhas nos algoritmos, relacionadas também aos vieses algorítmicos.

Esses vieses podem surgir de forma inconsciente através do profissional programador. Características racistas, preconceituosas e tendenciosas, inerentes à personalidade do profissional que escreve o código, podem ser transferidas de forma involuntária ao algoritmo. O objeto deste artigo trata da segunda possibilidade de interferência dos vieses algorítmicos no uso de sistemas de IA no Direito. Aprofundaremos nos estudos dos vieses ocasionados pela interferência de dados tendenciosos na técnica de aprendizado de máquina mais utilizada em IA: *a machine learning*. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo: avaliar as influências e consequências dos vieses algorítmicos no uso da Inteligência Artificial no contencioso judicial brasileiro, por meio de ampla revisão bibliográfica.

1 A ERA DOS ALGORITMOS

Algoritmos são um conjunto de etapas para executar uma tarefa. São executados em computadores em todos os lugares – em *laptop*, em servidores, *smartphone*, em sistemas embutidos (como em carros, forno de micro-ondas ou em sistemas de ar condicionado). Portanto, um algoritmo de computador é:

[...] um conjunto de etapas para executar tarefa descrita com precisão suficiente para que um computador possa executá-lo. Dada uma entrada para um problema, o algoritmo deve sempre produzir solução

correta para este e usar recursos computacionais eficientemente ao fazê-lo (CORMEN, 2017).

Em outras palavras os algoritmos são as diretrizes seguidas por uma máquina. Na essência, os algoritmos são apenas uma forma de representar matematicamente um processo estruturado para a realização de uma tarefa. É semelhante às regras e aos fluxos de trabalho, um passo a passo que ocorre nos processos de tomada de decisão em uma empresa, por exemplo (ELIAS, 2017).

Quando os algoritmos são relacionados ao Direito, é importante observar que poderão existir diferenças entre os sistemas jurídicos baseados na *Common Law* e na *Civil Law*. Para tanto, propõe-se um estudo dirigido a partir de dois subcampos: abordagem orientada por dados e abordagem orientada por regras.

Na abordagem orientada por dados, por exemplo, é possível fazer a previsão de resultados (predição), como decisões jurídicas, processar linguagem natural, analisar redes, inclusive com ferramentas de *machine learning* (Inteligência Artificial).

1.1 ALGORITMOS E SEU CONTEXTO NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A Inteligência Artificial (IA) é a possibilidade de as máquinas (computadores robôs e demais dispositivos e sistemas com a utilização de eletrônica, informática, telemática e avançadas tecnologias) executarem tarefas que são características da inteligência humana, tais como planejamento, compreensão de linguagens, reconhecimento de objetos e sons, aprendizado, raciocínio, solução de problemas, etc. Em outras palavras, é a teoria e desenvolvimento de sistemas de computadores capazes de executar tarefas que normalmente exigem inteligência humana, como a percepção visual,

reconhecimento de voz, tomada de decisão e tradução entre idiomas, entre outras (ELIAS, 2017)¹.

Os algoritmos estão diretamente ligados à IA, pois, para que ela se desenvolva, é preciso apresentá-la a novos desafios, cada vez mais complexos, e variados e desenvolver outros algoritmos para resolvê-los – mantendo somente os algoritmos bem-sucedidos. Sem desafios novos constantes para resolver, não há como desenvolver IA (PEIXOTO; SILVA, 2019).

É justamente a habilidade de acumular experiências próprias, extraindo delas aprendizado, que diferencia um algoritmo convencional do algoritmo de Inteligência Artificial. “Esta permite que programas de computador sejam criativos o bastante para desenvolver a capacidade de “desempenhar ações e chegar a resultados que os seus criadores não eram capazes de alcançar ou de prever” (PIRES, 2019; p. 242).

É comum pensar em IA como sendo somente algoritmos. Essa conclusão não está totalmente equivocada, porque os sistemas de IA são compostos de algoritmos, juntamente a outras aplicações de computadores. No entanto, os tipos de tarefas desempenhadas por sistemas de Inteligência Artificial diferenciam-se de forma significativa das tarefas tradicionais de algoritmos (PEIXOTO; SILVA, 2019).

Dessa forma, percebe-se a necessidade de o Direito conhecer algo sobre o sentido de algoritmos, já que eles estão na base da Inteligência Artificial: “na raiz, um algoritmo é uma coisa pequena e simples; uma regra usada para automatizar o tratamento de um dado” (ENGELMANN, 2019).

Engelmann e Wener (2019, p. 150) preconizam que o sistema complexo que representa o algoritmo viabiliza a Inteligência Artificial por meio do armazenamento de dados e, a partir deles, consegue estruturar séries de dados,

¹ ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito. Disponível em: <https://conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 17 de nov. 2019

que no Direito geram a *jurimetria*. Trata-se de ferramenta que, com base em dados coletados por um longo período, em que são tratados, estruturados e sistematizados, detecta tendências de julgamentos e temas escolhidos. “A partir daí se pode referir que existe certa superioridade da máquina – do sistema – em relação ao ser humano”.

O armazenamento de dados, mencionado por Engelmann e Werner (2019, p. 150), em conjunto com a estrutura algorítmica, forma a base da tecnologia de aprendizagem mais utilizada em IA: a *machine learning*.

Machine learning é o conjunto de métodos que pode detectar padrões em dados de forma automática e posteriormente usar esses padrões para prever dados futuros ou desempenhar outras formas de tomada de decisão. Porém, as máquinas, por si só, não apresentam capacidade de aprendizado; “máquinas só podem fazer o que seus programadores comandam o que façam. Para tanto, é necessário que os programadores comandem para que as máquinas aprendam” (PEIXOTO; SILVA, 2019).

Para Peixoto e Silva (2019, p. 104), “*machine learning* é o ramo da IA que estuda as formas de os computadores melhorarem seu desempenho em uma tarefa (aprenderem) por meio da experiência”. Um algoritmo de *machine learning* permite que o computador identifique padrões nos dados sob exame, construa modelos que expliquem “o mundo” e preveja resultados sem regras e modelos explicitamente pré-programados.

Os padrões identificados pela máquina são produto de sua experiência em treinamentos, em que o algoritmo de IA estabelece tais padrões de dados de forma automática, ao ser submetido a métodos de aprendizagem, em que os algoritmos de IA são confrontados à grande quantidade de dados (*big data*). Assim, os sistemas de Inteligência Artificial desenvolvem a capacidade de tomadas de decisão absolutamente autônomas em relação à interferência

humana, capacidade esta, também conhecida como *black box*, ou caixa preta, assim definida por Ferreira (2018):

O processamento de dados através de algoritmos autônomos funciona como uma *black box* – isto é, não é possível perceber o seu funcionamento interior, sendo apenas possível conhecer os inputs e outputs da operação de processamento

Cathy O' Neil (2016, p. 30, tradução nossa), respeitada matemática norte-americana, especialista em vieses algorítmicos, em sua obra *Weapons of Math Destruction* (Arma de Destruição Matemática), alerta para os perigos e consequências da obscuridade dos códigos algorítmicos de IA, e as possíveis consequências desse procedimento.

[...] Muitas empresas se esforçam para esconder os resultados de seus modelos ou mesmo sua existência. Uma justificativa comum é que o algoritmo constitui um “molho secreto” crucial para seus negócios. É propriedade intelectual e deve ser defendida, se necessário, com legiões de advogados e lobistas. No caso de gigantes da web como o Google, Amazon e Facebook, somente esses algoritmos precisamente adaptados valem centenas de bilhões de dólares. WMDs (Armas de destruição matemática) são, por concepção, caixas pretas inescrutáveis. Isso torna ainda mais difícil responder definitivamente a segunda pergunta: o modelo funciona contra o assunto interesse? Em suma, é injusto? Danifica ou destrói vidas?

Portanto, torna-se possível, por meio de tratamento de dados em massa – *inputs* –, o desenvolvimento de autoaprendizagem das máquinas – isto é, programas e sistemas – que permite o alcance de determinados resultados – *outputs* –, independentemente de qualquer interferência humana. Ou seja, o próprio sistema alcança resultados por meio de processos dedutivos e análises estatísticas que vão sendo determinados com base em correlações realizadas pela IA. Esses resultados são obtidos sem que seja possível, inicialmente, reconhecer os padrões adotados pela IA para a análise de dados selecionados e

o modo de trabalho que levaram a esses *outputs* (MULHOLLAND; FRAJHOF, 2019).

Controlados por algoritmos, sistemas automatizados de tomada de decisões ou de apoio à decisão são procedimentos em que as decisões são inicialmente, de forma parcial ou total, delegadas para outra pessoa ou corporação, que, por sua vez, usa modelos de decisões automatizadas para executar uma ação. A automatização é da execução, portanto, e não da decisão em si. Esta, na maioria dos casos atuais, permanece sendo humana (BRAGA, 2019).

1.2 COMO SURGEM OS VIESES ALGORÍTMICOS E QUAL A DIFICULDADE EM CORRIGI-LOS

Hildebrandt² (2019) define viés no aprendizado de máquina como o fenômeno da observação de resultados que são sistematicamente prejudicados devido a suposições incorretas.

Sem suposições, um algoritmo não teria melhor desempenho em uma tarefa do que se o resultado fosse escolhido aleatoriamente, um princípio formalizado por Wolpert em 1996 no que chamamos de teorema sem almoço livre” (HILDEBRANDT, 2019, tradução nossa).

De acordo com o teorema *No Free Lunch* (MACREADY, 1997), todos os classificadores têm a mesma taxa de erro quando calculados sobre todas as distribuições possíveis de geração de dados. Portanto, determinado classificador deve ter um certo viés em relação a determinadas distribuições e funções para ser melhor na modelagem dessas distribuições, o que ao mesmo tempo tornaria pior na modelagem de outros tipos de distribuição.

² HILDEBRANDT, Mireille. Understanding and Reducing Bias in Machine Learning. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/understanding-and-reducing-bias-in-machine-learning-6565e23900ac>. Acesso em: 17 nov. 2019

Também, deve ser lembrado que os dados usados para treinar o algoritmo são finitos e, portanto, não refletem a realidade. Isso também resulta em um viés que surge da escolha dos dados de treinamento e teste e sua representação da verdadeira população. “Outra suposição que assumimos é a de supor que os dados limitados de treinamento são capazes de modelar e classificar com precisão os dados de teste” (HILDEBRANDT, 2019).

No entanto, Vieira (2019) desresponsabiliza o conjunto de dados enviesados, usados no treinamento de máquina, como o único responsável pelos vieses algorítmicos. Para essa autora, o viés pode surgir muito antes de os dados serem coletados e em outros estágios do processo de *machine learning*. Para isso, a autora aponta, em seu estudo, outros três estágios³.

O primeiro procedimento que os cientistas da computação executam quando constroem um modelo de *machine learning* é decidir qual o objetivo da construção do modelo. Essa construção passa pela análise computacional de critérios objetivos, pois a máquina processa informações usando esse tipo de critério. Porém, quando a máquina se depara com conceitos complexos e subjetivos e quando se traduzem esses conceitos para algo computável, a decisão tomada poderá refletir justiça ou discriminação.

Ainda de acordo com Vieira (2019), o viés pode aparecer de duas formas nos dados de treinamento:

1. os dados coletados não são uma boa representação da realidade;
2. os dados coletados refletem preconceitos existentes

³ VIEIRA, Carla. Como realmente surge o viés na IA- e porque é tão difícil corrigi-lo. Disponível em: <https://medium.com/blogcarlavieira/como-realmente-surge-o-viés-na-ia-e-porque-é-tão-difícil-corrigi-lo-b3f9af8f3700>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Por último, Vieira (2019) diz que é possível introduzir o viés durante a etapa de preparação dos dados, que envolve selecionar quais atributos/variáveis o algoritmo deve considerar. “Não confunda essa etapa com a etapa de Definição do problema. Você pode usar as mesmas variáveis para treinar um modelo para diferentes objetivos ou usar diferentes variáveis para treinar um modelo para o mesmo objetivo”.

O cuidado na avaliação e no tratamento dos dados utilizados para o desenvolvimento de IA depende cuidados. A pesquisadora Dr. Rumman Chowdhury faz a seguinte recomendação:

Não se pode esperar que um algoritmo de IA que foi treinado em dados que se originam da sociedade seja melhor que a sociedade: a não ser que tenham sido explicitamente programados para serem: chama-se de vieses de máquina, vieses algorítmicos, ou simplesmente vieses, mas que não deixa de ser um viés humano, quando uma IA apresenta um comportamento tipicamente preconceituoso. (MARR, 2019, tradução nossa.)⁴

Para os autores, esse tópico é de grande relevância para o estudo de IA, especialmente quando se trata da sua relação com a área do Direito: na qual os temas de justiça e equidade representam uma relação necessária.

Mulholland e Frajhof (2019, p. 265) corroboram esse raciocínio ao mencionar “a crença de que algoritmos preditivos racionalizam o processo de tomada de decisão ao resumir todas as informações relevantes de uma maneira mais eficiente do que o cérebro humano”.

O mito sobre a objetividade, neutralidade, racionalidade e imparcialidade dos algoritmos tem sido paulatinamente desconstruído a partir da condução de diversas pesquisas. Estas têm demonstrado que os vieses existentes na cultura

⁴ MARR, Bernard. Artificial Intelligence Has A Problem With Bias, Here's How to Tackle it. Forbes, Janeiro 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2019/01/29/3-steps-to-tackle-the-problem-of-bias-in-artificial-intelligence/#3ca8ca597a12>>. Acesso em: 14 ou. 2019

humana são inevitavelmente replicados nos algoritmos, pois estes reproduzem, em larga escala, preconceitos e estereótipos que repercutem negativamente na mediação entre o humano e a máquina. Assim como nós humanos estamos sujeitos a heurísticas e a vieses em nossas tomadas de decisão, os algoritmos também estão (MULHOLLAND; FRAJHOF, 2019).

Paulo Sá Elias (2017) conclui que a remoção de tal viés tendencioso em algoritmos não é trivial e é um campo de pesquisa em andamento:

Os desvios são difíceis de serem descobertos se o algoritmo for muito complexo, pior ainda se forem secretos. Se o algoritmo é simples e editável, especialmente publicamente auditável, não haverá em tese [...] maiores chances de que as decisões baseadas em tais algoritmos possam ser mais justas. Igualmente em relação aos dados utilizados para “treinar” o algoritmo. Se eles forem auditáveis poderão ser identificados desvios nesta natureza.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO JUDICIÁRIO

A ideia de auxílio ou de alocação isolada de soluções baseadas em IA no Judiciário não é novidade. No fim do século passado, Sartor e Branting (1998) sintetizaram importantes possibilidades de aplicação da IA para o processo de tomada de decisão no Judiciário⁵.

Os autores já identificaram, à época, estudos que abordavam rotinas com procedimentos que envolviam aplicações diretas com regras objetivas a fatos incontroversos e pesquisas concentradas em áreas complexas e desafiadoras do processo legal, tipificadas pela tomada de decisões judiciais.

A tomada de decisões judiciais é área de complexidade assustadora, em que o conhecimento jurídico altamente sofisticado se funde com a competência cognitiva e emocional. Muitos dos conceitos centrais na aplicação judicial da lei como justiça, razoabilidade e intenção estão

⁵ SARTOR, G.; BRANTING, L. Karl. Introduction: judicial applications of Artificial Intelligence. *Artificial Intelligence and Law*, v. 6, p. 105-110, 1998. Disponível em: [<https://bit.ly/2G6zyQz>]. Acesso em: 18 out. 2019.

profundamente enredados no tecido da vida humana. Além disso, o raciocínio judicial combina diversas habilidades cognitivas, como avaliar fatos, interpretar textos, fazer analogias e se envolver em interações dialéticas. (SARTOR; BRANTING, 1998, tradução nossa.)

Além de sua complexidade, a tomada de decisão judicial também é caracterizada por sua importância, por se tratar do momento mais característico da experiência jurídica. Demandas jurídicas individuais podem envolver interesses e sentimentos profundos, e sua solução afeta as expectativas das partes envolvidas.

Nesse sentido, Sartor e Branting (1998) alertam que “aspectos da atividade judicial justificam uma abordagem cautelosa para os perigos de substituir a discricionariedade judicial por um modelo rígido de computador”.

Em estudos recentes de mapeamento de aplicações já em execução no Judiciário, Chittendem⁶ (2017) destaca uma forma de emprego da IA:

Um sistema de previsão de decisões judiciais voltado para análise de acórdãos da Corte Europeia de Direitos Humanos, o qual já atingiu índices de acertos em 79% dos casos, graças à capacidade de leitura de padrões não estritamente jurídicos, como delineamentos circunstanciais dos casos, linguagem empregada e organização dos tópicos sentençiais. (CHITTENDEM, 2017, tradução nossa.)

A adoção de técnicas de aprendizado de máquina e análise de padrões para sistemas judiciais chegou ao Brasil através do projeto Victor. A ferramenta tem por finalidade auxiliar na digitalização de textos, separação e classificação de documentos do acervo e peças processuais do tribunal e identificar os temas mais destacados de repercussão geral tratados na Corte (SOUSA; OLIVEIRA, 2019).

⁶ CHITTENDEM, Tara. Artificial Intelligence and the Legal Profession. Horizon Scan Forward Thinking, The Law Society, ago. 2017. Disponível em: [<https://bit.ly/2TYw3QN>]. Acesso em: 18 out. 2019.

Em contrapartida, a ideia de solução tecnológica indicando ou apontando caminhos para a condução de litígios traz algumas preocupações sensoriais. Consoante Sartor e Branting (1998), o processo decisório de litígios envolve expertises legais, mas também competências cognitivas e emocionais. Os autores recordam que uma série de conceitos jurídicos possui valor indeterminado, “sendo completados graças a um conjunto dinâmico de percepções e sentimentos humanos de ordem íntima, leitura proativa de fatos sociais e interação dialética com a complexidade do real” (SOUSA; OLIVEIRA, 2019).

Sourdin⁷ (2018) destaca que a atividade judiciária não se restringe a processos decisórios, mas engloba uma série de tarefas integradas. A autora sintetiza quatro das principais controvérsias da aplicação de IA no Judiciário como um todo:

Às autoridades legais é conferida uma confiança institucional da sociedade e do Estado, o que não se estende às ferramentas tecnológicas que apontam decisões sem qualquer legitimidade prévia; A transmutação de textos legais para códigos tecnológicos demandará constante atualização e ficará a cargo de programadores e outros profissionais de Tecnologia da Informação, os quais geralmente não possuem familiaridade e expertise com as fontes do sistema legal; Embora as atividades jurisdicionais envolvam, por vezes, julgamentos discricionários pautados em critérios e condições muito subjetivas dos julgadores, o mero emprego de mecanismos automatizados não é capaz de retirar viesamentos, pois estes serão alimentados por bases de dados que refletem tendências igualmente inclináveis a certos rumos; e

Há uma clássica diferença entre semântica e sintática, sendo que, embora a linguagem binária, natural a sistemas computacionais, permita o perfeito processamento de informações, não está apta a incorporar os significados intrínsecos atrelados a expressões e situações particulares. (SOURDIN, 2018.)

⁷ SOURDIN, Tania. Judge v Robot? Artificial Intelligence and judicial decision-making. University of New South Wales Law Journal, v. 41, n. 4, p. 1114-1133, 2018. Disponível em: [<https://bit.ly/2D2HCAP>]. Acesso em: 18 out. 2019.

2.1 DISCRIMINAÇÃO NAS DECISÕES POR ALGORITMOS: JUSTIÇA PREDITIVA

A abrangência de situações que utilizam a tecnologia de IA e as possíveis afetações que seus resultados têm gerado questionamentos sobre sua transparência. Esses questionamentos são naturais em razão da sua forma de funcionamento, que torna pouco inteligível aos humanos o seu modo de trabalho e o que motivou seu resultado.

Outra preocupação que se revela no estudo de algoritmos de Inteligência Artificial é a teoria de que algoritmos preditivos racionalizam o processo de tomada de decisão ao resumir todas as informações relevantes de uma maneira mais eficiente do que o cérebro humano. “O mito sobre a objetividade, neutralidade, racionalidade e imparcialidade dos algoritmos tem sido paulatinamente desconstruído a partir da condução de diversas pesquisas” (MULHOLLAND; FRAJHOF, 2019).

Solon Barrocas⁸ (2016) argumenta que a discriminação nas decisões proferidas por uma máquina pode ocorrer no processo de mineração de dados, pois a tecnologia de IA pode reproduzir padrões de discriminação existentes, herdar prejuízos de antigos tomadores de decisão ou simplesmente refletir as distorções que persistem na sociedade. “Pode até gerar o resultado perverso de exacerbar desigualdades existentes ao sugerir que determinados grupos que sofrem desvantagens históricas na verdade merecem um tratamento menos favorável” (BARROCAS, 2016).

Braga (2019, p. 672) considera que a mineração de dados, abordada por Barrocas (2016), trata da forma de análise estatística, o que gera, sempre, alguma forma de discriminação. Entende que a própria finalidade do *Big Data* é justamente prover uma base racional em cima da qual se poderá atribuir a um

⁸ BARROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. 104 CALIF. L. REV. 671 (2016).

indivíduo características de um determinado grupo de forma a melhor decidir sobre esse indivíduo ou grupo.

Como em regra a discriminação não é intencional e o resultado acaba por ser uma distorção velada sob a ilusão de imparcialidade. Ademais, como o mecanismo que leva a essas decisões distorcidas se encontra protegido dentro de uma caixa preta, a injustiça acaba por se tornar difícil de identificar. Dessa forma, é importante analisar como de fato ocorre essa discriminação. (BRAGA, 2019, p.)

Podem-se apontar três estágios em que pode ocorrer a entrada de vieses que gerem discriminações no resultado (VIEIRA, 2019).

Assim, Braga (2019, p. 671) aponta a primeira camada, a qual trata do entendimento de justiça pelo algoritmo. Essa autora argumenta que, para se obter essa resposta, é necessário definir estatística de justiça, o que não é simples, visto que diferentes definições de justiça são muitas vezes fundamentalmente incompatíveis entre si. Pode ocorrer que a resolução de vieses produza tipo diferente de vies.

A segunda camada analisa se os dados coletados e utilizados pelo modelo de decisão contêm alguma forma de vies. Por fim, a terceira camada analisa se é justo chegar a decisões sobre um indivíduo com base em dados de outras pessoas.

Atualmente, a maioria dos modelos preditivos se baseia fundamentalmente no pressuposto de que se pode usar o comportamento de outras pessoas para decidir quais indivíduos representam um alto risco para a comunidade. Surge então a pergunta: devemos usar dados de grupos para tomar decisões sobre indivíduos? A autora finaliza ao argumentar que:

Cada camada depende uma das outras: Se fazer julgamentos sobre indivíduos com base em grupos é injusto ou ilegítimo, a qualidade dos dados e modelos não importa; se os dados são enviesados, um modelo, ainda que justo, meramente reproduz esse vies. Para desenvolver um

modelo verdadeiramente justo é necessário acreditar, ou fazer com que todas as três camadas sejam justas. (BRAGA, 2019, p. 672.)

2.2 ESTUDO COMPARADO: PROJETO COMPAS

Com objetivo de propor um estudo comparado, relataremos a experiência dos Estados Unidos com o uso de Inteligência Artificial na Justiça Criminal. Sulocki (2019, p. 651) apresenta, em seu trabalho, a forma de implementação e uso das ferramentas de IA na Justiça criminal naquele país. A autora se posiciona no sentido de que sua validação ainda se encontra precária, com pouca clareza em relação aos algoritmos implementados, e os efeitos dramáticos na realidade do uso dessas ferramentas.

As ferramentas de Inteligência Artificial são usadas no Sistema Criminal Norte-Americano, no que se convencionou chamar de “práticas baseadas em evidências”, ou ainda de “práticas de avaliação de risco”, informando aos julgadores acerca dos potenciais riscos futuros de pessoas submetidas ao Sistema, seja para efeito de dosimetria da pena, fixação de regimes de cumprimento, execução de penas, além de liberdade condicional, prisões provisórias, ou até mesmo para tomada de decisão acerca de pena diversa da prisional. (SULOCKI, 2019, p. 651.)

Nesse modelo, a pessoa avaliada é submetida à solução de IA, que calculará, segundo os algoritmos nele implementados, o risco que tal indivíduo traz à sociedade. Os profissionais envolvidos (juízes, agentes penitenciários, agentes de liberdade condicional, psicólogos etc.) acessam a pontuação obtida na avaliação (SULOCKI, 2019).

Essas ferramentas são baseadas em métodos atuariais de avaliação de riscos e orientam o processo de decisão dos julgadores a partir de análises probabilísticas do potencial de reincidência do acusado, e mesmo de sua periculosidade social, presumidamente aferido por dados da experiência. (TOVO, 2019.)⁹

⁹ TOVO, Antônio. O periculosômetro digital. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/o-periculosometro-digital>. Acesso em 17 nov. 2019.

Ou seja, o sistema baseado em evidências é modelo científico, de matriz matemática, pelos algoritmos implantados, realizado com os dados pessoais do indivíduo em análise, com vistas à liberdade condicional, suspensão do processo, possibilidade de pena restritiva de direito, prisão provisória, duração da pena, regime de cumprimento de pena, submissão a tratamentos psiquiátricos, entre outras medidas de controle penal.

A ideia de infalibilidade dos *softwares* de avaliações de riscos tem recebido diversas críticas, uma vez que, em relação às pessoas, com toda sua subjetividade, capacidade de transformação ao longo da vida e experiências concretas, é impossível a obtenção de avaliação de risco pessoal com base no histórico passado.

O cometimento de um delito na adolescência, em tese, não diz nada a respeito da pessoa que aos quarenta anos se envolva em outro delito; mas as ferramentas de IA são construídas para computar negativamente a conduta juvenil, desconsiderando o tempo que a pessoa viveu sem qualquer envolvimento criminal. (SULOCKI 2019, p. 656.)

As ferramentas de avaliação de riscos pontuam o suspeito e/ou acusado entre sendo de baixa pontuação até a maior pontuação, não pelo fato concreto delituoso que eventualmente tenha cometido, mas sim pela sua personalidade, meio social que foi criado, ou atual, vizinhança, amizades. “Enfim, todos os elementos que absolutamente não são ‘neutros’ ou ‘objetivos’, como pretendem os defensores do uso das ferramentas de avaliação de riscos” (SULOCKI, 2019).

Algumas ferramentas ainda apresentam problemas em relação ao que se denomina *N-Tuple Counting*, nos casos em que um suposto mesmo fato criminoso pode ser computado por ferramentas como vários. Por exemplo, se a pessoa foi conduzida à delegacia por determinada conduta, depois ficou presa preventivamente e ao final denunciada e processada por este fato, a ferramenta LSR-I conta o mesmo fato, que

teve três desdobramentos (polícia/prisão preventiva/processo) como três eventos separados, triplicando o score em direção a uma avaliação alto risco. (HAMILTON, 2018, tradução nossa.)

Para O’Neil (2016, p. 84), os efeitos nocivos do policiamento preditivo desigual não são determinantes somente quando o acusado é preso. De acordo com a autora, os dados tendenciosos e desiguais desse modelo prejudicam a análise e a tomada de decisão dos juízes posteriormente, pois eles fundamentarão suas decisões em critérios supostamente científicos, cristalizados em uma única pontuação de risco. Ao se acreditar somente nessa pontuação, tenderão a aumentar a pena dos réus, pois, aparentemente, representam maior risco de cometer outros crimes.

Entre os sistemas utilizados no sistema criminal americano que utilizam a técnica de avaliação de riscos, concentrar-nos-emos na ferramenta de previsão de reincidência chamada *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*- Perfil de Gerenciamento de Criminosos Correcionais para Sanções Alternativas- COMPAS, desenvolvida pela *Northpointe Inc*, usada em todos os Estados Unidos por juízes antes e depois da sentença. “O algoritmo é baseado em respostas a um questionário de 137 itens, com perguntas sobre histórico familiar, bairro residencial, desempenho escolar etc. para prever o risco de cometer crimes no futuro” (JIACONDA, 2019, tradução nossa)¹⁰.

Nos EUA, várias gerações de ferramentas de previsão de reincidência foram desenvolvidas ao longo das últimas décadas. O COMPAS é considerado uma ferramenta de quarta geração. É utilizado tanto na Justiça dos Estados quanto pela Justiça Federal daquele país. Usa, entre outros, os seguintes fatores para os cálculos de riscos: histórico criminal, histórico de não conformidade,

¹⁰ JIACONDA, Aspreet. Understanding and Reducing Bias in Machine Learning. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/understanding-and-reducing-bias-in-machine-learning-6565e23900ac>. Acesso em: 17 nov. 2019

histórico de violência, violência atual, associações criminosas, abuso de substâncias tóxicas, problemas financeiros, profissão ou escolaridade, criminalidade familiar, ambiente social, atividades de lazer, instabilidade residencial, Isolamento social, atitudes criminais e personalidade criminosa.

Victoria de Sulocki (2019, p. 652) deixa claro que os fatores avaliados, e pontuados, sobre os quais os diferentes programas de Inteligência Artificial fazem seus cálculos atuariais de probabilidade de reincidência, ou seja, de que aquela pessoa venha a praticar eventual futuro hipotético crime, são feitos sobre acontecimentos passados, como descumprimento de condições na liberdade assistida ou ainda detenções anteriores. Também pode referir-se a aspectos subjetivos da pessoa, tais como personalidade distorcida, personalidade criminosa ou, ainda, isolamento social, e questões privadas, como se o indivíduo é solteiro ou casado. Dessa forma a autora conclui que:

A ferramenta de “avaliação de riscos” pode até ser científica, ou “neutra”, como pretendem alguns, mas a base de dados sobre a qual vai trabalhar não é, pois, a realidade da Justiça Criminal é a da seletividade. De outro lado, a pontuação que corresponde a cada item, determinada por dados empíricos, acaba também por incorporar o viés seletivo do próprio sistema, eis que pontua negativamente, levando a pessoa a apresentar um alto risco, o fato de pertencer a grupos sociais mais criminalizados, ou criminalizáveis, como negros, jovens e pobres. (SULOCKI, 2019, p. 655.)

Alguns dados sobre a utilização do COMPAS na Florida também trouxeram preocupação. Citam-se algumas conclusões de pesquisadores da ProPublica, que analisou 10.000 condenações em Broward County:

Acusados negros frequentemente foram classificados com maior risco de reincidência do que efetivamente possuíam. Acusados negros que não reincidiram em um período de dois anos tinham o dobro de chance de serem erroneamente classificados como alto risco de reincidência, em relação aos acusados brancos (45% contra 23%);

Acusados brancos frequentemente foram classificados com menor risco do que efetivamente possuíam. Acusados brancos que reincidiram em um intervalo de dois anos foram equivocadamente classificados como baixo risco reincidência em uma proporção quase duas vezes maior que os acusados negros (48% contra 28%); No tocante à reincidência especificamente para crimes violentos, acusados negros foram erroneamente classificados como alto risco em uma taxa duas vezes maior que acusados brancos. (TOVO, 2019.)

Esses dados mostram que uso de ferramentas que pudessem prever os riscos de reincidência do indivíduo tinha como objetivo reservar o encarceramento apenas para os mais perigosos. No entanto, a seletividade típica do sistema criminal (raça, gênero, pobreza) se “infiltrou” na matemática dos instrumentos, através dos vieses algorítmicos.

Fazendo-nos refletir acerca da necessidade de um maior controle sobre as ferramentas de IA, do ponto de vista científico, mas também do ponto de vista ético e de respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais, sob pena de reproduzirmos exatamente o que se pretende combater. (SULOCKI, 2019, p 657.)

3 CENÁRIO ÉTICO BRASIL/MUNDIAL

É impossível negar o avanço digital e os novos desafios que as tecnologias 4.0 nos impõem. Por isso, necessitamos analisar, de forma profunda e com olhar crítico, as ferramentas que se apresentam como solução para os problemas, sejam de segurança pública ou demandas judiciais.

Acreditar que algoritmos sejam isentos de subjetividade, erro ou manipulação é uma percepção perigosa. A definição de quais dados importa e porque importam depende de suposições prescritas a esses sistemas. Problemas decorrentes de algoritmos enviesados são frequentes. Eles indicam a distância entre os desenvolvedores desse tipo de tecnologia e aqueles que são impactados por ela. Dentre as razões para isso tem sido apontada a falta de regulação, monopólios no setor de IA, estruturas de governança insuficientes dentro de

empresas de tecnologia, assimetrias de poder entre empresas e usuários, o contraste cultural entre os responsáveis por pesquisas em tecnologia e a diversidade das populações nas quais essa tecnologia é utilizada. Esse cenário tem suscitado demandas sociais por maior transparência no uso de IA (BIONE; LUCIANO, 2019).

Como o emprego dessa tecnologia, em geral, demanda o processamento de dados pessoais, essas questões têm sido endereçadas em leis de proteção de dados. A Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei 13.709/2018 – LGPD), por exemplo, prevê o fornecimento informações sobre o tratamento desses dados, incluindo os critérios utilizados, e a possibilidade de solicitar revisão de decisões automatizadas. Nesse sentido também a Regulação Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD) prevê o fornecimento de informações sobre a lógica do processamento automatizado, seu significado e consequências para o titular dos dados.

Nesse cenário, formas de assegurar a proteção dos titulares de dados tornam-se essenciais, por tratar-se o direito à proteção de dados como um Direito Fundamental, e em razão do enorme impacto que estas decisões poderão ter em aspectos sensíveis da vida dos titulares de dados, mas principalmente pelo potencial de ocorrerem discriminações no tratamento destes dados. É neste sentido que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), assim como o próprio Regulamento Europeu de Proteção de Dados, já estabelecem maneiras de regular o fenômeno dos processos algorítmicos aqui descritos, pelo o que tem sido denominado como o direito à explicação (MULHOLLAND; FRAJHOF, 2019).

A proteção dos dados utilizados como referência e aprendizado da máquina, também necessita ser avaliada de forma que princípios éticos sejam alcançados nas tomadas de decisão das soluções de IA, no sentido de mitigarmos os vieses algorítmicos, dentre alguns princípios, podemos destacar:

- Princípio dos Direitos Humanos: garantir que os sistemas de IA não infrinjam os direitos humanos. Ou seja, que os sistemas computacionais sejam desenhados de forma a respeitar a igualdade de direitos.
- Princípio da Responsabilidade: garantir que os sistemas autônomos, ao executarem ações de forma independente, sem o controle humano, tenham um responsável por esta execução, para assim, preservarmos a moralidade das ações executadas.
- Princípio da Transparência: Garantir que as decisões efetuadas pelas máquinas sejam transparentes para os humanos. Isto é, garantir que seja possível descobrir a razão de uma dada ação, decisão ou escolha feita pelo sistema de IA. Quando as decisões são efetuadas por algoritmos complexos e baseados em dados, esta transparência não poderá ser relativizada.

Vale destacar, que nesse sentido, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) 5051/19 que trata da regulação da tecnologia de Inteligência Artificial no Brasil. Dentre as propostas, podemos citar a proibição de IA's 100% autônomas (que não precisem de qualquer supervisão), e a determinação da implantação gradual da tecnologia no país. O Projeto de Lei também prevê que a supervisão humana terá a responsabilidade civil por danos decorrentes do uso dessa tecnologia.

CONCLUSÃO

Diante do exposto neste artigo, é evidente o uso crescente de IA no Direito, tanto na otimização de serviços, quanto nas tomadas de decisões objetivas, e futuramente, nas tomadas de decisões judiciais. A judicialização virtual é

realidade no Judiciário brasileiro através do mencionado projeto Victor do STF. Porém, é necessário refletirmos sobre o que nos aguarda diante de tal cenário, avaliarmos os riscos e impactos do uso de decisões proferidas por máquinas na vida, cotidiano e futuro das pessoas envolvidas.

Os vieses algorítmicos, estudado neste artigo, são apenas uma das vulnerabilidades apresentadas nos sistemas de Inteligência Artificial no Direito. A experiência do sistema americano COMPAS mostrou o quanto os sistemas de IA podem inverter a necessidade de eficiência de eficácia nas tomadas de decisão judiciais, em respostas enviesadas de preconceito. Questões como: ética, regulamentação, transparência, controle, dano decorrente do uso de equipamento dotado de IA, e a conseqüente responsabilidade pelos eventuais erros nos resultados do programa, são pontos que precisam ser enfrentados e discutidos a fundo, assim como os limites tecnológicos relacionados à IA, bem como fixar um regramento ético para envolvidos no desenvolvimento e na utilização de tais equipamentos.

Ademais, essas questões têm sido direcionadas às Leis de proteção de dados. A Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei 13.709/2018- LGPD), por exemplo, prevê o fornecimento de informações sobre o tratamento desses dados, incluindo critérios utilizados, e a possibilidade de solicitar revisão de decisões automatizadas.

Nesse sentido, entendemos que as leis gerais de proteção de dados são possíveis vetores de entrada para aplicação do princípio da precaução como parte regulatória de IA, assim como o princípio da *accountability*, pois essas mesmas leis tratam dos relatórios de impacto e proteção de dados pessoais e o direito à revisão de decisões automatizadas.

A conscientização do problema dos vieses algorítmicos e o conseqüente impacto na sociedade são objeto de estudos da comunidade científica em todo mundo. Objetiva-se mitigá-los ou eliminá-los dos sistemas de IA. A ideia de a

máquina produzir resultados enviesados de preconceitos, tendências minoritárias e antiéticos é o grande desafio de cientistas e pesquisadores de IA. O conceito de justiça, por si, é bastante complexo e subjetivo para o cérebro humano, implantá-lo no processamento binário e objetivo dos sistemas computacionais de IA será o grande desafio do Direito neste novo cenário que se apresenta. Espera-se que a conscientização desses métodos e do próprio problema se espalhe rapidamente entre os formuladores de políticas, profissionais e usuários.

REFERÊNCIAS

BIONE, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada?. In: Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRAGA, Carolina. Discriminação nas decisões por algoritmo: policia preditiva. In: Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CORMEN, Thomas H. Desmistificando Algoritmos. São Paulo: Elsevier, 2017. Dados (pp. 35-43). Lisboa: CEDIS. direito de não sujeição? Em F. P. Coutinho, & G. C. Moniz, Anuário da Proteção de Dados.

ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência Artificial e Direito. In: Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FERREIRA, Afonso José. (2018). Profiling e algoritmos autónomos: um verdadeiro direito de não sujeição. Anuário da Proteção de Dados. Lisboa, 2018, pp. 35-43.

FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: Perspectivas de Aplicação da Inteligência Artificial ao Direito. R. Dir. Gar. Fund, Vitoria, v.19, n 3, p. 219-238, set/dez. 2018.

HAMILTON, Melissa. Back to the Future: The Influence of Criminal History on Risk Assessment. Berkeley Journal of Criminal Law 75, University of Houston Law Center, n. 2015-A-1, 2015, revisado em 2018, p. 97-100. Disponível em:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2555878]. Acesso em: 17 nov. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de Inteligência Artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In: Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning. In: Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Diele; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Revista de Processo. V. 285/2018. P. 421-447, nov. 2018.

O'NEIL, Cathy. Weapons of Math Destruction: How de Big Data increases inequality and threatens democracy. 1. Ed. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumplick Martins da. Inteligência Artificial e Direito: 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da Inteligência Artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília. v. 7, n. 3, 2017. p. 238-254. p. 242

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; OLIVEIRA, Jordan Vinícius de. Sobre os ombros de robôs? A Inteligência Artificial entre fascínios e desilusões. In: Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SULOCKI, Victoria de. Novas tecnologias, velhas discriminações: ou da falta de reflexão sobre o sistema de algoritmos na Justiça Criminal. In: Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA: A RECUSA DOS GENITORES EXPRESSA EM UM CONTRATO EM PRESTAR ALIMENTOS PARA O MENOR

Jaqueline Aparecida da Silva (Orientadora: Profa. Me. Cristiane Pereira Vianna de Oliveira)

RESUMO: É de suma importância que o leitor tenha a consciência da diferença entre as reproduções assistidas existentes, são elas: a inseminação artificial heteróloga, homologa e a fertilização *in vitro*. Entre essas citadas, surge a inseminação artificial caseira que consiste em uma técnica com baixo custo que vem sendo muito usada por pessoas sem condições de arcar com o valor elevado das outras reproduções assistidas. Por não existir nenhum tipo de regulamentação nem pelo poder legislativo ou por órgãos de medicina, restam diversas dúvidas sobre o futuro do rebento concedido por esse método, pois este tem seu direito violado no momento em que seus genitores fazem um contrato renunciando os alimentos para o filho. O receptor e o doador que se submetem a esse método têm a consciência de que não há qualquer tipo de controle por parte dos órgãos competentes que fazem a fiscalização das outras reproduções assistidas feitas em clínicas credenciadas. Para a elaboração da presente monografia, foi feito o uso das legislações brasileiras, depoimentos de mulheres que fizeram o uso do método, avaliação de profissionais acerca da temática, sites, entendimentos dos Tribunais, como também posicionamentos doutrinários.

Palavras-chave: Inseminação. Caseira. Alimentos. Contrato. Genitores.

ABSTRACT: Importance is of abridgement that the reader will have the conscience of the difference between the existent assisted reproductions, they are that you link: the artificial insemination heteróloga, ratifies and the fecundation in vitro. Between those quoted, there appears the homemade artificial insemination that consists of a technique with low cost that is very much used by persons without conditions of dealing with the elevated value of other assisted reproductions. Since there is not any type of regulation not even for the legislative power or for organs of medicine, several doubts remain on the future of the offspring granted by this method, since this one has a right violated just as his genitors do a contract renouncing the foods for the son. The receiver and the donor who undergoes this method has the conscience of which there is no type of control for part of the competent organs that do the inspection of other assisted reproductions done in accredited clinics. For the preparation of the present monograph, it was done the use of the Brazilian legislation, women's testimonies that

did the use of the method, professionals' evaluation about the theme, sites, entendimentos from the Courts, just as positions doutrinários.

Keywords: Insemination. Homemade. Foods. Contract. Genitors.

INTRODUÇÃO

A inseminação caseira é um método que vem sendo muito utilizado por mulheres com o desejo de ser mãe, o procedimento consiste na doação do sêmen masculino que é aplicado o mais próximo possível do colo do útero da mulher, através de uma seringa, assim sendo, não há qualquer tipo de ato sexual. A doação do sêmen é feita de modo gratuito. Este método vem atraindo cada dia mais interessadas por ter um baixo custo para sua realização e todo esse procedimento é realizado em uma casa ou hotel sem qualquer tipo de vigilância.

Geralmente o doador do sêmen não deseja ter qualquer vínculo com a criança gerada, então esses genitores celebram um contrato no qual renunciam o direito aos alimentos do rebento.

Tratar-se-á esta pesquisa no que se refere à validade jurídica do contrato firmado pelas partes, trazendo no seu conteúdo a renúncia dos genitores à prestação da verba alimentar ao rebento, a legalidade desse contrato, a indisponibilidade dos alimentos e também os riscos desse procedimento para a receptora e o futuro rebento.

O presente trabalho tem como finalidade a avaliação dos danos jurídicos causados para o menor pela renúncia dos genitores na prestação alimentar, e se esses genitores podem renunciar o direito aos alimentos em representação ao rebento através desse contrato e qual a validade jurídica deste.

Para a elaboração da presente monografia, foi feito o uso das legislações brasileiras, depoimentos de mulheres que fizeram o uso do método, avaliação de

profissionais acerca da temática, sites, entendimentos dos Tribunais, como também posicionamentos doutrinários.

No primeiro capítulo será abordado o tema do negócio jurídico, trazendo o conceito, os requisitos e condições, quando se dá a invalidade do negócio jurídico, quando é considerado inexistente e as espécies de nulidades.

Já no segundo capítulo será explanado o tema dos alimentos, sendo introduzido com os direitos e deveres entre pais e filhos, posteriormente as espécies de alimentos, as características da obrigação alimentar e quando o Ministério Público irá intervir nesse processo.

Ademais será versado no terceiro capítulo sobre a problemática deste trabalho, primeiramente sendo discorrido sobre a diferença entre inseminação artificial e fertilização *in vitro*, a importância da resolução 2169/2017 do Conselho Federal de Medicina, como e porque a inseminação caseira vem sendo escolhida por diversas mulheres, o risco que esse procedimento pode ocasionar e a proibição constitucional do material biológico e por fim a inviolabilidade da prestação dos alimentos do rebento concebido pelo método da inseminação caseira.

1 NEGÓCIO JURÍDICO

Os fatos jurídicos são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem consequências jurídicas. Os fatos que resultam de ações humanas, derivadas do comportamento do agente e que decorrem da vontade do homem, denominam-se atos jurídicos¹ e por sua vez o negócio jurídico é considerado uma subcategoria do ato jurídico.

¹ VELOSO, Zeno. **Fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico**. Revista de informação legislativa. Nº 25. Brasília. Vol. 32. p. 87-95. Março, 1995. p.87.

1.1 CONCEITO

Na visão de Miguel Reale negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico que origina um ato de vontade resultando na declaração de vontade expressa, pioneira de uma relação entre dois ou vários indivíduos, havendo um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico, conceitua Miguel Reale sobre negócio jurídico.²

Já na concepção de Amaral, é a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes.³

É um ato ou uma pluralidade de atos, relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas que tem por fim produzir efeitos jurídicos e modificações nas relações jurídicas no Direito Privado, assim é definido o conceito de negócio jurídico por Karl Larenz.⁴

Com essas exposições fica evidente que o negócio jurídico é um ato ou vários atos, feito por uma ou mais pessoas, por livre arbítrio entre as partes que tem por aspiração a produção de efeitos jurídicos.

Ressaltando, o negócio jurídico é diferente do ato jurídico. Aquele é a declaração de vontade com efeitos jurídicos almejados pelas partes, já os atos são exteriorizações de vontade que obedecem as leis, todavia com efeitos gerados da própria lei.

² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.208- 209.

³ Francisco Amaral, **Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p.353 e 356.

⁴ GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.328.

1.2 REQUISITOS E CONDIÇÕES

Para o negócio jurídico ter sua efetividade, deve cumprir alguns requisitos mínimos exigidos em lei, sem esses, se questiona a legalidade e validade do ato.

A Manifestação de vontade é de extrema importância, sendo um elemento básico para validade do ato. Poderá ser expressa, através da palavra escrita ou falada, gestos ou sinais ou tácita (quando não for exigida em a lei que seja expressa), sendo aquela que resulta de um comportamento do agente⁵. Não pode conter vício, isto é, não pode sofrer deturpação ou desvirtuamento, seja na sua formação, seja na sua manifestação, portanto, não pode estar contaminada com nenhum dos defeitos especificados a partir do art. 86 do Código Civil.⁶ Lembrando que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa, conforme estabelece o art. 111 do Código Civil.⁷

Nenhum outro instituto jurídico manifesta-se com tanta clareza, a liberdade humana como o negócio jurídico, gerando sentido a materialidade e aos efeitos práticos à autonomia da vontade.⁸

Outro requisito para a configuração do negócio jurídico é o agente que é o emissor da vontade e o sujeito de direito que irá participar do negócio jurídico.⁹

O negócio jurídico pressupõe a existência de outro elemento, sendo esse o objeto, a razão do qual as partes demonstram interesse. Como no caso de um contrato de prestação de serviços, a atividade do devedor em benefício do

⁵ GAGLIANO, Pablo: PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16 ed. São Paulo.2014.p. 375.

⁶ ANDRIGHI, Fátima. **Validade dos negócios jurídicos**. Palestra proferida para a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Brasília. Palestra digitada. Brasília. Jun. 1993. p. 04.

⁷ Código Civil, 2002.

⁸ VELOSO, Zeno. **Fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico**. Revista de informação legislativa. Nº 25. Brasília. Vol. 32. P. 87-95. Março, 1995.p. 90.

⁹ GAGLIANO, Pablo: PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16 ed. São Paulo. 2014., p. 376.

tomador (prestação) é o objeto da avença.¹⁰ Para ser perfeito e válido deverá conter o objeto lícito, conforme as regras legislativas, não sendo oposto à moral, à ordem pública e aos bons costumes.¹¹

No tocante ao objeto lícito, ele deverá ser possível, possibilidade física ou fática, deverá ser objeto jurídico que é a existência do bem no ordenamento jurídico, ou seja, que o objeto seja protegido juridicamente, ou não seja proibido, por fim deverá ser determinado, pois não se admite um contrato ou ato que tenha uma prestação indeterminada, visto que inviabilizaria a execução do contrato. O determinável significa dizer que é indeterminado somente quanto à espécie, nunca quanto ao gênero e a quantidade.¹²

A forma, esse requisito constitutivo seria o modo como se exterioriza o ato, pois afinal se essa vontade só estiver na mente do agente, não interessa para o direito.¹³ Assim, fundamental atentar-se para a forma *ad substantiam*, para a qual a forma importa em validade do ato e a forma *ad probatione* quando importa para a prova do ato.

Por fim, sob o aspecto da eficácia, onde se encontram elementos acidentais que podem surgir no negócio jurídico, pode-se dar por cláusula contratual que contenha termo, que é o evento futuro e certo, por condição que é o evento futuro e incerto e pode ser resolutiva, potestativa ou puramente potestativa e de

¹⁰ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16 ed. São Paulo. 2014., p. 376- 377.

¹¹ Negócio Jurídico. **Portal Educação**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/negocio-juridico/20095>>. Acesso em: 21 de set. de 2019.

¹² ANDRIGHI, Fátima. **Validade dos negócios jurídicos**. Palestra proferida para a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Brasília. Palestra digitada. Brasília. Jun. 1993. p. 04.

¹³ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16 ed. São Paulo. 2014., p. 377.

encargo onde o ônus que se impõem a quem recebe uma liberalidade nos negócios gratuitos.¹⁴

Como é perceptível, sem algum dos requisitos acima expostos, não é possível à concretização do negócio jurídico, sendo todos imprescritíveis.¹⁵ E todos esses requisitos se encontram listados no artigo 104 do Código Civil e caso não haja alguns desses elementos, a ato será nulo, essa nulidade poderá ser relativa ou absoluta a depender da gravidade.

1.3 INVALIDIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

É de extrema importância diferenciar entre invalidade e ineficácia. A aplicação da ineficácia, acontece de uma valoração da lei em torno dos interesses a resguardar em uma circunstância, em que certo negócio jurídico aconteceu.¹⁶ O discernimento do ato inválido e ato ineficaz revela-se, ser indispensável, por ser irrecusável a considerável diferença de natureza e consequências das duas figuras jurídicas.¹⁷

A ineficácia, pode ser ineficácia relativa ou inoponibilidade que é um ato, não privado de validade, que pode ser ineficaz apenas a um ou outro interessado, em atenção especial de alguma deficiência sua.¹⁸ Enquanto o ato anulado seus efeitos vão voltar ao estado anterior ao da sua prática, a ineficácia resguarda as partes no mesmo estado em que se encontravam após o ato.

Já a nulidade que gera a invalidade do negócio jurídico vem a ser a sanção imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do

¹⁴ ANDRIGHI, Fátima. **Invalidade do negócio jurídico e a correspondente natureza eficaz da sentença**. III Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador . Bahia. Nov. 1993. p.4-5.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16 ed. São Paulo. 2014.p. 377-378.

¹⁶ Júnior, Humberto Theodoro. **Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil: fraude, estado de perigo e lesão**. Revista da EMERJ. Nº 20. Rio de Janeiro. Vol. 5. p. 51-78. 2002. p. 56.

¹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Nº 57. v. III. Coimbra. 1970. p. 11.

¹⁸ TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 38. ed., Padova: CEDAM. Nº 81. 1998. p. 184.

negócio praticado em desobediência ao que prescreve.¹⁹ Essa expressão é empregada para designar o negócio que não produz efeitos desejados pelas partes, o qual será classificado pela forma supracitada de acordo com o grau de imperfeição verificado.²⁰

A invalidade é uma sanção, pois é fruto imposto pela lei em corolário pelo descumprimento na execução dos atos negociais.²¹

O negócio jurídico será nulo quando for celebrado por pessoa absolutamente incapaz, for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto, não revestir a forma prescrita em lei, for preterida alguma exigência que a lei considere essencial para a sua validade, se tiver por objetivo fraudar lei imperativa, se a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção, assim estabelece o artigo 166 do Código Civil.

Com base do exposto, é perceptível que a nulidade seria uma sanção pelo não cumprimento dos requisitos impostos pelo legislador, ou seja, se não estiverem presentes os quesitos impostos, o negócio será nulo ou passível de anulação.

1.3.1 Negócio jurídico inexistente

Negócio jurídico inexistente seria aquele que carece de elementos indispensáveis para sua própria configuração como uma figura negocial. Tais elementos são indiscutivelmente, como a vontade e o objeto. Não se pode conceber a existência de um negócio jurídico, conforme reiteradamente afirmado, se falta o elemento volitivo. Sem a manifestação da vontade o negócio não pode formar-se, evidentemente.²²

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010 p.194.

²⁰ GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 481.

²¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**, vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 459.

²² ABREU, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997. n. 69. p. 339.

A inexistência, na ordem de ideias, é fenômeno do plano do ser. Estando incompleta a figura material do fato típico, o fato jurídico simplesmente não existe. Logo, não se há de discutir se é nulo ou ineficaz, nem se exige desconstituição judicial²³, porque a inexistência é o não ser que, portanto, não pode ser qualificado.

O atual Código Civil não tem previsão expressa sobre a existência ou inexistência dos negócios jurídicos, nem regulamenta os seus efeitos. Contudo, a teoria da inexistência é unanimemente reconhecida na doutrina e é objeto de construção pretoriana, a exemplo do direito francês que também a admite, em contraposição do direito romano que não a admitia.²⁴

É de extrema importância diferenciar o negócio jurídico inexistente com o negócio jurídico inválido, pois o inválido se fragmenta em duas partes: o negócio jurídico nulo e anulável, o que será dito em momento oportuno. Seria uma terceira classe de invalidade, além dos já conhecidos nulos e anuláveis, os inexistentes, são atos que nem chegaram a se constituir juridicamente, por falta de um elemento essencial à sua formação, de modo que não seja possível a realização do ato, na ausência desse elemento.²⁵

Há entendimentos doutrinários afirmando que não é necessária essa terceira classe, em vista de o ato jurídico com nulidade absoluta prejudicaria sua própria existência, sendo assim, não chegaria a ter uma formação.²⁶ Entretanto,

²³ Júnior, Humberto Theodoro. **Dos efeitos do negócio jurídico no novo Código Civil**. Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 40, p. 91-123, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1215>>. Acesso em: 01 out. 2019.

²⁴ ANDRIGHI, Fátima. **Invalidade do negócio jurídico e a correspondente natureza eficaz da sentença**. III Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador . Bahia. Nov. 1993. p. 5.

²⁵ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16. ed. São Paulo. 2014.p.437.

²⁶ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16. ed. São Paulo. 2014.p. 437.

esse ato existiu, e pelo motivo de serem absolutamente nulos, seus efeitos foram invalidados.²⁷

A tese, pois, não é de vício, defeito ou imperfeição, é a falta de requisito básico. O vício acarreta a invalidade do ato, não sua inexistência. A despeito de o atual Código Civil, não se refira ao negócio jurídico inexistente, não se pode desprezá-lo tanto na teoria quanto na prática. Os atos nulos aparentemente são legais e a declaração da sua nulidade requer uma sentença judicial, o inexistente pode-se constatar de imediato, como exemplo um oficial de justiça proferir uma sentença de divórcio²⁸.

Notável, que sob o ângulo do Direito Civil o ato inexistente não produz efeitos, é coisa nenhuma jurídica, não penetra no mundo jurídico, por isso a sentença que reconhecer essa invalidade no negócio jurídico tem força retroativa, isto é, efeitos *ex tunc*. Porém, percebe-se que não é a sentença que retira os efeitos do ato, ela meramente declara a situação jurídica do ato desde a sua constituição, que na hipótese é a de nunca ter produzido efeitos. Na verdade, é o ato que não tem capacidade de produzir os efeitos jurídicos que as partes visavam, e não a sentença que os retira.²⁹

Na prática, entende-se que não há necessidade de movimentar o judiciário para iniciar uma ação correspondente, que declare o negócio jurídico inexistente. Porém, por ventura, haverá a necessidade se for o caso para afastar possíveis defeitos decorrentes dessa inexistência. Para essa ação segundo os apreciadores

²⁷ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral** 1. 16. ed. São Paulo. 2014.p. 438.

²⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**, vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 458.

²⁹ ANDRIGHI, Fátima. **Invalidade do negócio jurídico e a correspondente natureza eficaz da sentença**. III Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador . Bahia. Nov. 1993. p. 8.

da inexistência, devem ser aplicadas as mesmas normas previstas para a nulidade absoluta.³⁰

Em síntese, o negócio jurídico nulo se diferencia do inexistente, pois este nunca existiu, é perceptível seu defeito, e aquele questionado a sua validade perante o órgão judiciário e posteriormente obténs resposta.

1.3.2 Espécies de nulidade

Ocorre a nulidade quando inexistente ao negócio um dos seus requisitos essenciais, de modo que o acontecimento defeituoso se apresenta como fato simples (existente), mas não como ato jurídico. Não é a inexistência de um elemento essencial, mas a falta de requisito ligado a tal elemento. Desse modo, não há negócio jurídico sem manifestação de vontade. Mas, para a validade do ato é requisito que a manifestação seja feita por pessoa capaz, sem qualquer vício de consentimento. Sendo assim, a existência e validade são acontecimentos diferentes.³¹

O ato será nulo quando for ofensivo a ordem pública. Sendo assim, ofendendo o interesse público, a sociedade repudia, gerando a nulidade, sendo evitada a produção dos efeitos. Os negócios jurídicos nulos, a lei considera o que não são passíveis de correção. Há que se distinguir: nulidade textual que é quando for consignada expressamente na lei, já a nulidade virtual é quando for implícita, compreendendo-se da função da norma na falta de sanção explícita. Não é simples identificar as nulidades virtuais, porque não há critério de ordem

³⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito Civil**. Vol. Único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018. p. 312.

³¹ Júnior, Humberto Theodoro. **Dos efeitos do negócio jurídico no novo Código Civil**. Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 40, p. 91-123, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1215>>. Acesso em: 01 out. 2019.

geral que permita reconhecer todos os casos nos quais houve a intenção de sancionar a transgressão com a pena de nulidade.³²

Há duas espécies de nulidade, a absoluta e a relativa.

Na nulidade absoluta pressupõe um interesse da sociedade, não só o próprio individual, para que impossibilite o negócio jurídico dos seus efeitos específicos, visto que há ofensa à norma de ordem pública e, assim, afeta a todos. Portanto, pode ser alegada por qualquer interessado, devendo ser pronunciada de ofício pelo juiz, como estabelece o Código Civil no artigo 168 e no parágrafo único.³³

Há alguns requisitos para arguição de nulidade como a legitimidade para ação, que o defeito seja insanável e irratificável, que o direito de alegação não tenha prescrição, que o ato nulo não produza efeitos, que o meio processual a ser utilizado para o seu reconhecimento seja a ação de conhecimento, cuja natureza da sentença é declaratória.³⁴

O primeiro defeito que resulta nulidade do negócio jurídico, é a incapacidade absoluta do agente, que sem a intervenção do seu representante realiza o negócio jurídico, ressaltando que os agentes considerados absolutamente incapazes são os presentes no artigo 5º do Código Civil.

O segundo defeito que causa a nulidade do negócio jurídico é a ilicitude ou a impossibilidade. A ilicitude é o que torna o negócio nulo em face da proibição, exemplo clássico da ilicitude seria um contrato que tem um objeto de herança de uma pessoa viva. A impossibilidade física da prestação deve ser simultânea à constituição do negócio, porque se incidente e culposa já não se estará diante de

³² ANDRIGHI, Fátima. **Invalidade do negócio jurídico e a correspondente natureza eficaz da sentença**. III Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador . Bahia. Nov. 1993. p. 8-9.

³³ GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 483.

³⁴ ANDRIGHI, Fátima. **Invalidade do negócio jurídico e a correspondente natureza eficaz da sentença**. III Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador . Bahia. Nov. 1993. p. 13.

uma nulidade, porém, de um inadimplemento absoluto que dá margem a perdas e danos, um exemplo da impossibilidade, seria um contrato que versa sobre atividade relativa a tráfico de influência, com fim de obter financiamento junto à órgão público, outro exemplo muito citado, um pouco esdrúxulo seria um contrato em que as partes se obrigam a tocar o céu com o dedo.³⁵

O terceiro defeito que gera a nulidade do negócio jurídico é a omissão de alguma solenidade que a lei tenha como fundamental para a validade do negócio, como exemplo um contrato de seguro, que tem que ter sua forma escrita e para ser considerado perfeito é preciso a remessa e o lançamento da apólice nos livros usuais de operação, omissos qualquer desses requisitos, configuraria o terceiro defeito.³⁶

Sustentando, a nulidade absoluta não está vinculada a parte que firmou o ato ter a iniciativa para pedir a nulidade. Pode ser reconhecida pelo juiz durante o andamento processual. Para ser levada ao poder judiciário, é necessária a propositura de ação ou suscitada como matéria de defesa e pode ser feita em qualquer etapa do processo, em respeito ao princípio do contraditório, deve-se dar oportunidade a parte contrária de tomar conhecimento e coordenar suas provas e defesa.³⁷

Um exemplo prático de nulidade absoluta seriam duas pessoas, uma delas absolutamente incapaz, sem a autorização do seu representante, vende um imóvel, sabe-se por sua incapacidade absoluta, esse negócio jurídico celebrado é absolutamente sem efeitos, nulo.

É importante salientar que as nulidades absolutas não são sanáveis com o passar do tempo. Podendo a qualquer tempo ser arguidas por interessados ou

³⁵ ANDRIGHI, Fátima. **Validade dos negócios jurídicos**. Palestra proferida para a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Brasília. Palestra digitada. Brasília. Jun. 1993. p. 04.

³⁶ ANDRIGHI, Fátima. **Validade dos negócios jurídicos**. Palestra proferida para a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Brasília. Palestra digitada. Brasília. Jun. 1993. p. 04.

³⁷ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**, vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 461.

declaradas pelo juiz, posto que é imprescritível. Válido lembrar que nulidade absoluta não cabe para usucapião.³⁸

As nulidades podem ser textuais ou tácitas. Aquelas expressas em lei, enquanto estas, também denominadas virtuais, são de interferência ou conclusão diante do conteúdo das normas e em vista dos princípios aplicáveis à matéria. Já as tácitas, são de autonomia privada, as expressas das relações que dominam o interesse público.³⁹

Como exposto, entende-se que a nulidade deverá ser arguida por quem tiver interesse, pelo juiz ou pelo representante do Ministério Público quando lhe couber intervir, conforme estabelece o artigo 146 do Código Civil. Reconhecida a nulidade de um negócio jurídico deve ser a mesma reconhecida judicialmente, através de um processo de conhecimento, a sentença que declarara a nulidade absoluta tem natureza declaratória, ou seja, o juiz reconhece a nulidade do ato, os efeitos desta sentença deverão retroagir até a data da criação do negócio, ocasião que se materializou o vício.⁴⁰ Sendo assim é necessário que a sentença tenha força retroativa, portanto produzindo efeitos *ex tunc*.

Já a anulabilidade seria o ato antes de ser anulado, ele continua produzindo seus efeitos normalmente, após sua anulabilidade se transforma em um ato nulo, ou seja, a possibilidade de se anular um ato em vigor.

A intenção do legislador é defender um interesse particular, podendo ser de pessoa absolutamente ou relativamente incapaz, como também de pessoa que goza plenamente da sua capacidade civil, porém foi lesada de alguma maneira por simulação ou fraude.⁴¹

³⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**, vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.461.

³⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**, vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.461.

⁴⁰ ANDRIGHI, Fátima. **Validade dos negócios jurídicos**. Palestra proferida para a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Brasília. Palestra digitada. Brasília. Jun. 1993. p. 04.

⁴¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Parte Geral**, 12. ed. 1981. p.296.

Além dos casos que estão declarados na lei, é anulável o negócio jurídico pela incapacidade relativa do agente e por vício que resulte de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, assim estabelece o artigo 171 do Código Civil.

Há de salientar que a nulidade absoluta como já citado, é um ato onde o vício é tão grave que se torna nulo e tem efeito *ex tunc*, já à anulabilidade, não se opera de pleno direito, só surtirá efeitos depois de ser julgada, não pode ser pronunciada de ofício, apenas por seus legítimos interessados, subtende-se que há uma prestação jurisdicional, disposto assim no artigo 177 do Código Civil.

Se o objeto do negócio jurídico for uma coisa indivisível, como uma criança, ou havendo solidariedade ativa ou passiva entre as partes, a arguição de nulidade relativa feita por uma das partes valerá para ambas.⁴²

A ação anulatória de negócio jurídico impugnará o ato e terá um prazo decadencial de 4 (quatro) anos⁴³ nos casos de *coação* o prazo começará a contar no dia em que ela cessar, quando for *erro, dolo, fraude contra credores* contará do dia em que se realizou o negócio jurídico, e no *estado de perigo, lesão e incapacidade relativa* será a partir do dia que cessar a incapacidade, conforme estabelecido no artigo 178 do Código Civil.

Se a lei dispuser que o ato determinado é anulável e não estabelecer prazo para pleitear a anulação, como o prazo visto anteriormente, será este de dois anos, contados a partir da data de conclusão do ato, assim exposto no artigo 179 do Código Civil.

Ainda, no ato anulável existe o princípio da confirmação, que é o ato de validar o negócio jurídico, declarando sua vontade, porém exclui-se essa

⁴² GAGLIANO, Pablo: PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16. ed. São Paulo. 2014.p. 444.

⁴³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**, vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.472.

possibilidade quando envolver terceiros, assim disserta o artigo 172 do Código Civil. Ou seja, se esse ato prejudicar um terceiro de boa-fé, não será válida a confirmação das partes, pois a lei resguarda seu direito, mas caso posteriormente esse terceiro concorde com os termos, pode-se efetuar a confirmação, conforme exposto o artigo 176 do Código Civil.

Se um terceiro de má-fé vivenciar dano corolário da confirmação do negócio jurídico, não poderá reivindicar, pois a lei não protege os desonestos.⁴⁴ Há de se destacar que a confirmação deve conter o conteúdo do negócio celebrado a vontade expressa de perdurá-lo, como disserta o artigo 173 do Código Civil Brasileiro. Também poderá ser tácita, que seria, mesmo não havendo manifestação a parte não se opôs, comportando-se a favor da confirmação, assim destaca o artigo 174 Código Civil.

O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para se desobrigar de um ato, invocar sua idade, se ocultou com dolo da outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, se declarou maior, e não se pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, se pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga assim estabelecem os artigos 180 e 181 do Código Civil respectivamente.

Emprega-se nos artigos anteriores novamente o princípio da boa-fé de terceiros, preservando os interesses de quem não deu causa a anulação do negócio jurídico, não prejudicando a proteção aos incapazes.⁴⁵

Ademais, é conveniente salientar que o ato não necessariamente terá de ser anulado integralmente, poderá ser parcialmente, não sendo prejudicial à parte válida, assim como a invalidade da obrigação principal implica a das

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16. ed. São Paulo. 2014. p.447.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16. ed. São Paulo. 2014. p.447.

acessórias, mas destas não influencia a da obrigação principal, estabelece assim o artigo 184 do Código Civil.

Em suma, deve-se destacar que na nulidade absoluta o interesse é público, ela poderá ser acolhida a qualquer tempo, opera de pleno direito, poderá ser arguida por qualquer interessado, por um representante do Ministério Público quando for-lhe conveniente ou pelo juiz, conforme artigo 168 do Código Civil, não tem o ato da confirmação e por fim a ação declaratória se dá por sentença declaratória. Já a nulidade relativa, o interesse é particular, não poderá ser acolhida a qualquer tempo, como também não opera de pleno direito, poderá ser arguida apenas pelos interessados que já estavam no negócio jurídico, admite a confirmação, como estabelece o artigo 172 do Código Civil e a ação anulatória se dá por sentença desconstitutiva.

Como exposto nesse capítulo, o negócio jurídico exige diversas condições e requisitos para sua validade, e acarretando qualquer vício, o negócio poderá se tornar inválido, podendo ser nulo ou anulável, dependendo da gravidade do vício, e também há o negócio jurídico inexistente, aquele que de fato nunca existiu, pois não houve momento de sua criação porque de fato ele nunca foi um negócio.

2 DOS ALIMENTOS

Popularmente, julga-se que os alimentos são apenas devidos pelos genitores em relação aos filhos menores. Fica evidenciado que essa visão está totalmente equivocada, uma vez que os alimentos podem ser reivindicados a diversas pessoas do vínculo familiar.

2.1 DIREITOS E DEVERES ENTRE PAIS E FILHOS

Tem-se o significado do termo família como um conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar. Sendo abrangido pelos ascendentes, descendentes e colaterais. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar.⁴⁶

Isto posto, considera-se família um conjunto de pessoas físicas, ligados por vínculos de sangue ou de afinidade.

É dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, assim expõe o artigo 229 da Constituição Federal.

Os pais são legalmente responsáveis por seus rebentos, até estes completarem 18 anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, define criança como pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes entre doze e dezoito anos de idade, sendo somente para esse último que prevê garantias processuais, uma vez que, no de caso de criança se menciona como medidas de proteção.

O direito da criança e do adolescente é indisponível. A pessoa com a menoridade é titular de direitos fundamentais, conforme é exposto em diplomas de declaração de direitos como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente. A Constituição Federal de 1988 dispõe no seu caput do artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo-lhes assegurado o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2019. p. 4.

O capítulo II do Estatuto da Criança e do Adolescente garante o direito da dignidade, respeito e liberdade. O direito de liberdade compreende a opinião e expressão, o direito de ir e vir, crença e culto religioso, brincar e praticar esportes, participar da vida familiar e comunitária, participar da vida política, conforme lei e buscar refúgio, auxílio e orientação, deste modo é estabelecido no artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente garante o direito ao respeito, que seria a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos objetos pessoais e dos espaços. Desta forma, a preservação de imagem seria, por exemplo, quando o adolescente é detido por algum ato que viola a lei, é proibida a divulgação nas mídias sociais.

Em síntese, os pais têm o dever de dar amor, carinho, proteger, gerar condições que propiciem integridade física e psicológica e que auxiliem no seu desenvolvimento intelectual.

O Estatuto da Criança e do Adolescente expõe no seu artigo 53 que a criança tem o direito à igualdade de condições para ter acesso e permanência na escola, direito de ser respeitados por seus educadores, direito de contestar critérios avaliativos, direito de ter oportunidade de cursar escolas superiores, direito de organização e participação em entidades estudantis e acesso à escola pública e gratuita próxima a sua residência.

A educação abrange creches e educação infantil, com crianças de zero a cinco anos de idade, o ensino fundamental ainda para quem não teve acesso na idade própria, o ensino médio e o ensino em seus níveis mais elevados.

A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida,

politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental. No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação.⁴⁷

No artigo 23 do mesmo dispositivo expõe que a falta ou a carência de recursos materiais não constituem motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, ou seja, pais com a condição financeira limitada, mas que zelam por seus rebentos não devem perder a guarda dos seus filhos, pela motivação financeira.

Ademais, os pais têm o dever de proteger, resguardar os filhos, dar proteção, alimentos e vestuário para sua subsistência.

Os pais não só têm deveres perante os filhos como também têm direitos. Os filhos têm obrigação de zelar pelos pais, quando estes estiverem na velhice ou por alguma enfermidade, e se caso ficarem sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se desapossaram em favor da prole, cabe, sem perda de tempo aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, sendo a obrigação de assisti-los e alimentá-los irrenunciável, até o final de suas vidas, assim estabelecia o Código Civil de 1916. O atual Código de 2002 foi mais sucinto em abordar o assunto, estabelecendo no seu artigo 1.696 que o direito a prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, estendendo-se para todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Sendo assim, de acordo com o atual Código Civil o direito a prestação de alimentos é recíproco, ou seja, os pais têm o dever de sustentar seus filhos

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RE repercussão geral: 888.815**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12 de Set. de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>>. Acesso em: 30 de out. de 2019

menores não emancipados e de prestar alimentos aos maiores necessitados, sejam eles capazes ou incapazes.

2.2 ESPÉCIES DE ALIMENTOS

Os alimentos envolvem o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação.

Há divergência quanto à natureza jurídica dos alimentos, existindo três diferentes posicionamentos acerca da temática.

Um argumenta que a natureza jurídica da obrigação alimentar está vinculada à origem da obrigação, porém costumeiramente é um direito pessoal extrapatrimonial, pois é para a preservação da dignidade da pessoa humana. Dessarte, o alimentando não tem interesse econômico na prestação de alimentos, porque essa prestação não importa como precaução de seus credores, sequer vai acrescentar no seu acervo patrimonial, mas sim manter uma vida digna, tutelando o seu direito à vida, que é personalíssimo.⁴⁸ Outros falam que seria um direito patrimonial, uma vez que é um pagamento por maioria das vezes feito em pecúnia. Já o último posicionamento é que a natureza jurídica dessa obrigação alimentar é um direito de conteúdo patrimonial mas com finalidade pessoal.⁴⁹

Podem ser classificados quanto à natureza, no qual se tem os considerados naturais que dizem respeito ao estritamente necessário à sobrevivência do alimentando, assim compreendendo o que for absolutamente indispensável à vida, como a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, e tendo como foco o mínimo indispensável para o alimentando sobreviver.⁵⁰

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 549.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 6: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2010. p. 504.

⁵⁰ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 348.

E os alimentos civis ou cōngruos destinam-se a manter a condiçāo social, o *status* da famīlia, ou seja,⁵¹ nāo sāo apenas para a subsistēncia, mas tambēm de modo a conservar a comodidade que jā estava familiarizado.

Essa distinçāo entre civis e naturais foi acolhida pelo Cōdigo Civil com evidente carāter punitivo. Podem os parentes, os cōnjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condiçāo social, inclusive para atender às necessidades de sua educaçāo, assim estabelece o artigo 1.694 do Cōdigo Civil. Todos que foram listados tēm direito aos alimentos civis, independentemente da origem da obrigaçāo. Toda via, a lei faz uma limitaçāo ao valor do encargo, se acaso for identificada culpa do alimentando, se este der origem à condiçāo de necessidade, irā receber entāo apenas alimentos naturais, ou seja, para sua prōpria subsistēncia, como exposto no artigo 1.694 § 2º do Cōdigo Civil.⁵²

2.3 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

No contexto das relaçōes de famīlia, os alimentos compreendem classificaçōes segundo diversos critērios, atentando aos vīnculos de parentalidade, afinidade e dever de solidariedade, com o objetivo de resguardar o direito à vida, que é assegurado na Constituiçāo Federal, no seu artigo 5º. Esses alimentos nāo sāo apenas de interesse privado, hā um interesse pūblico tambēm.⁵³

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, direito de famīlia. 16. ed. Sāo Paulo: Saraiva. 2019. p. 504.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famīlias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. Sāo Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 549-550.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famīlias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. Sāo Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 550.

O direito aos alimentos não podem ser transmissíveis ou renunciados. Já a obrigação de prestar alimentos é transmissível, divisível, condicional, recíproca e mutável.⁵⁴

Uma das características dos alimentos é o direito personalíssimo, ou seja, estes não podem ser transferidos a outra pessoa, visto que o objeto é preservar a vida e garantir a subsistência do indivíduo⁵⁵. A finalidade dos alimentos não é de caráter patrimonial, pois como exposto sua fixação é para assegurar a conservação da vida.⁵⁶

Outro aspecto é a transmissibilidade anteriormente no Código Civil de 1916 considerava-se que tanto o direito de alimentos como a obrigação alimentar eram intransmissíveis, pois se extinguiria com a morte do alimentando ou do alimentante.⁵⁷ O artigo 1700 do Código Civil de 2002 expõe que a obrigação de prestar alimentos irá transmitir aos herdeiros do devedor, porém, a obrigação não pode ser superior as forças da herança. Feita a partilha, não cabe mais dizer sucessores, pois não responderão com seu patrimônio particular para o pagamento da obrigação alimentar do falecido. Em regra, o credor dos alimentos é herdeiro, ao receber sua cota, passa a dispor da sua própria subsistência, caso a herança não for suficiente, poderá pleitear alimento frente aos parentes.⁵⁸

Também há a solidariedade dos alimentos do idoso, embora o Código Civil afirme que a obrigação alimentar entre parentes seja recíproca e não solidária, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) traz disposição diferente no seu artigo 12

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 513.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 550.

⁵⁶ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 355.

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 51.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 562.

ao afirmar que a obrigação será solidária.⁵⁹ Essa obrigação alimentar não tem todas as particularidades do instituto da solidariedade e nem referência à obrigação que sucede do poder familiar.⁶⁰ Portanto, o direito estará condicionado à possibilidade de cada um dos devedores solidários, perdurando entre os coobrigados a regra da proximidade referente ao vínculo de parentesco, sendo que os parentes de graus mais afastados podem invocar a norma da proximidade.⁶¹

O dever alimentar é recíproco, entre os cônjuges, companheiros e parentes como expõe o artigo 1.696 do Código Civil. O dever de prestar assistência é mútuo, dependendo das necessidades e possibilidades de cada um.⁶² O instituto da reciprocidade não significa que duas pessoas precisem prestar alimentos entre si ao mesmo tempo, mas que o devedor alimentar de hoje pode tornar-se o credor alimentar no futuro.⁶³

Os alimentos serão pagos em regra em pecúnia, periodicamente. Todavia poderá essa obrigação ser cumprida *in natura*, dando-lhe hospedagem e sustento, sem gerar dano ao direito de educação.⁶⁴ Contudo, fica a critério do julgador determinar o melhor para o caso em concreto.⁶⁵ Este instituto é denominado de alternatividade da prestação.

Como já citado o credor deve buscar alimentos de quem lhe é mais próximo, assim estabelece o artigo 1.696 do Código Civil, que esta obrigação

⁵⁹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. P. 361.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 551.

⁶¹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 362.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 552.

⁶³ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 110.

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 111.

⁶⁵ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 364.

deverá recair sobre os parentes de grau mais próximo. Sendo assim, o filho deve cobrar dos pais, só depois acionar os avós. Mesmo com uma ordem preferencial, por conta do princípio da efetividade, ou por encargo, com a possibilidade que tal ação seja movida contra mais de um obrigado, forma-se assim um litisconsórcio passivo facultativo sucessivo. Como exemplo, reconhecer a impossibilidade financeira do pai e a obrigação se sucede para o avô.⁶⁶ Esse é o instituto da proximidade.

A prestação de alimentos a maioria das vezes, se perdura por algum tempo, é necessária a estipulação da periodicidade. A maioria das pessoas recebe uma renda mensal, portanto geralmente é estabelecida a prestação de alimentos mensalmente, porém não há impeditivos para que seja semanalmente, quinzenalmente ou até mesmo semestralmente.⁶⁷

Já esta característica, se trata de verba com a intenção de preservar a vida e a aquisição de bens de consumo, sendo laborioso que seja devolvida.⁶⁸ Mesmo que arbitrado em preliminar, a irrepetibilidade será mantida até eventual reforma de sentença do montante alimentar provisório na segunda instância, não terá devolução dos valores vencidos e pagos enquanto tramitar a ação, e só terá alterações daquele momento para o futuro, a contar da decisão de redução dos alimentos, sendo devidas as diferenças a maior que não liquidadas. Assim foi editada a conclusão 34 pelo Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal do Rio Grande do Sul, com o objetivo que irá retroagir apenas à data da citação dos alimentos definitivos, nunca provisórios.⁶⁹ Em contra partida, o acórdão do Tribunal Justiça de São Paulo, tendo como relator Yussef Cahali, disserta que os

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 553.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 554.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 556.

⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 366.

alimentos provisionais ou definitivos, uma vez prestados, não serão devolvidos.⁷⁰

O Código Civil de 1916, no seu artigo 404 vedava a renúncia dos alimentos, assim como a Súmula 379 do Superior Tribunal Federal que proibia a renúncia no caso de desquite.⁷¹ Os alimentos que decorram do poder familiar que sejam em favor de descendente menores são irrenunciáveis e seus representantes não podem abandonar a ação.⁷²

A Súmula 336 do Superior Tribunal de Justiça reconhece, à mulher, o direito à pensão previdenciária do ex-companheiro, mesmo sendo renunciado os alimentos na separação, com o término da separação.

2.4 OBRIGAÇÃO DOS PAIS EM PRESTAR ALIMENTOS

A dignidade da pessoa humana, deve ser compreendida com o devido valor constitucional supremo que agrega ao redor de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem que estão na Constituição Federal, dentre esses, talvez o mais importante é o direito à vida.⁷³

A obrigação de sustento é um ato unilateral, e sucumbe na relação paterno filial, que seria na vigência da sociedade conjugal, mais propriamente, uma obrigação de fazer do que uma obrigação de dar.⁷⁴

O direito natural dos rebentos de serem sustentados pelos genitores, estar estabelecido no artigo 1.695 do Código Civil, e só é considerado realizado diante

⁷⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 105.

⁷¹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 372.

⁷² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp: **896310 RS 2006/0210357-3**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Data de Julgamento: 05/02/2009. T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: 26/02/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2407522/recurso-especial-resp-896310?ref=serp>>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁷³ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos**, Comentários à Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008. 1. ed. Porto Alegre: Voxlegem. 2009. p. 58.

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 451.

da prestação do valor necessário à criação do rebento, não se findando por conseguinte, na simples prestação de um *quantum* realizado constantemente à título de pensão.⁷⁵

Os pais não devem alimentos enquanto o filho estiver sob o poder familiar, é uma obrigação que tem sua previsão na Constituição Federal, no seu artigo 229 onde expõe que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Esses deveres decorrem do poder familiar, com previsão no artigo 1.634 do Código Civil e artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, os alimentos não cessam automaticamente quando o alimentando atinge a maioridade civil com dezoito anos, devendo assim o alimentante, e se for o caso, requerer nos mesmos autos onde foram fixados ou acordados os alimentos a cessação da obrigação alimentar.⁷⁶

Vale salientar que a obrigação alimentar não se vincula ao poder familiar.

Importante acentuar a diferença entre sustento e alimentos, a obrigação de sustento é imposta para ambos os pais, é uma obrigação de fazer não vinculada à guarda. Geralmente o dever alimentar é imposto aquele que não detém a guarda, havendo assim a possibilidade de fixação ainda que os pais residem na mesma casa. No caso de guarda compartilhada, mesmo com a divisão equilibrada do tempo, o genitor que apresentar a melhor condição financeira, ainda sim poderá ser responsável por prestar alimentos.⁷⁷

Como já mencionado, a obrigação alimentar é recíproca conforme estabelecido no artigo 1.696 do Código Civil, essa reciprocidade eclode no momento em que cessa a menoridade. Contudo, leva-se em consideração os

⁷⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 451.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 570.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 570.

pressupostos da necessidade do alimentando e a capacidade do alimentante, em concordância com o artigo 1695 do Código Civil. Findado o adimplemento em uma obrigação de dar, onde se tem uma prestação contínua de um valor definido segundo aquelas possibilidades, não compreenderia necessariamente, as despesas com a educação.⁷⁸ Ou seja, mesmo havendo uma prestação periódica e com o fim dessa prestação, não significa que o genitor não teria mais responsabilidades, pois, mesmo findado a obrigação de dar, não abrange despesas relacionadas com a educação do rebento.

Existem duas teorias sobre o direito do nascituro, a primeira é a teoria concepcionista que reconhece o direito aos alimentos desde sua concepção, e a segunda a teoria natalista que condiciona esses direitos ao nascimento com vida.⁷⁹

A Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XXXV dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, a lesão ou ameaça de direito, ou seja, o nascituro terá acesso à justiça mesmo que seja por meio de terceiros, no caso seriam seus genitores.⁸⁰

Ainda sobre o nascituro, de acordo com o artigo 2º do Código Civil de 2002, a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida. Este preceito disserta que o nascimento ocorre quando o feto é separado do ventre materno. Contudo, é de extrema importância destacar que não basta apenas o fato do nascimento, mas é necessário que o recém nascido respire, que demonstre vida.

Outra interpretação seria que o nascituro mesmo sem ter nascido, para o direito é titular de direitos. O dever alimentar ao filho surge mesmo antes de seu

⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 452.

⁷⁹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 376.

⁸⁰ FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos**, Comentários à Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008. 1. ed. Porto Alegre: Voxlegem. 2009. p. 53.

nascimento, mesmo isso não sendo expresso no Código Civil, isso se dá porque a lei resguarda os direitos desse rebento, desde a concepção.⁸¹

É inegável a responsabilidade dos genitores desde a concepção, compreendendo assim também a obrigação alimentar.

A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça disserta que nos casos de ação investigatória de paternidade, a recusa do suposto pai a fazer o exame de DNA induz a confirmação de paternidade, diante disso a predisposição é de deferir alimentos provisórios. Se for o caso de ação investigatória de paternidade com alimentos, mesmo sendo após o nascimento, é indispensável à fixação dos alimentos desde a concepção. Não sendo necessário a comprovação de conhecimento por parte do réu em relação à gravidez ou se tinha o mesmo, negado-se a reconhecer o filho.⁸²

São garantidos alimentos gravídicos à gestante, para atender aos custos que decorrem da gravidez. Se for o caso, em que a gestante busque alimentos gravídicos, não cabe cumular pedido de alimentos ao nascituro. A genitora poderá optar por requerer que o pai atenda às despesas referentes à gravidez ou reivindicar alimentos para o nascituro.⁸³

Os alimentos gravídicos são devidos a partir do momento da concepção e não após a citação do réu. O juiz, portanto, deverá analisar os indícios da paternidade, convencendo-se ou não, e assim fixar os alimentos que perdurarão até o nascimento do rebento, arbitrando um equilíbrio para a fixação da verba alimentar, de acordo com a necessidade da parte autora e dos rendimentos de ambos genitores e não somente da parte ré, como estabelece o artigo 6º da lei

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 573.

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 574.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 574.

11.804/2008, até mesmo porque o artigo 2º no seu parágrafo único, dispõe que os alimentos gravídicos devem considerar a contribuição dada pela grávida.⁸⁴

Se eventualmente a genitora não tenha conhecimento de quem é o pai do rebento, não pode adentrar com a ação contra mais de um possível genitor, pois não há indícios de paternidade. Entretanto, se for o caso de violência sexual praticada por vários homens (dois ou mais), nesse fato poderá colocar todos como réus. Sendo formado um litisconsórcio passivo de natureza eventual. Ainda que não identificado a identidade do genitor, o dever alimentar deverá ser suprido por todos os réus da ação, de forma solidária.⁸⁵

Não se faz essencial prova de estado de necessidade da gestante para a concessão dos alimentos. Mesmo que o valor deva ser fixado de acordo com a possibilidade do alimentante, a obrigação não guarda proporcionalidade com seus ganhos, assim como no dever de alimentos ao filho, existindo um limite que seria as despesas decorrentes da gravidez. Além das prestações periódicas, poderão impor outros encargos determinados, como por exemplo, exames laboratoriais.⁸⁶

A paternidade de gestante casada com o réu será presumida, mesmo quando rompido o casamento e nas situações de inseminação artificial homóloga ou heteróloga se houver autorização do marido, também nos casos de uma preexistência de união estável.⁸⁷

⁸⁴ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 376.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 576.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 576.

⁸⁷ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 378.

Após o nascimento do filho, os alimentos se convertem em pensão alimentícia em benefício da criança. Poderá, portanto, ser fixado valores diversos dos alimentos gravídicos.⁸⁸

Caso ocorra o nascimento do rebento ou indeferido o pedido de alimentos provisórios, não irá, portanto, levar à extinção processual, pois a ação não perdeu seu objetivo, uma vez que a lei determina a conversão da obrigação em favor do recém nascido.⁸⁹

No caso de alguma interrupção na gravidez como o aborto espontâneo, a prestação será extinta, contudo, não havendo devolução ou restituição da quantia paga.⁹⁰

2.4.1 A representação do Ministério Público na ação de alimentos

Os menores de idade não podem interferir ou participar pessoalmente em processo, pois não conseguem responder por seus atos na vida cível, por não possuírem discernimento suficiente para tal.

No caso de incapazes, é obrigatória a participação do Ministério Público, devendo intervir no processo e atuando como fiscal da lei e como partícipe quando for de iniciativa do Ministério Público promover a ação em nome do incapaz.⁹¹

Essa intervenção será necessária em qualquer modalidade de ação alimentar relacionada ao menor, tanto de conhecimento para o arbitramento da pensão, como também na ação de revisão dos alimentos e na fase de execução.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 577.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 577.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 577.

⁹¹ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 379.

Ao Ministério Público será assegurado, a manifestação processual como *custos legis*.⁹²

O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais não disponíveis e fará a intervenção como fiscal da ordem jurídico no processo com incapazes.⁹³

Sobre essa atuação do Ministério Público, o artigo 22, inciso XIII da lei complementar 40 concede capacidade postulatória ao Ministério Público para a prestação de assistência jurídica aos desfavorecidos, no caso da localidade não ter serviço de assistência judiciária.⁹⁴

Já a Súmula 596 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que o Ministério Público tem a legitimidade para ajuizar a ação de alimentos em proveito do menor, independentemente da existência dos pais e do poder familiar, ou se o menor se encontrar em situação de risco descritas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, seus interesses estão acima de qualquer indagação.

3 A INSEMINAÇÃO CASEIRA, A RECUSA DOS GENITORES ATRAVÉS DE UM CONTRATO EM PRESTAR ALIMENTOS PARA O MENOR

O avanço científico possibilitou diversos progressos relacionado à reprodução humana, como a inseminação artificial heterológica e a homológica, por motivos relevantes, diversas famílias estão migrando para outro método que por vários depoimentos, mostrou-se eficaz.

⁹² MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 379.

⁹³ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 380.

⁹⁴ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019. p. 380.

3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL X FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

É considerável expor a diferença entre a inseminação artificial e a fertilização “in vitro”. Na inseminação artificial o sêmen recolhido do doador é introduzido no corpo da mulher no seu período de ovulação. Já na inseminação “in vitro” o sêmen do doador é colocado junto com o óvulo da mulher e é fertilizado fora do corpo feminino, após se tornar embrião, é colocado no útero da receptora.

Para a embriologia, embrião é a denominação dada ao ser humano durante as oito primeiras semanas do seu desenvolvimento. O conceito jurídico de embrião é diverso, pois para o direito, após a implantação no útero, o embrião passa a ser denominado nascituro.⁹⁵

No decurso do processo de inseminação “in vitro”, são concebidos vários embriões para a fertilização e diversos não são implantados no corpo feminino, esses embriões são denominados de excedentários.⁹⁶

Esses embriões que não foram implantados permanecem armazenados na clínica onde realizou-se a fertilização por um período de 3 (três) anos, de acordo com a determinação do Conselho Federal de Medicina, após esse tempo poderão ser doados para adoção e pesquisa ou serem descartados. O paciente, doador do sêmen, pode manifestar-se em favor dos embriões permanecerem congelados, mas consciente que se tornarão de sua exclusiva responsabilidade.⁹⁷

Há divergências referentes aos embriões excedentários que geram impasses acerca do direito de personalidade, tendo risco de serem conhecidos

⁹⁵ FENDRICH, Cyntia. **A vedação do patenteamento de embriões humanos: o respeito à ética, segurança e princípios.** Curitiba. Vol. 4. Nº 33. p. 336-352. 2013.

⁹⁶ FENDRICH, Cyntia. **A vedação do patenteamento de embriões humanos: o respeito à ética, segurança e princípios.** Curitiba. Vol. 4. Nº 33. p. 336- 352. 2013.

⁹⁷ FENDRICH, Cyntia. **A vedação do patenteamento de embriões humanos: o respeito à ética, segurança e princípios.** Curitiba. Vol. 4. Nº.33. p. 336-352. 2013.

como nascituros e sujeitos de direito.⁹⁸ Existem diversas correntes sobre o momento do início da personalidade jurídica. As principais são a concepcionista que acredita que a personalidade jurídica tem início no momento da concepção, outroassim tem a corrente natalista, que crê que a personalidade é adquirida com o nascimento com vida, por fim a nidação que condiciona a aquisição da personalidade à implantação do embrião no útero materno.⁹⁹

Diante do exposto sobre a fertilização *in vitro* e introduzindo no próximo tema da inseminação artificial que também pode ser chamada de reprodução assistida, e tem como significado, as diversas técnicas de interferência científica no meio do processo de reprodução natural, ou seja, aquele efetuado pelo ato sexual.¹⁰⁰

Entre os doutrinadores há divergências sobre essa possibilidade de regulamentação da reprodução assistida. Alguns afirmam que esse método pode ser utilizado como uma forma de terapia e não porque a pessoa deseja engravidar. Sendo assim, mulheres solteiras não poderiam usar desse método, afinal é de uso somente de pessoas com algum tipo de dificuldade ou deficiência para engravidar.

Por outro lado, há doutrinadores favoráveis que afirmam que a vontade de procriar é um anseio pessoal, íntimo e absoluto, o desejo de ter o próprio filho e a não inserção de um estranho no grupo familiar, até prova em contrário, é um

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 333.

⁹⁹ FENDRICH, Cyntia. **A vedação do patenteamento de embriões humanos: o respeito à ética, segurança e princípios**. Curitiba. Vol. 4. Nº 33. p. 336-352. 2013.

¹⁰⁰ **CNJ Enunciados**. Enunciado **105** da I Jornada de Direito Civil – Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>>. Acesso em: 10 out. de 2019.

direito absoluto que, no presente momento, nenhum legislador do mundo civilizado se arriscou a negar.¹⁰¹

Há um projeto com prioridade na Câmara dos Deputados, o PL 1184/2003 que trata sobre a regulamentação da inseminação artificial, a proibição da substituição com cobrança pecuniária (“barriga de aluguel”) e da clonagem radical, com autoria do Senado Federal.

A inseminação artificial se subdivide em duas categorias: heteróloga e homóloga, essenciais para a compreensão da modalidade em si.

A inseminação homóloga é a fecundação com materiais genéticos do próprio casal. A manipulação desses materiais permite a fecundação, substituindo a concepção natural, havida por meio da relação sexual. Esse método artificial se resulta da impossibilidade ou deficiência para procriar de um ou de ambos os cônjuges.¹⁰²

A presunção nessa modalidade homóloga é que o genitor do rebento concebido é o marido. Para afastar essa presunção é dever do marido provar que aquele sêmen não é o seu.

Além disso, existe a possibilidade da inseminação post mortem, onde o genitor armazena seu sêmen para uma futura procriação. É um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que ainda há países que não aceitam a prática do pós morte, como a Espanha, que proíbe expressamente em seu artigo 9 da lei nº 14/2006.

Para se submeter à inseminação artificial post mortem, ou seja, com o material do falecido, a mulher deve estar na condição de viúva e ainda ter

¹⁰¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais.1995. p. 139.

¹⁰² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 200.

autorização expressa do falecido para a utilização do material genético após sua morte, assim é exemplificado no enunciado 106 da I jornada de Direito Civil.¹⁰³

Ademais, a utilização do sêmen, que se encontra no banco de esperma, para inseminação artificial após a morte do companheiro, só poderá ser realizada com a anuência expressa do marido ainda em vida e até trezentos dias após o óbito, assim discorre o projeto de lei é o PL 7701/2010 que se encontra apensado ao PL 1184/2003 que tem como objeto de encerrar os litígios acerca do assunto.¹⁰⁴

Já a inseminação heteróloga é feita com um esperma de um doador que seja fértil, um terceiro. Nesse caso, segundo o código civil, se a mulher for casada e o marido haja concordado com o procedimento, será considerado o pai para fins legais.¹⁰⁵

O enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil dispõe que no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o uso de material biológico de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.¹⁰⁶

Há uma grande polêmica acerca da identidade genética prevista no art. 1, inc. III, da Constituição Federal. O artigo estabelece sobre a dignidade da pessoa

¹⁰³ **CNJ Enunciados**. Enunciado **106**. I Jornada de Direito Civil. Art. 1597, inc: III. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 10 out. de 2019.

¹⁰⁴ Brasília. Câmara dos Deputados. Projeto de lei N **7701**/2010. Dispõe sobre a utilização post mortem de sêmen do marido ou companheiro. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>. Acesso em: 11 out. de 2019.

¹⁰⁵ BRASIL. Código Civil. Art. 1597, V. 2002.

¹⁰⁶ **CNJ Enunciados**. Enunciado **104**, I Jornada de Direito Civil. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>> Acesso em: 10 out. de 2019.

humana, porém para o desenvolvimento da personalidade de uma pessoa, é necessário o conhecimento de sua ascendência, sendo um direito inerente à condição humana, indescritível e irrenunciável e se for necessário acarear o direito do adulto de preservar sua intimidade e o do filho em obter conhecimento da sua origem, deverá sobressair o interesse da criança.¹⁰⁷

Recentemente, uma paciente inconformada com o plano de saúde que usufruía recorreu ao Poder Judiciário para o plano de saúde custear o tratamento de inseminação artificial, pois a mesma tinha dificuldade para engravidar. O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou abusiva a cláusula contratual que excluía a reprodução assistida.

A operadora do plano de saúde então recorreu ao Superior Tribunal de Justiça. A relatora do Recurso Especial, Ministra Nancy Andrighi, ressaltou que na data que a paciente ingressou com a ação, no ano de 2016, estava em vigência a Resolução 387/2015 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Que segundo sua interpretação acerca da Lei 9.656/1998, a lei dos Planos de Saúde, o planejamento familiar seria um conjunto de ações de regulação da fecundidade que visa garantir direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal.

Todavia, destacou a ministra Nancy que a resolução também permite a exclusão de assistência à saúde a inseminação artificial, portanto, permitindo outros 150 procedimentos relacionados ao planejamento familiar. E esses pacientes têm garantido o acesso a outros métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, ser acompanhado por profissional habilitado e a realização de exames clínicos e diversos outros.

¹⁰⁷ GOZZO, Débora. **O direito fundamental × o direito fundamental à intimidade genética**, In: DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: RT- IBDFAM, 2009. p. 437-439.

Assim sendo, concluiu a relatora que não havia abusividade ou nulidade para ser declarada, e manteve a relação de consumo entre a recorrida e a operadora do plano de saúde, portanto, acolheu o recurso da operadora, afastando assim a obrigatoriedade de custeio de inseminação artificial ou fertilização “in vitro” por plano de saúde.¹⁰⁸

3.1.1 Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina na resolução 2168/2017 no subtópico IV sobre a doação de gametas e embriões, no número 2, dispõe que os doadores não devem reconhecer a identidade dos receptores e vice-versa, já o número 4 expressa que o sigilo da identidade dos doadores e dos receptores será mantido, apenas em situações excepcionais, por motivação médica, serão fornecidas informações exclusivamente para médicos sobre os doadores, preservando a identidade civil destes.¹⁰⁹

A resolução estabelece que a idade máxima para doação de gametas é de 35 anos para mulher e 50 anos para o homem.¹¹⁰

Na região onde fora realizada a inseminação, a clínica responsável pelo procedimento, irá manter um registro dos nascimentos para evitar que um(a)

¹⁰⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1795867 SP 2019/ 0032226**. Relator : Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento : 02 de Maio de 2019. T3 TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201795867>>. Acesso em: 25 de out. de 2019.

¹⁰⁹ **Resolução 2168**. Conselho Federal de Medicina. Brasília. 2017. P.5. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 07 nov. de 2019.

¹¹⁰ **Resolução 2168**. Conselho Federal de Medicina. Brasília. 2017. P.6. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 07 nov. de 2019.

doador(a) tenha gerado mais de duas gestações de bebês com sexo diferentes em uma área de um milhão de habitantes.¹¹¹

O que tem afugentado diversas mulheres interessadas no tratamento é o alto custo da inseminação artificial, o valor varia de localidade, também as características dos embriões, como olhos claros, cor da pele e textura do cabelo. Sabe-se que alguns hospitais públicos brasileiros realizam esse procedimento, a exemplo do Hospital Materno Infantil de Brasília (HMIB), contudo a fila de espera é extensa para tão poucas unidades existentes no país.

3.2 A INSEMINAÇÃO CASEIRA

A inseminação caseira é um método que está tomando proporções enormes, sendo divulgado nas mídias sociais, para casais com interesse de engravidar, porém sem condições de arcar com os custos de uma inseminação artificial e por conta do fácil acesso ao material necessário para o procedimento, optam assim pelo método caseiro. A maioria desses casais são formados por casais homossexuais e mulheres solteiras que tem o sonho de engravidar.

Boa parte do processo se dá por meio das mídias sociais, em grupos específicos para o assunto onde demonstram passo a passo de como fazer a autoinseminação e quais materiais se tornam necessários para procedimento. Os doadores exibem suas características físicas nesses grupos como altura, peso e descendência, cada doador tem sua própria maneira de agir, como por exemplo alguns vão até a receptora, pedindo apenas uma ajuda de custo e outros preferem que a mulher vá até seu encontro.

¹¹¹ **Resolução 2168.** Conselho Federal de Medicina. Brasília. 2017. p.6. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 07 nov. de 2019.

Como exposto, alguns doadores pedem ajuda de custo, para conseguir chegar ao encontro da interessada, como também alguns cobram pelo material genético.

Nesses grupos as mulheres escolhem o doador pelas características que desejam para seus filhos, como há uma escolha essas mulheres têm conhecimento da identidade desse doador, a maioria pede exames médicos para saber se a saúde do homem está em condições para doação, se não há doenças com pré-disposição hereditária.

No dia da doação, geralmente o doador e a mulher ficam em quartos separados, o doador ejacula o sêmen em um vidro esterilizado ou em um preservativo e imediatamente é levado para a receptora, que por meio de uma seringa, aplica-o o mais próximo possível do colo do útero e permanece em posição ginecológica por cerca de 30 minutos. É imprescindível que a mulher esteja no seu período de ovulação para obter sucesso na inseminação.

Há diversos relatos na internet de mulheres que afirmam ter engravidado por meio da reprodução caseira, assim foi o caso de Ingrid que relatou:

Descobri esse método depois que pesquisei no Facebook. Conheci o doador e combinei uma data com a esposa dele. Eu sempre quis um doador conhecido. Não queria que fosse algo anônimo. Biologicamente falando, ele é pai do meu filho e eu acho importante saber à identidade.¹¹²

Por ser homossexual optou pelo método, acreditando que seria a única maneira de conseguir engravidar. Após quatro tentativas, finalmente conseguiu a tão desejada gravidez. Mas também relatou que havia receio por sua parte, de contrair algum tipo de doença, mesmo diante dos exames apresentados pelos

¹¹² Ingrid. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras.** Entrevista para BBC News. Nov. 2017. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

doadores. A criança foi registrada no nome de Ingrid e do seu doador, que uma vez ao mês vai visitá-la.¹¹³

Questionada pelo motivo de querer revelar para o seu filho a identidade do doador, ela respondeu:

Ele vai crescer sabendo que tem pai. Quando meu filho tiver idade para entender, explicarei que ele foi gerado por meio de um método de inseminação caseira. Quero que ele saiba que foi um sonho realizado, no qual o pai dele e a esposa me ajudaram muito.¹¹⁴

Portanto, uma das grandes diferenças entre a inseminação artificial e a inseminação caseira é o não anonimato do doador, o conhecimento da receptora sobre a identidade do mesmo, e por esse motivo, tendo conhecimento todos esses dados e características é há uma escolha. Não havendo também qualquer controle acerca da doação do sêmen, podendo ocasionar diversos problemas futuros.

3.2.1 Risco à saúde pública e a proibição de comercialização de material biológico

A inseminação caseira traz diversos perigos para a saúde da mulher e do bebê.

Como foi citado anteriormente, o Conselho Federal de Medicina com a Resolução 2158/2017 tratou de sanar eventuais problemas em relação à procriação entre rebentos de um mesmo genitor, mas como a inseminação caseira não há qualquer controle sobre o doador, pode vir acontecer de esses

¹¹³ Ingrid. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras.** Entrevista para BBC News. Nov. 2017. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em: 11 out. 2019.

¹¹⁴ Ingrid. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras.** Entrevista para BBC News. Nov. 2017. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em: 11 out. 2019.

rebetos no futuro venham a namorar, sem o conhecimento de que são irmãos e se reproduzam, podendo o fruto da procriação nascer com má formação, por conta do genes familiar ser o mesmo.

Além do mais, esse doador pode eventualmente forjar exames médicos para provar estar saudável, a receptora acreditando está diante de uma pessoa íntegra e saudável, irá escolhe-lo como doador e seu futuro rebento poderá ter qualquer tipo de doença inesperada ou até a receptora contrair alguma doença.

A secretária-geral da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, a ginecologista Nilka Fernandes Donadio faz uma crítica ao procedimento:

Quando se pensa em inseminação, sabe que ela deve ser feita em laboratório e o sêmen deve passar por um processamento, que elimina fatores que podem trazer consequências graves à saúde da mulher. Na inseminação caseira, ela pode sofrer infecção no colo do útero ao injetar o sêmen por meio de uma seringa. Além disso, quem garante que os exames feitos pelo doador estão corretos? É difícil chancelar uma indicação para esse procedimento.¹¹⁵

Recentemente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) publicou uma nota acerca do tema:

Do ponto de vista biológico, o principal risco para as mulheres é a possibilidade de transmissão de doenças graves que poderão afetar a saúde da mãe e do bebê. Isso se dá devido à introdução no corpo da mulher de um material biológico sem triagem clínica ou social, que avalia os comportamentos de risco, viagens a áreas endêmicas e doenças pré-existentes no doador, bem como a ausência de triagem laboratorial para agentes infecciosos, como HIV, Hepatites B e C, Zika vírus e outros.

Apesar de ser uma escolha individual e não regulada é importante que as pessoas que estão cogitando esse tipo de procedimento para

¹¹⁵ DONADIO, Nilka. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras**. Entrevista para BBC News. Nov. 2017. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em: 10 out. 2019.

engravidar avaliem o risco e conversem com um profissional médico especializado em reprodução humana.¹¹⁶

Além disso, tem o manuseio do instrumento como espécuro, que é manipulado para espaçar as paredes da vagina, e tem a introdução de cateteres e outros instrumentos que podem trazer diversas ameaças para a saúde da genitora, ainda mais quando usado por pessoas sem qualquer tipo de conhecimento.

Conjuntamente por ser um ambiente aberto e sem qualquer preparo para o processo, pode ocorrer a contaminação por bactérias e fungos que estão presentes no local.¹¹⁷

Como o procedimento é realizado clandestinamente, a Anvisa e as agências de vigilâncias sanitárias não tem a possibilidade de fiscalizar para garantir que o processo seja livre de qualquer falha, como é averiguado nos casos de reprodução assistida realizada em clínicas credenciadas e de acordo com as regulamentações.

A presidente da Comissão de Biodireito e Bioética do IBDFAM, Marianna Chaves afirma, que a reprodução assistida é um método caro que nem todos têm condições para arcar, e esse sonho da maternidade ou paternidade não pertence apenas para pessoas ricas, aqueles economicamente mais vulneráveis também sonham com a parentalidade.¹¹⁸

¹¹⁶ **cuidados.** 06 de Abril de 2019. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados/219201>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹¹⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados.** 06 de Abril de 2019. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados/219201>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹¹⁸ CHAVES, Marianna. **TJPB reconhece dupla maternidade em caso de inseminação caseira.** Setembro. 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6765/TJPB+reconhece+dupla+maternidade+em+caso+de+%5C%E2%80%9Cinsemina%C3%A7%C3%A3o+caseira%5C>>. Acesso em: 26 de out. de 2019.

Marinna Chaves também afirma em conformidade com o que já foi exposto, o Sistema único de Saúde (SUS) oferece o procedimento gratuitamente, mas são poucos os centros para a realização do método da reprodução assistida e a fila é desmedida. Sendo assim na falta de capital para custear o tratamento na rede de saúde privada e na dificuldade em consegui-los através da rede de saúde pública, as pessoas se submetem a esse método da autoinseminação, que evidentemente não é a melhor escolha, ainda mais quando feitas com esperma de terceiros estranhos, sem fazer os adequados exames laboratoriais.¹¹⁹

E faz um complemento sobre:

Do mesmo jeito que homens e mulheres têm relações sexuais desprotegidas com pessoas que acabaram de conhecer, mulheres (mormente casais de lésbicas) podem conseguir por meio de encontros casuais, grupos de WhatsApp ou Facebook alguém que tope doar o seu sêmen, sem qualquer intuito de participação no projeto parental. Mais uma vez é importante lembrar que esse método não é o mais indicado, não por questões morais, mas por questões de saúde, como DSTs. Mas se for feito dessa maneira, não se pode chorar em cima do leite derramado e o Direito deve dar respostas a essas questões que surgem.¹²⁰

No mesmo sentido em entrevista a revista Crescer o ginecologista e obstetra Renato Tomioka afirma:

Pode haver a transmissão de várias doenças, entre elas, a infecção genital e a contaminação do sêmen por vírus como HIV, hepatites e zika, que podem comprometer a saúde da mãe e do futuro bebê. Além disso, podem ocorrer traumatismos vaginais, devido à manipulação inadequada dos materiais.

¹¹⁹ CHAVES, Marianna. **TJPB reconhece dupla maternidade em caso de inseminação caseira**. Setembro. 2019. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6765/TJPB+reconhece+dupla+maternidade+em+caso+de+%5C%E2%80%9Cinsemina%C3%A7%C3%A3o+caseira%5C>>. Acesso em: 26 de out. de 2019.

¹²⁰ CHAVES, Marianna. **TJPB reconhece dupla maternidade em caso de inseminação caseira**. Setembro. 2019. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6765/TJPB+reconhece+dupla+maternidade+em+caso+de+%5C%E2%80%9Cinsemina%C3%A7%C3%A3o+caseira%5C>>. Acesso em: 26 de out. de 2019.

É perceptível diante de todo o apresentado que a inseminação caseira por diversos motivos pode trazer riscos a saúde da mulher e do futuro bebê, pois para a realização da reprodução assistida em laboratório, leva-se em consideração a existência de todo um aparato para a prática. Sendo esse ambiente adequado para a realização e a não contaminação do sêmen que irá ser introduzido, como também o procedimento é feito por um profissional instruído para que o processo seja realizado de modo correto e sem prejudicar a saúde da mulher.

Além disso, é de extrema importância salientar que a Constituição Federal de 1988 veda a possibilidade de comercialização de material genético no seu artigo 199 § 4º, sendo assim diversos contribuintes da reprodução caseira que estão cobrando valores para a utilização do seu sêmen, estão violando diretamente tal artigo.

3.3 A INVOLABILIDADE DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS DO REBENTO CONCEBIDO PELO MÉTODO DA INSEMINAÇÃO CASEIRA

Os genitores estão estabelecendo um contrato no qual um deles, (podendo o doador do sêmen no caso de doação para mulheres, ou, a geradora no caso de empréstimo de barriga) abre mão de todos os direitos referentes ao filho, e esse contrato muitas das vezes é feito em cartório. O (a) genitor (a) através desse contrato renuncia o direito do filho aos alimentos.

E Como foi dito anteriormente, os alimentos têm caráter personalíssimo, ou seja, estes direitos não podem ser transferidos para outrem, uma vez que o objeto é preservar a vida.

Já há casos que o doador tem esse contrato pronto para as futuras receptoras assinarem e não haver quaisquer responsabilidades futuras, uma vez

que a maioria das vezes o doador já engravidou diversas mulheres e tem medo de ser responsabilizado por todos esses filhos.

Obviamente que esse documento pode ser contestado judicialmente, caso um dos dois genitores resolvam requerer a paternidade e os alimentos. Isso se dá, pois, não há nenhuma legislação pertinente acerca da temática. Portanto entre um documento e os direitos da criança, deve prevalecer os direitos da criança.

Também há existência de doadores que até fazem o registro da criança, apenas para constar o nome na certidão de nascimento, sem ter qualquer tipo de vínculo afetivo.

Há um Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que o genitor foi condenado ao pagamento dos alimentos e ao reconhecimento da paternidade que ficou comprovada através do exame de D.N.A, porém esse caso tem uma peculiaridade, posto que o genitor conviveu com a criança, levando-a para passeios, viagens e contribuindo no seu sustento, desde a data do nascimento até os sete anos de idade dela. Após esse período negou-se a conviver ou custear alimentos. Após maioridade, a jovem inconformada com a atitude do genitor, resolveu contestar a paternidade e os alimentos, já que sua genitora optou por não reivindicar os direitos da filha. Foi reconhecida a paternidade e o direito aos alimentos.¹²¹

Dessarte, por ser um direito personalíssimo e indisponível da pessoa, o recebimento da verba alimentar não pode ser renunciada ou recusada ao pagamento por qualquer dos genitores.¹²²

¹²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp **1283659 PR 2018/0095605-6**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de julgamento: 05 de Abril de 2019. T3 TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: 07 de Maio de 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=1283659&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 de out. de 2019

¹²² BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AI: **40140127820188240000**. Relator: Jairo Fernandes Gonçalves. Data de julgamento: 04 de jun. de 2019. QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.

Assim prescreve o artigo 1.707 do Código Civil que pode o credor não exercer, mas lhe é vedado fazer a renúncia do direito aos alimentos, pois o crédito é insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Favoráveis ao direito do menor exequente foram as decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Havendo conflito de interesses entre a genitora e o menor exequente, torna-se necessária a nomeação de curador especial, de modo à atender e proteger os interesses da incapaz. Sobretudo, quando se tratar de débito alimentar. [...] Os alimentos têm natureza personalíssima e destinam-se, assim, ao sustento exclusivo dos alimentandos, únicos beneficiários da pensão estabelecida, razão pela qual, por se tratar de direito indisponível, não pode o detentor da guarda dos menores desistir da ação de execução de alimentos intentada contra o genitor.¹²³

E ainda:

A representante legal do menor encontra, no Código Civil, expressa vedação para renunciar aos alimentos devidos à criança, constituindo-se tal liberalidade em escancarada afronta ao art. 1.707 do aludido Diploma.¹²⁴

No mesmo sentido se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo acerca dos alimentos pretéritos:

Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/718365326/agravo-de-instrumento-ai-40140127820188240000-gaspar-4014012-7820188240000/inteiro-teor-718365396?ref=juris-tabs> > Acesso em: 25 de out. de 2019.

¹²³ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AI: 40140127820188240000**. Relator: Jairo Fernandes Gonçalves. Data de julgamento: 04 de jun. de 2019. QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/718365326/agravo-de-instrumento-ai-40140127820188240000-gaspar-4014012-7820188240000/inteiro-teor-718365396?ref=juris-tabs> > Acesso em: 25 de out. de 2019.

¹²⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível 0010822-18.2014.8.24.0033**. Relator: Desembargador Cesar Abreu. Data de julgamento: 29 de jun. de 2017. QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474191669/apelacao-civel-ac-108221820148240033-itajai-0010822-1820148240033/inteiro-teor-474191719?ref=juris-tabs> > Acesso em: 25 de out. de 2019.

Incontestável ainda, que descabe a alegação de possibilidade de renúncia de valores pretéritos, quando a referida renúncia está sendo elaborada por representante legal e não pelo alimentado, que em hipótese alguma pode lançar mão de algo que não lhe pertence.¹²⁵

Portanto, analisando as jurisprudências acima expostas, é perceptível de que deverá sobressair sempre o interesse do menor, não cabendo aos genitores recusar-se ao recebimento da prestação de alimentos.

Sendo assim, não há qualquer validade o negócio jurídico feito entre as partes, por não haver qualquer tipo de regulamentação acerca da temática, e também pelo direito a verba alimentar como anteriormente mencionado ser personalíssimo e indisponível do filho, cabendo apenas a ele à decisão de renúncia.

No entanto, enquanto não houver um posicionamento do legislador acerca do tema, a prática da inseminação caseira continuará sendo realizada pelos interessados e podendo ocasionar futuramente diversos impasses referentes ao tratado durante este trabalho e com difíceis resoluções.

CONCLUSÃO

No Brasil, a reprodução assistida tornou-se popular por ofertar a oportunidade às mulheres que têm o sonho da maternidade, através de dois métodos isso é possível, a inseminação artificial e a fertilização in vitro, porém o alto custo para esses procedimentos desmotivava algumas dessas famílias que não tem condições financeiras para arcar com esses valores elevados.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AI 20642167720168260000 SP 2064216-7720168260000**. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Data de Julgamento: 30 de Jun. de 2016. SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/356966401/agravo-de-instrumento-ai-20642167720168260000-sp-2064216-7720168260000/inteiro-teor-356966423?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 de Outubro de 2019.

O trabalho permitiu concluir que a maior parte das pessoas interessadas no procedimento de inseminação se dá pela falta de recursos, consideraram na inseminação caseira a oportunidade de realizar o sonho da maternidade ou paternidade. Uma boa parte dos interessados é formado por casais homoafetivos e mulheres solteiras e uma pequena porcentagem por casais heterossexuais.

Como abordado, o valor descomedido impossibilita várias mulheres e homens de executar esse procedimento, com isso aflora o interesse pela inseminação artificial caseira, tornando-a cada dia mais afamada.

O ato é praticado com uma seringa no qual o doador, ejacula seu sêmen em um vidro esterilizado ou em um preservativo e a receptora colhe esse material genético com uma seringa e injeta o mais próximo possível do colo do útero.

Após a concepção ou até mesmo antes do ato realizar-se ambos os genitores fazem um contrato podendo ser verbal ou escrito, no qual renunciam o direito aos alimentos em representação ao menor.

Os alimentos não é direito da genitora e sim da criança. Os alimentos têm como característica o direito personalíssimo, os quais são irrenunciáveis e intransmissíveis, ou seja, não é passível de renúncia por parte dos genitores por ser um direito indisponível, como foi apresentado no segundo capítulo desta monografia. Em diversos casos os genitores que optam por esse contrato desejam maternidade solo ou com seus respectivos parceiros.

Ao mesmo tempo, o doador do material genético para a realização do procedimento da inseminação artificial caseira, ofertou seu material para diversas mulheres, sendo assim, se todas essas mulheres que conseguiram engravidar fossem por representação reivindicar os alimentos do rebento, ou até mesmo, se um terceiro como o Ministério Público fizesse essa reivindicação, esse

doador não teria a possibilidade de prover alimentos para todas as crianças, ou até conseguiria prover, mas não o suficiente para o sustento.

Porém, um terceiro que não tem a possibilidade de expor seus interesses está sendo prejudicado.

Os contratos verbais e escritos feitos pelas partes é passível de questionamento sobre sua validade no âmbito jurídico, portanto posteriormente a criança pode contestar esses alimentos e esses genitores serão obrigados a cumprirem com a prestação, pois não há regulamentação que o escuse.

O Agravo em Recurso Especial nº 1.283.659 – PR (2018/0095605-6) foi à primeira decisão de um órgão de instância superior acerca do tema da inseminação artificial caseira, publicado no dia 09 de Abril de 2019, o Superior Tribunal de Justiça se mostrou favorável a autora que reivindicava a paternidade e a verba alimentar do seu genitor, apesar do réu ter alegado que foi um caso de inseminação artificial caseira, alegando que no dia da concepção da autora seu material genético foi inseminado em diversas mulheres.

Através do exposto nesta monografia e considerando os objetivos específicos traçados foi possível concluir que contrato feito entre as partes é inválido, pois há nulidades existentes nesse negócio jurídico, que gera essa invalidade. Não se é admissível renunciar um direito de terceiro que neste caso específico é o direito aos alimentos do menor.

Dessa forma, o propósito não é criminalizar a prática da inseminação artificial caseira e sim alertar ao legislador, a necessidade de regulamentação para esse método, que vem tomando enormes proporções e gerando incertezas acerca dos efeitos jurídicos sobre a prestação da verba alimentos.

REFERÊNCIAS

ABREU, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1997. n. 69.

ANDRIGHI, Fátima. **Validade dos negócios jurídicos**. Palestra proferida para a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Brasília. Palestra digitada. Brasília. Jun. 1993.

ANDRIGHI, Fátima. **Invalidade do negócio jurídico e a correspondente natureza eficaz da sentença**. III Semana de Altos Estudos, promovida pela Escola Nacional da Magistratura, em Salvador . Bahia. Nov. 1993.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados**. 06 de Abril de 2019. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados/219201>.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 2002

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Nº 57. v. III. Coimbra. 1970. BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. 2002.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AI: 40140127820188240000**. Relator: Jairo Fernandes Gonçalves. Data de julgamento: 04 de jun. de 2019. QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/718365326/agravo-de-instrumento-ai-40140127820188240000-gaspar-4014012-7820188240000/inteiro-teor-718365396?ref=juris-tabs> >.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível 0010822-18.2014.8.24.0033**. Relator: Desembargador Cesar Abreu. Data de julgamento: 29 de jun. de 2017. QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474191669/apelacao-civel-ac-108221820148240033-itajai-0010822-1820148240033/inteiro-teor-474191719?ref=juris-tabs>> Acesso em: 25 de out. de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AI 20642167720168260000 SP 2064216-7720168260000**. Relator: José Rubens Queiroz Gomes. Data de Julgamento: 30 de Jun. de 2016. SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/356966401/agravo-de-instrumento-ai-20642167720168260000-sp-2064216-7720168260000/inteiro-teor-356966423?ref=juris-tabs>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RE repercussão geral: 888.815** Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento : 12 de Set. de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp **1283659 PR 2018/0095605-6**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de julgamento: 05 de Abril de 2019. T3 TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: 07 de Maio de 2019.

Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=1283659&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1795867 SP 2019/ 0032226**. Relator : Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento : 02 de Maio de 2019. T3 TERCEIRA TURMA. Disponível em: <

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201795867>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp: **896310 RS 2006/0210357-3**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Data de Julgamento: 05/02/2009. T4 - QUARTA TURMA. Data de Publicação: 26/02/2009. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2407522/recurso-especial-resp-896310?ref=serp>>.

Brasília. Câmara dos Deputados. Projeto de lei N **7701/2010**. Dispõe sobre a utilização post mortem de sêmen do marido ou companheiro. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

CHAVES, Marianna. **TJPB reconhece dupla maternidade em caso de inseminação caseira**. Setembro. 2019. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6765/TJPB+reconhece+dupla+maternidade+em+caso+de+%5C%E2%80%9Cinsemina%C3%A7%C3%A3o+caseira%5C>>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

DONADIO, Nilka. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras**. Entrevista para BBC News. Nov. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>.

Enunciado **104**, I Jornada de Direito Civil. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>>.

Enunciado **105** da I Jornada de Direito Civil – Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>>.

Enunciado **106**. I Jornada de Direito Civil. Art. 1597, inc: III. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 10 out. de 2019.

FENDRICH, Cyntia. **A vedação do patenteamento de embriões humanos: o respeito à ética, segurança e princípios**. Curitiba. Vol. 4. Nº 33. 2013.

Francisco Amaral, **Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos**, Comentários à Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008. 1. ed. Porto Alegre: Voxlegem. 2009.

GAGLIANO, Pablo: PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte geral 1**. 16. ed. São Paulo. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 6: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2010.

GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOZZO, Débora. **O direito fundamental × o direito fundamental à intimidade genética**, In: DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: RT- IBDFAM, 2009.

Ingrid. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras**. Entrevista para BBC News. Nov. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>.

Júnior, Humberto Theodoro. **Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão.** Revista da EMERJ. Nº 20. Rio de Janeiro. Vol. 5. 2002.

Júnior, Humberto Theodoro. **Dos efeitos do negócio jurídico no novo Código Civil.** Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 40, p. 91-123, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1215>>.

Júnior, Humberto Theodoro. **Dos efeitos do negócio jurídico no novo Código Civil.** Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 40, p. 91-123, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1215>>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais.1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família.** 2. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral,** vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Negócio Jurídico. Portal Educação. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/negocio-juridico/20095>>.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Parte Geral,** 12. ed. 1981.

Resolução 2168. Conselho Federal de Medicina. Brasília. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito Civil.** Vol. Único. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile.** 38. ed., Padova: CEDAM. Nº 81. 1998.

VELOSO, Zeno. **Fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico.** Revista de informação legislativa. Nº 25. Brasília. Vol. 32. p. 87-95. Março, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões.** 19 ed. São Paulo: Atlas. 2019.

A PLEA BARGAINING E A SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vitor Hugo Fernandes Alecrim (Orientador: Prof. Me. Fábio Luiz Bragança

Ferreira)

RESUMO: A presente monografia tem como objetivo tratar sobre o instituto de acordo penal, de tradição do *commom law*, amplamente utilizado nos Estados Unidos denominado de *plea bargaining*, fazendo um estudo apurado, dentro dos limites deste trabalho, do que ele se trata e de suas principais características. Esse exame faz-se necessário diante das propostas de introdução de barganhas penais no Brasil semelhante ao adotado no ordenamento jurídico norte-americano. Ocorre que parte da doutrina brasileira critica profundamente a *plea bargain* estadunidense do modo como é pensada e aplicada, alegando ser contrária a um pensamento de Estado Democrático de Direito e de um sistema processual penal garantista. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica pertinente ao tema, é possível verificar que a importação do referido instituto não é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e a sua ideia e aplicação não afrontam os direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por fim, espera-se que a breve pesquisa colabore com o fenômeno estudado que pode trazer grandes colaborações para um processo penal brasileiro ainda marcado pelo pensamento inquisitorial e ainda não adequado a concepção acusatória de processo firmado pela Carta Magna pátria.

Palavras-chave: Plea bargaining. Acordos penais. Justiça penal negocial. Civil Law. Commom Law.

ABSTRACT: The present monograph aims to deal with the institute of criminal agreement, of commom law tradition, widely used in the United States called plea bargaining, making an accurate study, within the limits of this work, what it is about and its main features. This examination is necessary in the face of proposals for the introduction of criminal bargains in Brazil similar to that adopted in the US legal order. It happens that part of the Brazilian doctrine deeply criticizes the US plea Bargain of the way it is thought and applied, claiming to be contrary to a democratic state thought of law and a guarantor criminal procedural system. Using bibliographic research pertinent to the theme, it is possible to verify that the importation of the institute is not incompatible with the Brazilian legal system and its idea and application do not conflict with the fundamental rights and guarantees of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Finally, it is expected that the short research collaborates with the studied phenomenon that can bring great collaboration to a Brazilian criminal

process still marked by inquisitorial thought and not yet adequate the accusatory conception of process signed by the Charter Magna Patria.

Keywords: Plea bargaining. Criminal agreements. Criminal justice negotiations. Civil law. Common law.

INTRODUÇÃO

A *plea bargaining* é um instituto jurídico rodeado de muitas polêmicas na comunidade jurídica brasileira, vez que a admissão de culpa por parte do acusado, causa espantos para os mais garantistas. Por outro lado, muitos a defendem por entender ser de grande valia o seu uso no sistema processual brasileiro, tendo em vista que estamos vivendo tempos de altos índices de criminalidade e de um Poder Judiciário criticado por sua lentidão na resposta penal, devido à alta demanda a qual é exposto.

Não diferente este foi o cenário de dificuldades na política criminal que motivou os Estados Unidos e vários países europeus a adotarem em seus ordenamentos, modelos de declaração de culpa, para tornarem mais eficientes os seus sistemas processuais penais.

Não por fora dos enfrentamentos encontrados no âmbito penal ao redor do mundo, no Brasil apresentam-se novas soluções com propostas de acordos penais como o projeto de Lei do Senado 156/2009 de reforma do Código de Processo Penal que prevê um rito abreviado de persecução penal e, mais recentemente, o pacote de medidas 'anticrime' do Senhor Ministro da Justiça e Segurança Público do Brasil, Sergio Fernando Moro, o qual propõe acordo de não persecução penal e de aplicação imediata da pena, introduzindo dispositivos na legislação brasileira vigente. Todos estes acordos têm pelo menos um requisito em comum: a tão controvertida confissão do imputado, criticada acirradamente por parte da doutrina brasileira.

Ao se deparar, preliminarmente, com a tradição jurídica do ordenamento jurídico nacional, qual seja, o *civil law*, bem como outras características que o identifica, além dos princípios e normas que lhe dão norte, apresenta-se uma incompatibilidade e até mesmo inconstitucionalidade da importação e aplicação da *plea bargaining* no sistema processual penal brasileiro.

Por tais razões, denota-se a relevância social, de política criminal, porém, sobretudo, jurídica, do tema abordado na presente monografia.

De forma a tornar o tema mais compreensivo, entende-se importante, no primeiro capítulo, realizar uma breve análise sobre a *plea bargaining*, demonstrando brevemente o seu contexto histórico, o conceito apontado pela doutrina, as modalidades encontradas, o procedimento determinado pelas normas para a sua aplicação e os apontamentos tanto negativos como positivos dos especialistas do tema estudado no presente trabalho. Longe de posições políticas ou ideológicas, ao se debruçar sobre um tema de grande relevância e de sistema jurídico estrangeiro ao adotado no Brasil, faz-se necessário uma análise puramente jurídica frente aos desafios lançados pela possível introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Em sequência, no segundo capítulo, demonstrar-se-á que a ideia de justiça negocial penal já não é tão nova ou inédita na legislação brasileira, visto que com o advento da Lei 9.099/1995 que cuida dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, bem como da Lei 12.850/2013 que trata das organizações criminosas, entre outras, foram introduzidos no Brasil, modelos de barganha e de consenso processuais criminais, os quais relembram a *plea bargaining* estadunidense e de outras espécies aplicadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, realizar-se-á um essencial exame das novas propostas de barganhas penais que pretendem serem lançadas tanto por iniciativa do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo brasileiro

diante dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como dos princípios e regras legais regentes do processo penal brasileiro.

1 O INSTITUTO DA *PLEA BARGAINING*

O Direito não é uma ciência engessada, estagnada ou de fórmulas concretas, ao contrário, é uma ciência que está em constantes mudanças e evolução, a qual acompanha a sociedade e se amolda conforme a época que está inserido. Quando se estuda um instituto, como o do presente trabalho científico, há que se observar o contexto histórico no qual foi criado, o(s) motivo(s) de sua criação, o seu conceito, a sua finalidade e as suas características. E é este o objetivo do presente capítulo, num primeiro momento nessa obra.

1.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

De modo geral, não há um consenso de quando teria surgido o instituto da *plea bargaining*. Alguns afirmam que isto ocorreu “apenas no século XIX, condenando-o como uma invenção de um sistema criminal corrompido”, afirma Alves¹. Doutro lado, continua: “os partidários do instituto afirmam que suas raízes históricas são longínquas, existindo já nas sociedades tribais punitivas”².

Contudo, o surgimento mais concreto da *plea bargaining* se dá na Inglaterra, nascendo praticamente com o direito anglo-saxão ou também chamado de sistema do *commom law*. O que se torna curioso é o fato de que havia certa resistência no começo à confissão. Por volta de 1680 (século XVII), na Inglaterra, mesmo diante de uma confissão de culpa (*guilty plea*), o tribunal

¹ ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 225.

² ALVES, op. cit., p. 225.

submetia o acusado a julgamento formal e não era feito o registro imediato da confissão realizada³.

De modo a ilustrar tal fato, vale a pena citar o caso de Stephen Wright, em meados do século XVIII, no ano de 1743 na Inglaterra, narrado na obra de Albert Alschuler, *Plea bargaining and its history* e, resumido nas palavras de Alves⁴:

Há registros de que, em meados do século XVIII, a corte inglesa ainda era recalcitrante em admitir a confissão. Exemplo disso foi o caso de Stephen Wright (1743), que se declarou culpado por roubo e expressou o desejo de que fosse comutada a pena de morte. Em resposta, o tribunal informou que, justamente ao contrário do pretendido, não poderia considerar qualquer circunstância favorável, a menos que o acusado concordasse em ir a julgamento. Wright então se rendeu ao conselho da corte.

Observa-se, portanto, que mesmo nos países de tradição do *commom law*, como o Reino Unido, houve certa hesitação no recebimento da confissão feita pelo o acusado, demonstrando ser um instituto de considerável grau de desconfiança inicialmente para os sistemas que não estão habituados a aplica-lo.

No começo do século XIX, Jeremy Bentham fez críticas ao costume judicial de nortear o acusado a se retratar da confissão, contudo, defendeu a abolição das confissões de culpa, propondo a sua substituição por um exame mais rigoroso e cuidadoso do caso, com o intuito de “proteger o acusado de uma condenação indevida, provocado por sua própria imbecilidade e imprudência”⁵.

Entretanto, a resistência inicial a possibilidade de confissão do acusado não ficou restrito a Inglaterra, também pode se observar tal fato no direito

³ ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico.** Disponível em:<https://www.academia.edu/34491102/Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e_breve_historico?auto=download>Acesso em: 09/10/2019.

⁴ ALVES, op. cit., p. 225.

⁵ ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal.** 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 225.

estadunidense. No ano de 1804, em Massachussetts, um homem foi acusado de estuprar e matar uma adolescente de 13 anos a pedradas, jogando o seu corpo na água. Quando ele confessou e admitiu ter praticado tais atos, a corte o informou de que não estava sob a obrigação legal ou moral de afirmar a sua culpa, tendo o direito de negar todas as acusações, deixando ao Estado a incumbência de produzir provas da acusação.

Diante da negativa do réu, o tribunal lhe concedeu um prazo para que reconsiderasse sua confissão. Ao retornar ao tribunal, o homem insistiu na confissão. Por fim, o juiz ao constatar que o acusado não foi induzido pelos os agentes do Estado a confessar e que o fez voluntariamente, admitiu e registrou sua confissão⁶.

Esta cautela excessiva dos tribunais inicialmente quanto à confissão do acusado se torna até justificável por várias questões. Mas cabe destacar alguns pontos relevantes, um deles é o fato de que naquela época “a pena capital era a sanção obrigatória cominada aos crimes mais graves, os chamados *felonies*. Uma confissão nessas circunstâncias, portanto, significava a morte ou, para utilizar a expressão de George Fischer, um verdadeiro ‘suicídio judicial’.”⁷.

Outro ponto relevante era que na época os acusados não eram acompanhados de advogado. Isto, aliado ao fato de que a maioria dos crimes eram punidos com morte, o ato da confissão se tornava um ato suicida, o que causava muito desconforto em sua admissão pelos tribunais⁸.

⁶ ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico.** Disponível em:<https://www.academia.edu/34491102/Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e_breve_historico?auto=download>Acesso em: 09/10/2019.

⁷ ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico.** Disponível em:<https://www.academia.edu/34491102/Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e_breve_historico?auto=download>Acesso em: 09/10/2019.

⁸ ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal.** 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 226.

Em sua obra, Pedro Soares de Albergaria⁹, discorre muito bem sobre as razões da relutância dos tribunais:

Em primeiro lugar, a extrema debilidade da posição do arguido em matéria de garantias de defesa (não tinha defensor, não apresentava testemunhas e era interrogado directamente pelo prosecutor) levava a que os tribunais como que “compensassem” esse défice com o desencorajamento da confissão, com a protecção do próprio arguido contra a sua 'imbecilidade e imprudência'. Depois, para esses mesmos tribunais a declaração de culpa contingente de um aligeiramento da sanção deveria equiparar-se à confissão sob a ameaça de um mal, isto é, não era tida como livre. Por fim, mas talvez com mais importância, a *guilty plea* era desencorajada em virtude da extrema severidade e rigidez das penas: “se se pensar que a pena de morte ou o *maiming* (isto é, a mutilação) representavam para os crimes de *felonies* a regra e que ainda na primeira metade de oitocentos a *capital penalty* era a sanção normalmente aplicada a não menos do que 200 tipos de crime, sem relação alguma com a gravidade da ofensa, não há dificuldade em compreender, num sistema de *allor nothing sanctions*, a relutância dos tribunais em acolher uma prova como a confissão, que as mais das vezes poderia levar à morte do condenado.

O primeiro registro da *plea bargaining* nos relatórios das cortes de apelação ocorreu logo após a Guerra Civil americana, em 1865, no estado de Tennessee, quando um acusado confessou dois crimes de jogo ilegal. A promotoria, em troca, retirou outras oito acusações semelhantes¹⁰.

A expansão da *plea bargaining* causou muitas críticas daqueles que não eram adeptos a tal instituto. No ano de 1877 a Suprema Corte de Wisconsin tratou esse tipo de acordo como “difícil ou impossível de se distinguir de uma venda direta da justiça”¹¹. Acrescentou ainda que “tal tipo de barganha não poderia ser admitida em qualquer tribunal que não quisesse abdicar

⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 28.

¹⁰ ALVES, op. cit., p. 226.

¹¹ ALVES, op. cit., p. 226.

amplamente de suas funções”¹². Seguindo a linha de preocupação e desconfiança, a Suprema Corte de Louisiana sinalizou para a “possibilidade de erro judicial e com a admissão de culpa por inocentes que pensassem que seriam condenados”¹³.

Contudo, apesar da resistência inicial da aplicação dos acordos de confissão, a partir do final do século XIX e início do século XX houve uma reviravolta nessa situação. Inúmeros foram os motivos para tal mudança, principalmente para os personagens componentes do sistema penal à época, cabendo abordar alguns mais importantes.

No caso da acusação, com o aumento da prática de infrações penais e, conseqüentemente, o aumento no número de processos criminais, elevou-se também a carga de trabalho, fora as atribuições dos promotores com outras atividades. O sucesso dos acordos de barganha celebrados aumentavam o índice de condenações e o prestígio destes profissionais¹⁴.

Em relação à defesa, com a possibilidade de barganha, não havia a necessidade de suportar com um processo longo e custoso, ademais, como a fixação de honorários advocatícios é feita logo no início da instrução processual, acabava sendo vantajoso¹⁵.

Para o acusado, através da *plea bargaining*, ele tinha maior previsibilidade da pena e o mais importante, uma sanção mais branda caso viesse ser condenado num processo julgado pelo júri¹⁶.

¹² ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 226.

¹³ ALVES, op. cit., p. 226.

¹⁴ ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico**. Disponível em: <https://www.academia.edu/34491102/Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e_breve_historico?auto=download> Acesso em: 09/10/2019.

¹⁵ ISMAEL, op. cit.

¹⁶ ISMAEL, op. cit.

E por fim, os magistrados que inicialmente eram relutantes nesses tipos de acordos, acabaram visualizando maior vantagem nestes, pois os *agreements* tornaram mais rápida a solução dos processos criminais¹⁷.

A *plea bargaining* foi ganhando força e crescendo cada vez mais no sistema processual penal dos Estados Unidos. No ano de 1967, “a American Bar Association (ABA) aceitou o instituto, afirmando que era benéfico ao sistema”¹⁸.

Já em 1971, a Suprema Corte americana no caso *Santobello v. New York*, rejeitando as alegações de inconstitucionalidade da *plea bargaining*, considerou como um componente essencial da administração da justiça¹⁹.

Atualmente, tamanha é a importância do instituto no direito estadunidense que de acordo com Bisharat, “(A) quase totalidade dos processos criminais nos Estados Unidos, mais do que 90% deles, é resolvida não por uma disputa adversarial, mas por uma negociação cooperativa, conhecida como *plea bargaining*.”²⁰.

1.2 CONCEITO E MODALIDADES

Visto o breve contexto histórico do instituto e a sua evolução de resistido para se tornar essencial ao sistema de justiça penal nos Estados Unidos, segundo a Suprema Corte, cabe agora se debruçar do que se trata realmente a *plea bargaining*.

¹⁷ ISMAEL, op. cit.

¹⁸ ALVES, op. cit., p. 227.

¹⁹ ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico.** Disponível em: <https://www.academia.edu/34491102/Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e_breve_historico?auto=download> Acesso em: 09/10/2019.

²⁰ BISHARAT, George E. The plea bargaining machine. Tradução de Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho, Gabriel G. S. Lima de Almeida. **CONFLUÊNCIAS | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Vol. 17, nº 2, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.uff.br/confluencias/article/download/34494/19897>> Acesso em: 09/10/2019.

A *plea bargaining* ou também comumente chamado de *plea bargain*, nas palavras de Bisharat, “num sentido mais amplo, significa uma negociação entre as partes, o acusador e a defesa, que tem como objetivo encerrar o caso sem um julgamento, mediante uma declaração de culpa aceita por todas as partes”²¹.

Em outro sentido, Alves²² conceitua:

Plea bargaining é o acordo entabulado entre a acusação e o réu, por meio do qual este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor, como o reconhecimento de um crime menos grave, a retirada de uma ou mais infrações imputadas ou a recomendação ao magistrado para a aplicação de uma sanção menos severa, evitando-se o processo.

Esse conceito está muito próximo do que Albergaria²³ explica, de forma claríssima, o que é esse tipo de acordo:

(A) negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).

Verifica-se que há uma liberdade muito grande entre as partes, acusação e defesa, nesse tipo de acordo, algo que para países de sistemas de direito mais formal, como é o caso do Brasil, que segue a linha do *civil law*, chega a ser um pouco espantoso.

Nota-se também que de certa forma o acusado abre mão de alguns direitos como de ser julgado pelo júri, de não autoincriminação, de permanecer calado

²¹ BISHARAT, op. cit.

²² ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 227.

²³ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

diante das acusações etc. Contudo, como bem explanado pelos autores supracitados, a *plea bargaining* é um acordo onde há concessões recíprocas, a promotoria também deverá conceder vantagens ao acusado diante de sua ‘colaboração’.

Várias são as modalidades de *plea bargaining*, dependendo das particularidades de cada legislação estadual, porém as espécies mais comuns são a *charge bargaining* e a *sentence bargaining*, segundo o juiz federal americano Phillip Rapoza²⁴.

Em síntese, na *charge bargaining*, o acusado confessa ou não contesta a acusação e em troca a promotoria diminui as imputações relacionadas a ele. Já na *sentence bargaining*, a promotoria se compromete a pleitear a aplicação de uma pena menos grave.

Em sua obra, Flávio da Silva Andrade²⁵, resumidamente explica:

O *charge bargaining* tem por objeto a imputação. Em troca da declaração de culpa (*guilty plea*) do acusado com relação a um ou mais crimes, o promotor se compromete a excluir uma ou mais imputações ou concorda em formular acusação por delito menos grave. Por sua vez o *sentence bargaining* tem por objeto a pena. Havendo declaração de culpa, o promotor (e às vezes também o juiz, conforme norma de cada unidade federada), compromete-se a postular a aplicação de uma pena mais benevolente ao acusado.

No caso da *charge bargaining*, Alves ainda acrescenta que a atenuação da acusação “pode ocorrer de forma *vertical* ou *qualitativa*, na qual o delito é desclassificado para outro menos grave (ex.: de homicídio doloso para culposo)”²⁶, ou ainda, “de forma *horizontal* ou *quantitativa*, em que a acusação

²⁴ RAPOZA, 2013 apud ANDRADE, 2018, p. 125.

²⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 125.

²⁶ ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 228.

abre mão de parte das imputações (ex.: processa o acusado pela prática de um roubo e não pela prática de dois).”²⁷.

Nesse tipo de modalidade cabe destacar também que no caso da acusação fazer o seu uso de forma abusiva, agravando injustamente a imputação feita ao acusado e objetivando obter vantagem na celebração do acordo, está se diante de um *vertical overcharging* ou *horizontal overcharging*. Neste a promotoria, mesmo sem fundamento fático, imputa ao acusado mais de um fato, enquanto naquele, o órgão acusador incrimina o réu numa infração mais severa do que realmente praticada²⁸.

Como já explicado, a *sentence bargaining* é um acordo mais relacionado à sanção da pena, em que o promotor ou próprio juiz (a depender da unidade federada) se compromete a uma “aplicação de uma pena menos severa, incluindo a possibilidade de suspensão da pena, livramento condicional, encarceramento por um determinado período etc.”²⁹.

De acordo com Albergaria³⁰, há certa preferência pela *charge bargaining* do que pela *sentence bargaining*, pois naquela ao contrário desta:

as possibilidades de alteração da impugnação são praticamente ilimitadas e os únicos limites à escolha da infração de ordem psicológica e prática e refletem a importância relativa da posição do acusado e do seu defensor, por um lado, e a posição das autoridades judiciárias, por outro, durante as negociações.

Há ainda uma terceira modalidade, a qual é nada menos que a junção das outras duas, sendo de natureza mista, no caso em que o acusado confessa ou não

²⁷ ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 228.

²⁸ ALVES, op. cit., p. 228.

²⁹ ALVES, op. cit., p. 228.

³⁰ ALBERGARIA, 2007 apud ANDRADE, 2018, p. 125.

contesta a acusação “em troca da diminuição de imputações e da aplicação de uma pena atenuada”³¹.

Além destas modalidades principais, podem-se dar como exemplos vários outros tipos de acordos: “o promotor pode buscar leniência para um cúmplice do acusado, providenciar para que o réu seja enviado para uma instituição correcional específica, concordar com o livramento condicional, fornecer imunidade por crimes ainda não imputados etc”³².

1.3 PROCEDIMENTO

Importante ressaltar que embora haja uma considerável liberdade nas negociações da transação feita entre as partes, por outro lado, há também regras, formalidades e procedimentos que devem ser observados para a sua validação.

A *plea bargaining* está disciplinada na *Rule 11* das Regras Federais de Procedimento Criminal (*Federal Rules of Criminal Procedure*)³³, “que disciplinam os trâmites da persecução criminal nos Estados Unidos”³⁴.

Nos termos da *Rule 11* (a) (1), “o acusado tem o direito de se declarar inocente (*not guilty*), culpado (*guilty*), ou, se a corte admitir, afirmar que não pretende contestar a acusação (*nolo contendere*)”³⁵.

Cabe destacar que a declaração de admissão de culpa ou de não contestação pode ser realizada sem a negociação entre o acusado e a promotoria, contudo, é mais comumente feita através da *plea bargaining*, isto é, “o

³¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 125.

³² BEALL, 1977; ALSCHULER, 1979 apud ALVES, 2019, p. 228.

³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Criminal Procedure**. Washington, 2014. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf>. Acesso em: 09/10/2019.

³⁴ ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 229.

³⁵ ALVES, op. cit., p.229.

reconhecimento de culpa está normalmente associado à negociação com o promotor para se obter redução das acusações ou da sanção a ser aplicada”³⁶.

Embora os dois tipos de acordo da *plea bargaining* tenham o mesmo efeito, qual seja, a condenação do acusado, há uma pequena distinção, “é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime”³⁷.

Em ambos os casos também, o acusado, de acordo com o que dispõe a *Rule 11 (b) (1) (F)*, estará desistindo aos direitos de julgamento que são previstos nas emendas constitucionais dos Estados Unidos, quais sejam, o de presunção de inocência, à não autoincriminação, de contrariar às provas da acusação, de produzir provas em seu favor e ao julgamento pelo júri³⁸.

Em relação à negociação para declaração de culpa (*guilty plea*) ou para a não contestação (*nolo contendere*), a *Rule 11* determina o seguinte procedimento:

(c) Plea Agreement Procedure.

(1) In General. An attorney for the government and the defendant’s attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or *nolo contendere* to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will:

(A) not bring, or will move to dismiss, other charges;

(B) recommend, or agree not to oppose the defendant’s request, that a particular sentence or sentencing range is appropriate or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement,

³⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 127.

³⁷ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

³⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 127.

or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request does not bind the court); or
(C) agree that a specific sentence or sentencing range is the appropriate disposition of the case, or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request binds the court once the court accepts the plea agreement).³⁹

Neste trecho da *Rule 11* pode se observar que é expressa a determinação de que o tribunal não deve participar das discussões feitas entre as partes para a realização do acordo. Evidenciando que na *plea bargaining* a participação do juiz deve ser mais discreta, atuando, inicialmente, mais como um árbitro e regulador das formalidades legais (demonstrar-se-á melhor adiante o papel do magistrado), deixando para a acusação e a defesa ou diretamente com o próprio acusado, a elaboração dos termos acordado.

Contudo, vale ressaltar que a *Rule 11* faz parte de uma norma de âmbito federal, podendo segundo a lei estadual, nos casos de *sentence bargaining*, “o magistrado participar das tratativas na medida em que dependerá de sua anuência a imposição de uma pena mais branda”⁴⁰.

³⁹ **Tradução livre:** (c) Procedimento de declaração negociada.

(1) Em geral. O promotor e o advogado do réu, ou o réu quando responder por si próprio, podem iniciar conversações para alcançar um acordo. O tribunal não deve participar nessas discussões. Se o réu se declara culpado ou não contesta a acusação de ofensa ou de um delito menor, ou outro que esteja relacionado, a declaração negociada deve especificar que o promotor irá:

(A) não incluir ou retirar outras acusações;

(B) recomendar, ou concordar em não opor o pedido do réu, que é apropriada uma sentença particular ou a faixa de condenação apropriada ou uma provisão particular da *Sentencing Guidelines*, ou uma declaração política, ou elemento de condenação se aplica ou não (tal como uma recomendação ou solicitação não vinculada ao tribunal); ou

(C) concordar que a sentença específica ou ordem de sentença é apropriada para resolver o caso, ou que uma provisão particular da *Sentencing Guidelines*, ou declaração política, ou elemento de condenação se aplica ou não (tal como uma recomendação ou solicitação vinculada ao tribunal uma vez que ele tenha aceitado o acordo judicial).

⁴⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 128.

Ademais, além da homologação ou não do acordo, “alguns Estados permitem que o juiz vá além dessa atividade, aconselhando as partes ou atuando como mediador”⁴¹.

Decidindo o acusado pela a admissão de culpa (*guilty plea*) ou pela não contestação (*nolo contendere*), será agendada uma audiência para que ele apresente sua decisão perante o tribunal.

Por sua vez, o tribunal fica encarregado de “zelar pela observância do direito de informação, voluntariedade e existência de uma base fática para a declaração do acusado (*guilty ou nolo contendere*)”⁴².

Alves⁴³ resume de forma didática, as funções do tribunal na declaração feita pelo acusado na *plea bargaining*:

Assim, antes de aceitar a confissão ou a alegação de *nolo contendere*, o tribunal deve:

1) informar o acusado a respeito de certos direitos e deveres e comprovar que ele efetivamente compreende. Deve ser cientificado, por exemplo, de que tem o direito de não se declarar culpado, direito a um julgamento com júri, direito de ser representado por um advogado (ainda que nomeado pelo Estado), direito ao contraditório, a pena mínima e a máxima previstas para o crime etc. Por outro lado, deve ser comunicado que suas afirmações podem ser usadas contra ele em futura acusação de perjúrio ou falso testemunho, de que renuncia ao direito a um julgamento se for aceita a admissão de culpa ou de *nolo contendere*.

2) assegurar que a declaração do acusado é *voluntária*. O tribunal deve se dirigir pessoalmente ao acusado e verificar se sua manifesta não resulta de coação, ameaça ou qualquer tipo de promessa (exceto se integrante do acordo de *plea bargaining*).

3) atestar a *existência de base fática* para a acusação. Antes de aceitar a confissão, o tribunal deve verificar se existe uma base fática para que ampare a acusação feita em desfavor do acusado.

⁴¹ ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 231.

⁴² ALVES, op. cit., p. 229.

⁴³ ALVES, op. cit., p. 229.

Além das funções supracitadas do tribunal, pode-se ainda acrescentar que este deverá assegurar que haja publicidade de todo o ato processual do *plea bargaining*, indo de acordo com a determinação da *Rule 11 (c) (2)* de *open court*, devendo ainda documentar os termos do acordo, em cumprimento à *Rule 11 (g)*, para a validação de seus efeitos⁴⁴.

Como visto, o juiz não aceitará o acordo caso não verifique base fática suficiente na acusação, porém ele também poderá rejeitar a *plea agreement* se entender que o acusado foi excessivamente beneficiado ou o promotor desatendeu ao interesse público na formulação da propositura ao réu, cabendo recurso para ambas as partes⁴⁵.

Visto o papel do magistrado no trâmite da *plea bargaining*, é interessante fazer um parêntese e entender como funciona as negociações entre as partes e a função de cada uma delas nesse tipo de acordo até sua homologação pelo tribunal.

O direito criminal estadunidense é regido pelo sistema adversarial. Segundo Bisharat, “é aquele onde as partes, o acusador e o acusado, são adversários e participam de uma forma de combate ou disputa. As partes são individualmente responsáveis por apresentar evidências perante o tribunal”⁴⁶, de modo que se torna compreensível à passividade de certa forma do juiz, deixando para as partes as negociações da *plea bargaining*, como já explanado anteriormente. Neste sistema, os grandes protagonistas são o promotor e o

⁴⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 130.

⁴⁵ ANDRADE, op. cit., p. 130.

⁴⁶ BISHARAT, George E. The plea bargaining machine. Tradução de Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho, Gabriel G. S. Lima de Almeida. **CONFLUÊNCIAS | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Vol. 17, nº 2, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.uff.br/confluencias/article/download/34494/19897>> Acesso em: 09/10/2019.

defensor, cabe a eles apresentarem as provas durante o processo, instruindo-o, ficando a cargo do magistrado a observância das regras.

Para dar noção de como as partes são atuantes no sistema adversarial dos Estados Unidos, Antônio Henrique Graciano Suxberger⁴⁷, cita um comparativo feito por Bernd Schünemann dos modelos de sistema e de acordos penais dos Estados Unidos e da Alemanha:

Segundo Schünemann, **o modelo estadunidense é adversarial**, fundado no princípio da verdade formal, que admite a procedência da acusação com a assunção da culpa (*guilty plea*) pelo acusado. Lá, o **acordo realizado entre acusação e defesa**. Enquanto no modelo alemão, **não adversarial**, há uma busca da verdade material. A confissão não é suficiente para gerar a condenação. **O acordo é feito entre defesa e juiz**, com uma possibilidade de veto pelo Ministério Público. (grifo nosso)

A promotoria é um dos órgãos mais importante nesse tipo de sistema, pois detém grande poder discricionário em suas mãos, muito ligado ao princípio da oportunidade em que o Ministério Público pode dispor da ação penal proposta, indo a contraponto ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública de cultura jurídica romano-germânica, como o Brasil, por exemplo.

Fica ainda mais evidente esse poder dado ao promotor no modelo estadunidense de justiça penal negociada, tendo em vista as várias atribuições dadas a ele na Rule 11 (1) (A) (B) (C), como pontua Andrade⁴⁸:

O promotor é o personagem de maior destaque no processo penal americano. Ele exerce o monopólio sobre a acusação, podendo modificá-la, excluindo ou incluindo imputações; pode ainda arquivar casos (não há acusação compulsória), propor acordos e recomendar penas, como visto nas regras (c) (1) (A) (B) (C) da Rule 11, acima

⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd, 2013 apud SUXBERGER, 2016, p. 385.

⁴⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 131.

transcritas, o que acaba deslocando o eixo decisório do processo para o lado do Ministério Público⁴⁹.

Como o cargo de promotor público tem natureza política nos Estados Unidos, ou seja, é um cargo eletivo integrante do Poder Executivo, há pouco controle judicial com relação à decisão do Ministério Público. O controle é feito no âmbito político, através dos cidadãos que analisam a política do *district attorney* relacionados à *plea bargaining* e outros assuntos⁵⁰.

Por isso os promotores veem na *plea bargaining* uma grande oportunidade de agradar seu eleitorado, visto que através destes acordos há um maior número de condenações e de forma bem mais ágil. São nessas situações que pode haver excessos, por muitas vezes relatados pelos seus críticos.

Do outro lado, entra também o papel importante do advogado ou defensor, cabe a ele verificar a imputação atribuída ao acusado, a proposta feita pela acusação, as vantagens e desvantagens da negociação, representando realmente os interesses do acusado. A defesa no modelo de acordo estadunidense possui grande poder em suas mãos na prática de certa forma, pois mesmo que ele apresente a proposta do promotor ao seu cliente, é ele sozinho que irá decidir se oferecerá uma admissão de culpa ou não⁵¹.

Outro personagem da *plea bargaining* é o acusado, a quem realmente importa os seus efeitos. Ele deveria necessariamente participar da celebração do acordo (*right to be present*), contudo, na prática não é isso que acontece, pois ele não participa das negociações feitas entre a acusação e a defesa, sendo estas

⁴⁹ PEREIRA, Cláudio José, 2002 apud ANDRADE, 2018, p. 131.

⁵⁰ BISHARAT, George E. The plea bargaining machine. Tradução de Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho, Gabriel G. S. Lima de Almeida. **CONFLUÊNCIAS | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Vol. 17, nº 2, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.uff.br/confluencias/article/download/34494/19897>> Acesso em: 09/10/2019.

⁵¹ BISHARAT, op. cit.

feitas fora da sala de julgamento, normalmente no gabinete do promotor ou no escritório do advogado, ou ainda, no gabinete do juiz, sem a presença do réu, “o que lhe tolhe de participar diretamente da construção da solução para o caso, assim como não pode fiscalizar a dedicação, a competência e a lealdade de seu advogado”⁵².

No que diz respeito ainda ao acusado, cabe apontar que ele tem “o direito à revogação (*withdrawal*) da declaração de culpa (*guilty plea*) ou de *nolo contendere*, ou seja, é possível que ele quebre o acordo celebrado com a acusação”⁵³, variando as regras de revogação de acordo em cada estado americano, pois vale relembrar que a *Rule 11* dispõe sobre normas gerais de *plea bargaining* em nível federal, e nesta regra o direito de revogação “pode ser exercido antes ou depois de aceitação judicial do acordo, mas sempre antes da imposição da pena, como fixado na *Rule 11 (d) (1) (2)*”⁵⁴.

Ademais, como acrescenta ainda Andrade⁵⁵, de acordo com o que estabelece a *Rule 11 (e)* o acusado já condenado pode impugnar o acordo celebrado mesmo após a imputação da pena, sendo feita por interposição de apelação (*appeal*) ou por meio de *collateral attack*, como o *habeas corpus*, versando sobre possível violação de direitos previstos na constituição ocorrida em momento anterior a acusação.

Os termos do acordo celebrado entre as partes, as vinculam, surgindo os mesmos efeitos de uma condenação por julgamento. Entretanto, conforme a *Rule 410 da Federal Rule of Evidence* (Regra Federal de Evidência), em regra, não pode

⁵² HILL, Flávia Pereira, 2004, p. 528-529 apud ANDRADE, 2018, p. 132.

⁵³ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 133.

⁵⁴ ANDRADE, op. cit., p. 133.

⁵⁵ ANDRADE, op. cit., p. 133.

ser utilizada contra o acusado a declaração de culpa que foi revogada ou não foi aceita pelo tribunal⁵⁶.

Por último, compete apontar a chamada *conditional plea* prevista na *Rule 11 (a) (2)*, nesse tipo de acordo com concordância tanto da corte e do promotor, “ao réu pode ser reservado o direito de recorrer da sentença quanto a algum aspecto adverso, hipótese que pode ser retirada sua declaração de culpa”⁵⁷.

1.4 CRÍTICAS, APOIOS E SUGESTÕES FEITAS À PLEA BARGAINING

Nota-se, conforme exposto até aqui, a grande importância da *plea bargaining* no direito criminal estadunidense, sendo seu uso quase que na totalidade nos processos penais dos Estados Unidos. Como vários outros institutos de direito e, principalmente, aqueles que se destacam, há várias críticas, algumas duríssimas à *plea bargaining*, por outro lado, há juristas que apoiam e defendem o acordo penal estadunidense, como será exposto a seguir.

Como já dito, inúmeras são as críticas à *plea bargaining*, porém a maior delas trata sobre os aspectos (in)constitucionais deste instituto, pois o seu uso, aos olhos dos críticos, fere os direitos fundamentais do acusado, como o direito à presunção de inocência, o direito ao contraditório, o direito de não autoincriminação bem como o direito à produção de provas. Em doutrina especializada, como a de Lynch⁵⁸, ele ainda recorda outros direitos garantidos ao acusado pela *Bill of Rights* (Declaração de Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos) norte-americano, sendo eles o direito de informação das acusações, “o direito a um julgamento público e rápido, o direito a um julgamento em um júri imparcial no local do crime, o direito a questionar as testemunhas de acusação e

⁵⁶ ANDRADE, op. cit., p. 134.

⁵⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 127.

⁵⁸ LYNCH, 2003, p. 24-27 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 6.

o direito à assistência por advogado”⁵⁹. Lynch ainda afirma que a *plea bargaining* “é a principal técnica utilizada pelo Estado para superar as garantias institucionalizadas nos julgamentos criminais”⁶⁰.

A doutrina ainda apresenta outras críticas a *plea bargaining*, as quais resumidamente, segundo Queirós Campos⁶¹, se apresentam da seguinte forma:

Além dessa feroz oposição, mencionem-se também os seguintes argumentos contrários a *plea bargaining* (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008, pp. 649-651): (a) ela pode pressionar um inocente a confessar culpa para evitar ser condenado por uma acusação mais grave. Por esse argumento, *guilty pleas* seriam as principais causas de condenações equivocadas; (b) embora o processo de *plea bargaining* seja normalmente encarado como um “contrato” ou “acordo” entre acusação e defesa, na verdade há uma grande disparidade de poderes nessa negociação; (c) por ocorrer em um cenário privado, fora do alcance dos olhos do público, reduz-se a confiança da sociedade de que “a Justiça foi feita”; (d) ela permite que o acusado deixe de ser responsabilizado por todos seus atos, recebendo um “desconto” da Justiça, reduzindo-se o efeito dissuasório da punição; (e) a frustração das expectativas da vítima do crime, que não participam do processo e podem não concordar com a sentença mais favorável ao acusado confesso; e (f) tratamento supostamente desigual entre réus, conforme a jurisdição e sua situação econômica (e capacidade de suportar os ônus de um julgamento regular).

John H. Langbein⁶², em seu artigo publicado "*Torture and Plea Bargaining*", chega a comparar o sistema de *plea bargaining* às torturas medievais praticadas nos procedimentos criminais na Europa à época, lembrando que durante os séculos treze e dezoito, a legislação permitia o judiciário praticar a coerção física

⁵⁹ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

⁶⁰ LYNCH, 2003, p. 24-27 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 6.

⁶¹ CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008, p. 649-651 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 6.

⁶² LANGBEIN, 1978, p. 3-22 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 6-7.

contra o acusado a fim de obter sua confissão de culpa nos casos em que eram de grande probabilidade de condenação e nos crimes mais graves.

Segundo o autor, a *plea bargaining* tem grande poder de coerção sobre o acusado, pois a ameaça de ser condenado com uma sanção bem mais severa, caso exerça seu direito constitucional à garantia de um julgamento, o faz ter que escolher quase que como ‘compulsoriamente’ a admissão de culpa, tornando-se, portanto, a tortura e a *plea bargaining*, em última análise, espécies de coerção⁶³.

Essa pressão imposta pelo risco de uma condenação mais dura num curso normal de uma ação penal, mesmo que injustamente, impõe naturalmente até mesmo aos réus inocentes a assunção de culpas que não existem, é o que demonstram os índices levantados numa pesquisa realizada por Dervan e Edkins que constataram ser esta situação algo longe de ser esporádico, episódico ou isolado⁶⁴.

O que é um dado muito preocupante a ser observado, devendo o uso deste tipo de acordo penal ser de extremo cuidado e livre de excessos, de forma a evitar injustiças que não é o seu objetivo, estando a *plea bargaining*, segundo Alamiro Velludo Salvador Netto⁶⁵, diante de um dilema, “pois os incentivos ao acordo precisam buscar um ponto ótimo ou de equilíbrio, ou seja, ser bom o suficiente para que o culpado o aceite e, ao mesmo tempo, ruim o bastante para que o inocente o recuse”.

⁶³ LANGBEIN, 1978, p. 3-22 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 7.

⁶⁴ DERVAN, Lucian E. EDKINS, Vanessa A., 2013, p. 34 apud SALVADOR NETTO, 2019, p. 13.

⁶⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 155, 2019, p. 229-264. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc50000016e1d5f43cadfc359d0&docguid=I9b7395205cda11e98d2101000000000&hitguid=I9b7395205cda11e98d2101000000000&spos=2&epos=2&td=137&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09/10/2019.

Outra crítica feita pelos especialistas dá-se na diferença de tratamento entre negros e brancos na realização dos acordos. Em pesquisa realizada por Carlos Berdejó, dados apontam que os acordos de *plea bargaining* de exclusão da acusação ou redução de pena das imputações são 25% (vinte cinco por cento) mais realizados com acusados brancos do que com negros e, é 50% (cinquenta por cento) maior a chance de um acusado branco conseguir alterar a imputação de um delito grave (*felony*) para um de menor gravidade (*misdemeanor*) do que um acusado negro. Não bastando isso, ficou ainda apontado pelos índices que nos casos que são imputadas inicialmente infrações de menor gravidade, os brancos detém 75% (setenta e cinco por cento) mais chances de serem condenados por crimes que não causem a prisão ou de não sofrerem qualquer sanções do que os negros⁶⁶.

Segundo Salvador Netto, Berdejó indica como possível causa dessa discrepância de tratamento racial a larga discricionarietà do promotor na acusação. Quando a imputação é feita nos casos em que há mais informações sobre os acusados e circunstâncias fáticas mais objetivas, esse tipo de diferença é quase totalmente suprimida, porém, nos casos de precariedade de informações, os acusados são avaliados de forma mais subjetiva, sobressaindo o viés racial e o preconceito para com a população negra⁶⁷.

Uma das tentativas propostas pelo o autor para a redução desse viés racial nos acordos de culpa penal é a “restrição da discricionarietà dos órgãos acusatórios, com o conseqüente aumento de atribuições e relevância dos magistrados”⁶⁸, em conformidade a uma das críticas feita pela doutrina.

⁶⁶ BERDEJÓ, Carlos 2018, p. 1190-1191 apud SALVADOR NETTO, 2019, p. 14.

⁶⁷ BERDEJÓ, Carlos 2018, p. 1190-1191 apud SALVADOR NETTO, 2019, p. 14.

⁶⁸ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 14.

Por outro lado, vários também são os apontamentos vantajosos da *plea bargaining*, pois segundo Antonio Scarance Fernandes⁶⁹, “corresponde a uma concepção pragmática de justiça, assentada nos fundamentos da eficiência, da rapidez na solução da causa e, ainda, da redução de custos”.

As vantagens como poderá se observar, se concentram, sobretudo, nessa observação de Fernandes, de economia, eficiência e celeridade processual, muito justificada pela alta demanda na justiça criminal. Com base nessa afirmação, Andrade⁷⁰ resumidamente aponta o seguinte:

Nessa perspectiva, podem ser elencadas as seguintes vantagens propiciadas por tal instituto:

- a) possibilita uma rápida solução dos casos;
- b) permite que, com a redução da carga de trabalho, as autoridades (o juiz, o promotor e o defensor público) possam dedicar mais tempo a casos mais complexos;
- c) evita que o réu fique exposto aos efeitos estigmatizantes próprios de um longo processo, sobretudo quando preso;
- d) possibilita a construção de soluções mais justas e legítimas pela via do consenso;
- e) confere às partes alta previsibilidade quanto à pena a ser aplicada num determinado caso;
- f) garante ao réu a imposição de pena menor que aquela lhe seria aplicada se fosse julgado na forma tradicional;
- g) aumento a perspectiva de reabilitação do acusado, já que tem a chance de participar da construção da solução para seu caso;
- h) favorece a reparação mais célere do dano causado ao ofendido; e
- i) proporciona grande economia de recursos humanos e materiais, bem como maior eficiência da prestação do serviço, diminuindo a impunidade.

São essas vantagens apontadas pelos seus defensores que a *plea bargaining* proporciona ao sistema de justiça penal estadunidense uma administração mais eficiente e satisfatória. Ademais, Queirós Campos citando

⁶⁹ FERNANDES, 2005, p. 195 apud ANDRADE, 2018, p. 135.

⁷⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 135-136.

Sandefur, um dos defensores da constitucionalidade do instituto, alega que segundo este “o direito a um julgamento pelo júri, assegurado pela 6ª Emenda à Constituição norte-americana, não é inalienável por essência, diversamente de direitos naturais como o direito à vida, à liberdade e à busca pela felicidade”⁷¹, filiando-se Sandefur a uma teoria contratual de troca de direitos e deveres ao ser formulado o acordo entre as partes.

A Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a constitucionalidade da *plea bargaining* em vários casos como: *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637 (1976), *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978), dentre vários outros, determinando que fossem fixadas algumas formalidades para a sua validade, de modo a evitar excessos por parte da acusação⁷². Estes requisitos formais, de acordo com Andrade⁷³ são:

o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos; b) a declaração de culpa não pode ser resultado de coação, ameaças ou promessas ilegais ou irrealizáveis; c) os juízos devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e adequadamente orientadas por defensores competentes.

A *plea bargaining* estadunidense é justificada pelos princípios de efficientismo e utilitarismo, no sentido de tornar mais efetivo e ágil o sistema punitivo estatal, assim reduzindo custos, em detrimento do garantismo penal, pois há uma abdicação relativa do acusado de seus direitos e garantias⁷⁴.

⁷¹ SANDEFUR, Timothy, 2003, p. 28-31 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 7.

⁷² QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

⁷³ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 137.

⁷⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 155, 2019, p. 229-264. Disponível

Diante das críticas e controvérsias do modelo estadunidense de justiça consensual, existe uma corrente mais radical, a abolicionista, que defende a sua extinção nos Estados Unidos, devido ser o instituto ilegítimo e inconstitucional. Por outro lado, existe outra corrente que propõe diversas melhorias na *plea bargaining*⁷⁵.

Esta segunda corrente propõe alterações pontuais, que visam “garantir uma atuação mais ativa do juiz e a diminuir espaço de atuação do promotor, reduzindo sua discricionariedade”⁷⁶, de modo a evitar ou diminuir as maculações do modelo atualmente utilizado.

Andrade⁷⁷, baseando-se na obra de Flávia Pereira Hill, elenca as sugestões trazidas pelos juristas norte-americanos para o aprimoramento do instituto, de modo que estas garantam segundo eles:

- a) a atuação mais ativa do juiz no processo de *plea bargaining*, devendo as negociações serem necessariamente implementadas em sua presença;
- b) a correlata diminuição da discricionariedade do promotor, que deverá submeter todas as questões e ponderações primeiramente ao juiz;
- c) a participação do acusado nas tratativas para a celebração do acordo; e
- d) maior formalismo do procedimento, com a elaboração de normas que regulem de maneira mais minuciosa os atos que envolvem a celebração do acordo, buscando-se garantir mais transparência e uniformidade na aplicação da lei penal.

em:<<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016e1d5f43cadfc359d0&docguid=I9b7395205cda11e98d21010000000000&hitguid=I9b7395205cda11e98d21010000000000&spos=2&epos=2&td=137&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09/10/2019.

⁷⁵ ANDRADE, op. cit., p. 139.

⁷⁶ ANDRADE, op. cit., p. 137.

⁷⁷ HILL, Flávia Pereira, 2004, p. 532 apud ANDRADE, 2018, p. 139-140.

Ademais, Andrade ainda sugere a vedação de negociação na modalidade de *charge bargaining*, bem como a proibição de tratativas sem que o acusado tome conhecimento de todos os elementos acusatórios que estão em poder da acusação e a sua realização fora do âmbito do tribunal⁷⁸.

Como pôde se observar, apesar do seu largo uso atualmente em sistemas de direito de tradição anglo-saxão, a *plea bargaining* ainda é objeto de críticas por vários juristas, necessitando de inúmeras alterações para resguardar direitos constitucionais mínimos garantidos ao acusado.

Contudo, não há de se olvidar que sem tal instituto, muito possivelmente o direito criminal estadunidense estaria em estado caótico. E tal situação ocorre ou está perto de ocorrer em muitos sistemas de direito penal pelo mundo, principalmente aqueles de tradição romano-germânica, como o Brasil, devido a grande 'burocracia' processual penal, razão pela qual muitos defendem cada vez mais a permeabilização da justiça penal negociada no país, de forma a torná-la mais célere e eficiente.

2 A TENDÊNCIA EXPANSIONISTA DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Os modelos de justiça penal consensual são características marcantes em países de sistema de tradição anglo-saxão ou chamada também de *commom law*, os quais adotam sistemas de processo e políticos criminais bem diferentes dos países de tradição romano-germânica ou *civil law*.

Ocorre que, assim como os Estados Unidos no século XIX socorreu-se a *plea bargaining*, diante do grande aumento nos índices de criminalidade, causando, conseqüentemente o crescimento na demanda e a lentidão da justiça

⁷⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 140.

criminal, a partir da segunda metade do século XX, vários países de *civil law*, como Alemanha e Itália, iniciaram pelo mesmo motivo, a introdução de modelos de justiça penal negociada em seus sistemas processuais penais. Isto se deu devido a expansão do Direito Penal, ocasionada pela globalização que rompeu com as fronteiras culturais, econômicas e políticas entre as nações, aproximando modelos de justiça criminais até então antagônicos⁷⁹.

No Brasil, percebeu-se com nitidez essa influência de formas de negociação na justiça criminal, a partir da introdução no ordenamento pátrio da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), que inovou, dispondo sobre os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Está em trâmite no Congresso Nacional desde 2009, projeto de lei do novo Código de Processo Penal, o qual pretende introduzir no processo penal brasileiro, instituto inspirado na *plea bargaining* estadunidense. Outra modalidade de consenso na justiça criminal foi à adoção da colaboração premiada, introduzida pela lei 12.850/2013 que trata das organizações criminosas.

Ademais, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, apresentou simultaneamente as duas casas legislativas federais, um 'pacote anticrime' com várias propostas, dentre elas, acordo de aplicação imediata da pena antes do oferecimento da denúncia do Ministério Público ou da queixa-crime pelo particular, bem como durante a instrução processual. Na Câmara dos Deputados (PL 882/19), tal proposta foi rejeitada⁸⁰ pelos parlamentares que

⁷⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Demerval Faria Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, vol. 13, n. 1, p. 377-396, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/4097/pdf>>. Acesso em: 16/10/2019.

⁸⁰ CLAVERY, Elisa; PARREIRA, Marcelo; PALMA, Gabriel. Proposta de 'plea bargain' de Moro é retirada do pacote anticrime por grupo de trabalho da Câmara. **G1**, Brasília, 06 ago. 2019. Seção Política. Disponível

alegaram a incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, por outro lado, segue em trâmite no Senado (PL 1864/19), proposta com o mesmo teor.

Verifica-se uma grande resistência acerca da introdução de um modelo de 'barganha' no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é inegável a expansão da justiça consensual e, aparentemente esta tendência veio para ficar, necessitando de um estudo para que garantias processuais penais não sejam suprimidas.

2.1 A APROXIMAÇÃO DOS PAÍSES DE *CIVIL LAW* AOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE *COMMOM LAW*

Ao se comparar os sistemas processuais contemporâneos, principalmente quando se observa países com tradição jurídica diferentes como o *commom law* e o *civil law*, é comum classifica-los em sistema adversarial (típico de países de *commom law*) e não-adversarial ou inquisitorial (típicos de países de *civil law*), apontando as características principais de cada, como indica Marcella Alves Mascarenhas Nardelli⁸¹.

O termo 'inquisitorial' usado em contraposição a 'adversarial', ressalta a autora, não é o mesmo utilizado na classificação tripartida dos sistemas acusatório, inquisitório e misto. Esta classificação é utilizada pelos processualistas de tradição romano-germânica de forma a caracterizar as evoluções dentro do seu próprio sistema⁸².

em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/06/proposta-de-plea-bargain-de-moro-e-retirada-do-pacote-anticrime-por-grupo-de-trabalho-da-camara.ghtml>>. Acesso em: 16/10/2019.

⁸¹ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

⁸² NARDELLI, op. cit., p. 335.

O sistema adversarial, ligado ao *common law* de origem inglesa, “é o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas”⁸³. Como já abordado no primeiro capítulo, neste modelo os grandes personagens são as partes, são elas as responsáveis pela condução do processo e apresentação de provas, a função do juiz é a regulação das regras formais estabelecidas, caracterizando uma espécie de busca pela verdade formal.

Já o sistema não-adversarial ou inquisitorial, ligado aos países de *civil law*, tem suas origens no direito canônico, onde há uma busca pela verdade real e o juiz é o responsável pela produção de provas e pela condução do processo, não deixando para as partes tal função, e é esta a principal característica que difere ambos os sistemas, como pontua Nardelli⁸⁴:

A essência da distinção entre os dois sistemas se situa, principalmente, na gestão da prova. Enquanto no sistema inquisitorial o papel dominante é desempenhado pelo juiz, no adversarial são as partes as protagonistas. Neste último, o juiz é um mero espectador passivo das provas produzidas pelas partes, que preparam seus casos, decidem quais provas serão levadas ao juízo e em qual ordem, além de inquire-las segundo seus propósitos. Se ambas as partes concordam em desistir de ouvir uma testemunha, normalmente a Corte não interfere. Por outro lado, no sistema inquisitorial o juiz chama as testemunhas e as inquire, enquanto as partes desempenham um papel subsidiário.

Muito embora se apresente serem modelos de sistemas bem distintos, cada vez mais é notável a aproximação destes, com reformas processuais em países que adotam tanto o modelo do *civil law* quanto naqueles adotivos do

⁸³ NARDELLI, op. cit., p. 335.

⁸⁴ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

modelo do *commom law*, notadamente mais marcante nos países de tradição romano-germânica⁸⁵, pois os juristas destes países demonstram maior interesse nos ordenamentos anglo-saxônicos, como observa Barbosa Moreira⁸⁶:

Na esfera doutrinária, vozes robustas apregoam a conveniência, senão a necessidade, de redesenhar sistemas processuais, com os olhos fitos em modelos ingleses e sobretudo norte-americanos, mesmo ao preço de cancelar ou relegar a nível mais modesto o papel de antigas tradições, cultivadas na Europa continental e transmitidas aos países dela tributários no resto do planeta. Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios.

Observa-se que o motivo apontado pelo autor numa possível incorporação de elementos característicos está na esperança de uma maior eficácia e eficiência da máquina judiciária, que por ser mais ‘burocrática’ em suas regras processuais, acaba por se tonar um sistema moroso e lento frente à alta demanda que é submetida⁸⁷. Vários países não só da Europa, mas também da América Latina realizaram reformas processuais com muita influência do sistema processual estadunidense, inclusive se espera que o mesmo aconteça na China⁸⁸. Isto se justifica “pela gradativa constatação da doutrina processual de que o sistema da *common law* se mostra muito mais eficaz na busca da verdade e da produção de provas que o continental-europeu”⁸⁹.

⁸⁵ NARDELLI, op. cit., p. 339.

⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, 2001, p. 155 apud NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, 2014, p. 338.

⁸⁷ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

⁸⁸ NARDELLI, op. cit., p. 339.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, 2013, p. 240 apud NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, 2014, p. 339-340.

Ao se tratar sobre esse tema, cabe salientar que o processo penal é um importantíssimo instrumento de política criminal, “o que significa afirmar deva ele próprio contribuir para a obtenção das finalidades do Direito Penal”⁹⁰, e tem ele por linha mestre a própria Constituição⁹¹.

Nesta linha de pensamento, atualmente, nas lições de Fernando Fernandes, pode-se afirmar que existem dois modelos de tratamento da chamada questão penal: o primeiro denominado de ‘garantista’ ou ‘garantidor’, mais voltado com o profundo asseguramento das defesas, garantias e liberdades individuais previstas na Constituição, de modo a limitar a interferência do poder do Estado na questão penal⁹² e, ademais, com respeito às regras formais processuais penais⁹³; o segundo denominado de ‘eficientista’, mais preocupado com a eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais, “mesmo que isso implique uma postura mais leniente do estado de acusação”⁹⁴.

Embora haja essa distinção entre os modelos, não há que se falar da impossibilidade de complementação entre eles. O modelo ‘garantista’ é muito mais ligado ao *civil law*, enquanto o ‘eficientista’ tem mais identidade com o *commom law*, ocorre que os próprios países têm buscado tornar os seus sistemas processuais penais mais eficientes, entretanto, não deixando de lado, as

⁹⁰ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

⁹¹ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro**. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

⁹² FERNANDES, Fernando, 2001, p. 10-11 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 2.

⁹³ SILVA, op. cit., p. 16.

⁹⁴ SILVA, op. cit., p. 16.

garantias constitucionais. O que se mostra é a perfeita adequação dos modelos, claro que observando os direitos e liberdades individuais do acusado⁹⁵.

O grande desafio realmente, ao que se parece, não é a questão da incompatibilidade entre sistemas e os ordenamentos jurídicos, ou os defeitos dos institutos importados por ambos, mas sim a postura e o comportamento diante deles dos juristas e das instituições pertencentes a toda máquina judicial. O que se observa na maioria das vezes que o ‘problema’ não está no instituto, na lei ou na norma, mas sim naqueles que operam tal ordenamento. Cabe citar, o pensamento neste sentido, de Nardelli⁹⁶, baseando-se nos ensinamentos de Damaška:

Apesar de promissora, a tendência de importar institutos entre *common law* e *civil law* tem seus custos. Como ponderou Damaška, o sucesso da maior parte das inovações processuais depende menos da excelência das normas do que os juristas gostam de pensar. Isso porque, conforme o autor, o sentido e o impacto da norma se altera em condições externas, de acordo com o contexto institucional na qual a justiça é administrada. Até mesmo redações idênticas podem adquirir sentidos distintos e produzir consequências diversas quando alterado o contexto institucional. Em outras palavras, “*the music of the law changes, so to speak, when the musical instruments and the players are no longer the same*”⁹⁷.

Apesar dos desafios de expansão do direito penal, mais precisamente sobre os espaços de consenso, os legisladores pelo mundo a fora, cada vez mais

⁹⁵ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

⁹⁶ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

⁹⁷ **Tradução livre:** a música da lei muda, por assim dizer, quando os instrumentos musicais e os jogadores não são mais os mesmos.

estão atentos a isto, pode-se dar como exemplo a introdução de modelos de justiça negociada como o *Patteggiamento* na Itália em 1988, e a *Absprachen* na Alemanha em 2009, que são acordos de sentença inspirados na *plea bargaining* estadunidense. O que é certo que, embora haja críticas, “será difícil frear certa expansão do direito penal, dadas as configurações e aspirações da sociedade atual”⁹⁸.

Não por fora desse tipo de movimento, o ordenamento jurídico brasileiro, assim como em outros países da América Latina, tem cada vez mais se aproximado dos modelos de justiça penal negociada dos países de tradição jurídica anglo-saxônicos e os introduzindo em seu sistema, acompanhando a tendência expansionista, que visa a eficiência da administração judiciária.

2.2 A INTRODUÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

O ordenamento jurídico nacional, assim como outros países latino-americanos tem suas bases romano-germânicas, ou seja, é marcado pelo dogmatismo, codificação e respeito ao positivismo das normas constantes de um processo legislativo, em face às demais fontes do direito, como os costumes e a jurisprudência, característicos da tradição anglo-americana⁹⁹.

Nesse diapasão, o processo penal brasileiro é regido pelo prisma das disposições constitucionais conjuntamente com as leis infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal e legislações extravagantes pertinentes. Ao se observar tais normas, verifica-se que o Brasil adotou o sistema processual penal misto, com viés principiológico do sistema acusatório esculpido na Constituição, ao qual rege a fase instrutória do processo e, requisitos do sistema inquisitorial

⁹⁸ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva, 2010, p. 185 apud SUXBERGER, 2016, p. 381.

⁹⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

previsto no Código de Processo Penal, ligados à fase investigativa¹⁰⁰. Concluindo-se por um sistema com observância às regras e princípios, necessitando, consoante com o paradigma do *nulla poena sine iudicio*, da realização de rito processual para aferição de culpabilidade do acusado e cominação da pena. Em síntese, por regra geral, faz mister na imputação do direito material penal, a instauração de procedimento acusatório¹⁰¹.

Rompendo com esse pensamento, a Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), inovou ao introduzir no Brasil, os seguintes modelos de justiça penal consensual: a) composição civil do dano (art. 74); b) transação penal (art. 76); e c) suspensão condicional do processo (art. 89), nos crimes de menor e médio potencial ofensivo, com o objetivo de tornar mais célere e eficiente a solução desses casos, sem a necessidade de instauração de ação penal e sentença condenatória transitada em julgado¹⁰², filiando-se a ideia de um processo penal, como mecanismo de política criminal, mais ‘eficientista’. Interessante destacar tal sentido na própria lei, ao dispor no art. 2º que o “processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”¹⁰³.

Muito embora grande parte da doutrina entenda que a referida lei inovou no ordenamento jurídico brasileiro, não é este o pensamento de Miguel Reale Júnior, o qual alega que a norma apenas regulamentou a previsão contida no art.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal Processual**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. 1.308 p. *E-book*.

¹⁰¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 206.

¹⁰² ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 206.

¹⁰³ BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16/10/2019.

98 da Constituição Federal de 1988, de conciliação e transação no rito sumaríssimo, discordando da tal ‘revolução’¹⁰⁴.

Apesar da previsão constitucional como salienta o autor, não retira o ineditismo alcançado pela Lei 9.099/95, o qual demonstra a abertura do ordenamento pátrio ao consenso na justiça criminal.

Dos institutos de consenso no processo criminal trazidos pela Lei dos Juizados Especiais, interessante ao presente estudo tecer maiores considerações sobre dois: a transação penal e a suspensão condicional, pois são acordos feitos entre a acusação e o acusado. Embora, como já mencionado, haver a possibilidade de composição do dano (art. 74 da Lei 9.099/95), esta modalidade está mais próxima a um modelo de autocomposição ou conciliação entre a vítima e o acusado, em que este pagará a título de reparação os danos causados a aquela, devido ao delito praticado, lembrando que esse tipo de consenso só é aplicável nos crimes de menor gravidade.

A transação penal é uma proposta feita pelo Ministério Público, de aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, de acordo com a própria lei, não sendo imputada ao acusado a pena privativa de liberdade. Substitui, portanto, o oferecimento da pena privativa de liberdade, evitando o início da ação penal¹⁰⁵. O artigo 76 da lei, nos seus §§ 4º e 6º ainda dispõe que a aceitação do acusado da sanção proposta, não implica em reincidência e nem consta em antecedentes criminais, sendo registrada apenas para fins de

¹⁰⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao Direito Penal. In: Direitos Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1. São Paulo: **Ed. Revista dos Tribunais**, p. 331-355, 2011. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>. Acesso em: 10/10/2019.

¹⁰⁵ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 09/10/2019.

impedimento de novo benefício pelo prazo de cinco anos. Relembrando que tal acordo é apenas nos casos de crimes de menor potencial ofensivo.

Assim como a *plea bargaining*, a transação penal sofre várias críticas dentre os defensores das garantias no processo, elencadas resumidamente da seguinte forma por Queirós Campos¹⁰⁶:

(1) sobre se constitui direito público subjetivo (à liberdade do acusado) ou em poder discricionário do Ministério Público; (2) acerca de malferir direitos fundamentais do acusado, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e o postulado *nulla poena sine iudicio*; (3) quanto à natureza negocial e concessória do instituto; (4) sobre a colocação do mecanismo entre os princípios da obrigatoriedade (legalidade) e da oportunidade; e (5) acerca da natureza da sentença judicial que chancela a transação feita entre as partes e, conseqüentemente, as conseqüências de o beneficiado não cumprir a pena restritiva ou inadimplir o pagamento da multa.

A suspensão condicional do processo, por sua vez, é uma proposta também realizada pelo o órgão acusador, contudo, após o oferecimento da denúncia, nos crimes em que a pena for igual ou inferior a um ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou condenado por outro crime, além dos demais requisitos previstos no art. 77 do Código Penal, interrompendo o seguimento normal do processo. De acordo com o art. 89, § 1º, da Lei 9.099/95, o réu é submetido a um período de prova, onde deve obedecer algumas condições, dentre elas, a reparação do dano causado a vítima e, somente após esse período, será extinta a punibilidade.

A instituição pelo legislador da suspensão condicional do processo por meio da Lei 9.099/95 gerou vários elogios por grande parte da doutrina à época, por sua ‘revolução’ ao “atingir a tão esperada desburocratização da justiça

¹⁰⁶ QUEIRÓS CAMPOS, op. cit., p. 9.

criminal, ao mesmo tempo em que permite pronta resposta estatal ao delito, além da imediata (na medida do possível) reparação dos danos à vítima e a ressocialização do infrator”¹⁰⁷.

Dentre a transação penal e a suspensão condicional do processo, como pode se observar, o que mais se assemelha a *plea bargaining* estadunidense é o primeiro tipo de acordo, na modalidade *nolo contendere*. Contudo, a “*plea bargaining* é mais ampla, permite que acusador e acusado façam amplo acordo sobre os fatos, sua qualificação jurídica e as consequências penais”¹⁰⁸.

As três modalidades de consenso previstas na Lei 9.099/95 não são as únicas previstas atualmente na legislação brasileira. Seguindo a linha de pensamento de modelo negocial na justiça criminal, a lei que trata das organizações criminosas (Lei 12.850/2013), adotou expressamente o instituto da colaboração premiada.

A colaboração ou delação premiada se trata de técnica de investigação ou meio de obtenção de prova por meio de acordo, na qual um dos investigados, acusados ou até mesmo aquele que já foi condenado, coopera com a acusação delatando ou indicando a identificação dos demais autores ou partícipes e os crimes por eles praticados, a estrutura hierárquica da organização, recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações etc¹⁰⁹, em troca de favores penais concedidos, “que vão desde a redução de até 2/3 da pena privativa de

¹⁰⁷ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

¹⁰⁸ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

¹⁰⁹ DIPP, Gilson Langaro. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília, IDP, 2015. 80 p. *E-book*.

liberdade ou de sua substituição pela restritiva de direitos, até à concessão do perdão judicial”¹¹⁰. Podendo ainda, a promotoria deixar de oferecer a denúncia em alguns casos previstos na lei.

Observa-se um modelo de justiça negocial premial, de modo a tornar a persecução criminal mais célere nos crimes em que se torna mais difícil a investigação e a imputabilidade de organizações criminosas. O acordo de colaboração pactuado é feito entre a acusação e a defesa, devendo ser homologado pelo juiz¹¹¹.

Interessante ainda citar as observações de Miguel Tedesco Wedy e Maria Eduarda Vier Klein¹¹² quanto à natureza penal e processual penal do instituto, no entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 127.843/PR:

É relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal, além de ter considerado a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, a considerou um negócio jurídico de natureza personalíssima, pois além de natureza processual, por ter grande influência da justiça negocial, o instituto também tem aplicabilidade no direito material. Assim, o instituto da colaboração premiada é mecanismo complexo e poliforme, de natureza tanto penal quanto processual³⁴, ou seja, enquanto o instituto é meio de obtenção de provas no processo penal, o acordo realizado entre as partes se constitui em negócio jurídico processual.

A colaboração premiada já havia sido prevista em outras legislações anteriormente como: art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90; art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90; art. 159, § 4º, do Código Penal; art. 1º, § 5º, da Lei

¹¹⁰ NARDELLI, op. cit., p. 356.

¹¹¹ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

¹¹² WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 156, p. 279-306, jun. 2019. Disponível em:

9.613/98; art. 41, da Lei 11.343/2006; entretanto, somente a Lei 12.850/2013 que revogou a Lei 9.034/95 (antiga lei das organizações criminosas) tratou detalhadamente do instituto¹¹³.

Pode-se sustentar com base em todas as modalidades existentes atualmente na legislação brasileira que a justiça negociada se faz mais do que presente, sendo um modelo de grande importância na legislação para tornar o sistema processual mais eficiente frente à demanda a qual é submetido.

Ocorre que tal modelo pode se tornar mais abrangente e bem mais parecido com as ‘barganhas penais’ aplicadas em outros ordenamentos, sobretudo a *plea bargaining*, com as recentes propostas apresentadas no Congresso Nacional de acordo de aplicação imediata da pena, previstos no projeto do novo Código de Processo Penal e no ‘pacote anticrime’, as quais serão melhores debruçadas no próximo capítulo.

3 AS NOVAS PROPOSTAS DE ‘BARGANHA’ E AS SUAS (IN)COMPATIBILIDADES COM O ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Apesar das grandes inovações fomentadas principalmente pela Lei 9.099/95 e Lei 12.850/2013 com a introdução de modelos de justiça penal negocial como a composição civil do dano, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, têm-se por iniciativa tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, propostas de ampliação dos acordos penais, visto que os institutos já existentes têm a sua atuação limitada pelos próprios instrumentos normativos, os quais os regulam.

¹¹³ TEIXEIRA, Geraldo Nunes Laprovitera. A colaboração premiada como instrumento do Ministério Público no combate às organizações criminosas. **Caderno do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano I, nº 1, vol. 2, p. 57-108, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/07/2-A-Colabora%C3%A7%C3%A3o-Premiada-Como-Instrumento-do-Minist%C3%A9rio-P%C3%BAblico-no-Combate-%C3%A0s-Organiza%C3%A7%C3%B5es-Criminosas.pdf>>. Acesso em: 20/10/2019.

Muitos são os motivos apontados pelos defensores da adoção de ‘barganhas penais’ na legislação brasileira, calcados essencialmente pelos critérios de celeridade, economia e funcionalidade do sistema processual penal. Todavia, os mais garantistas argumentam que tal apadrinhamento fere os direitos fundamentais do acusado e os princípios processuais penais, previstos ambos na Constituição Federal de 1988 e, ademais, seria totalmente incompatível com o sistema normativo jurídico adotado no Brasil.

3.1 PROPOSTAS DE ACORDOS PENAIS FIRMADOS POR ‘BARGANHA’ NO BRASIL

Feitas estas breves considerações, analisar-se-á melhor a seguir as novas propostas apresentadas e se é possível a sua aplicabilidade frente aos princípios e direitos individuais constitucionais regentes do processo penal brasileiro.

3.1.1 O acordo de aplicação imediata da pena na reforma do Código de Processo Penal

A primeira propositura de acordo penal que realmente mais se assemelha aos moldes da *plea bargaining*, deu-se no projeto de reforma do Código de Processo Penal, iniciado sua tramitação no Senado Federal pelo Projeto de Lei 156/2009 em 22 de abril de 2009. O texto final foi concluído em 08 de dezembro de 2010, e agora segue em apreciação pela Câmara dos Deputados sob o número PL 8.045/2010¹¹⁴.

Na proposta, o Ministério Público e o acusado por intermédio de sua defesa, poderão requerer ao juízo a imediata aplicação da pena em seu patamar mínimo, mediante confissão dos fatos pelo réu. Tal acordo poderá ser aplicado

¹¹⁴ Texto extraído do sítio da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 21/10/2019.

nos crimes com pena máximo de 8 (oito) anos e a depender das condições pessoais do agente e a gravidade do delito cometido, poderá haver a redução de 1/3 da pena aplicada.

Tal previsão se encontra no projeto de lei do novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009) em seu texto final, nos arts. 283 e 284, da seguinte forma¹¹⁵:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

¹¹⁵ BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 156/2009**. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645#documentos>>. Acesso em: 21/10/2019.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Nota-se, portanto, que os dispositivos pretendem disciplinar um rito abreviado de procedimento condenatório a partir da confissão do acusado, ou como ainda melhor traduz Silva, “(A) abreviação de rito conjecturada pelo legislador brasileiro lança a possibilidade de aplicação imediata de pena privativa de liberdade sem o ‘tradicional’ devido processo legal condenatório”¹¹⁶.

E realmente essa é a pretensão do projeto de lei, depreendendo-se das considerações feitas pela Comissão de Juristas sobre o tema na exposição de motivos do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, como pode se observar¹¹⁷:

De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos.

¹¹⁶ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹¹⁷ BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 156/2009**. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645#documentos>>. Acesso em: 21/10/2019.

O ponto mais importante a ser observado no rito proposto é quanto à confissão, total ou parcial, do acusado. A admissão de culpa pelo réu no processo penal brasileiro em tal rito será o marco condenatório dele, desnecessitando da produção de outras provas no processo, senão as provas indiciárias do inquérito que instruem a exordial acusatória para que haja a admissibilidade desta e sua conformidade com o que foi confessado¹¹⁸.

Segundo Hélio Bastos Tornaghi, confissão “é a declaração pela qual alguém admite ser autor de crime. [...] Confessar é aceitar, como verdadeira, a autoria de um fato ilícito, puro e simples, ou de circunstância exacerbante.”¹¹⁹. Ou seja, é uma ação voluntária daquele que está sendo acusado de confessar a autoria dos fatos a ele imputados ou que são objetos de investigação, ação esta que é marcada pela pessoalidade, liberdade e espontaneidade, sem qualquer ato vicioso de coação ou pressão¹²⁰.

Exceto os dispositivos negociais previstos tanto na Lei 9.099/95 quanto na Lei 12.850/2013 e outros correlatos, não há previsão normativa de espaços de consenso em crimes de maior gravidade, isto é, nos crimes de maior patamar da pena abstratamente cominada. Sendo o réu confesso, as autoridades competentes estão vinculadas ao modelo ‘tradicional’ de processo penal, de rito obrigatório extenso, mesmo que ao final seja aplicada pena diferente da privativa de liberdade, como a pena restritiva de direitos ou o benefício da suspensão condicional da pena¹²¹.

¹¹⁸ SILVA, op. cit., p. 47.

¹¹⁹ TORNAGUI, Hélio Bastos, 1978, p. 46 apud ANDRADE, 2018, p. 208.

¹²⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 208-209.

¹²¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 208.

Portanto, a propositura legal ora apresentada, vem com o intuito de modificar tal situação, tornando mais satisfatórias e eficazes as soluções em processos penais, nos casos em que haja confissão.

Não obstante o dispositivo tenha influências da *plea bargaining* estadunidense, este sofreu maiores inspirações no modelo de acordo italiano, denominado *patteggiamento*. Em tal modelo, qualquer uma das partes pode requerer ao juiz a aplicação imediata da pena, desde que a outra consinta. Destaca-se que na Itália, o acordo é um direito subjetivo do réu, devendo ser assegurado pelo magistrado.

Ademais, no *patteggiamento* italiano, como se propõe no projeto de lei 156/2009, “o negócio não pode incidir sobre a natureza da imputação dos fatos criminosos, ao contrário do que acontece com a *charge bargaining* ou com a *guilty plea* norte-americanos”¹²². Nos Estados Unidos, como já explicado, os termos do acordo são bem mais amplos, podendo, inclusive, serem tratados com “relação à tipificação da conduta, limitação do número de crimes imputados; incidência de causas de aumento ou de diminuição; regime de cumprimento de pena e tempo para progressão de regime”¹²³.

Por fim, a sentença do magistrado terá natureza homologatória, como dispõe o § 8º, do art. 283, do PLS 156/2009, mas a sua função não estará restrita apenas a homologação do acordo. Atento as garantias constitucionais, a intervenção judicial irá além disso, terá natureza garantística, “uma vez que será reservado ao magistrado a missão de verificar a autonomia da manifestação de

¹²² SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹²³ SILVA, op. cit., p. 46.

vontade das partes, zelando pela defesa das garantias individuais, contemplando a congruência entre acordo e exordial acusatória”¹²⁴.

3.1.2 Os acordos de não persecução penal e de aplicação imediata da pena do ‘Pacote Anticrime’

Dentre as vinte medidas do Anteprojeto de Lei Anticrime proposto pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, ao Congresso Nacional no início de 2019, encontra-se uma que visa introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade.

O projeto foi apresentado às duas casas legislativas federais simultaneamente e, como já exposto, a medida de introdução de acordos penais de não persecução penal e de aplicação imediata da pena foi rejeitada pela Câmara dos Deputados, seguindo o trâmite apenas em relação a tal proposta no Senado Federal.

Enquanto o projeto de lei do Senado 156/2009 prevê apenas o acordo de aplicação imediata da pena, o ‘Pacote Anticrime’ dispõe a introdução no Código de Processo Penal vigente de instituto semelhante à transação penal, qual seja, o acordo de não persecução penal, contudo, dotado de notáveis diferenças: requisito de confissão do imputado, ausência de violência e grave ameaça no delito praticado e as condições impostas ao indivíduo¹²⁵.

Neste, a medida pretende disciplinar que nos casos das infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça e com pena máxima inferior a 4

¹²⁴ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹²⁵ IBCCRIM. Nota técnica sobre Pacote Anticrime. 2019, p. 14. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.

(quatro) anos, o Ministério Público poderá propor tal acordo mediante confissão do acusado e cumprimentos de outros requisitos, *in verbis*¹²⁶:

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

¹²⁶ BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime/2019**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 27/10/2019.

§ 3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do §2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), por meio de nota técnica, critica o excessivo poder dado ao Ministério Público na propositura do acordo de não persecução penal em contraponto ao que ocorre com a transação penal, com a observância dos seguintes elementos os quais são interessantes ao presente estudo¹²⁷:

¹²⁷ IBCCRIM. Nota técnica sobre Pacote Anticrime. 2019, p. 16. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.

(1) o MP passaria a indicar o local da prestação de serviços; (2) o MP poderia estabelecer qualquer condição extraordinária, sem previsão taxativa da lei; (3) o MP obteria a confissão do crime mesmo sem ter sequer apresentado uma denúncia formal; (4) o descumprimento do acordo traria consequências mais gravosas para o indivíduo do que ocorre com a transação penal.

O referido instituto reconhecendo a necessidade de expansão dos modelos consensuais de resolução da lide penal propõe substitutivos no acordo de não persecução penal apresentado pelo Poder Executivo, mediante alterações nos dispositivos da transação penal prevista na Lei 9.099/95, como por exemplo: a ampliação do instituto da transação penal para os crimes com pena máxima de 4 (quatro) anos, considerando-se as causas de aumento e diminuição de pena no caso concreto; a possibilidade do juiz substituir as condições propostas pelo Ministério Público, caso considera-las inadequadas e observando a situação pessoal do autor do delito; e realização de audiência para homologação do acordo entre as partes, verificando o magistrado a sua legalidade e voluntariedade, ouvindo o investigado na presença do seu defensor¹²⁸.

Demonstra-se, portanto, a preocupação dos juristas em adequar o acordo de não persecução penal ao que já está estabelecido na legislação brasileira com bastante propriedade.

Assim como o PLS 156/2009 (atual PL 8.045/2010), o projeto de lei anticrime sugere a inclusão de dispositivo no hodierno Código de Processo Penal brasileiro referente a um acordo de aplicação imediata da pena, contudo, com diferenças importantes do modelo adotado na reforma do Código de Processo

¹²⁸ Idem.

Penal. Para melhor análise, faz-se necessário a transcrição literal da propositura, *in verbis*¹²⁹:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

¹²⁹ BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime/2019**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 27/10/2019.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

Observa-se que há bem menores restrições do que o acordo de aplicação imediata da pena do projeto de lei do novo Código de Processo Penal. No dispositivo supracitado, não há limite de pena dos crimes que serão abrangidos por tal, e nem tampouco, o inciso II do art. 395-A proposto coloca barreiras da pena que será ao final cominada, limitando-se a dispor que sua aplicação deve estar dentro dos parâmetros legais, dessemelhante do art. 283 do PLS 156/2009 que disciplina a aplicação do acordo nos crimes com pena máxima de oito anos e cominação de pena no mínimo legal, com possibilidade de ser reduzida ou substituída¹³⁰.

O projeto anticrime do Ministério da Justiça dá uma amplitude muito grande ao acordo, pretendendo introduzir um instituto muito parecido a *plea bargaining* estadunidense, realizando uma mera 'importação' ao direito brasileiro, sem observar as regras processuais e os direitos e garantias fundamentais constitucionais, diferentemente do que ocorre no projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal¹³¹.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) analisando o pacote anticrime, por meio da manifestação de vários advogados e juristas, pontuou algumas alterações a serem feitas em caso de adoção do instituto supracitado: a limitação

¹³⁰ OAB. Análise do Projeto Anticrime OAB Nacional. 2019. Disponível em: <<http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>> Acesso em: 27/10/2019.

¹³¹ Idem.

do acordo aos crimes com pena máxima de 8 (oito) anos; a reestruturação do procedimento de inquérito policial, ampliando o direito de defesa do imputado nesta fase e torna-lo mais transparente; a limitação do poder de acusação, principalmente do Ministério Público, visando a paridade de armas e evitando o cometimento de injustiças, como ocorre nos Estados Unidos com a denominada *Brady Rule*, criada pela Suprema Corte americana em 1963, a qual dispõe a obrigação da polícia e do órgão acusatório de revelar todas as provas de potencial relevância (*disclose exculpatory evidence*) antes da declaração de culpa (*guilty plea*) do acusado, sob sanção do processo ser invalidado, entre outras penalidades¹³².

Outro ponto a ser destacado é a disposição do § 10 do art. 395-A que nos casos de reincidência do acusado ou quando este, pelos elementos probatórios indicarem conduta criminal com habitualidade, reiterada ou profissional, deve ser necessariamente iniciado o cumprimento de pena no regime fechado, conseqüentemente, tornando o acordo mais gravoso do que se fosse em decorrência da própria condenação ordinária e, além disso, indo em sentido contrário ao que determina a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que permite o cumprimento de pena em regime inicial semiaberto nos casos de reincidentes condenados¹³³.

Para os mais críticos ao projeto referido como Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a propositura de “inserção da barganha ofende princípios e garantias basilares da Constituição do Brasil”¹³⁴. Já para Alexandre Moraes da Rosa, foi lançado “um arremedo de *plea bargaining*, em que o acusado confessa

¹³² Idem.

¹³³ OAB. Análise do Projeto Anticrime OAB Nacional. 2019. Disponível em: <<http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>> Acesso em: 27/10/2019.

¹³⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao projeto de lei anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. 130p. E-book.

crimes em troca de uma pena menor, porque não estabelece regras sobre como se processa, negocia e se fixam as penas”¹³⁵.

3.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA VS. PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

Ao se tratar da possibilidade de acordos no âmbito penal, muito se discute na doutrina brasileira da afronta de tal adoção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, “normalmente associando-a ao princípio da oficialidade da acusação e à ideia de legalidade dos atos do Poder Público”¹³⁶.

Em contraponto ao que acontece no direito estadunidense, onde o Ministério Público tem ampla discricionariedade, no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se de maneira geral que o órgão acusatório está ‘obrigado’ a exercer a ação penal, pelo o que se depreende do art. 24, do Código de Processo Penal ao dizer que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público [...]”¹³⁷.

Afrânio da Silva Jardim, como autor de maior referência no Brasil em relação ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal¹³⁸, entende que o dever do Ministério Público de exercer a persecução penal é decorrente do

¹³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Proposta ‘anticrime’ de Moro despista sobre foco principal. **Veja**, 08 fev. 2019. Disponível em: <<https://complemento.veja.abril.com.br/pagina-aberta/proposta-anticrime-de-moro-despista-sobre-foco-principal.html>>. Acesso em: 11/11/2019.

¹³⁶ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

¹³⁷ BRASIL **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 27/10/2019.

¹³⁸ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. **Revista do Ministério Público de Goiás**, Goiânia, n. 34, p. 35-50, jul. 2017. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final_Layout%201.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.

princípio da legalidade postulado pelo Estado de Direito, sendo regra geral, e o poder discricionário de oferecer a denúncia ou não, é uma exceção da qual necessita de previsão expressa, como assim pode se observar¹³⁹:

O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas gerais incriminadoras, sendo o Estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não. A regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que necessita de previsão expressa. É intuitivo.

Entende-se também que o princípio da obrigatoriedade decorre do que determina a Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, ao dispor que uma das funções institucionais do Ministério Público é “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”¹⁴⁰.

Ocorre que o texto constitucional, como também o artigo 24 do codex processual penal brasileiro, quis apenas conferir a “uma instituição específica (o Ministério Público) a titularidade para a promoção da ação penal pública, excluindo a possibilidade de que o próprio ofendido (particular) exerça a persecução penal”¹⁴¹. É o órgão acusatório público, o detentor da persecução penal pública, e o exerce com espaço decisório, como por exemplo: entender,

¹³⁹ JARDIM, Afrânio da Silva, 1998, p. 93 apud SILVA, Danni Sales, 2016, p. 24.

¹⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/10/2019.

¹⁴¹ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 09/10/2019.

quando for o caso, a propositura de suspensão condicional do processo ou transação penal, ou até mesmo requerer o arquivamento da ação penal, quando verificar a ausência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, deixando de promover a acusação sempre motivadamente em juízo, diante da medida adotada¹⁴². Observa-se ainda mais certa discricionariedade do Ministério Público, na própria disposição do artigo 28 do Código de Processo Penal, quando o promotor deixar de oferecer a denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito policial e o juiz não concordar, os autos são remetidos ao procurador-geral, este pode designar outro membro da promotoria para oferecimento da denúncia ou insistir no pedido de arquivamento. Ademais, havendo condenação ou absolvição do réu pelo magistrado, nos dois casos, em discordância do entendimento judicial, o promotor pode interpor recurso de apelação ao tribunal¹⁴³.

Segundo Suxberger, é errado afirmar que a obrigatoriedade do exercício da ação penal seja realizada em todos os fatos criminosos noticiados, tornando-se até uma impossibilidade fática e uma barreira a efetividade da resposta penal pretendida¹⁴⁴.

A obrigatoriedade cinge-se em torno do dever do órgão ministerial “de provocar a jurisdição penal (seja pela denúncia, pelo arquivamento ou pelos consensos sobre pena)”¹⁴⁵.

¹⁴² SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹⁴³ SILVA, op. cit., p. 26.

¹⁴⁴ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. **Revista do Ministério Público de Goiás**, Goiânia, n. 34, p. 35-50, jul. 2017. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final_Layout%201.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.

¹⁴⁵ SILVA, op. cit., p. 27.

Embora, a adoção do princípio da obrigatoriedade, em regra geral, decorre de tradição histórica em países de cultura jurídica romano-germânica, apegados à estrita legalidade, excluindo qualquer espaço de discricionariedade por parte do Ministério Público, Queirós Campos pontua, com base nos ensinamentos de Luís Wanderley Gazoto, que tal legalidade não significa a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública pelo seu titular legal, mas sim da indisponibilidade do interesse público que está em sua posse¹⁴⁶.

Acrescenta-se ainda a tal observação, que nestes próprios países vem acontecendo a incorporação do princípio da oportunidade como “medida de racionalização da persecução penal”¹⁴⁷, após a Recomendação n. R (87) 18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, salientar pela “necessidade de estabelecer a definição de prioridades na gestão da política criminal”¹⁴⁸, indicando como proposta principal a adoção do princípio da oportunidade da ação penal. Esta adoção ocorreu na Alemanha em seu Código de Processo Penal germânico, no artigo 153, bem como na França, nos artigos 40 e 40-1 do Código de Processo Penal francês¹⁴⁹.

Como já exposto, verifica-se a presença do princípio da oportunidade, pelo menos de forma parcial, no ordenamento jurídico brasileiro, com os próprios institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo da Lei 9.099/95. Segundo Queirós Campos, “trata-se, em última análise, do princípio da

¹⁴⁶ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

¹⁴⁷ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. **Revista do Ministério Público de Goiás**, Goiânia, n. 34, p. 35-50, jul. 2017. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final_Layout%201.pdf>. Acesso em: 27/10/2019

¹⁴⁸ SUXBERGER, op. cit., p. 44.

¹⁴⁹ SUXBERGER, op. cit., p. 44-45.

legalidade operando com a peculiaridade de autorizar a atuação da acusação com uma certa dose – devidamente regulamentada – de oportunidade (discricionariedade)”¹⁵⁰.

Portanto, entende-se que a discricionariedade exercida na justiça negocial é realizada pelos limites impostos pela própria vontade da lei que a valida, sendo o princípio da oportunidade uma variação da legalidade, não sendo impedida pela a obrigatoriedade da ação penal pública¹⁵¹.

3.3 ASPECTOS (IN)CONSTITUCIONAIS DOS ACORDOS PENAIIS

Diante de todas as críticas à introdução da barganha no processo penal brasileiro, a que tem maior destaque é a sua possível inconstitucionalidade frente aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição brasileira, assim como também ocorre com a *plea bargaining* estadunidense.

Sustentam os críticos que os direitos fundamentais do acusado ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência, são irrenunciáveis e, ficam prejudicados diante dos acordos penais firmado entre a acusação e o réu, renunciando este ao menos uma parcela daqueles direitos a fim de sofrer uma penalidade menor, devido a sua confissão¹⁵².

Conceituam-se como direitos fundamentais aqueles “vistos como direitos ou valores do homem que foram positivados na constituição de um país”¹⁵³. No

¹⁵⁰ QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

¹⁵¹ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro**. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹⁵² ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 215.

¹⁵³ ANDRADE, op. cit., p. 216.

entendimento de George Marmelstein, os direitos fundamentais, no aspecto material, “estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder”¹⁵⁴, enquanto no seu aspecto jurídico-normativo, “sua fonte primária é a Constituição, merecendo sempre uma proteção normativa especial”¹⁵⁵.

Interessante ao presente estudo, apresentar o conceito proposto por Marmelstein de direitos fundamentais¹⁵⁶:

São normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Denota-se do conceito acima referido da extrema importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico de um país.

Se são de alta relevância, os direitos fundamentais poderiam ser renunciados? Esta incógnita permeia a validade constitucional dos espaços de consenso no âmbito da Justiça Criminal, pois doutrinadores mais tradicionais mencionados por Marcelo Duque, “defendem a inadmissibilidade da renúncia a direitos fundamentais com base na concepção de que estes têm caráter inalienável e irrenunciável, deles não podendo dispor o particular”¹⁵⁷, concebendo-se como uma obrigação de dever de exercício de tais direitos pelo indivíduo, invocando a supremacia do interesse público e desprezando

¹⁵⁴ MARMELSTEIN, George, 2016, p. 18-19 apud ANDRADE, 2018, p. 216.

¹⁵⁵ MARMELSTEIN, George, 2016, p. 18-19 apud ANDRADE, 2018, p. 216.

¹⁵⁶ MARMELSTEIN, George, 2016, p. 18 apud ANDRADE, 2018, p. 217.

¹⁵⁷ DUQUE, Marcelo, 2014, p. 108 apud ANDRADE, 2018, p. 218.

totalmente a autonomia de vontade dele e, ignorando ainda a possibilidade de ficar inerte quanto ao exercício dos direitos fundamentais¹⁵⁸.

José Afonso da Silva entende a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais como uma particularidade que garante a sua existência, afirmando que “não se renunciam os direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não admite sejam renunciados”¹⁵⁹.

Faz mister então, adentrar no conceito de renúncia de tais direitos para analisar a sua possibilidade ou não. Para José Reis Novais, a renúncia se conceitua como o¹⁶⁰:

enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinada por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública [ou privada] face às pretensões que decorriam daquela posição.

Novais, posicionando-se a favor da possibilidade de renúncia, explica ainda que é uma forma positiva de exercício do direito, é um poder conferido ao indivíduo pelo próprio direito tutelado de se dispor dele, “inclusive no sentido de sua limitação, desde que seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual”¹⁶¹.

Marmelstein ainda assevera que a não permissão de que um indivíduo, com capacidade plena de discernimento, “negocie ou renuncie a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade humana, que é a autonomia da vontade”¹⁶². Virgílio Afonso da Silva enfatiza: “Ora, se os

¹⁵⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 218.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso, 2010, p. 181 apud ANDRADE, 2018, p. 218.

¹⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis, 1996, p. 285 apud SILVA, 2016, p. 53.

¹⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis, 2006, p. 235 apud ANDRADE, 2018, p. 219.

¹⁶² MARMELESTEIN, George, 2016, p. 438 apud ANDRADE, 2018, p. 219.

direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar”¹⁶³.

Para Novais, é necessário distinguir a renúncia, do não exercício e da perda do direito fundamental. O autor verifica a renúncia quando há ato positivo do titular do direito de não invocá-lo diante de entidades públicas, como a renúncia ao direito de recurso de sentença judicial ou de aderir a uma associação. Já o não exercício, é um ato negativo da pessoa, por meio de uma posição jurídica, de exercer ou não certo direito, como não se filiar a um partido político ou não exercer o direito de petição. Enquanto a perda decorre de uma norma, tratando-se de uma imposição da ordem jurídica, não realizada por vontade do indivíduo, como a perda de direitos políticos¹⁶⁴.

O autor português, no tocante as modalidades, trata de diferenciar a renúncia ao direito propriamente dito e a renúncia ao exercício do direito. Para ele, esta é a renúncia quanto à capacidade de exercício, de caráter temporário, podendo ser revertida a qualquer momento sua decisão, enquanto aquela é privação da titularidade do direito, não sendo admissível ao rigor dos princípios de um Estado de Direito e proteção dignidade da pessoa humana¹⁶⁵.

No campo da justiça negocial, o indivíduo que renuncia a normal ‘dilação processual’, o faz esperando alcançar um benefício melhor do que a manutenção do direito fundamental do devido processo legal ampliado (contraditório, ampla defesa e presunção de inocência)¹⁶⁶.

¹⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da, 2008, p. 61-62 apud ANDRADE, 2018, p. 221.

¹⁶⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora JusPosdivm, 2018, p. 222-223.

¹⁶⁵ ANDRADE, op. cit., p. 224.

¹⁶⁶ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro**. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

É uma escolha, uma decisão, uma vontade individual da pessoa, claro, sendo respeitados critérios de validade como: declaração voluntária e expressa; a disponibilidade de posições jurídicas tuteladas; obediência da dignidade da pessoa humana; manutenção do conteúdo essencial do direito; e observância do princípio da proporcionalidade¹⁶⁷.

Portanto, “a renúncia ao contraditório amplo dentro do plano negocial penal é constitucionalmente válida, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana”¹⁶⁸. Valendo destacar que o “Tribunal Europeu de Direitos Humanos aceita a hipótese de renúncia (e seu não exercício) sempre que isso comportar em determinada vantagem ou benefício ao seu titular”¹⁶⁹.

Da leitura das contribuições e apontamentos dados pelos juristas, depreende-se a ideia de que a renunciabilidade de certos direitos, inclusive fundamentais, não está revestido de uma inconstitucionalidade, pois é emanada do próprio indivíduo por meio de sua autodeterminação e vontade, a qual visualiza na escolha da política premial em detrimento do amplo contraditório de que tem direito constitucional, melhor benefício para a sua defesa. Mais preferível contribui Silva¹⁷⁰:

Na atividade consensual há inequívoca restrição ao contraditório, limitando a produção de provas e aniquilando o direito ao silêncio. Sobretudo, se a adesão ao consenso for benéfica ao réu, não haverá óbices ao exercício da política premial. O réu é quem melhor poderá contemplar os benefícios e malefícios da aplicação imediata de pena. Valerá a vontade do acusado, manifestada por intermédio de seu defensor. O que deve ser apreciado é a voluntariedade do consenso, visando evitar qualquer sorte de coação.

¹⁶⁷ ANDRADE, op. cit., p. 225-229.

¹⁶⁸ SILVA, op. cit., p. 53-54.

¹⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 56.

¹⁷⁰ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

Cabe ainda destacar que a ideia de aplicação imediata da pena por meio de acordo entre acusação e acusado, este representado por seu defensor técnico, é inconstitucional devido à violação do devido processo legal, mostra-se um pouco equivocada, visto que nenhum direito fundamental é absoluto e ilimitado, encontrando obstes em outros direitos previstos na própria Carta Magna¹⁷¹. De acordo com Canotilho a norma constitucional é concomitantemente: “uma norma de garantia, porque reconhece e garante determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido”¹⁷².

O princípio do devido processo legal é um conjunto de garantias constitucionais “que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”¹⁷³. Tal princípio não serve apenas aos interesses do acusado no âmbito penal, mas também a salvaguarda do próprio processo.

Dentre as garantias embutidas a tal princípio está o da celeridade processual previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, o qual garante a razoável duração do processo, dando maior celeridade e efetividade na busca da verdade processual. Ao diluir o procedimento contencioso por via de rito abreviado baseado na confissão do imputado, a justiça negocial “pacifica os pontos controvertidos do processo penal, dando margem ao julgamento sem produção exaustiva de prova”¹⁷⁴. Podemos observar tal pensamento na própria legislação brasileira, nos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e nas colaborações premiadas, que

¹⁷¹ SILVA, op. cit., p. 71.

¹⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2007, p. 788 apud SILVA, 2016, p. 72.

¹⁷³ SILVA, op. cit., p. 73.

¹⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 74.

dispensam a audiência de instrução e julgamento, sem deixar de observar os preceitos constitucionais.

Críticas ainda quanto à violação ao contraditório e a ampla defesa no espaço consensual criminal não deve prosperar, como pontua Suxberger¹⁷⁵:

O instituto da barganha, se bem delineado, não parece veicular ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o investigado, com assistência técnica de advogado, pode ou não concordar com os termos da proposta ofertada pela acusação, ou seja, há voluntariedade e possibilidade de argumentar quanto à proposta apresentada, bem como a possibilidade de recusá-la. Ademais, considerando o texto do projeto de reforma do CPP, o modelo que se pretende adotar no Brasil guarda mais semelhança com os institutos de negociação da sentença penal incorporados em países da Europa, ou seja, com notável controle judicial na homologação dos acordos.

Está-se diante, no julgamento antecipado da lide penal por barganha, não de uma aniquilação do contraditório, visto que não há a produção de provas processuais, mas sim de um contraditório concentrado, em que é exigida da defesa “acirrada perspectiva crítica, apta a identificar as consequências inerentes à política premial”¹⁷⁶, diante da “liberdade de escolha entre aderir ou não ao acordo”¹⁷⁷, ou seja, necessitará de maior tecnicidade por parte da defesa na melhor escolha para o acusado. Caso ainda a defesa não aceite o acordo, o processo tem prosseguimento pelas vias ordinárias¹⁷⁸.

¹⁷⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Demerval Faria Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, vol. 13, n. 1, p. 377-396, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/4097/pdf>>. Acesso em: 16/10/2019.

¹⁷⁶ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro**. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹⁷⁷ SILVA, op. cit., p. 75.

¹⁷⁸ SILVA, op. cit., p. 76.

Ademais, deve haver base fática e conjunto probatório, mesmo que indiciário, na acusação feita pelo Ministério Público, de modo a dar suporte à pretensão punitiva (na oportunidade o réu tem conhecimento do teor acusatório), e ensejar convicção legítima ao julgador, a qual verificará a sua conformidade com a confissão do imputado e possível violação de direitos individuais¹⁷⁹.

Silva ainda afirma: “há duas verdades: a primeira consiste no fato de que a via negocial é optativa; a segunda de que essa opção é sopesada pelo próprio acusado. Assim, a amplitude do contraditório é relativizada pela própria defesa.”¹⁸⁰

Não menos importante, compete sopesar a crítica quanto à violação da presunção de inocência devido à introdução da confissão como prova suficiente no direito processual penal brasileiro.

Sabe-se que todo indivíduo tem direito a não autoincriminação, este extraído tanto do direito ao silêncio (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988) quanto da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), além da ampla defesa e de outros princípios constitucionais, não permitindo que o indiciado produza provas contra si mesmo, como nos ensina Fernandes¹⁸¹. Contudo, entende-se que tal direito fundamental não é absoluto, podendo ser limitado de forma racional por lei expressa e prévia, pois a legislação não proíbe que o acusado produza, voluntariamente, prova contra si mesmo, mas apenas impede que o Estado o obrigue¹⁸².

¹⁷⁹ SILVA, op. cit., p. 76.

¹⁸⁰ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

¹⁸¹ FERNANDES, Antônio Scarance, 2007, p. 303-304 apud SILVA, 2016, p. 79.

¹⁸² SILVA, op. cit., p. 79-80.

Portanto, “não existe violação aos primados da presunção de inocência durante a prática consensual”¹⁸³, ao contrário tal preceito constitucional é afastado por disposição voluntária e pessoal do acusado, pois “a defesa abdica do silêncio, em confissão, na busca pela atividade premial”¹⁸⁴.

Em síntese, o que se conclui que há perfeita consonância com os modelos de justiça penal consensual em relação às garantias constitucionais. Afasta-se, portanto, os argumentos da exacerbada defesa do ‘garantismo negativo’, visando somente à proteção dos direitos individuais frente às intervenções estatais, excluindo a outra face do pensamento positivista do garantismo apresentado por Ferrajoli, que se preocupa conjuntamente com os interesses e proteção da coletividade, como se observa das palavras de Douglas Fischer, o qual denominou o ‘movimento’ de “Garantismo hiperbólico monocular”¹⁸⁵:

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se vêem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do pensamento garantista (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu de se estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época.

¹⁸³ SILVA, op. cit., p. 80.

¹⁸⁴ SILVA, op. cit., p. 80.

¹⁸⁵ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 15/11/2019.

O que se pretende com os acordos penais é afastar a via de mão única de formalidade extrema dos ritos ordinários atualmente previstos, perseguindo o sistema criminal, “ao mesmo tempo, a funcionalidade (eficiência) e as garantias (justiça), pois ao Estado incumbe preservar os direitos dos cidadãos e também promover o bem da coletividade”¹⁸⁶, observando os ditames constitucionais do ordenamento pátrio.

3.4 A NECESSIDADE DE REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM CONTRAPONTO AS MODIFICAÇÕES PONTUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme demonstrado neste capítulo, há em trâmite no Congresso Nacional duas propostas de introdução de acordos negociais com base na confissão do acusado. Uma decorrente do projeto de lei 156/2009 de reforma do Código de Processo Penal e, outra derivada do pacote de medidas anticrime de iniciativa do Ministério da Justiça e Segurança Pública, mas precisamente na pessoa do Senhor Ministro Sergio Fernando Moro.

Ocorre que não parece adequado à mera importação de dispositivo de barganha ao ordenamento jurídico nacional sem observar parâmetros do sistema de direito pelo Brasil adotado. Não foi isto que fez a Itália e a Alemanha, pois os legisladores tiveram o cuidado de realizar alterações necessárias e adequadas ao se inspirarem na *plea bargaining* estadunidense.

Interessante usar o termo ‘tradução’ adotado por Máximo Langer para se referir as importações de institutos de um sistema para o outro, pois, conforme Nardelli, dessa forma “pode-se compreender os sistemas jurídicos como produtores de significados e, assim, intercambiando os institutos entre os

¹⁸⁶ SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

sistemas gera a noção de que cada um irá lhe atribuir um significado particular”¹⁸⁷.

O Código de Processo Penal vigente tem natureza inquisitória, marcado pela grande participação do juiz na produção de provas, como pode se observar na própria disposição do artigo 156 do Codex, esta é uma, dentre várias outras incompatibilidades atuais do sistema processual penal com a barganha das propostas apresentadas pelo pacote anticrime¹⁸⁸. Sobre o tema, Alexandre Morais da Rosa, tece algumas considerações¹⁸⁹:

Não me parece que o *plea bargaining* seja inconstitucional, entretanto, é necessário reorganizar todo o sistema, situação não abordada, nem justificada. De reforma parcial em reforma parcial o CPP está um monstro. Reside aí a verdadeira ação: parecer que se fez algo enquanto se poderia, seriamente, realizar aprovação de forma discutida, deliberada e adequada, com a comunidade (jurídica ou não). Aprovar sem discutir é próprio de regimes totalitários em que se nega o direito de participar efetiva ou potencialmente, porque concernidos, do processo de elaboração normativa. (grifo nosso)

Pactua-se com o a ideia do referido autor, em que pese às contribuições dadas pelo projeto de lei anticrime do Ministério da Justiça, este não se atentou as incongruências da *plea bargaining* do que se dispõe na atualidade na legislação brasileira. Dá-se como exemplo a proposta de acordo de não persecução penal, muito aproveitado das ideias do modelo previsto no artigo 18

¹⁸⁷ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

¹⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. Limite Penal – Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “anticrime”: mirando a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. 12 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limitepenal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 10/11/2019.

¹⁸⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Proposta ‘anticrime’ de Moro despista sobre foco principal. **Veja**, 08 fev. 2019. Disponível em: <<https://complemento.veja.abril.com.br/pagina-aberta/proposta-anticrime-de-moro-despista-sobre-foco-principal.html>>. Acesso em: 11/11/2019.

da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5793 e 5790, propostas pela OAB e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), respectivamente, no Supremo Tribunal Federal (STF), por violar, em síntese, o poder regulamentar privativo da União sobre matéria processual e penal¹⁹⁰.

O acordo de não persecução e o de aplicação imediata da pena do projeto anticrime é realizado antes da fase instrutória processual, baseia-se nas provas da fase investigatória e, da forma como é hoje conduzida, dificulta a participação da defesa na colheita de provas, pois é “presidida por órgão do Estado e a serviço da acusação”¹⁹¹, e conseqüentemente, “quando se antecipa a solução e a pena vem aplicada sem que haja o devido processo, há uma perigosa violação dos direitos do imputado”¹⁹², necessitando que haja preservação de garantias na fase preliminar, de modo a evitar injustiças.

Atento a isto, o projeto de lei do Senado 156/2009, em seu artigo 13, inova ao implementar no sistema processual penal brasileiro à previsão da investigação da própria defesa, paralela ao das autoridades oficiais do Estado, “por meio dela, a defesa poderá realizar sua própria investigação, inclusive ouvindo testemunhas e juntar o resultado aos autos de inquérito policial”¹⁹³.

Além do mais, a propositura do artigo 28-A do pacote anticrime em muito se assemelha com a transação penal, distinguindo-se principalmente pela previsão de confissão do acusado. Ocorre que persistindo com o sistema

¹⁹⁰ Texto extraído do sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>>. Acesso em: 10/11/2019.

¹⁹¹ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

¹⁹² NARDELLI, op. cit., p. 359.

¹⁹³ NARDELLI, op. cit., p. 360.

inquisitivo do Código de Processo Penal atual, impossibilita a sua aplicação de forma desejável e como assim é feito nos países em que foi adotada a barganha processual, os quais tem natureza de sistema acusatório, que melhor se adequa ao instituto, pois em tal sistema preleva a gestão da prova em posse das partes, retirando a figura do juiz como “senhor absoluto do processo”¹⁹⁴ e “de produtor de provas”¹⁹⁵, função que nem mesmo se coaduna com a Constituição Federal de 1988, a qual também dá natureza acusatória ao processo penal.

Com louvável estrutura lógica, o projeto de reforma do Código de Processo Penal, mais uma vez merece ser destacado, pois propõe “uma *separação* entre as funções típicas do magistrado no 1º grau de jurisdição (*investigação, instrução e julgamento*), conformando constitucionalmente cada fase do procedimento”¹⁹⁶, vedando “iniciativas investigativo-probatórias e acusatórias do juiz”¹⁹⁷. De forma resumida e bastante didática, Coutinho juntamente com outros autores, explica¹⁹⁸:

Para a fase de investigação preliminar (pré-processual), o PLS 156/2009 cria a figura do juiz das garantias, cuja atuação se voltará ao controle da legalidade, mormente para salvaguarda de direitos e garantias individuais. Ele não será o mesmo juiz da fase processual da persecução que se inaugura com a denúncia ou representação. Ao juiz do processo (fase de instrução) não caberá, todavia, a iniciativa da produção de provas, cuja faculdade à luz do princípio dispositivo deve ser reservada somente às partes (acusação e defesa), mas, sim, supervisionar (controlar) a observância às regras do jogo, notadamente o contraditório, a ampla defesa e

¹⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. Limite Penal – Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “anticrime”: mirando a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. 12 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limitepenal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 10/11/2019.

¹⁹⁵ COUTINHO, op. cit.

¹⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. Limite Penal – Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “anticrime”: mirando a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. 12 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limitepenal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 10/11/2019.

¹⁹⁷ COUTINHO, op. cit.

¹⁹⁸ COUTINHO, op. cit.

a inadmissão de provas ilícitas. Finalmente, caberá ao juiz do julgamento — que pode ser, como pessoa física, aquele que conduziu a instrução —, a decisão de mérito (acertamento) do caso penal, absolvendo ou condenando o acusado com base no que se produzir nas fases anteriores.

Mostra-se uma preocupação da reforma em adequar o sistema penal aos anseios constitucionais da Carta Magna vigente no Brasil. Visto que os acordos ocorrem principalmente nas fases iniciais, seja antes da persecução penal ou entre o oferecimento da denúncia e a instrução, o juiz das garantias terá papel fundamental, supervisionando ‘às regras do jogo’ e deixando para as partes a iniciativa de provas, o que faz lembrar a forma como é aplicado a *plea bargaining* nos Estados Unidos, no típico sistema adversarial.

Como bem pontuam os autores acima referidos¹⁹⁹:

A tendência atual, de se importarem, “à brasileira”, ou conforme a conveniência do julgador, institutos do common law estadunidense (como o *plea bargaining*), mas sem que haja, para tanto, uma reforma global do sistema brasileiro vigente, que é de tradição (romano-germânica) e sistema jurídico distintos (civil law), implica um paradoxo — ou talvez reforça a razão tupiniquim do “jeito” (Roberto Gomes). Incompatibilidades sistêmicas gritantes não estão sendo solucionadas, colocando-se em risco a estabilidade e a segurança do sistema para todos.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que “uma reforma global do CPP é, portanto, condição de possibilidade (lógica e necessária) para que não haja fratura no sistema processual penal brasileiro”²⁰⁰, já tão deteriorado, principalmente no âmbito penal por uma nítida insegurança jurídica observada nos últimos tempos. “Reformas pontuais não são suficientes. Uma mudança

¹⁹⁹ COUTINHO, op. cit.

²⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. Limite Penal – Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “anticrime”: mirando a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. 12 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limitepenal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 10/11/2019.

ampla é necessária, a fim de que nela se incluam todos os aspectos pertinentes à reformulação do sistema”²⁰¹.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi apresentado no presente trabalho, conclui-se que apesar da complexidade de aplicação de um modelo negocial penal semelhante à *plea bargaining* estadunidense, isto não é impossível, tendo em vista os vários institutos de barganha já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais foram devidamente amoldados, e as possíveis adaptações do acordo de aplicação da pena com base na confissão à realidade normativa brasileira.

Em que pese as críticas feitas às propostas de ampliação de consenso na justiça criminal brasileira (algumas até com senso crítico relevante), restou-se claro que esta é uma tendência mundial, alcançando vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, como os países da América Latina e, de sistema de cultura jurídica romano-germânica, como a Itália e a Alemanha, os quais estes adotaram modelos com claríssimas inspirações da *plea bargain*.

Conforme ficou demonstrado que apesar do ineditismo alcançado com a composição civil do dano, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, estes por si só, não são suficientes para tornar mais célere e eficiente o processo penal em casos de admissão de culpa dos acusados, visto que têm seus alcances a crimes previamente estabelecidos por lei. Necessitando, portanto, da possibilidade de acordos mais abrangentes em crimes de maior gravidade, ou seja, de penas maiores.

Pôde-se constatar, através de uma extensa pesquisa bibliográfica pertinente ao tema abordado, que o instituto de acordo de não persecução penal

²⁰¹ COUTINHO, op. cit.

ou de aplicação imediata da pena se mostra totalmente compatível com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, visto que este não impede a aplicação dos acordos, mas confere ao Ministério Público a função institucional de promover, única e exclusivamente, a ação penal pública, dando ao órgão acusatório ainda a discricionariedade no manejo da persecução penal, claro que com permissões legais, ressaltando a ideia de uma discricionariedade regradada pela própria lei, abrindo espaço para o princípio da oportunidade, o qual é derivado do princípio da legalidade.

Pode se afastar a ideia de que tais acordos violam os direitos fundamentais do acusado sob o argumento de que são irrenunciáveis, pois tal alegação é que não observa a liberdade do indivíduo, garantido pela dignidade da pessoa humana, de escolher não exercer um ou outro direito fundamental a ele atribuído pela Carta Magna ao vislumbrar melhor benefício ou vantagem do que o direito a ele tutelado, sendo observados os critérios de voluntariedade e expressa declaração.

Compreende-se que não há inconstitucionalidade nos acordos penais baseados na confissão do imputado, pois são aplicados ao édige da própria Constituição Brasileira de 1998 e, ademais, vão de encontro aos anseios constitucionais do devido processo legal e da duração razoável do processo, dando mais celeridade e eficiência a um processo penal marcado pela extrema formalidade e de ritos extensos.

Acrescenta-se ainda que a introdução de acordos penais resultantes na pena do imputado que confessou o delito não infringe a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, visto que não é uma imposição da acusação, mas é um consenso entre esta e a defesa, a qual pode aceitar ou não, necessitando do defensor maior técnica na estratégia adotada, além disso, é faculdade do acusado confessar, sendo um ato voluntário, não o fazendo, o

processo seguirá o seu trâmite ‘tradicional’. A defesa de um ‘garantismo negativo’ a todo custo sem observar a proteção e segurança à coletividade, como se traduz também do pensamento de Ferrajoli numa ideia de ‘garantismo positivo’, deturpa o olhar dos direitos constitucionais apenas para o cidadão que está sendo processado ou condenado.

Por fim, acredita-se pela a análise apresentada nesta monografia que, não obstante, as várias propostas de barganhas no âmbito penal, esta está mais bem estruturada numa reforma do Código de Processo Penal, como propõe a fazer a PLS 156/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados pela PL n. 8.045/2010. Importar a ideia de um instituto de um ordenamento jurídico divergente do adotado no Brasil requer uma ‘tradução’, ou seja, adequações para que realmente surjam seus efeitos de forma positiva e condizentes com os preceitos constitucionais.

E não é isso que se propõe a fazer, data vênua, o pacote de medidas ‘anticrime’, dentre outras proposituras de alterações legislativas isoladas e pontuais, pois não se atentam às incompatibilidades trazidas pela mera introdução irracional e fora dos debates jurídicos necessários para a manutenção das garantias tanto individuais quanto coletivas numa sociedade, de um instituto de grandes contribuições como a *plea bargaining*.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007.

ALVES, Jamil Chaim et al **Acordo de não persecução penal.** 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual: controvérsias e desafios.** Salvador: Editora JusPosdivm, 2018.

BISHARAT, George E. The plea bargaining machine. Tradução de Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho, Gabriel G. S. Lima de Almeida. **CONFLUÊNCIAS | Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Vol. 17, nº 2, 2015. Disponível em:<<http://www.periodicos.uff.br/confluencias/article/download/34494/19897>> Acesso em: 09/10/2019.

BRASIL **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 27/10/2019.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime/2019**. Disponível em:<<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 27/10/2019.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 156/2009**. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645#documentos>>. Acesso em: 21/10/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/10/2019.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16/10/2019.

CLIVERY, Elisa; PARREIRA, Marcelo; PALMA, Gabriel. Proposta de 'plea bargain' de Moro é retirada do pacote anticrime por grupo de trabalho da Câmara. **G1**, Brasília, 06 ago. 2019. Seção Política. Disponível em:<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/06/proposta-de-plea-bargain-de-moro-e-retirada-do-pacote-anticrime-por-grupo-de-trabalho-da-camara.ghtml>>. Acesso em: 16/10/2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. Limite Penal – Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “anticrime”: mirando a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. 12 de abril de 2019. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limitepenal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 10/11/2019.

DIPP, Gilson Langaro. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei.** Brasília, IDP, 2015. 80 p. *E-book*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Criminal Procedure.**

Washington, 2014. Disponível

em:<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf>. Acesso em: 09/10/2019.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível

em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>

Acesso em: 15/11/2019.

IBCCRIM. Nota técnica sobre Pacote Anticrime. 2019. Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf>.

Acesso em: 27/10/2019.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diailas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico.** Disponível

em:<https://www.academia.edu/34491102/Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e_breve_historico?auto=download> Acesso em: 09/10/2019.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14542/15863>>. Acesso em: 16/10/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal Processual.** 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. 1.308 p. *E-book*.

OAB. Análise do Projeto Anticrime OAB Nacional. 2019. Disponível em:

<<http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>> Acesso em: 27/10/2019.

QUEIRÓS CAMPOS, Gabriel Silveira de. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012, p. 4. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 09/10/2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao Direito Penal. In: Direitos Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, vol. 1. São Paulo: **Ed. Revista dos Tribunais**, p. 331-355, 2011. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>>. Acesso em: 10/10/2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
ROSA, Alexandre Moraes da. Proposta 'anticrime' de Moro despista sobre foco principal. **Veja**, 08 fev. 2019. Disponível em: <<https://complemento.veja.abril.com.br/pagina-aberta/proposta-anticrime-de-moro-despista-sobre-foco-principal.html>>. Acesso em: 11/11/2019.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 155, 2019, p. 229-264. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000016e1d5f43cadfc359d0&docguid=I9b7395205cda11e98d21010000000000&hitguid=I9b7395205cda11e98d21010000000000&spos=2&epos=2&td=137&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09/10/2019.

SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal: a ampliação de margens de consenso no processo penal brasileiro**. 2017. 140f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. **Revista do Ministério Público de Goiás**, Goiânia, n. 34, p. 35-50, jul. 2017. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final_Layout%201.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Demerval Faria Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, vol. 13, n. 1, p. 377-396, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/4097/pdf>>. Acesso em: 16/10/2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao projeto de lei anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. 130p. E-book.

TEIXEIRA, Geraldo Nunes Laprovitera. A colaboração premiada como instrumento do Ministério Público no combate às organizações criminosas. **Caderno do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano I, nº 1, vol. 2, p. 57-108, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/07/2-A-Colabora%C3%A7%C3%A3o-Premiada-Como-Instrumento-do-Minist%C3%A9rio-P%C3%BAblico-no-Combate-%C3%A0s-Organiza%C3%A7%C3%B5es-Criminosas.pdf>>. Acesso em: 20/10/2019.

