

Ana Cristina Nascimento Freire · Ana Paula Barreto Rodrigues · Aryane Ruiz Raposo de Melo · Bruno Rodrigues Fonseca · Daniely Zamprônio Laurentino de Albuquerque · Grazielli Gonçalves Gozer · Lorena Frederico Soares · Luísa Filardi Siqueira · Patrick Carvalho Silva · Polliana Salette Behm Hauptenthal · Vitor Barros Mouro · Yago Abreu Barbosa dos Santos

# DIREITO PLURAL



**ANA CRISTINA NASCIMENTO FREIRE**

ORGANIZADORA



Criação Editora

**Título:**  
**DIREITO PLURAL**

**Organizadores:**  
**ANA CRISTINA NASCIMENTO FREIRE**

**ISBN:**  
**978-85-8413-420-5**

### **CONSELHO EDITORIAL**

Ana Maria de Menezes  
Fábio Alves dos Santos  
Jorge Carvalho do Nascimento  
José Afonso do Nascimento  
José Eduardo Franco  
José Rodorval Ramalho  
Justino Alves Lima  
Luiz Eduardo Oliveira Menezes  
Maria Inêz Oliveira Araújo  
Martin Hadsell do Nascimento  
Rita de Cácia Santos Souza

Lucas Aribé Alves  
(Parecerista de acessibilidade)

**[www.editoracriacao.com.br](http://www.editoracriacao.com.br)**

# DIREITO PLURAL

**ANA CRISTINA NASCIMENTO FREIRE**  
ORGANIZADORA



**Criação** Editora

Aracaju | 2023

Copyright by 2023 Ana Cristina Nascimento Freire

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, com finalidade de comercialização ou aproveitamento de lucros ou vantagens, com observância da Lei de regência. Poderá ser reproduzido texto, entre aspas, desde que haja expressa marcação do nome do autor, título da obra, editora, edição e paginação. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.619/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código penal.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8/8846

P475d	Freire, Ana Cristina Nascimento (org.) Direito Plural / Organizadora: Ana Cristina Nascimento Freire. --1. ed. - Aracaju, SE : Criação Editora, 2023. E-Book: (PDF). Inclui bibliografia. 316 p., 21 cm. ISBN. 978-85-8413-420-5  1. Direito à Saúde. 2. Direito Civil. 3. Direito Constitucional. 4. Direitos Humanos. 5. Direito Penal. I. Título. II. Assunto. III. Organizadora. IV. Autores  CDD 340 CDU 34
-------	--

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito.
2. Tópicos de Direito.

## APRESENTAÇÃO

Esta coletânea de artigos surgiu da reunião de 12 juristas, e reflete suas vivências acadêmicas e profissionais em oito Unidades Federativas do Brasil (Pernambuco, Sergipe, Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Rio Grande do Sul e Distrito Federal).

Certamente o compromisso contínuo com estudos jurídicos motivaram a publicação, mas foi o enorme esforço comum que permitiu essa realização conjunta.

Yago Abreu dos Santos, na cidade de Abre Campo/MG, escreveu sobre **teoria contemporânea de justiça, utilitarismo, moral** e felicidade.

Grazzielli Gozer, de Belo Horizonte/MG, teceu registros acerca do **acesso à justiça**, considerando a **grande litigiosidade judicial** como obstáculo.

Lorena Soares, em Urberlândia/MG, lançou ponderações em torno da **propaganda política**, relacionando com exercício dos **direitos políticos**.

Polliana Behm Haupenthal, em Lajeado/RS, abordou o **direito à saúde**, avaliando **ações em face do Poder Público**.

Ana Paula Rodrigues, do Rio de Janeiro/RJ, elencou a **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**, sopesando **direitos individuais** na **era digital**.

Luísa Siqueira, de Belo Horizonte/MG, observou os **princípios da inércia e da garantia da imparcialidade** da magistratura em **questões de ordem pública**, especificamente no **juízo de controle recursal**.

Daniely Albuquerque, em Medianeira/PR, abordou a **penhora online**, destacando a **ausência de correção**

**monetária** no período entre bloqueio e a transferência para conta judicial.

Vitor Mouro, de Barbacena/MG, procedeu com pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca da **busca e apreensão domiciliar** no caso de **flagrante delito**, à luz de **princípios fundamentais**.

Patrick Silva, de Formiga/MG, elucidou divergências na aplicação do **princípio da insignificância**, fornecendo destaque para a relevância da **segurança jurídica**.

Aryane Raposo de Melo, de Recife/PE, analisou a complexidade da aplicação de **precedentes** e outros **padrões decisórios** em casos concretos, abordando os **princípios da isonomia e da segurança jurídica**.

Bruno Fonseca, de Urberlândia/MG tratou de **limitação sumular** para **aplicação de pena**, partindo de discussões recentes em âmbitos doutrinários e jurisprudenciais.

Eu, Ana Cristina Nascimento Freire, em Recife/PE, organizei dados de pesquisa sobre **segurança pública** na regência da CF/88, avultando a relevância de processos dialógicos entre **polícias e estudiosos/militantes de Direitos Humanos**.

Importante contemplar o imenso e excelente trabalho desenvolvido pela Editora Criação, sediada em Aracaju/SE. Bem como do Conselho Editorial que, de modo extremante criterioso, respaldou a relevância jurídica desta coletânea.

No que tange ao formato do livro, registre-se que foi pensado e viabilizado para possibilitar amplo acesso, inclusive gratuito, ao maior número possível de pessoas, especialmente estudiosos e profissionais que aperfeiçoam o que denominamos *Direito Plural*.

Boa leitura.

Seguimos à disposição.

Ana C. N. Freire (Organizadora)

# SUMÁRIO



TEORIA CONTEMPORÂNEA DA JUSTIÇA: O UTILITARISMO - MAXIMIZAÇÃO IMPARCIAL DA FELICIDADE FRENTE À MORALIDADE .....	9
Yago Abreu Barbosa dos Santos	
MEDIDAS DE REDUÇÃO DE LITIGÂNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO .....	29
Grazielli Gonçalves Gozer	
PROPAGANDA ELEITORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE SUA REGULAMENTAÇÃO PARA COMBATE À DESINFORMAÇÃO .....	46
Lorena Federico Soares	
DEVER DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE: CONTROVÉRSIAS ACERCA DA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO DAS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS EM FACE DO ESTADO, À LUZ DAS DECISÕES DO STF E DO STJ .....	77
Polliana Salete Behm Haupenthal	
LIDERANÇA DEMOCRÁTICA E A CONFORMIDADE COM A LGPD: UM ESTUDO SOBRE A CULTURA ORGANIZACIONAL E A ACCOUNTABILITY EM INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	112
Ana Paula Barreto Rodrigues	
OS LIMITES DA COGNIÇÃO EX OFFICIO EM GRAU RECURSAL.....	138
Luísa Filardi Siqueira	

**INAPLICABILIDADE DO §3º DO ARTIGO 354 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL ÀS PENHORAS DE DINHEIRO OU EM  
APLICAÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE VALOR..... 162**

Daniely Zampronio Laurentino de Albuquerque

**STANDARDS PROBATÓRIOS E A BUSCA E APREENSÃO  
DOMICILIAR: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ..... 183**

Vitor Barros Mouro

**A AUSÊNCIA DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DO  
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ..... 209**

Patrick Carvalho Silva

**A TÉCNICA DO DISTINGUISHING NOS JULGAMENTOS CRIMINAIS:  
UMA FERRAMENTA DE JUSTIÇA ..... 233**

Aryane Ruiz Raposo de Melo

**DA NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO E CANCELAMENTO  
DA SÚMULA 231 DO STJ ..... 259**

Bruno Rodrigues Fonseca

**POLÍCIAS, DIREITOS HUMANOS E A URGÊNCIA DE PERSPECTIVAS  
DIALÓGICAS..... 289**

Ana Cristina Nascimento Freire





# TEORIA CONTEMPORÂNEA DA JUSTIÇA: O UTILITARISMO - MAXIMIZAÇÃO IMPARCIAL DA FELICIDADE FRENTE À MORALIDADE



Yago Abreu Barbosa dos Santos\*

## **Resumo**

Este artigo tem o objetivo de analisar o utilitarismo como uma vertente filosófica centrada no princípio da utilidade, a partir do estudo desenvolvido por John Stuart Mill e Jeremy Bentham. Entender a busca imparcial da felicidade defendida pelos utilitaristas e como eles conceituam a moralidade, a partir dos seus costumes e ideias difundidas. Conclui-se pelo reconhecimento de que o utilitarismo prega a maximização da felicidade, porém, a partir de uma análise imparcial dos seus resultados, de suas ações, de modo que o prazer de uma maioria deve ser mais vantajoso do que em uma menor quantidade de pessoas, e que a moralidade trata-se da promoção imparcial da felicidade e que pode variar de acordo com os costumes de cada um.

Palavras-chave: utilitarismo, felicidade, princípio.

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes); Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes); Assessor de Juiz da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Abre Campo pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: yagosantos.abreu@gmail.com.

# CONTEMPORARY THEORY OF JUSTICE: THE UTILITARIANISM - IMPARTIAL MAXIMIZATION OF HAPPINESS AFTER MORALITY



## Abstract:

This article aims to analyze utilitarianism as a philosophical strand centered on the principle of utility, based on the study developed by John Stuart Mill and Jeremy Bentham. Understand the impartial pursuit of happiness defended by utilitarians and how they conceptualize morality, based on their customs and widespread ideas. It is concluded by the recognizing that utilitarianism preaches the maximization of happiness, however, based on an impartial analysis of its results, so that the pleasure of a majority must be more advantageous than in a smaller amount of people, and that morality is about the impartial promotion of happiness and can vary according to each person's customs.

Keywords: utilitarianism, happiness, principle.

## INTRODUÇÃO

O Utilitarismo defende a criação de regras de justiça que reforcem a segurança e a liberdade dos cidadãos para criar a felicidade geral. Tal corrente começou na Inglaterra com Jeremy Bentham (1748-1832), tendo sido seguido por John Stuart Mill (1806-1873). Apresenta-se como uma corrente filosófica, com origem moderna, mas com desdobramentos contemporâneos. É uma teoria ética normativa que traz a ação útil como a melhor ação, a ação correta. Tal busca pela ação correta está na análise dos resultados que virão, se vão promover prazer ou dor a uma maior quantidade de pessoas, em razão da complexidade na formação do ser humano, fato este, defendido por John Stuart Mill, o que torna cada vez mais qualitativa a análise, para que gerem prazeres mais selecionados.

É entendido, portanto, como uma doutrina filosófica, consistente na defesa de que a utilidade é um princípio da moral. É um sistema que determina a concepção moral com base no resultado final, sendo que, este resultado pretendido, deve proporcionar prazer a todos.

Jeremy Bentham foi um dos pioneiros no desenvolvimento desta filosofia, ao sugerir o seu sistema ético em torno da noção de prazer e longe da dor, estando relacionado com o hedonismo, pois considera que as ações morais são aquelas que maximizam o prazer e minimizam a dor.

Stuart Mill possuía um conceito mais amplo, focando seus esforços nas regras, ao invés das ações morais individuais. Incluía a qualidade do prazer, o que contribuiu para a dinamicidade do debate em torno dessa doutrina filosófica.

## 1. A PRINCIPAL FUNÇÃO DO UTILITARISMO

O utilitarista declara que devemos perseguir a felicidade, não só a nossa própria felicidade, mas a de todos aqueles cujo bem-estar poderá ser afetado por nossa conduta. Para essa vertente, é correta a interpretação de que as pessoas devem perseguir a felicidade e errôneo que as pessoas persigam a dor.

Ademais, releva destacar, conforme Nascimento (2022), que “Bentham foi o criador do utilitarismo como filosofia moral. Tal concepção surgiu num período bastante específico, a era da razão. O que significa ser uma filosofia moral? Isso traduz a ideia de ser uma filosofia que busca explicar os comportamentos humanos, aclarando quando eles devem ser considerados ‘certo’ ou ‘errados’, ‘justificáveis’ ou ‘injustificáveis.’”<sup>1</sup>

Por sua vez, John Stuart Mill coloca a ideia central do utilitarismo:

O credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade se entende prazer e a ausência de dor, por infelicidade, dor e privação do prazer. Para dar uma clara ideia do padrão moral estabelecido pela teoria, é preciso dizer muito mais; trata-se

---

1 NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Manual de Humanística** – Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para as Carreiras Jurídicas. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 84.

de saber, em particular, o que está incluído nas ideias de dor e prazer e em que medida esse debate é uma questão aberta. Mas essas explicações suplementares não afetam a teoria de vida sobre a qual se funda a teoria da moralidade, a saber, que o prazer e a imunidade à dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e que todas as coisas desejáveis (as quais são tão numerosas no esquema utilitarista como em qualquer outro) são desejáveis quer pelo prazer inerente a elas mesmas, quer como meios para alcançar o prazer e evitar a dor<sup>2</sup>.

O foco principal, portanto, está no resguardo da promoção do bem-estar, sendo que o princípio da utilidade deve ser entendido como o princípio segundo o qual toda a ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função da sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas pela ação.

A felicidade é entendida como o prazer e a ausência de dor, e a utilidade deve ser interpretada e entendida como a boa ação que tem boas consequências. Em análise da própria ação é avaliada pelas suas consequências. Sendo que as ações são moralmente corretas ou incorretas, conforme o resultado delas, se promovem imparcialmente o bem-estar, são boas, caso contrário, não servem para análise do utilitarista.

As decisões morais devem ser guiadas pelo princípio da utilidade e não somente pelas regras morais da sociedade. Porém, Mill, entende que a moralidade tem como influência

---

2 MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 187.

a formação social baseada nos costumes, portanto, ela é volátil de acordo com cada núcleo social em que se encontra. O consenso é de que a busca pela felicidade ou, em outros termos, a maximização do prazer e minimização da dor, deve ser analisada de maneira imparcial, pois o modelo utilitarista não busca o prazer do próprio agente, mas um prazer conjunto.

Mas não é de modo nenhum, uma condição indispensável para a aceitação do modelo utilitarista, pois esse modelo não é a maior soma da felicidade do próprio agente, mas a maior soma de felicidade conjunta<sup>3</sup>.

Para Mill, o fim (a felicidade geral) justifica frequentemente os meios. As ações podem ser justificadas para que se alcance as melhores consequências, sendo que o principal objetivo será alcançado, ou seja, o prazer conjunto. Na teoria utilitarista há uma prioridade dos fins da ação em relação aos meios. A felicidade produzida com a ação deve ser superior ao sofrimento eventualmente provocado com a sua realização para que a ação tenha valor moral<sup>4</sup>.

O princípio da utilidade defendido por Mill tem em sua base de formação a tese hedonista, tanto Bentham quanto Mill advogam o hedonismo total: pensam não só que o bem-estar consiste em experiências aprazíveis, mas também que

---

3 *Idem. Ibidem*, p. 196.

4 DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. A concepção de ética no utilitarismo de John Stuart Mill. *Discurso*, São Paulo, n. 44, p. 235-260, dec. 2014. ISSN 2318-8863. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/89097>>. Acesso em 25 de set. de 2023, p. 248.

essas experiências são boas ou valiosas apenas devido à sua apazibilidade<sup>5</sup>.

O hedonismo tem como ideia central o bem-estar pelo prazer e ausência de dor, bem fundamentada na teoria utilitarista, foi diferenciada por Bentham e Mill, pois o primeiro tinha uma visão puramente quantitativa de bem-estar, ou seja, a maior quantidade de prazeres em ações justificaria os meios. Porém, Mill, desenvolveu uma análise qualitativa dos prazeres, entendido a partir do estudo da natureza complexa do ser humano. Mill identifica os prazeres inferiores como os prazeres corporais e consideram superiores aqueles prazeres que resultam do exercício das nossas faculdades intelectuais<sup>6</sup>.

A natureza humana complexa do indivíduo de Mill coloca que, além da tese hedonista, ele apresenta elementos como o agir por hábito, faculdades elevadas que se satisfazem com prazeres de qualidade superior, a capacidade de se transformar ao longo do tempo e, ainda, possui as leis mentais que permitem formular novas leis científicas sociais. Assim, os prazeres qualitativamente superiores são colocados como prioridades pelos seres humanos, pois, uma vez experimentados, eles não mais querem os prazeres inferiores.

Nesse mesmo sentido assevera Dias (2014):

Esta característica permite que os indivíduos tomem gosto por apreciar o desenvolvimento intelectual, pela arte, pelo desenvolvimento de simpatia pelos outros,

---

5 MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução de Pedro Galvão. Porto, Portugal: Porto Editora, 2005, p. 15.

6 *Idem. Ibidem*, p. 17.

pelo desenvolvimento de sentimentos morais (gostar de praticar o bem ou gerar prazer a outros), por fazer convergir seus interesses com os da sociedade, etc<sup>7</sup>.

O agente pode agir de acordo com o seu desenvolvimento intelectual, sendo dotados de capacidade para selecionar os sentimentos morais e saber o melhor, sendo totalmente compatível com o princípio da utilidade reconhecer o fato de que alguns tipos de prazer são mais desejáveis e valiosos do que outros.

Mill define que tem de haver uma propriedade diferente da apazibilidade que contribua para tornar as experiências boas ou valiosas. Nesse sentido, apazível é agradável em seus exatos termos, ou seja, torna a teoria do valor de Mill, além de ser coerentemente hedonista, baseada em um hedonismo mais sofisticado do que o de Bentham.

Segundo Mill, o valor de uma experiência apazível depende não só da sua duração e intensidade, mas também da sua qualidade, da sua natureza intrínseca. Mill pode sugerir, então, que o prazer superior é valioso devido à sua apazibilidade, evitando assim a primeira face do dilema. Um prazer inferior poderia ultrapassar o peso de um prazer superior somente se a sua natureza se transformasse de tal maneira que ele deixasse de ser um prazer inferior. Aumentar apenas a quantidade - isto é, a duração e a intensidade da experiência apazível - não seria suficiente. Além disso, enquanto

---

<sup>7</sup> DIAS, *op. cit.*, p. 249.



se excluir uma comensurabilidade cardinal total, Mill não tem de deixar de afirmar que os prazeres superiores são mais aprazíveis e, por isso, mais valiosos. Isto significa que Mill pode evitar a segunda face do dilema, segundo a qual ele deixaria de ser um hedonista por postular uma propriedade distinta da aprazibilidade que torna as coisas boas. Os prazeres superiores são bons para as pessoas simplesmente devido à sua aprazibilidade<sup>8</sup>.

O modelo de Mill, no que diz respeito à moral, é constituído por um modelo dinâmico, uma vez que uma das características fundamentais da natureza do indivíduo é a capacidade de se transformar qualitativamente ao longo do tempo. Isso porque, referido autor, voltar-se-á ao princípio da liberdade como fator de determinação da felicidade humana.

[...]

Portanto, a característica central da natureza do indivíduo de Mill é a própria busca pela felicidade ou, em outros termos, a maximização do poder e minimização de dor, da qual deriva o valor de todas as outras características da natureza humana, quando se trata de ética ou moral. Os outros elementos da natureza humana (como a capacidade que o indivíduo tem de se transformar qualitativamente ao longo do tempo, a capacidade de agir por hábito e a capacidade de experimentar pra-

---

8 CRISP, Roger. **Routledge Philosophy Guidebook to Mill on Utilitarianism**. London/New York: Routledge Philosophy Guidebooks, 1997, p. 33.

zeres de qualidade superior) são ditos sub-teses da tese hedonista, pois extraem seu valor dela<sup>9</sup>.

A única liberdade que merece o nome é a liberdade de procurar o nosso próprio bem à nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros do seu bem, ou colocar obstáculos aos seus esforços para o alcançar. Cada qual é o justo guardião da sua própria saúde, tanto física, como mental e espiritual. As pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros<sup>10</sup>.

## 2. A MORALIDADE UTILITARISTA DE JOHN STUART MILL

A moralidade é entendida como a busca imparcial da felicidade, tornando, portanto, o utilitarista imparcial, pois significa promover a maior soma de felicidade possível para todos aqueles que sofrem de alguma maneira as consequências do que fazemos independentemente de serem pessoas por quem temos afeto ou laços sanguíneos.

Assim, é possível definir a moralidade como as regras e os preceitos de conduta humana, cuja observação permitiria que uma existência tal como a descrita

---

9 DIAS, *op. cit.*, p. 238.

10 MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução: Pedro Madeira, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 28.

fosse assegurada, na maior medida possível a todos os homens<sup>11</sup>.

Porém, a moralidade do utilitarista não recomenda que um agente se obrigue a abrir mão de sua felicidade pessoal, em nome da felicidade dos outros. Pois, o utilitarismo, contrariamente à moralidade comum, não está ligado a um forte sentido de obrigação. O que é empregado nessa teoria é que a moralidade, influenciada pelos padrões morais dos costumes e pela educação, que pode ser utilizada em favor do utilitarismo, faz com que as pessoas passem a analisar de maneira qualitativa os prazeres para o bem comum.

Segundo Dias (2014), “aqueles que não levam uma vida egoísta (fonte de uma vida infeliz) alcançam os objetos de afeto pessoal e também de afetos públicos, fazendo convergir seus interesses com os coletivos”<sup>12</sup>, enfatizando ainda, que a busca pela felicidade geral passa a ser algo dignificante ao indivíduo, que cresce internamente, demonstrando também a necessidade de um cultivo intelectual para a seleção dos prazeres e alcance da felicidade:

Por outro lado, o que deixam atrás de si objetos de afeto pessoal e, sobretudo, os que também cultivam a solidariedade com os interesses coletivos da humanidade conservam, na beira da morte, um interesse pela vida tão intenso como o que mantinham no vigor da juventude e

---

11 DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre os conceitos de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: A moralidade derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios**, v.19, n. 32, 2012, p. 194-195.

12 DIAS, *op. cit.*, p. 241.

da saúde. Depois do egoísmo, a principal causa que torna a vida insatisfatória é a falta de cultivo intelectual<sup>13</sup>.

Na origem das regras morais estão os ditames da busca do prazer, da fuga da dor, ainda que o hábito, qualidade, também, da natureza humana, possibilite o descolamento da busca pelo prazer no momento das ações. Mill verifica que os homens, na prática, adquirem crenças firmes e nelas se baseiam quanto ao efeito de algumas ações sobre a felicidade. São as regras de moralidade costumeira, são preceitos que constituem as regras da ética para os homens comuns.

[...] as crenças assim transmitidas constituem as regras da moralidade para multidão, bem como para o filósofo, até que consiga encontrar outras melhores [...] Os corolários do princípio de utilidade, assim como os preceitos de todas as artes práticas, são suscetíveis de um avanço indefinido [...]<sup>14</sup>.

Os indivíduos desenvolvem a moralidade a partir de uma análise intelectual dos seus costumes, sendo que tal regra de moralidade costumeira pode ser alterada com o princípio da utilidade.

Mill assim enfatiza a natureza do homem moral e intelectual:

---

13 DIAS, *op. cit.*, p. 197.

14 DIAS, *op. cit.*, p. 212.

Num mundo em que há tantas coisas interessantes, tantas coisas agradáveis, e tanto para se corrigir e melhorar, cada um que possuir essa quantidade moderada de requisitos morais e intelectuais será capaz de levar uma existência invejável, por assim dizer; e, ao menos que tal pessoa seja negada por meio de más leis ou pela sujeição à vontade de outros, a liberdade para usar as fontes de felicidade a seu alcance, não deixará de encontrar essa existência invejável se conseguir escapar aos males absolutos da vida - grandes fontes de sofrimento físico e mental, tais como a indigência, a doença e a perda rude, indigna ou prematura dos objetos do afeto. A principal ênfase do problema reside, portanto, na luta contra essas calamidades [...] frustrações relacionadas a circunstâncias mundanas se devem, sobretudo, quer à grave imprudência de desejos desregrados, quer a instituições sociais más ou imperfeitas<sup>15</sup>.

Portanto, para que os interesses individuais e coletivos tenham um mesmo ponto na mente humana, maximizando a felicidade de todos os agentes envolvidos em uma ação, o ideal de utilidade recomenda os seguintes meios:

- a) que as leis e os dispositivos sociais deveriam colocar (através do estímulo da livre vontade) o interesse de cada indivíduo em harmonia com o interesse do todo (MILL, 2000, p. 203), b) que a educação e a opinião as quais são tão poderosas sobre o caráter humano deveriam ser di-

---

15 DIAS, *op. cit.*, p. 199.

reacionadas para estabelecer, no espírito de cada indivíduo, uma associação indissolúvel entre sua própria felicidade e o bem do todo. Mais uma vez as leis da mente entram em questão. É a lei de associação que pode fazer associar a felicidade individual com a felicidade coletiva em um indivíduo. (DIAS, 2012, p. 69). O utilitarismo, que motivos de ação, como a simpatia entre indivíduos, são ingredientes indispensáveis à constituição de uma sociedade coesa<sup>16</sup>.

O indivíduo do utilitarismo de Mill, em virtude de sua natureza complexa, pode determinar uma moralidade com mais espaço para a elaboração de regras. O próprio hábito, como componente da natureza humana, permite que os indivíduos ajam conforme regras ou normas decididas no passado que se transformaram em moralidade costumeira. (DIAS, 2014, p. 247). Sendo que a moralidade costumeira é resultado do princípio da utilidade sendo alterada de acordo com ele, em uma análise qualitativa do indivíduo intelectual.

No fundamento da moralidade está a felicidade como finalidade. Em outras palavras, a tese central do princípio de utilidade de Mill é a aprovação de qualquer ação na medida em tenda a maximizar a felicidade ou minimizar a dor, contudo pelo fato do indivíduo de Mill possuir a natureza humana complexa, seu princípio de utilidade derivado da noção de natureza humana também torna-se complexo. A complexidade do princípio de utilidade

---

16 DIAS, *op. cit.*, p. 244.

de Mill reside no fato deste autor ter aventado em sua formulação mais elementos do que somente a tese hedonista. Na própria definição do princípio de utilidade consta o fato de que para dar uma ideia clara do padrão de moralidade estabelecido pela teoria, muito mais precisaria ser dito, além do fato de que o prazer é desejável e a dor é objeto de repúdio<sup>17</sup>.

Portanto, a moralidade imposta e colocada por Mill em sua tese utilitarista demonstra a capacidade do indivíduo de buscar a felicidade como um fim coletivo e individual, possibilitando assim, a formação de uma moral com a efetuação de regras morais que não serão questionadas a cada ação, mas de tempos em tempos, conforme o indivíduo desenvolva em seu ciclo social.

Em afirmação ao que foi dito, assevera Mill: “pois a moralidade gerada pelo costume, a que se consagram a educação e a opinião, é a única que se apresenta ao espírito com o sentimento de ser em si mesma obrigatória”<sup>18</sup>.

As regras morais, geradas em análise da moralidade, que podem ser interpretadas como obrigações morais não se distinguem das regras de justiça, pois geram direitos e deveres. Ressaltando, ainda, que não há diferença de natureza entre as regras morais (que geram direitos) e as regras legais ou regras de justiça<sup>19</sup>, segundo Mill, “nada nos permite distinguir a obrigação de justiça da obrigação moral em geral”<sup>20</sup>.

---

17 DIAS, *op. cit.*, p. 247.

18 MILL, *op. cit.*, p. 217.

19 DIAS, *op. cit.*, p. 253.

20 MILL, *op. cit.*, p. 203.

[...] pois é o princípio da utilidade que explicará a permanência de uma regra de conduta no âmbito moral ou legal, considerando o mal que o indivíduo pode causar e a possível perda de liberdade, pois menos liberdade gera mais dor para o agente e mais liberdade gera mais prazer para o indivíduo em questão. Isto porque entende-se que, ao criar regras legais, o governo tem o poder de tolher a liberdade dos indivíduos. Contudo, pode assim fazê-lo quando o cálculo entre prazer e dor apontar para mais prazer do que dor para a sociedade ao restringir a liberdade de alguém que ocasiona dor (mal)<sup>21</sup>.

A sensação de justiça no utilitarismo é dada com a busca da felicidade em torno dos padrões moralmente aceitos, porém analisados de maneira imparcial, e que, se gerados resultados insatisfatórios para a sociedade, o indivíduo pode sofrer punições. E ainda, conforme preceitua Mill, “o sentimento de justiça compreende dois elementos essenciais, a saber: o desejo de punir a pessoa que causa o dano e o conhecimento ou a crença de que há um ou mais indivíduos determinados a quem foi causado o dano.” (MILL, 2000, p. 256).

As regras morais dividem-se entre: 1) as que dizem respeito à condução da vida de uma pessoa ou direitos e deveres de obrigação imperfeita (como que o intelecto seja aprimorado, que a arte seja apreciada, que o bem ao próximo seja feito, etc. e 2) as mais obrigatórias que se relacionam as questões de justiça e, portanto, geram

---

21 DIAS, *op. cit.*, p. 254.



direitos e deveres de obrigação perfeita. O dever é algo que pode ser exigido de uma pessoa, tal como o pagamento de uma dívida. (DIAS, 2014, p. 252).

As regras morais podem ser aquelas que proíbem os seres humanos de prejudicarem uns aos outros, essas regras estão de acordo com a máxima da liberdade, que pode ser entendida como a punição efetiva, aplicada pelo Estado, para quem não cumpre as regras impostas à sociedade. Conforme afirma Dias (2012): “o indivíduo é responsável pelas ações prejudiciais aos interesses de outros, sujeitando-se então quer à punição social, quer à legal, se a sociedade julgar que uma ou outra seja necessária à sua proteção”<sup>22</sup>.

Porém, aquilo que decidirá se a norma é legal ou moral, será um cálculo entre o custo e benefício ou um apelo ao princípio de utilidade. Pois é o princípio da utilidade que explicará a permanência de uma regra de conduta no âmbito moral ou legal, considerando o mal que o indivíduo pode causar e a possível perda de liberdade, pois menos liberdade gera mais dor para o agente e mais liberdade gera mais prazer para o indivíduo em questão.

Sendo assim, as ações dos homens serão definidas quando o cálculo entre prazer e dor apontar para mais prazer do que dor para a sociedade ao restringir a liberdade de alguém que ocasiona dor, seguindo os padrões empregados pelo princípio da utilidade e a busca pela imparcialidade nas ações, caracterizando a moralidade empregada por Mill e isso gera uma determinada análise às regras morais, quem geram direitos e deveres.

---

<sup>22</sup> DIAS, *op. cit.*, p. 144.

Portanto, a moralidade pode ser caracterizada como uma variação das ações humanas que variam de acordo com a análise feita entre prazer e dor, e que devem gerar prazer à sociedade, porém sem uma análise exclusivamente individual, sendo algo pensado no social.

Assim, todas as regras morais que geram direitos constituem deveres a serem cumpridos por aqueles que geraram um direito e estas regras são todas relacionadas à segunda máxima da liberdade que enuncia um indivíduo é responsável perante a sociedade por gerar mal a outrem, caso viole o dever que deve cumprir.

[...] a liberdade representa um direito dos homens e é um dever que seja garantida, então cria-se a regra legal de que o Estado deve garantir a segurança dos indivíduos e pode restringir a liberdade de determinados agentes caso sua liberdade ocasione mais dor do que prazer à sociedade<sup>23</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O utilitarismo passou a ser entendido como uma doutrina filosófica que vai muito além da busca pela felicidade. Porém, para que este tipo de conclusão, necessário se fez entender o conceito de felicidade para os defensores da tese utilitarista.

John Stuart Mill conceitua felicidade como prazer e ausência de dor, sendo colocada dentro de um padrão moral estabelecido, em que o prazer e a imunidade à dor são as únicas

---

23 DIAS, *op. cit.*, p. 253-254.

coisas desejáveis como fins, e que todas as coisas desejáveis são desejáveis pelo prazer inerente a elas mesmas.

A capacidade de realizar ações morais influenciadas pelo desenvolvimento intelectual e pelos costumes torna a teoria utilitarista uma análise social, baseada na busca pela experiência qualitativa dos seres humanos, como defende Mill, prescrita de acordo com as ações sociais que buscam o prazer comum. Àquelas atitudes reafirmadas em um cálculo devidamente imparcial, pensado para o social.

Por isso, é entendimento de que a moralidade passar por uma busca imparcial da felicidade, sendo este o seu conceito para Mill, além disso, as regras morais a serem cumpridas e classificadas em legais e morais está na análise da utilização do princípio da utilidade, base para a teoria e se não cumpridas às regras, as sanções serão impostas para a melhoria do convívio social.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. A concepção de ética no utilitarismo de John Stuart Mill. **Discurso**, São Paulo, n. 44, p. 235-260, dec. 2014. ISSN 2318-8863. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/89097>>. Acesso em 25 de set. de 2023.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre os conceitos de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: A moralidade derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios**, v.19, n. 32, 2012.

CRISP, Roger. **Routledge Philosophy Guidebook to Mill on Utilitarianism**. London/New York: Routledge Philosophy Guidebooks, 1997.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradu. Pedro Galvão. Porto, Portugal: Porto Editora, 2005.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução: Pedro Madeira, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Manual de Humanística** – Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para as Carreiras Jurídicas. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.



# MEDIDAS DE REDUÇÃO DE LITIGÂNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO



Grazzielli Gonçalves Gozer\*

## **Resumo**

Este trabalho pretende analisar a grande litigiosidade judicial como obstáculo à concretização do acesso à justiça, considerando a realidade dos Tribunais brasileiros. Sem perder de vista o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, é evidente que o Poder Judiciário como principal – ou mesmo única – via para a solução de litígios não se apresenta como suficiente para suportar as demandas que lhe são apresentadas e solucioná-las em tempo razoável. Após a demonstração da litigiosidade em números, destacando-se os litigantes habituais, serão apresentadas medidas de redução da litigância judicial no contexto brasileiro.

Palavras-chave: inafastabilidade da jurisdição; litigiosidade; litigantes habituais; redução.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Administração Pública, Gestão e Planejamento Governamental pela Escola de Governo Fundação João Pinheiro. Advogada especializada em Direito Público, com foco em Direito Administrativo e Direito Eleitoral.

# LITIGATION REDUCTION MEASURES IN BRAZILIAN CONTEXT



## Abstract:

This work intends to analyze the big judicial litigation as an obstacle to achieving access to justice, considering the reality of Brazilian Courts. Without losing sight of the constitutional principle of indefeasibility of jurisdiction, it is clear that the Judiciary as the main – or even the only – way to resolve disputes is not sufficient to support the demands presented to it and resolve them in a reasonable time. After demonstrating litigation in numbers, highlighting the usual litigants, measures to reduce judicial litigation in the Brazilian context will be presented.

Keywords: indefeasibility of jurisdiction; litigation; habitual litigants; reduction.

## INTRODUÇÃO

O acesso à justiça foi erigido à direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, conforme redação do art. 5º, XXXV, que dispõe acerca da inafastabilidade da jurisdição ao definir que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, resta afastada a possibilidade de se opor impedimentos de ordem social, econômica ou política desarrazoadas para o acesso do indivíduo – nacional ou não – à jurisdição brasileira, sob pena de ofensa direta ao comando constitucional mencionado e, indiretamente, a tantos outros direitos fundamentais expressos ou implícitos, a depender da tutela jurisdicional buscada.

Para além do plano jurídico brasileiro, o direito de acesso à justiça está previsto em diplomas internacionais, como a Resolução nº 2.656, de 7/7/2011, da Organização dos Estados Americanos (OEA), que assevera que “afirmar que o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados”.

Neste ponto, Dinamarco (2001, p. 115) explica que o acesso à ordem jurídica justa está intrinsecamente ligado ao recebimento da justiça por aquele que apresenta seu pleito, de modo que não há que se falar em acesso à justiça quando os indivíduos são cerceados quando da tentativa de expressarem seus desejos e pretensões. Assim, o recebimento efetivo da justiça diz respeito à admissão em juízo, à participação, à atuação do magistrado, culminando no pro-

vimento jurisdicional que se compatibiliza com as normas e valores sociais.

Quando se pensa, atualmente, em obstáculo à inafastabilidade da jurisdição, imediatamente é trazida à baila a morosidade posta como característica da atividade do Poder Judiciário. Sobre o tema, Santos (1986, p. 19-20) faz uma análise da morosidade processual no contexto europeu:

No final da década de 60, a duração média de um processo civil na Itália era, para o percurso das três instâncias, 6 anos e 5 meses (RESTA, 1977, p.80); alguns anos mais tarde, na Espanha, essa duração era cerca de 5 anos e 3 meses (CAPPELLETTI E GARTH, 1978, p. 14). No final da década de 60, as ações civis perante o tribunal de grande instância em França duravam 1,9 anos e perante o tribunal de primeira instância na Bélgica 2,3 anos (CAPPELLETTI & GARTH, 1978). A análise de duração média dos processos civis e a consequente verificação do aumento da lentidão da justiça é um dos temas mais intrigantes da investigação sociológica sobre os tribunais nos nossos dias. Por um lado, verifica-se que a litigação civil tem vindo a diminuir de volume nas últimas décadas. Os estudos feitos na Itália neste campo (RESTA, 1977, pp. 83 e ss.) corroboram inteiramente os produzidos em Espanha, onde Juan Toharia (1974, p. 190) conclui que ao maior desenvolvimento social e econômico, e ao consequente aumento da vida jurídica civil e da conflitualidade social nesta área, tem correspondido um decréscimo das causas civis nos tribunais de justiça.



Ainda, Conforme J. J. Calmon de Passos:

Há conflitos porque o móvel da atividade humana – as necessidades experimentadas pelos homens – não logram plena satisfação em virtude dos muitos condicionantes que no particular operam. [...] A escassez dos bens, a interdependência dos homens, a indeterminação dos desejos e sua insaciabilidade são fatores que se casam para determinar ocorram permanentemente conflitos na convivência social, cuja solução se faz necessária, em nome da própria sobrevivência coletiva. (PASSOS. Op. cit., p. 38-39)

Assim, o presente trabalho busca, a um só tempo, analisar os níveis de litigância nos Tribunais brasileiro, conforme números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, e propor medidas para a solução deste problema, com vistas à efetividade do acesso à justiça constitucionalmente garantido.

## 1. A LITIGÂNCIA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM NÚMEROS

O Relatório Justiça em Números, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresenta as principais estatísticas em relação aos processos em trâmite, figurando como um dos principais documentos de publicidade e transparência do Poder Judiciário. Nele são reunidas informações dos 93 órgãos do Poder Judiciário, excluídos o Supremo Tribunal Federal (STF) e o próprio CNJ.

Conforme o referido relatório, divulgado em agosto de 2023, ao final do ano de 2022 o Poder Judiciário contava com

81,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 17,7 milhões (21,7%), encontravam-se suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, de modo que, se desconsiderados, existiam 63 milhões de ações judiciais pendentes de julgamento no Brasil.

Considerando tais números em comparação com os anos anteriores,

O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez, houve redução no volume de casos pendentes, fato que se repetiu em 2019. Embora nas últimas duas edições do Relatório Justiça em Números tenha sido apontada queda em 2020, em muito explicado em razão da pandemia causada pela covid-19, esta edição mostra comportamento inverso, com crescimentos paulatinos nos anos de 2020, 2021 e 2022. Isso decorre da mudança metodológica de medição dos processos judiciais que passou a computar os termos circunstanciados, que são processos de crimes de menor potencial ofensivo e que tramitam em juizados especiais. Tais processos causam impacto de 1,3 milhão no número de casos pendentes que, antes de 2020, não eram computados. (CNJ, p. 92)

Além do aumento de demandas identificado nos últimos grandes, merecem destaque os chamados “litigantes habituais” ou grandes litigantes, conforme nomenclatura utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça. O CNJ, dispo-

nibiliza, também como medida de concretização da transparência, o “Painel de Grandes Litigantes”, que tem o objetivo de identificar os maiores litigantes da Justiça a fim de subsidiar eventuais políticas judiciárias voltadas à redução da litigiosidade.

Conforme dados atualizados em maio de 2023, o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal, é o maior litigante no Poder Judiciário brasileiro, seguido da Caixa Econômica Federal, Bando Bradesco S.A e Banco do Brasil S.A. Quanto aos segmentos de atividades responsáveis pela maior demanda judicial, tem-se em primeiro lugar a Administração Pública, Defesa e Seguridade Social, seguida das Atividades Financeiras, de Seguros e Serviços Relacionados e o Comércio, Reparação de Veículos Automotores e Motocicletas.

Neste ponto, conforme SANTOS (1996, p. 79), ao abordar as diferenças entre o “litigante esporádico” e o “frequente” (litigante habitual ou grande litigante), é evidente a superioridade deste sobre aquele, que pode e tem interesse em influenciar desde a atividade legislativa até a atividade de interpretação das leis para que lhe para que ambas lhe sejam favoráveis, porque repetidamente afetado por elas.

Ainda, a litigância habitual acaba aproximando o grande litigante dos magistrados e dos procedimentos judiciais em geral, de modo que o litigante frequente pode usar de conhecimentos adquiridos em outros processos para melhor se portar em casos futuros semelhantes, garantindo-lhe maior chance de sucesso.

O raciocínio exposto por Santos, tratado no tópico anterior, quando aplicado ao Brasil, torna mais clara uma das

principais razões que justificam os números acima indicados, especialmente ao considerarmos o destaque para a Administração Pública direta e indireta como litigante habitual. O Brasil, enquanto estado social ainda em desenvolvimento, tem o Poder Judiciário como um dos principais instrumentos para a concretização de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Papel este que, inclusive, desperta discussões acerca de seus limites de atuação, considerando a separação de poderes e a reserva do possível.

Mostra-se essencial, nesse diapasão, a releitura do termo “acesso à justiça” com vistas a ampliá-lo, passando o Poder Judiciário a figurar como uma das portas para se buscar a justiça. Assim, a alternatividade, que antes qualificava as formas de solução de conflitos diversas da jurisdição estatal, é substituída por adequação, é dizer, entre os diversos métodos judiciais e extrajudiciais de resolução de litígios será mais adequado aquele que melhor se compatibilizar com a lide em concreto, considerando os sujeitos envolvidos, eventual relação prévia entre eles e o objeto sobre o qual a discordância recai.

## 2. MEDIDAS DE REDUÇÃO DA LITIGÂNCIA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Dentre as possíveis medidas de redução de litigância no Brasil, destaca-se, primeiramente, o uso de ações coletivas, em detrimento das ações individuais, especialmente ao considerarmos os conflitos envolvendo os litigantes habituais.

A partir da identificação de pontos semelhantes entre as demandas dos cidadãos lesados em demandas dessa categoria, seria

possível a entrada no Judiciário por meio de uma só ação, a chamada ação coletiva, conferindo força e celeridade ao processo.

No ponto, é cabível diferenciar os conceitos de processo coletivo, ação coletiva e tutela jurisdicional coletiva. Conforme DIDIER (p. 48, 2022), “processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva de titularidade de um grupo de pessoas”. Assim, o processo coletivo é o instrumento adequado para se tratar de situações jurídicas coletivas, sejam elas ativas ou passivas.

Por sua vez, segundo o mesmo doutrinador, a ação coletiva é a demanda por meio da qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva, dando início ao processo coletivo. Assim, proposta a ação coletiva e iniciado o processo coletivo, busca-se a tutela jurisdicional coletiva, é dizer,

(...) a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos *lato sensu* de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos). (DIDIER, p. 51, 2022)

Além disso, a propositura de demandas coletivas, a se desenvolverem em processos coletivos, é hábil a facilitar a identificação das práticas abusivas adotadas pelos chamados litigantes habituais e, a partir de tal análise, impor medidas para que, ao final, seja possível reduzir o número de ações propostas a partir da correção das posturas indevidas ado-

tadas pelas partes. A título de exemplo, caso se verifique que determinada empresa deixou de proceder ao *recall* de um produto colocado à venda após concluir que os custos com a judicialização pelos consumidores lesados serão menores (análise meramente econômica da falha) é possível ajuizar demanda específica para combater tal prática abusiva, de modo que a omissão tenha maior relevo econômico.

Assim, a aplicação de multas aos litigantes habituais é, também, uma medida importante para coibir sua “estadia” no Poder Judiciário, visto que muitos deles preferem transformar os conflitos em litigância, já que, em geral, fica mais barato do que atender às demandas dos consumidores insatisfeitos de forma administrativa.

Ainda na seara das multas, é importante ressaltar sua utilização para combater a litigância de má-fé. Nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil, considera-se litigante de má-fé aquele que

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Trata-se, assim, de dispositivo relativamente vago, que demandará a interpretação dos Tribunais para aplicação no caso concreto. Esta, inclusive, pode ser feita de forma extensiva, como ocorre desde a vigência do diploma processual anterior, em cuja vigência o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual o reconhecimento da litigância de má-fé pode ocorrer pela simples conduta da parte, independentemente de prejuízo da parte contrária, buscando o combate às condutas protelatórias e temerárias, visando à celeridade processual e o alcance das finalidades do processo.

Outra medida que merece destaque, especialmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015, é a utilização dos métodos de solução consensual de conflitos. Como já dito neste trabalho, o diploma processual reflete a substituição da ideia de alternatividade das formas de solução de conflitos diversas da jurisdição estatal, pela sua adequação, ou seja, a depender da lide em concreto, será mais adequado um dos diversos métodos judiciais e extrajudiciais de resolução de litígios postos à disposição dos interessados.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil dispõe que a utilização de métodos consensuais deve ser estimulada por todos os sujeitos envolvidos no processo judicial, inclusive durante seu curso. Vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Dessa forma, propicia-se a solução efetiva do conflito sem que seja necessária a presença do Poder Judiciário ou mesmo reduzindo o tempo de permanência do processo neste, nos casos em que tais formas de resolução de conflitos forem acionadas no decorrer do procedimento judicial.

Ainda no âmbito das medidas extrajudiciais de resolução de conflitos e considerando o posicionamento de alguns entes da Administração Pública direta e indireta como litigantes habituais, ressalta-se que a Lei nº 13.140/2015 tratou primeiramente, em seu Capítulo I, da mediação como método de solução de controvérsias entre particulares e, em seu Capítulo II, da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

A autocomposição de conflitos, a ser efetivada por meios mais diversos disponíveis à comunidade jurídica, é técnica legítima e eficiente para, a um só tempo, efetivar o interesse público primário que eventualmente seja objeto de lide e garantir o acesso à justiça rápido e eficaz para os envolvidos, sem a necessidade de se instaurar processo judicial. Neste ponto, frisa-se que não se trata de negociação do interesse público em si – este que é indisponível, mas de acordo quanto aos métodos, formas e prazos para sua eficaz concretização.



Por fim, ressalta-se a possibilidade de se promover medidas legislativas com a finalidade de reduzir a litigância. Como exemplo, foi proposta em 2011 a chamada “PEC dos Recursos”, de autoria de Cesar Peluso, que inicialmente transformava os recursos extraordinários e especiais em ações rescisórias. Em vez do direito aos recursos, haveria o trânsito em julgado, e à parte interessada restaria apenas uma ação rescisória (que tem o objetivo de desfazer os efeitos de sentença já transitada em julgado).

O substitutivo elaborado pelo senador Aloysio Nunes (PS-DB-SP) – relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) – manteve o direito aos recursos, mas estes não impediriam o trânsito em julgado da sentença. Na prática, se uma pessoa for condenada em segunda instância, só caberá recurso rescisório – de anulação da sentença – se o advogado das partes ou o Ministério Público tiver um motivo forte pedir a anulação daquilo que foi decidido, por exemplo, um erro grave que contrarie uma lei federal ou a Constituição. Assim, o tempo do processo poderia ser reduzido drasticamente, visto que, da forma que acontece hoje, os recursos são utilizados, muitas vezes, como forma de protelar a duração processual. No ano de 2018, após quase 7 anos de tramitação, a proposta foi arquivada.

Em momento mais recente, e com desfecho diverso, merece destaque a chamada PEC da Relevância, aprovada em julho de 2022 para dispor que, quando da interposição do recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

## CONCLUSÃO

A partir das reflexões apresentadas, conclui-se, de pronto, que o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, ambos de assento constitucional, demandam nova interpretação, do sentido de esta não ser o único caminho para o alcance daquele.

Em verdade, os dados acerca da litigância nos tribunais brasileiros demonstram que a via judicial está sobrecarregada e não pode ser entendida como a única ou melhor forma para a solução de litígios no Brasil. A litigância judicial, com destaque para os números relacionados aos chamados litigantes habituais, pode representar, inclusive, obstáculo à resolução dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário, que naturalmente se prolongarão no tempo até que sobrevenha decisão de mérito e, em momento ainda mais distante, trânsito em julgado.

É necessário, assim, dar destaque aos demais meios de resolução de conflitos, sejam eles hetero ou autocompositivos, mas desvinculados da jurisdição estatal (ou mesmo ocorrendo dentro dela, como pretende estimular o Código de Processo Civil). Nesse sentido, não há que se falar em meios alternativos de resolução de conflitos, mas multiplicidade de formas de se resolver as mais diversas lides, que serão mais adequadas a depender das características do conflito quando analisado em concreto.

Assim, identificado o problema, propõe-se uma série de medidas aptas a promoverem a redução da litigância no contexto brasileiro.

A primeira delas é a utilização do processo coletivo em detrimento do processo individual, nos casos cabíveis, com vistas a tutelar diversos interesses individuais por meio de um só procedimento. Além da redução da litigância em números absolutos, tal medida possibilita a tutela mais adequada do direito em discussão, a partir da representatividade adequada, que traz força e celeridade à resolução do conflito. Bem assim, por meio dos processos coletivos há maior facilidade em se identificar um padrão de práticas abusivas eventualmente praticadas pelos réus, o que, por consequência lógica, propiciará a adoção de medidas de repressão.

Em seguida, sugere-se a análise dos processos em curso com vistas a impor penalidades – como a multa por litigância de má-fé (art. 80 do Código de Processo Civil de 2015) – contra os sujeitos processuais que adotam, de forma reiterada, postura protelatória e condutas temerárias, independentemente de prejuízo da parte contrária, para que não utilizem do processo judicial como meio de burlar obrigações ou eternizar lides.

Ainda, frisa-se a possibilidade – e, nos termos do diploma processual em vigor, a obrigação – de se popularizar, estimular e criar um ambiente processual favorável à resolução de conflitos que não dependa da jurisdição estatal. Neste ponto, mesmo em conflitos envolvendo a Administração Pública a via processual não se apresenta como único meio para a solução das lides, ideia que foi reforçada a partir da edição da Lei nº 13.140/2015 que, em capítulo próprio, dispõe sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Finalmente, é possível alterar a legislação para, sem criar obstáculo de acesso ao Poder Judiciário, criar requisitos específicos para a utilização de certas e determinadas medidas processuais, especialmente aquelas que são aviadas, atualmente, como forma de protelar o trânsito em julgado de decisões que não merecem reparos. Exemplifica-se a recente Emenda Constitucional que adicionou requisito de admissibilidade ao recurso especial.

A partir da adoção de tais medidas é possível vislumbrar um Poder Judiciário mais eficiente, tratando de conflitos que não poderiam ser resolvidos por outros meios, em concretização aos princípios constitucionais do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição estatal e da duração razoável do processo, incluída a atividade satisfativa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil de 2015**. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 29 jun. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2023.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2023 / Conselho Nacional de Justiça**. – Brasília: CNJ, 2023.


DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. Vol. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo. In Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 21, p. 11-37, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Da microeconomia à micro-sociologia da tutela judicial**. Revista Justiça e Democracia. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, v. 1, jan-jun/1996, p. 65-92.



# PROPAGANDA ELEITORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE SUA REGULAMENTAÇÃO PARA COMBATE À DESINFORMAÇÃO



Lorena Federico Soares\*

## **Resumo**

A propaganda política constitui mecanismo de grande importância para o debate democrático e exercício dos direitos políticos. O direito de acesso a informação torna legítimo o processo democrático, na medida em que permite aos eleitores adequada reflexão para escolha de seus representantes. A legislação brasileira regulamenta a propaganda eleitoral, contudo, percebe-se sua insuficiência diante do dinamismo da propagação de conteúdos por meio da internet. O que se pretende com o presente trabalho é analisar de que maneira a evolução tecnológica facilita a desinformação, o que representa risco à democracia, bem como, os mecanismos que podem ser adotados para assegurar o debate democrático legítimo e livre de erros e fraudes.

**Palavras-chave:** *Propaganda política. Direito à informação. Legitimidade das eleições.*

---

\* Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus e em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Damásio de Direito – IDD da Faculdade IBMEC SP.

# ELECTORAL PROPAGANDA IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: AN ANALYSIS OF ITS REGULATION TO COMBAT DISINFORMATION



## Abstract:

Political propaganda constitutes a mechanism of great importance for democratic debate and the exercise of political rights. The right to access information makes the democratic process legitimate, as it allows voters adequate reflection to choose their representatives. Brazilian legislation regulates electoral propaganda, however, it is insufficient in the face of the dynamism of content propagation through the internet. The aim of this work is to analyze how technological evolution facilitates disinformation, which represents a risk to democracy, as well as the mechanisms that can be adopted to ensure legitimate democratic debate free from errors and fraud.

Keywords: Political propaganda. Right to information. Legitimacy of elections.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República, em seu artigo 1º, parágrafo único, prevê a titularidade do poder pelo povo. O poder pode ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O processo eleitoral representa a oportunidade da realização do debate democrático entre os candidatos para que os eleitores possam, de forma refletida e informada, escolher seus representantes. Portanto, apenas por meio de um processo legítimo e livre de fraudes, é possível assegurar o pleno processo democrático.

Para que isso seja possível, é necessária a regulamentação da propaganda eleitoral de forma eficiente. A eclosão das mídias sociais trouxe nova realidade no processo eleitoral, o que propiciou o avanço da desinformação. A desinformação representa o risco à própria democracia, pois vicia o debate público.

O presente trabalho propõe, dessa maneira, compreender a importância da propaganda eleitoral e a maneira como é regulada no Brasil, perpassando pelo desafio atual da propaganda no meio virtual.

O intuito é fazer uma análise reflexiva sobre as consequências da escassa regulamentação legal, bem como da necessidade de buscar mecanismos que harmonize a liberdade de expressão, o acesso a informação e o processo democrático de escolha dos representantes do poder político.



## 1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROPAGANDA POLÍTICA

Para Fávila Ribeiro<sup>1</sup> propaganda é “um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão”, dispensando o “esforço persuasivo para demonstração lógica da procedência de um tema”, mas sempre destinada a influenciar a opinião ou a conduta alheia.

Em sentido técnico, compreende procedimentos de comunicação em massa, pelos quais se difundem ideias, informações e crenças com vistas a obter-se a adesão dos destinatários<sup>2</sup>. A propaganda pode ser encontrada desde à Antiguidade. Na Grécia e em Roma, era usada largamente em festas populares e ações estatais com vistas à comunicação social<sup>3</sup>.

O caráter persuasivo da propaganda ficou bem evidenciado na história do século XX, quando houve a ascensão de regimes totalitários, tanto de direita, quanto de esquerda. O exemplo mais marcante é a Alemanha nazista, com Adolf Hitler e seu ministro de comunicações, Joseph Goebbels, que reinventaram a propaganda moderna com vistas à difusão do ideário nazista, notadamente a ideologia centrada na pureza da “raça” ariana e sua suposta supremacia<sup>4</sup>. O que se observa, à época, é a propaganda como meio capaz de atingir a emoção e instintos dos indivíduos, de maneira que as mentes de milhões de alemães foram treinadas naquele credo e adestradas para obedecer cegamente, sem contestar nem criticar.

---

1 RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 289.

2 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 703.

3 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 703.

4 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 703.

Percebe-se que a propaganda não é obra da modernidade, contudo, foi a partir dos progressos científicos nela conquistados que ela experimentou grande avanço, sobretudo com o desenvolvimento da Psicologia, ciência que investiga a consciência humana e seus reflexos no comportamento. A partir daí aprofundaram-se estudos acerca de mensagens subliminares e seus efeitos no inconsciente humano<sup>5</sup>.

A propaganda eleitoral, propriamente dita, “consiste na veiculação de informação dentro do período de campanha para persuadir o eleitor a aderir ou a rejeitar esta ou aquela proposta política, levando, ao fim, a votar ou não neste ou naquele candidato ou partido”<sup>6</sup>.

Nesse contexto, convém salientar que o tema está diretamente relacionado à existência de um Estado Democrático de Direito, princípio fundamental, conforme extrai-se do art. 1º, *caput*, da Constituição da República. Além do mais, o parágrafo único do mencionado artigo, afirma “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Portanto, para que haja a plena participação popular, nas eleições, o voto deve ser livre de fatores que possam viciar a vontade do eleitor, tais como o abuso de poder político, econômico, bem como o uso indevido dos veículos de comunicação, captação ilícita de sufrágio, dentre outros.

---

5 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 704.

6 ABREU, Lenine Póvoas de. *Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral*. In *Propaganda eleitoral. Tratado de Direito Eleitoral.v.4*. Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Walber de Moura Agra (Coord.); Luiz Eduardo Peccinin (Org.). Belo Horizonte. Forum. 2018, p. 22.

A propaganda política, como mecanismo de difusão de ideias partidárias, deve ser realizada em ambiente que assegure aos cidadãos o pleno conhecimento das posturas, ideias e propostas de cada um dos candidatos, como também do que está ocorrendo no âmbito do Poder Público, cabendo à Justiça Eleitoral a função de assegurar o debate, e não reprimi-lo.

Outra garantia que relaciona-se diretamente ao tema, é a da liberdade de expressão. Como dito, a própria Constituição reconhece o povo como o titular do poder. O poder transmite-se de baixo para cima<sup>7</sup>.

Como bem aponta Lenine Póvoas de Abreu,

Liberdade de expressão e democracia estão umbilicalmente ligados. [...] Segregar a liberdade de expressão é inaceitável em qualquer democracia. Caso fosse assim a soberania popular estaria completamente inviabilizada. A vedação da manifestação é uma característica de regimes autoritários, sobretudo por ser típica de sistemas dessa natureza a impossibilidade de se veicular informações sem controle prévio, ainda mais àquelas que possam contrariar os atos oriundos do Poder Público ou dos Governantes.

A esse respeito, convém transcrever a relação entre democracia e liberdade e expressão feita por José Jairo Gomes:

A democracia autêntica requer o estabelecimento de debate público permanente acerca dos problemas re-

---

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política: antologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007. p. 235-236.

levantantes para a vida social. Para tanto, deve haver liberdade de manifestação e opinião, bem como acesso livre e geral a informações. O debate vigoroso, pautado pela dialética, contribui para que as pessoas formem suas consciências políticas, evitando serem seduzidas por conceitos malsãos, enganadas por veículos de comunicação social levianos e interesseiros, ludibriadas pelas pirotecnias da propaganda e do marketing em que a verdade não tem relevância. Assim, é preciso que o povo goze de amplas liberdades públicas, como direito de reunião, de associação, de manifestação, de crença, de liberdade de opinião, informação e imprensa.

Nesse contexto, para a existência de um mínimo de democracia, é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que isso seja possível, deve ser garantido aos eleitores os direitos à informação e à liberdade.

Desse modo, a Justiça Eleitoral exerce papel importante no sentido de garantir a igualdade entre os candidatos, a liberdade de escolha do eleitor e, última análise, proteger a democracia e a legitimidade das eleições. Como importante instrumento da campanha eleitoral, a propaganda eleitoral, por ser uma forma legítima de buscar influenciar a decisão do eleitor, tem um regramento próprio na legislação brasileira, com limitações formais e materiais, cuja observância faz-se indispensável para a legitimidade do pleito.

## 2. AS FORMAS DE PROPAGANDA POLÍTICA NO BRASIL

A propaganda política é regulada por uma série de princípios, como o da legalidade, pelo qual a propaganda é regulamentada por lei de competência privativa da União (art. 23, I, da Constituição da República); o da liberdade, respeitados os limites legais, em que a elaboração da mensagem a ser veiculada é livre, assim como a realização do ato de propaganda, sem necessidade de licença ou autorização de ente público (art. 39, da Lei das Eleições, e art. 245, do Código Eleitoral); da veracidade, em que os fatos e informações devem corresponder à realidade, não podendo ser utilizados recursos que distorçam a realidade de determinados acontecimentos, sendo, inclusive, tal conduta vista como criminosa conforme o art. 323 do Código Eleitoral, com redação dada pela Lei nº 14.192/2021<sup>8</sup>.

Ela compreende a propaganda partidária, intrapartidária, eleitoral e institucional<sup>9</sup>.

A propaganda política engloba todos os meios de difusão de ideias para a obtenção de adeptos a uma ideologia, sendo patrocinada por um ou mais partidos políticos. A propaganda eleitoral, por sua vez, busca o fim imediato de conquistar o eleitorado no período das eleições, visando à captação de votos. O objetivo da propaganda é influir no processo decisório do eleitorado, divulgando-se a imagem, as ideias e os ideais

---

8 “Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado”.

9 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 711.

de cada candidato, no período denominado de “campanha eleitoral”<sup>10</sup>.

Nas palavras de Carlos Neves Filho a propaganda partidária busca a “apresentação da ideologia, do quadro e do programa partidários à população em geral, buscando fortalecer os seus ideais e bandeiras, a ponto de atrair novos adeptos, simpatizantes e filiados, além de incitar os já participantes a promovê-los”<sup>11</sup>.

A propaganda partidária foi prevista, inicialmente, na lei nº 9.096/95 em seu art. 45. Contudo, A Lei nº 13.487/2017 acabou com ela no rádio e na televisão revogando os dispositivos da Lei nº 9.504/97 que tratavam sobre o tema. Recentemente, a Lei nº 14.291/2022 instituiu novamente a propaganda partidária gratuita de rádio e TV, inserindo os arts. 50-A a 50-D na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95).

Essa modalidade de propaganda, nos termos do art. 50-B, incisos I a V, da Lei dos Partidos Políticos pode ser usada para difusão dos programas partidários; transmissão de mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, os eventos com este relacionados e as atividades congressuais do partido; divulgação da posição do partido em relação a temas políticos e ações da sociedade civil; incentivar a filiação partidária e esclarecer o papel dos partidos na democracia brasileira; e promover e difundir a participação política das mulheres, dos jovens e dos negros.

---

10 ARAÚJO, Juliana Sampaio de; SOUSA, Lívia Maria de. Reflexões acerca da propaganda antecipada de acordo com a resolução do Supremo Tribunal Federal. In Propaganda eleitoral. Tratado de Direito Eleitoral.v.4. Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Walber de Moura Agra (Coord.); Luiz Eduardo Peccinin (Org.). Belo Horizonte. Forum. 2018, p. 131.

11 NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.37.

A Lei 14.291/2022, ao modificar a Lei dos Partidos Políticos, estabeleceu, de forma detalhada, no art. 50-B, §4º, as veiculações vedadas na propaganda partidária, demonstrando o cuidado em se evitar mensagens falsas, incorretas e que resultem em preconceito racial, de gênero e origem, bem como que incitem a violência. Confira-se:

Art. 50-B.

[...]

§4º § 4º Ficam vedadas nas inserções:

[...]

III - a utilização de imagens ou de cenas incorretas ou incompletas, de efeitos ou de quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou a sua comunicação;

IV - a utilização de matérias que possam ser comprovadas como falsas (fake news);

V - a prática de atos que resultem em qualquer tipo de preconceito racial, de gênero ou de local de origem;

VI - a prática de atos que incitem a violência.

A propaganda intrapartidária é aquela interna, permitida pela Lei das Eleições (art. 36, §1º) ao pré-candidato para buscar conquistar os votos dos filiados ao seu partido, nas convenções, para poder registrar-se como candidato junto à Justiça Eleitoral. É uma propaganda dirigida tão somente a um grupo específico de eleitores, sendo vedada a utilização de meios de massa como rádio, televisão e outdoor.

A propaganda institucional trata de uma empresa ou instituição, divulgando as suas ideias, projetos e feitos, com o

intuito de moldar a opinião pública, criando uma imagem positiva<sup>12</sup>. Ressalta-se que esta propaganda não relaciona-se à vida político-eleitoral, mas é aquela autorizada por agente público, custeada por recursos dos entes da administração direta e indireta e destinada a divulgar, em caráter informativo e educativo, os atos, programas, serviços e campanhas. A Constituição da República, em seu artigo 37, §1º, reza que a propaganda institucional não pode “constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. Tal publicidade é vedada dentro dos três meses que antecedem o pleito, exceto “em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral” (artigo 73, VI, “b”, da Lei das Eleições).

Como bem assevera Luiz Eduardo Peccinin:

A publicidade institucional é mais, é a materialização do princípio constitucional da publicidade administrativa, do direito de informação dos cidadãos e do dever de transparência do Estado, é instrumento de garantia de participação e controle social da administração, e não meio de criação de estados mentais favoráveis no destinatário da mensagem<sup>13</sup>.

---

12 ARAÚJO, Juliana Sampaio de; SOUSA, Lívia Maria de. *Reflexões acerca da propaganda antecipada de acordo com a resolução do Supremo Tribunal Federal*. In Propaganda eleitoral. Tratado de Direito Eleitoral.v.4. Luiz Fux, Luiz Fernando Casa-grande Pereira, Walber de Moura Agra (Coord.); Luiz Eduardo Peccinin (Org.). Belo Horizonte. Forum. 2018, p. 132.

13 PECCININ, Luiz Eduardo. *Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral*. Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política, Curitiba, v.3, 2013. p. 327.



Por fim, denomina-se propaganda eleitoral a elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eleitoral. O foco da propaganda eleitoral é o eleitor, de modo a convencê-lo a votar ou a não votar em determinado partido político ou candidato.

Joel José Cândido<sup>14</sup> afirma que a “propaganda eleitoral ou propaganda política eleitoral é uma forma de captação de votos usada pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, em época determinada por lei, através da divulgação das suas propostas, visando à eleição de cargos eletivos”.

O regramento específico da propaganda eleitoral está previsto no Código Eleitoral, na Lei 9.504/97, bem como nas Resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral a cada eleição.

## 2.1 Limites à propaganda eleitoral

Nos termos do artigo 36, caput, da Lei das Eleições, a propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição até o dia do pleito, ou seja, durante o período eleitoral. Quando feita fora desse período, qualifica-se como extemporânea ou antecipada, sujeitando o agente a responsabilização e sanção. O artigo 36-B, da Lei das Eleições, prevê hipótese configuradora de propaganda eleitoral antecipada:

---

<sup>14</sup> CÂNDIDO, José Joel. Direito Eleitoral Brasileiro. 11. ed. 3. tiragem. Bauru: Edipro, 2005, p.149.

Art. 36-B. Será considerada propaganda eleitoral antecipada a convocação, por parte do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, de redes de radiodifusão para divulgação de atos que denotem propaganda política ou ataques a partidos políticos e seus filiados ou instituições.

Por outro lado, o artigo 36-A, esclarece que não configura propaganda antecipada:

Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do §4o do art. 23 desta Lei.

No tocante à responsabilidade, o §3º do artigo 36 da Lei das Eleições prevê sanção de multa a ser imposta a quem divulgar propaganda antecipada. O beneficiário pode ser responsabilizado desde que se comprove que teve prévio conhecimento do fato.

O artigo 37, caput, da Lei das Eleições proíbe a realização de propaganda eleitoral de qualquer natureza nos bens que “pertencam” ao Poder Público, “e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos”. A violação sujeita o infrator à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, à multa (art. 37, §1º).

Excepcionalmente, permite-se a propaganda em bens público, nos termos do §2º, I, do mencionado artigo 37, quando se tratar de bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos. O §6º, do mesmo artigo, também permite “a colocação de mesas para distribuição de material de campanha [...] desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos”.

Nas dependências do Poder Legislativo, a veiculação de propaganda eleitoral fica a critério da Mesa Diretora (art. 37, §3º, da Lei das Eleições).

O artigo 37, *caput*, também proíbe a realização de propaganda eleitoral “nos bens de uso comum”, o que deve ser compreendido, para fins eleitorais, não só como os bens públicos, cujo uso é facultado a todos, mas também os particulares, cujo uso ou acesso não se restrinja ao titular do domínio, como também às pessoas em geral<sup>15</sup>.

Também é vedada realização de propaganda eleitoral “nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público” (art. 37, *caput*, da Lei das Eleições). Em bem particular, a realização de propaganda depende do consentimento do proprietário ou possuidor, sendo desnecessária a obtenção de licença municipal ou autorização da Justiça Eleitoral. O consentimento deve ser espontâneo e gratuita a cessão do espaço (art. 37, §8º, da Lei das Eleições).

No âmbito da propaganda em bens particulares, também é proibida a exibida mediante outdoor, ainda que em forma de tela ou telão eletrônico (art. 39, §8º). Em vias públicas e locais

---

15 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 743.

não afetados à prestação de serviço público, é livre a distribuição de folhetos, adesivos, volantes e outros impressos, não sendo, pois, necessária autorização do Poder Público ou da Justiça Eleitoral (art. 38, *caput*, da Lei das Eleições).

O ordenamento jurídico veda, expressamente, alguns tipos de propaganda. A este respeito, o artigo 243, do Código Eleitoral, prevê que:

Art. 243. Não será tolerada propaganda:

I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes;

II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;

III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;

IV - de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública;

V - que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;

VI - que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

VII - por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda;

VIII - que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito;

IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

X - que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia.

O artigo 40 da Lei nº 9.504/97 considera ilícito e tipifica como crime “o uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgãos de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista”.

Saliente-se que a propaganda que esteja de acordo com a legislação não pode sofrer censura, conforme artigo 41, §2º, da Lei das Eleições, nem ser coibida por autoridade pública, tampouco por particular.

Em diversos dispositivos, a Lei das Eleições impõe sanção à conduta que violar as regras atinentes à propaganda. O sistema sancionatório contempla várias espécies, tais como, os artigos 36, §3º (multa), 37, §1º (restauração do bem e multa), 39, §8º (retirada do outdoor e multa), 43, §2º (multa), 53, §1º (perda do direito à veiculação de propaganda), 53, §2º (impedimento de reapresentação de propaganda), 55, parágrafo único (perda de tempo no horário eleitoral gratuito), 56, *caput* (suspensão da programação normal da emissora). Algumas vezes, a sanção limita-se à adequação ou retirada da propaganda irregular (como ocorre na afixação de adesivo com dimensões excedentes à legalmente fixada, art. 37, §2º, da Lei das Eleições)<sup>16</sup>.

---

16 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 725.

No que concerne à aplicação de sanções ou penalidades como multa, suspensão de programação de emissora de televisão ou rádio, só podem ser impostas pelo poder jurisdicional, após regular processo judicial, assegurado o devido processo legal, em que sejam oportunizados à parte o contraditório e a ampla defesa<sup>17</sup>. Sobre isso, dispõe a Súmula no 18 do TSE, *in verbis*, “conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei no 9.504/97.”

Saliente-se, ainda, que as irregularidades na propaganda eleitoral podem, em alguns casos, configurar abuso de poder econômico ou político, rendendo ensejo à decretação de inelegibilidade, bem como à cassação do registro de candidatura ou do diploma do candidato eleito, conforme consta dos artigos 19 e 22, XIV, ambos da Lei Complementar no 64/90.

## 2.2 A propaganda política no meio digital

Atualmente, a internet configura um dos mais eficazes meios de informação e comunicação social. A ampla normatização do uso da Internet nas eleições iniciou-se com a Lei no 12.034/2009, que introduziu na Lei no 9.504/97 os artigos 36- A, I (atualmente com redação alterada), 57-A (também com redação alterada) até 57- I, 58, §3º, IV, e 58-A. Antes disso, inexistia regulamentação abrangente da propaganda eleitoral

---

<sup>17</sup> GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 725-726.

realizada no mundo virtual. A Justiça Eleitoral pronunciava-se à medida que os casos lhe eram apresentados<sup>18</sup>.

Atualmente, a Lei das Eleições prevê nos artigos 57-A a 57-J o tratamento da propaganda na internet.

Mencionada lei assegura a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da Constituição da República e arts. 57-A e 57-D, da Lei das Eleições). Assim, jornais e revistas virtuais podem publicar em seus sítios matérias contendo opinião favorável e desfavorável a candidato ou partido, realizar entrevistas e debates, desde que essas ações tenham caráter exclusivamente informativo ou jornalístico, sem qualquer conotação propagandística, promoção de candidatura ou contraprestação pecuniária<sup>19</sup>.

Evidentemente, a liberdade não é absoluta, pois é “vedado o anonimato durante a campanha eleitoral” (art. 57-D, da Lei das Eleições).

Ao ofendido é assegurado o direito de resposta (art. 5º, V, da Constituição Federal e art. 58, da Lei das Eleições).

Como já ressaltado neste artigo, a propaganda eleitoral constitui meio para exercício da cidadania pelos eleitores, os quais, podem fazer suas escolhas desde que assegurado um debate democrático. A Justiça Eleitoral ao atuar no período eleitoral, deve interferir o menos possível, de sorte que as manifestações na rede somente devem ser limitadas quando ocorrer ofensa a direito ou a caracterização de ilícito.

Ora, a expressão e manifestação dos cidadãos na *Internet* e em redes sociais sobre temas político-eleitorais, candidatos e

---

18 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 796.

19 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 763-764.



partidos pode não caracterizar propaganda eleitoral, mas legítimo exercício da liberdade fundamental de expressão<sup>20</sup>.

O artigo 57-C veda a propaganda paga na internet, exce- tuando-se o impulsionamento de conteúdos. O §1º, I, do men- cionado artigo veda a veiculação de propaganda eleitoral na Internet em sítio de pessoa jurídicas, com ou sem fins lucrativos; e em sítios oficiais ou hospedados por órgãos ou entida- des da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O impulsionamento de conteúdos é um serviço onero- so oferecido na Internet, notadamente em redes sociais, por plataformas como *Facebook* e *Instagram* e por ferramentas de buscas ou sites buscadores como *Google* e *Yahoo*. As técnicas empregadas nesse serviço aumentam o impacto do conteú- do veiculado, ampliando o seu alcance e visibilidade a maior número de usuários da *web*. Por tratar-se de negócio onero- so (pago), o uso desse serviço depende de contratação com a empresa que o oferece<sup>21</sup>.

A legislação veda a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de In- ternet com a intenção de falsear identidade (art. 57-B, §2º). É proibida a utilização de impulsionamento de conteúdos e fer-

---

20 A este respeito já se manifestou o TSE: A veiculação de postagens sobre atos, programas, obras, serviços e/ou campanhas de órgãos públicos federais, esta- duais ou municipais em perfil privado de cidadão em rede social não se confunde com publicidade institucional e, por conseguinte, não configura a conduta vedada prevista no art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/1997. Assim, concluiu ser “lícito aos cida- ãos, inclusive os servidores públicos, utilizarem-se das redes sociais tanto para criticar quanto para elogiar as realizações da administração pública, sem que tal conduta caracterize, necessariamente, publicidade institucional”. (TSE – RESPE nº 37615, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 26.03.2020, DJe de 17.04.2020).

21 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 799.

ramentas digitais não disponibilizadas pelo provedor da aplicação de Internet, ainda que gratuitas, para alterar o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral, tanto próprios quanto de terceiros (art. 57-B, §3º).

É vedada a veiculação de propaganda eleitoral em sítios oficiais e em entidades da Administração Pública direta e indireta (art. 57-C, §1º, II). As pessoas relacionadas no artigo 24 da Lei das Eleições não podem ceder nem doar seus cadastros de endereços eletrônicos (art. 57-E, caput). É proibida a venda de cadastro de endereços eletrônicos (art. 57-E, §1º).

Quanto à responsabilização pela propaganda na internet, convém transcrever o artigo 57-H, da Lei das Eleições:

Art. 57-H. Sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis, será punido, com multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), quem realizar propaganda eleitoral na internet, atribuindo indevidamente sua autoria a terceiro, inclusive a candidato, partido ou coligação.

§1º Constitui crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, punível com detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

§2º Igualmente incorrem em crime, punível com detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo

período, e multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), as pessoas contratadas na forma do §1º.

Percebe-se, pois, que a própria legislação estabelece limites à liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

É assegurado direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica (art. 58, §3º, IV, da Lei das Eleições).

Na esfera penal, o Código Eleitoral incrimina, nos artigos 323 a 326-A, os crimes contra a honra e denunciação caluniosa para fins eleitorais.

Nos casos ocultamento de identidade com vistas à difusão nas redes sociais de *fake news* em detrimento de candidato, José Jairo Gomes<sup>22</sup> entende ser possível cogitar a incidência do delito de falsa identidade, previsto no artigo 307 do Código Penal”.

No caso de violação da legislação ou ofensa a direitos de participantes do processo eleitoral, poder-se-á pleitear à Justiça Eleitoral que o conteúdo inquinado seja removido ou desabilitado do local em que estiver hospedado (art. 57-D, §3º, da Lei das Eleições).

O artigo 57-I estabelece que a Justiça Eleitoral pode determinar, “no âmbito e nos limites técnicos de cada aplicação de Internet, a suspensão do acesso a todo conteúdo veiculado que deixar de cumprir as disposições” da legislação eleitoral. O número de horas de suspensão deve ser definido “propor-

---

22 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020. p. 806.

cionalmente à gravidade da infração cometida em cada caso, observado o limite máximo de vinte e quatro horas.” Cada reiteração da conduta implica a duplicação do período de suspensão. Durante a suspensão, os usuários deverão ser informados do descumprimento da legislação eleitoral.

É preciso se garantir a integridade, a normalidade e a legitimidade do pleito eleitoral, sendo importante evitar a manipulação do debate público, a disseminação de discursos de violência, preconceito, discriminação e ódio, a difusão de notícias falsas, de páginas e perfis falsos. Isso para que as eleições sejam realmente democráticas, legítimas, transparentes e verdadeiras.

Não há na legislação eleitoral definição específica de abuso de poder na Internet, plataformas digitais e redes sociais. Embora os artigos 57-A a 57-I da Lei das Eleições tragam algumas regras sobre a Internet nas eleições, notadamente no âmbito da propaganda eleitoral, nenhum deles contém a referida definição. Assim, à míngua de específica previsão legal, para caracterizar-se como ilícito é preciso que a situação considerada se encontre associada a um dos tipos de abuso de poder assinalados, ou seja, econômico, político, de autoridade ou midiático. O suporte econômico requerido para que as ações abusivas na web sejam realizadas com eficiência permite fundamentar o ilícito no abuso de poder econômico.

Em razão disso, em 20 de outubro de 2022, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 23.714/2022, com o objetivo de dar mais efetividade ao combate à desinformação no processo eleitoral. Em outras palavras, a resolução ampliou os

poderes do TSE no combate às chamadas *fake news*. O artigo 2º da mencionada resolução estipula que:

Art. 2º É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos.

Impõe esclarecer que o STF reconheceu a constitucionalidade da mencionada resolução na ADI 7261 MC/DF, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada em 25/10/2022<sup>23</sup>.

### 3 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DA LEGITIMIDADE DA PROPAGANDA ELEITORAL PARA O COMBATE DA DESINFORMAÇÃO

Hanna Arendt<sup>24</sup> em seu ensaio “Verdade e Política”, aponta que os:

[...] fatos informam opiniões, e as opiniões, inspiradas por diferentes interesses e paixões, podem diferir amplamente e ainda serem legítimas no que respeita à sua verdade factual. A liberdade de opinião é uma farsa, a não ser que a informação factual seja garantida e que os

---

23 A Resolução nº 23.714/2022 do TSE – que dispõe sobre o enfrentamento à desinformação atentatória à integridade do processo eleitoral – não exorbita o âmbito da sua competência normativa e tampouco impõe censura ou restrição a meio de comunicação ou linha editorial da mídia impressa e eletrônica. STF. Plenário. ADI 7261 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 25/10/2022.

24 ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 295-296.

próprios fatos não sejam questionados. Em outras palavras, a verdade factual informa o pensamento político, exatamente como a verdade racional informa a especulação filosófica.

Em face de tal apontamento, percebe-se que a legitimidade da propaganda eleitoral está diretamente relacionada com a qualidade da informação direcionada ao eleitor para que este possa exercer seus direitos políticos de forma consciente dentro do espaço democrático.

A desinformação não é algo novo no âmbito eleitoral, por outro lado, com a crescente transformação tecnológica, sobretudo com as mídias sociais, constata-se um espaço propício para a proliferação de informações equivocadas, dissimuladas e, muitas vezes falsas (popularmente chamadas de “*fake news*”).

Portanto, é notório que a proteção a ser atribuída à propaganda assegura a liberdade individual de pensamento, a qual deve ser acessível a todos. Como destaca Fávila Ribeiro<sup>25</sup>, “quanto às eleições, a liberdade de propaganda se tornou condição básica do processo eleitoral, garantindo a persistência de seguro esquema para funcionamento da competição democrática”.

Sobre a liberdade e igualdade dos candidatos e partidos políticos na propaganda eleitoral, Eneida Desiree Salgado destaca que:

---

25 RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 294.

[...] “a questão da apreciação da liberdade de propaganda deve extrapolar o âmbito individual. O valor da liberdade deve ser lido de acordo com o princípio da igualdade, base do ideal republicano e do Estado democrático de Direito”. [...] a formação da vontade política do eleitorado passa pela livre e pública formação da opinião pública”<sup>26</sup>.

Luiz Eduardo Peccinin<sup>27</sup> bem destaca que, regular a propaganda eleitoral, é maneira de o Estado assegurar a máxima liberdade e igualdade dentro do debate político-eleitoral, fundamentais à própria autenticidade do voto. Ele acrescenta que a autenticidade do voto deve ser entendida como coibição dos desvios e vícios no processo democrático, a fim de que sejam asseguradas a liberdade e a igualdade do voto.

Rodrigo Maia Rocha<sup>28</sup> faz observações interessantes sobre o papel da Justiça Eleitoral na regulação e enfrentamento à desinformação. Para ele, deve haver dois eixos centrais de atuação, quais sejam, evitar a disseminação dos conteúdos

---

26 SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acessado em 25/09/2023.

27 PECCININ, Luiz Eduardo. *Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral*. Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política, Curitiba, v.3, 2013. p. 3331.

28 ROCHA, Rodrigo Maia. *Fake news e eleições: desafios do combate à desinformação no processo eleitoral*. In *Direito eleitoral e democracia: estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha*. Eduardo José Leal Moreira; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Roberto Carvalho Veloso. (Org.). BSão Luís: EDUFMA, 2020. p.731.

fraudulentos no ambiente digital e capacitando os indivíduos contra a desinformação, tornando-os desse modo capazes de distinguir os conteúdos fraudulentos presentes no ambiente digital.

Como visto no tópico anterior, a legislação eleitoral, sobretudo a Lei das Eleições, traz alguns mecanismos voltados ao combate de informações falsas e fraudulentas, de maneira a manter o equilíbrio e a normalidade da disputa. Contudo, também foi pontuado que tal arcabouço normativo ainda não é suficiente e eficiente ao enfrentamento pelo sistema de Justiça Eleitoral da disseminação de desinformação no período das eleições, sobretudo diante de evolução da velocidade da informação pela internet e plataformas digitais.

Como bem pontuado por Marilda de Paula Silveira<sup>29</sup>:

É inegável que esse novo cenário desafia a vida cotidiana, mas se apresenta de forma ainda mais desafiadora no processo eleitoral. As dificuldades são potencializadas, no Brasil, não apenas pelo processo eleitoral de tempo curto – que desafia os candidatos e seus apoiadores a atingir o eleitor com suas informações – mas também pela extensa regulação que limita a divulgação de conteúdo, tornando ainda mais difícil a tarefa de garantir que o eleitor conheça os candidatos, os partidos e suas plataformas. [...] essa análise permitirá enfrentar o fato de que embora alguns debates sobre o controle de conteú-

---

29 SILVEIRA, Marilda de Paula. *As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate à desinformação nas eleições*. In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 191.



do da informação sejam antigos, é preciso avaliar se as modificações tecnológicas que trazem maior capacidade de fragilizar a liberdade do voto não exigem que alguns institutos sejam repensados.

Ao fecho, concluiu-se que, ainda que as inovações legislativas demonstrem um avanço no regramento das problemáticas na propaganda eleitoral para o fim de assegurar o equilíbrio da disputa eleitoral e qualidade das informações, é evidente que a legislação ainda carece de uma expressiva evolução, sobretudo diante das inovações ocorridas no meio digital.

A velocidade da propagação da informação, e a dificuldade em impedir e, sobretudo, reverter a divulgação da desinformação no meio digital, é o grande desafio da atualidade, que está longe de ser superado. Da mesma forma, não se pode olvidar da garantia da liberdade de expressão e informação, que não podem ser afastados de forma absoluta ao argumento de proteção do sistema eleitoral brasileiro.

## CONCLUSÃO

Com o presente trabalho foi possível compreender as diferentes formas de propaganda política existentes no Brasil, bem como a maneira como o legislador estabeleceu limites e regras para a sua elaboração.

Verificou-se que a propaganda eleitoral, voltada a conquistar o eleitor durante o período eleitoral, possui grande destaque no país, pois representa importante instrumento de veiculação das informações relacionadas à atuação política.

Por outro lado, constatou-se que a atual legislação não é suficiente e capaz de atender os avanços tecnológicos que tornaram a propagação da informação mais célere, o que desencadeou no processo de desinformação. A desinformação, como visto, não é algo novo, sendo mecanismo de manipulação dos destinatários para burla do debate político sério e responsável.

Dessa maneira, concluiu-se que deve ser enfrentada tal realidade, de maneira a assegurar, tanto a liberdade de expressão, quando o acesso à informação adequada, para que o processo eleitoral seja legítimo. Evidentemente que a solução do problema não é simples, demandando debate e reflexão. A verdadeira democracia apenas é alcançada quando o povo tem assegurado o direito de dela participar, interferir e, sobretudo, ser ouvido.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Lenine Póvoas de. **Os limites da liberdade de expressão em matéria eleitoral.** In Propaganda eleitoral. Tratado de Direito Eleitoral.v.4. Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Walber de Moura Agra (Coord.); Luiz Eduardo Peccinin (Org.). Belo Horizonte. Forum. 2018.

ARAÚJO, Juliana Sampaio de; SOUSA, Lívia Maria de. **Reflexões acerca da propaganda antecipada de acordo com a resolução do Supremo Tribunal Federal.** In Propaganda eleitoral. Tratado de Direito Eleitoral.v.4. Luiz Fux, Luiz Fernando Casagrande Pereira, Walber de Moura Agra (Coord.); Luiz Eduardo Peccinin (Org.). Belo Horizonte. Forum. 2018.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política: antologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Código eleitoral**. Lei nº 4.737/65. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm) Acesso em 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Lei das eleições**. Lei nº 9.504/97. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei dos partidos políticos**. Lei nº 9.096/95. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19096.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm). Acesso em 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.034/19**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm#:~:text=L12034&text=LEI%20N%C2%BA%2012.034%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%202009.&text=Alteras%20Leis%20nos,julho%20de%201965%20%2D%20C%C3%B3digo%20Eleitoral](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm#:~:text=L12034&text=LEI%20N%C2%BA%2012.034%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%202009.&text=Alteras%20Leis%20nos,julho%20de%201965%20%2D%20C%C3%B3digo%20Eleitoral). Acesso em 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.487/17**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13487.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.487%2C%20DE%206%20DE%20OUTUBRO%20DE%202017.&text=Alteras%20Leis%20n%C2%BA,no%20r%C3%Aldio%20e%20na%20televis%C3%A3o](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13487.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.487%2C%20DE%206%20DE%20OUTUBRO%20DE%202017.&text=Alteras%20Leis%20n%C2%BA,no%20r%C3%Aldio%20e%20na%20televis%C3%A3o). Acesso em 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.192/21**. Disponível em [https://www.google.com/search?q=lei+14192&rlz=1C1IS-CS\\_pt-PTBR996BR996&oq=lei+1&aqs=chrome.2.69i59l3j69i57j0i67i433i65j069i60l3.2867j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=lei+14192&rlz=1C1IS-CS_pt-PTBR996BR996&oq=lei+1&aqs=chrome.2.69i59l3j69i57j0i67i433i65j069i60l3.2867j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.714/22. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>. Acesso e, 25 de setembro de 2023.

BRASIL, ADI 7261 MC/DF (STF). Rel. Min. Edson Fachin. DJ. 25/10/2022. DJE. 23/11/2022

BRASIL, Resp. 37.615 (TSE). Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJ 26/03/2020. DJE. 17/04/2020

CÂNDIDO, José Joel. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11. ed. 3. tiragem. Bauru: Edipro, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 16.ed.São Paulo: Atlas, 2020.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.


PECCININ, Luiz Eduardo. **Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral**. Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política, Curitiba, v.3, 2013. p. 321-344.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ROCHA, Rodrigo Maia. **Fake news e eleições: desafios do combate à desinformação no processo eleitoral**. In *Direito eleitoral e democracia: estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha*. Eduardo José Leal Moreira; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Roberto Carvalho Veloso. (Org.). BSão Luís: EDUFMA, 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípio da publicidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, An-dré Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acessado em 25/09/2023.

SILVEIRA, Marilda de Paula. **As novas tecnologias no processo eleitoral: existe um dever estatal de combate à desinformação nas eleições**. In: ABBOUD, Georges; Nery Jr., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.



# DEVER DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE: CONTROVÉRSIAS ACERCA DA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO DAS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS EM FACE DO ESTADO, À LUZ DAS DECISÕES DO STF E DO STJ



Polliana Salete Behm Haupenthal\*

## Resumo

O presente artigo discorre sobre as problemáticas e controvérsias que envolvem as ações judiciais cujo objeto seja prestação de saúde em face do Poder Público, especificamente quanto à composição do polo passivo das referidas ações. A abordagem é feita com análise do direito à saúde como direito fundamental prestacional e a responsabilidade dos entes federados para alcançar a prestação no âmbito dos processos judiciais. É apontada a controvérsia existente acerca do direcionamento da ação em face do ente responsável pelo tratamento pleiteado e a necessidade de que o referido ente conste no polo passivo da ação, especialmente quando importar em deslocamento de competência. Discorre acerca das decisões judiciais prolatadas em sede de Repercussão Geral acerca do assunto, especificamente quanto aos Temas 500, 793, 1161 e 1234, todos do Supremo Tribunal Federal e o Incidente de Assunção de Competência nº 14 do Superior Tribunal de Justiça. Recorre à análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, em especial a nacional.

**Palavras-Chave:** Direitos fundamentais; Saúde; Competência; Tema 500; Tema 793; Tema 1161; Tema 1234; IAC 14; Descentralização; SUS.

---

\* Analista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Oficial Escrevente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público, Direito Previdenciário e Direito do Consumidor. Aprovada no XX Concurso Público para o cargo de Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

# DUTY TO PROVIDE HEALTHCARE: CONTROVERSIES REGARDING THE COMPOSITION OF THE DEFENDANT IN LEGAL DEMANDS FOR MEDICINES AGAINST THE STATE, IN LIGHT OF THE DECISIONS OF THE STF AND STJ



This article discusses the problems and controversies surrounding lawsuits involving the provision of healthcare in the face of public authorities, specifically in relation to the composition of the parties to such lawsuits. The approach is based on an analysis of the right to health as a fundamental right and the responsibility of the federated entities to provide it in the context of legal proceedings. It points out the controversy that exists over whether a lawsuit should be brought against the entity responsible for the treatment sought and the need for that entity to be included as a party to the lawsuit, especially when it implies a shift in jurisdiction. It discusses the court decisions handed down in the context of General Repercussion on the subject, specifically in relation to Themes 500, 793, 1161 and 1234, all of the Federal Supreme Court, and Incident of Assumption of Jurisdiction nº 14 of the Superior Court of Justice. It resorts to doctrinal, jurisprudential and legislative analysis, especially at national level.

**Keywords:** Fundamental Rights; Health; Jurisdiction; Theme 500; Theme 793; Theme 1161; Theme 1234; IAC 14; Decentralization; SUS.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre acerca da controvérsia que envolvem as ações judiciais cujo objeto seja prestação de saúde em face do Poder Público, especificamente quanto à composição do polo passivo das referidas ações.

A relevância da questão tomou maior proporção no período compreendido entre o ano de 2019 e a data atual (setembro de 2023), dadas as decisões prolatadas em sede de Repercussão Geral pelo STF acerca do tema e o Incidente de Assunção de Competência nº 14 do STJ.

O direito à saúde é um direito fundamental prestacional, nos termos do art. 6º da CF, sendo garantido, pelo art. 196 da CF, como um direito de todos e dever do Estado, com acesso igualitário e universal às ações de promoção, proteção e recuperação.

O mesmo direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida, que é direito fundamental garantido pela CF no seu art. 5º, *caput*.

Sendo de conhecimento público e notória a dificuldade de concretização do direito fundamental à saúde, justamente pela sua natureza prestacional, é que se verifica a existência de inúmeras ações judiciais em que se pleiteiam, em face dos entes federados, tratamentos de saúde. Neste ponto é que surgem as controvérsias tratadas neste artigo, especificamente quanto ao polo passivo destas ações, ou seja, com relação a qual ente federativo deve ser acionado pela parte autora para que alcance a prestação buscada.

A presente obra tem por objetivo demonstrar a forma como a temática foi tratada pelos Tribunais Superiores desde o ano de

2019, com foco exclusivamente nas decisões prolatadas em sede de Repercussão Geral pelo STF – Temas 500, 793, 1161 e 1234 – e no Incidente de Assunção de Competência n° 14 pelo STJ.

Será utilizado predominantemente o método dedutivo, quando se parte de uma situação geral e genérica para uma particular, por meio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, fazendo com que as premissas levem até uma conclusão, premissa logicamente decorrente das premissas anteriores.

Para tanto, o artigo será apresentado em três títulos, com subtítulos.

O primeiro título faz uma análise dos princípios constitucionais de um modo geral, bem como do direito à saúde como um direito fundamental.

O segundo título discorre acerca da responsabilidade para alcançar as prestações de saúde, especialmente em demandas judiciais, passando pela análise das decisões prolatadas em sede de Repercussão Geral pelo STF – Temas 500, 793, 1161 e 1234 – e no Incidente de Assunção de Competência n° 14 pelo STJ, inclusive a cronologia das referidas decisões, além da análise da repartição de competências administrativas estabelecida pela Lei n° 8.080/90.

O terceiro título tece considerações acerca dos aspectos práticos da definição do polo passivo das demandas judiciais de saúde, a dificuldade que o ente federado encontra para buscar o ressarcimento de forma administrativa, perante o ente responsável pela prestação custeada por ente diverso em demandas judiciais, e apresenta o cenário atual perante os Tribunais Superiores.



## 1. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à saúde não é apenas um direito fundamental, como também é considerado um princípio constitucional.

Humberto Ávila conceitua os princípios da seguinte forma:

[...] são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>1</sup>

Robert Alexy nitidamente enaltece a questão da eficácia dos princípios, no sentido de serem normas a serem aplicadas na maior eficácia possível dentro das possibilidades reais e jurídicas, haja vista que os conceitua como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também nas jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.<sup>2</sup>

---

1 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

2 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91

Juarez Freitas, por sua vez, trata os princípios como as normas base de todo o ordenamento jurídico:

[...] os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.<sup>3</sup>

Ingo Sarlet os conceitua como as posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância integradas ao Texto Constitucional e retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que possam lhes ser equiparados pelo seu significado e objeto, tendo ou não assento na Constituição, considerando a abertura conferida pelo art. 5º, §2º da Constituição de 1988.<sup>4</sup>

O autor que dá maior contribuição acerca da interpretação e, principalmente, eficácia dos princípios fundamentais é Ingo Sarlet, com sua obra “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”. O doutrinador diferencia, em sua obra, os direitos fundamentais em direitos de defesa (que são igualdade, liberdade, direitos garantia, garantias institucionais, direitos políticos fundamentais) e os direitos a prestações (que implicam um custo para o Estado – saúde, educação, etc.).

---

3 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4 ed. Ver. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, 2006, p. 140.

Partindo desta classificação de Ingo Sarlet, o direito à saúde, foco deste artigo, é um direito fundamental de prestação. Porém, cumpre salientar que, não obstante anteriormente as Constituições vendiam a ideia de que os direitos individuais seriam contrapostos aos direitos sociais, resultado de uma visão individualista e liberalista dos direitos individuais, agora a Constituição fundamenta o entendimento de que todas as categorias de direitos fundamentais integram-se num todo harmônico, até mesmo porque os direitos individuais estão contaminados de dimensão social<sup>5</sup>.

Um exemplo desta contaminação é o direito fundamental à vida, que é um direito de defesa, na classificação de Ingo Sarlet, mas que em muito depende do direito à saúde, que é um direito fundamental de prestação.

## 2. DEVER DE PRESTAÇÃO À SAÚDE

### 2.1. Aspectos Gerais

O art. 196 da Constituição Federal dispõe que a saúde, além de ser um direito de todos, é dever do Estado, que deve ser garantido por meio de ações políticas, sociais e econômicas, a fim de reduzir o risco de doenças e de fornecer acesso universal e igualitário a ações e serviços de proteção, promoção e recuperação.<sup>6</sup>

---

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2013, Pg. 186/187.

6 Art. 196, CF. *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.*

Ingo Sarlet refere que, da leitura deste art. 196 da CF depreende-se que o direito à saúde se trata de um direito positivo que exige prestações por parte do Estado e que impõe a realização de determinadas tarefas pelos entes públicos, sendo que deste cumprimento depende a própria realização do direito.<sup>7</sup>

Quando ao dever do Estado à prestação de saúde aos administrados, é compartilhado entre os Municípios, os Estados e a União, nos termos do que dispõem consoante os artigos 23, II<sup>8</sup>, e 198<sup>9</sup>, da CF, caracterizando, a partir da publicação da Lei nº 8.080/90, a chamada descentralização político-administrativa da gestão do SUS.

Portanto, não obstante a competência comum entre os entes federativos cuidar da saúde da população, há previsão constitucional de que tal prestação se dará de forma descentralizada, sendo dividida a responsabilidade a depender do tipo de tratamento, insumo, medicamento necessitado pelo paciente, na forma da Lei nº 8.080/90.

Por outro lado, há de se atentar para o fato de que há muito o STF sedimentou o entendimento pela natureza solidária

---

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2013, Pg. 312.

8 Art. 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*

(...) II - *cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;*

9 Art. 198. *As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672)*

I - *descentralização, com direção única em cada esfera de governo;*

II - *atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;*

III - *participação da comunidade.*

da prestação de saúde e, portanto, em muitas ações judiciais, em que se pleiteavam prestações dessa natureza, era considerada a descentralização político-administrativa da gestão do SUS, podendo ser cobrada a prestação, pelo administrado, do município ou Estado do seu domicílio ou da União, à sua escolha. Tal entendimento se deu pela interpretação do disposto no art. 23, II, da CF, que revela a competência comum para cuidar da saúde da população.

Entretanto, os entes federados, em suas defesas, alegavam a necessidade de observância da descentralização na prestação de saúde, especialmente pela dificuldade de se obter reembolso, posteriormente, do ente responsável por aquela prestação buscada nas ações judiciais.

Assim, alguns temas foram afetados no STF, em sede de repercussão geral, a fim de definir se a parte autora, que busca a prestação de saúde, ou o magistrado, devem observar a referida descentralização político-administrativa para incluir no polo passivo da ação o ente responsável pelo tratamento pleiteado, na forma do que dispõe a Lei nº 8.080/90.

Cada tema afetado revela uma situação distinta, a depender do tratamento que seja objeto da ação e, portanto, serão analisados separadamente neste artigo.

## 2.2 Medicamentos sem registro na ANVISA

Quanto ao ponto, inicialmente cumpre esclarecer que o STF decidiu, quando do julgamento do RE 657.718/MG (*Tema 500, STF*), em 22 de maio de 2019, que o Poder Público não está obrigado a fornecer medicamentos que não possuam registro

na ANVISA, exceto em caso de mora irrazoável daquela autarquia em apreciar o pedido de registro – cujos prazos constam no §2º do art. 17-A da Lei nº 6.360/76<sup>10</sup> - e quando preenchidos outros 3 requisitos, quais sejam, existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras), existência de registro do medicamento em agências de regulação renomadas no exterior e inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Segue a ementa do julgamento:

Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos

---

10 § 2º - Os prazos máximos para a decisão final nos processos de registro e de alteração pós-registro de medicamento serão, respectivamente: (Incluído pela Lei nº 13.411, de 2017)

I - para a categoria prioritária, de cento e vinte dias e de sessenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de priorização; (Incluído pela Lei nº 13.411, de 2017).

II - para a categoria ordinária, de trezentos e sessenta e cinco dias e de cento e oitenta dias, contados a partir da data do respectivo protocolo de registro ou de alteração pós-registro. (Incluído pela Lei nº 13.411, de 2017)

experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provisão parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos

experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020)<sup>11</sup>

Conforme se verifica da análise da ementa supratranscrita, no mesmo julgamento o STF definiu que é obrigatória a presença da União no polo passivo das ações em que se pleiteia medicamento sem registro na ANVISA.

O fundamento para tal determinação é de que a ANVISA é uma autarquia federal, o que torna desarrazoado responsa-

---

11 STF. <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>, acesso em 23 de setembro de 2023.



bilizar os entes estaduais e municipais pela mora de entidade que integra a administração pública da União, porquanto não são responsáveis pelo registro dos medicamentos e nem teriam competência para sanar o problema.

Posteriormente foi julgado, em 21/06/2021, o RE 1165959, em que houve afetação pelo Tema 1161 pelo STF. Na tese fixada, foi definida a responsabilidade do Estado de fornecer medicamento que, não obstante sem registro na ANVISA, tenha a sua importação autorizada pela vigilância sanitária, desde cumpridos os demais requisitos estabelecidos, conforme segue:

Tema 1161: Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.<sup>12</sup>

Considerando que a tese se refere a medicamentos que não possuam registro na ANVISA, a decisão do Tema 1161, pelo STF, não altera o entendimento firmado no Tema 500, também do STF, no sentido de que a União deve integrar o polo passivo de ações que pleitem tais medicamentos.

---

<sup>12</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5559067&numeroProcesso=1165959&classeProcesso=RE&numeroTema=1161>, consulta em 23 de setembro de 2023.

### 2.3. Medicamentos com registro na ANVISA

Quanto aos medicamentos com registro na ANVISA, surgiram decisões relevantes entre os anos de 2019 e 2023 nos Tribunais Superiores, sendo de maior destaque as decisões prolatadas nos Temas 793 e 1234, ambos do STF, e no IAC 14 do STJ.

Em sessão realizada em 22/05/2019, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE nº 855.178/SE, fixando a seguinte tese de repercussão geral (tema 793):

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.<sup>13</sup>

Ainda, ao julgar os embargos de declaração no RE 855.178, Tema nº 793/STF, em 16/04/2020, o Ministro Edson Fachin assim estabeleceu:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM

---

<sup>13</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>, consulta em 23 de setembro de 2023.

REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020).<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>, consulta em 23 de setembro de 2023.

É importante ressaltar que o STF não excluiu a legitimidade dos demais entes federados (estado e município) para figurarem no polo passivo das ações desta natureza, ainda que a União figure como ré.

O julgamento do Tema 793, pelo STF, gerou interpretações divergentes. A Fazenda Pública defende que a decisão determina que o órgão julgador deve observar se o ente responsável pelo financiamento do tratamento pleiteado consta no polo passivo e, se não constar, deverá levar a efeito a inclusão de tal ente. Por outro lado, os autores das ações, e inclusive a União, defendem a tese de que a decisão prolatada pelo STF foi clara no sentido da solidariedade.

A partir destas teses suscitadas pelas partes, basta um breve pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de todo o país para verificar que surgiram, entre os órgãos julgadores, diversos entendimentos.

Houve interpretação no sentido de que o ente responsável pelo tratamento, de acordo com a distribuição de competências, deveria integrar o polo passivo da ação; também houve interpretação no sentido de que, diante da solidariedade, reafirmada no Tema 793, o órgão julgador não deveria interferir na escolha da parte sobre o ente que demandaria; e ainda no sentido de que, não obstante o julgador não devesse interferir na escolha da parte quanto à composição do polo passivo da ação, caberia ao órgão julgador, em eventual sentença de procedência dos pedidos da inicial, declarar o direito ao ressarcimento dos custos que o ente demandado havia despendido no cumprimento da obrigação de outro ente.

A divergência de interpretações acerca da tese firmada no Tema 793 gerou debates acerca do juízo competente para processamento e julgamento dos feitos, culminando no surgimento de um grande número de conflitos de competência suscitados pelos órgãos julgadores estaduais, quando os processos cuja competência havia sido declinada para a justiça federal eram devolvidos à justiça estadual.

Diante desse cenário, o STJ instaurou o Incidente de Assunção de Competência nº 14 e, em sede de medida cautelar, recomendou que até o julgamento definitivo do referido incidente os órgãos julgadores estaduais não remetessem, à justiça federal, as ações ajuizadas na justiça estadual.

O IAC 14 foi julgado em 12 de abril de 2023 e foi fixada a seguinte tese:

- a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeu demandar.
- b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delimitado pela parte no momento da propositura ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do

ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal. c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ). STJ. 1ª Seção. CC 188.002-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 12/4/2023 (Info 770).<sup>15</sup>

Conforme se depreende da análise da tese fixada, o STJ entendeu que, nas ações em que se pleiteia medicamento com registro na ANVISA e que não integram a lista do SUS, deve prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora ajuizou a demanda, não podendo as regras de repartição de competências administrativas do SUS servirem de fundamento para que os magistrados alterem ou ampliem o polo passivo, cabendo a estes magistrados apenas redirecionarem o cumprimento de sentença

---

<sup>15</sup> [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=I&cod\\_tema\\_inicial=14&cod\\_tema\\_final=14](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=14&cod_tema_final=14), consulta em 23 de setembro de 2023.

ou determinar o ressarcimento do ente que suportou o ônus financeiro no lugar do ente competente. Ainda, definiu que descabe ao juízo estadual suscitar conflito de competência quando o juízo federal define que não há interesse da União na causa, de acordo coma Súmula 150 do STJ.

Ademais, entendeu o STJ, quando do julgamento do IAC 14, que as hipóteses de litisconsórcio passivo necessário devem ser apenas aquelas previstas em lei, nos termos do art. 114 do CPC e que a tese fixada no Tema 793 não contraria esse entendimento.

Ocorre que, quando do julgamento do referido incidente, o STF já havia afetado sob o Tema 1234, em 09 de setembro de 2022, a controvérsia sobre a “legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS.<sup>16</sup>”

O Ministro Luiz Fux, na decisão de afetação, referiu que o STF concluiu pela solidariedade dos entes federados no fornecimento de medicamentos como forma de não obstar o acesso à Justiça, quando do julgamento do Tema 793, mas que não se pode ignorar que o processamento de ações contra entes que não sejam os responsáveis primeiros pelo cumprimento da obrigação leva a demandas de ressarcimento desnecessárias, que apenas contribuem para o abarrotamento do Poder Judiciário.

---

16 <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6335939&numeroProcesso=1366243&classeProcesso=RE&numeroTema=1234>, consulta em 23 de setembro de 2023.

Foi concedida, parcialmente, tutela provisória incidental no Recurso Extraordinário representativo da controvérsia do Tema 1234, em 17 de abril de 2023, a qual restou referendada pelo Pleno do STF no dia 18 de abril de 2023, no seguinte sentido:

(...) estabelecer que, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a atuação do Poder Judiciário seja regida pelos seguintes parâmetros:

(i) nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual, sem prejuízo da concessão de provimento de natureza cautelar ainda que antes do deslocamento de competência, se o caso assim exigir;

(ii) nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;

(iii) diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer



no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED–segundo Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021);  
(iv) ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário<sup>17</sup>

Portanto, foi determinado pelo STF que, até o julgamento definitivo do Tema 1234, nas demandas envolvendo medicamentos padronizados deve ser observada a repartição de competências administrativas, e os órgãos julgadores devem garantir que o ente responsável pelo fornecimento do medicamento figure no polo passivo da ação. Por outro lado, caso se trate de medicamento registrado na ANVISA mas não padronizado, deve ser respeitada a opção da parte autora quanto à composição do polo passivo.

Ainda houve modulação dos efeitos da decisão, para que fosse aplicada apenas aos feitos que não estivessem com sentença prolatada até a data de 17 de abril de 2023, a fim de garantir a segurança jurídica.

---

17 <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspx?incidente=6335939&numeroProcesso=1366243&classeProcesso=RE&numeroTema=1234>, consulta em 23 de setembro de 2023.

### 3. ASPECTOS PRÁTICOS DA DEFINIÇÃO DO POLO PASSIVO EM AÇÕES DE SAÚDE EM FACE DOS ENTES PÚBLICOS

Os aspectos práticos que envolvem o tema aqui tratado envolvem os interesses da população que pleiteia um tratamento de saúde em face do Poder Público e, de outro lado, os interesses do Estado no sentido de que seja observada a repartição de competências administrativas.

Quanto aos interesses da população que aciona o Poder Judiciário em demandas de saúde, se destaca a necessidade de se facilitar o acesso à tutela jurisdicional à população, como inclusive observado na decisão de afetação do Tema 1234, especialmente no tocante a habitantes de municípios longínquos<sup>18</sup>.

Por outro lado, há o interesse do Estado, no sentido de que sejam observadas as repartições de competências no âmbito na Lei nº 8.080/90 e, até mesmo, do Poder Judiciário, pois, conforme também constou da decisão de afetação do Tema 1234:

(...) não se pode desconsiderar que o processamento de ações contra entes que não sejam os responsáveis primeiros pelo cumprimento da obrigação leva a demandas de ressarcimento desnecessárias, que apenas contribuem para o abarrotamento do Poder Judiciário.<sup>19</sup>

---

18 <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353401700&ext=.pdf> (pg. 11, consulta em 23/09/2023)

19 <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353401700&ext=.pdf> (pg. 11, consulta em 23/09/2023)

Quanto à questão do ressarcimento, é importante ressaltar que há previsão legal no art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90:

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

(...)

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Porém, especificamente quanto à forma de ressarcimento a ser feito pela União aos demais entes federativos que tenham arcado, por força de decisão judicial, com o custo de tratamento de responsabilidade do ente federal, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, órgão da AGU, confeccionou o Parecer Referencial n. 00030/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU – citado na Nota Técnica nº 02/2022 do TRF1 sobre a aplicação do Tema 793 do STF. O referido parecer referencial traz no item 7 as seguintes conclusões, entre as quais merece maior destaque o item 4:

1) A União é parte no processo e está obrigada a ressarcir por força de decisão judicial expressa: dever de ressarcir, mediante procedimento administrativo orientado pelos princípios do formalismo, da segurança jurídica e da publicidade. Necessidade de observar a disciplina orçamentária. Ulterior reequilíbrio, por meio da Comissão Intergestores.

2) A União é parte no processo mas não está judicialmente obrigada a ressarcir: pactuação consensual na Comissão Intergestores, com o fim de promover o reequilíbrio econômico financeiro do Sistema Único de Saúde.

3) A União é parte no processo e a ela foi imposta o custeio conjunto da obrigação: adimplemento da obrigação em expediente administrativo de contato e gestão com os demais coobrigados. Ulterior reequilíbrio, por meio da Comissão Intergestores.

4) A União não é parte no processo: impossibilidade de ressarcimento por força própria e apartado de regulamentação prévia. Pacto consensual na Comissão Intergestores, com a finalidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do Sistema Único de Saúde.

5) A União é credora: dever de cobrança do crédito. Pactuação consensual na Comissão Intergestores, com o fim de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do Sistema Único de Saúde, por meio de mecanismos de glosa dos repasses ordinários pela União.<sup>20</sup>

O item 4 refere a necessidade de pacto consensual na Comissão Intergestores para que possa haver o reequilíbrio econômico-financeiro do SUS e a impossibilidade de ressarcimento por força própria.

Além disso, o parecer da Advocacia-Geral da União esclarece que o Ministério da Saúde não mantém procedimentos

---

<sup>20</sup> [https://portal.trf1.jus.br/data/files/94/63/48/F4/093138103FE32138E52809C2/NOTA%20TECNICA%202.2022%20APLICA\\_\\_O%20DO%20TEMA%20793%20RG%20STF.pdf](https://portal.trf1.jus.br/data/files/94/63/48/F4/093138103FE32138E52809C2/NOTA%20TECNICA%202.2022%20APLICA__O%20DO%20TEMA%20793%20RG%20STF.pdf), consulta em 23 de setembro de 2023.

sistematizados e regulados para a realização de ressarcimento financeiro a Estados e Municípios que custeiam ações e serviços de saúde judicializados, que são de competência federal.

Assim, entes estaduais e municipais que desejem o ressarcimento de valores que dispenderam para custeio de tratamentos de saúde por força de decisão judicial, têm ajuizado novas ações de ressarcimento, o que, conforme referido pelo relator na decisão que afetou o Tema 1234 no STF, ocasiona o aumento de demandas judiciais.

O Tema 1234 ainda não foi julgado definitivamente pelo STF, porém, em decisão monocrática prolatada em 21 de setembro de 2023, o Ministro Relator Gilmar Mendes determinou a criação de uma Comissão Especial, como método autocompositivo, no âmbito do STF, nos autos do RE 1.366.243, com prazo inicial de duração dos trabalhos até 18.12.2023, com a finalidade propor soluções sobre a judicialização da saúde pública. Segundo o ministro, “a complexidade do tema impõe a instauração de instância de diálogos verdadeiramente interfederativa e representativa, tanto sob o ângulo das instituições quanto dos interesses potencialmente colidentes”.<sup>21</sup>

Cumprindo transcrever trecho da referida decisão monocrática:

(...) essa controvérsia, profunda em suas origens e sistêmica em suas consequências, não será resolvida apenas com uma decisão judicial. Pelo contrário, o próprio dissenso engendrado pelo julgamento do tema 793 evidenciou que dilemas estruturais dessa natureza dificilmente

---

<sup>21</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>, consulta em 23 de setembro de 2023, pg. 8.

são solucionados pela atuação jurisdicional, ainda que bem intencionada.

Nessa linha, o enfrentamento adequado do tema impõe abordagem que contemple todo o processo de prestação de ações e serviços de saúde pelo Estado brasileiro, desde o custeio até a compensação financeira entre os Entes Federativos (passando pela judicialização), abrangendo os medicamentos padronizados e os não incorporados pelo Sistema Único de Saúde. É chegado o momento, portanto, de deflagrar processo de diálogo interfederativo e colaborativo com a sociedade, que propicie a construção de solução autocompositiva para a questão do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, de modo a aprofundar o conceito constitucional de solidariedade e municiar a Federação dos mecanismos, protocolos e fluxogramas necessários para assegurar o acesso efetivo da população a direito fundamental, sem desequilíbrio financeiro e desprogramação orçamentária.

A complexidade do tema impõe a instauração de instância de diálogos verdadeiramente interfederativa e representativa, tanto sob o ângulo das instituições quanto dos interesses potencialmente colidentes. Nesse sentido, reputo pertinente designar Comissão Especial, no âmbito da qual serão conduzidas as discussões sobre a estrutura de financiamento e medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, passando pela judicialização do tema e eventuais desdobramentos daí decorrentes. Os problemas que circundam o tema da judicialização da saúde são de

conhecimento público e, apesar de sua notoriedade, o quadro está estagnado e em franca constatação de des-governança pública, diante do incremento significativo dos gastos advindos das decisões judiciais, tal como registrado pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que “Na União, de 2008 a 2015, os gastos com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, um aumento de mais de 1.300%”. (Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicoscom-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 20.9.2023).

Entendo que o debate, a sociedade e os Entes e demais Órgãos Públicos estão amadurecidos para a abertura dialógica e colaborativa, sendo este o momento de fomentarmos soluções eficazes, efetivas e céleres, que, ao mesmo tempo, assegurem a economicidade ao erário e propiciem a satisfação do cidadão, na medida de suas necessidades e proporcionais às possibilidades do Estado, além de condizentes com a capacidade institucional do Poder Judiciário.

Nesses casos, entende-se que deve ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões fáticas imbrincadas trazidas pelos interessados.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>, consulta em 23 de setembro de 2023, pg. 2-3.

É possível notar, logo no início do trecho supratranscrito, que há preocupação com as consequências da controvérsia estabelecida e de eventual solução a ser tomada, o que se relaciona diretamente com o art. 22, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

O dispositivo da decisão monocrática demonstra o alcance desta Comissão Especial, bem como a finalidade de obter as propostas de solução que venham de todos os interessados na controvérsia e de instituições que possam contribuir para tanto, conforme segue transcrito:

Ante o exposto, tendo em vista que a busca por um compromisso autocompositivo, neste tema, afigura-se como governança judicial colaborativa e, registrando que colhi, pessoal e informalmente, a posição de diversas autoridades do Poder Executivo da União sobre o interesse de diálogos interinstitucionais e com a sociedade civil, com fundamento no art. 3º, § 3º, do CPC: a) determino a criação de Comissão Especial, como método autocompositivo, no âmbito desta Corte, nos autos deste RE 1.366.243, com prazo inicial de duração dos trabalhos até 18.12.2023, razão pela qual devem ser intimados os seguintes Entes ou Órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios



para informarem, com urgência, no prazo de 5 (cinco) dias, os seus respectivos representantes, que atuarão em nome dos demais e poderão ser assessorados por técnicos que apenas acompanharão as discussões (§ 1º do art. 30 da Lei 13.140/2015): (i) 4 (quatro) membros representando a União, a serem indicados pela Presidência da República/Ministério da Saúde e pela Advocacia Geral da União, além de 4 (quatro) membros indicados pelo Fundo Nacional de Saúde, pelo Conselho Nacional de Saúde, pela Conitec e pela Anvisa (um cada); (ii) 4 (quatro) membros representando os Estados, sendo 1 (um) membro indicado pelo Fórum de Governadores, 1 (um) membro indicado pelo Colégio Nacional de Procuradores de Estado (Conpeg), além de 2 (dois) membros indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass); e (iii) 4 (quatro) membros representando os Municípios, sendo 1 (um) membro indicado pela Frente Nacional dos Prefeitos (FNP), 1 (um) indicado pela Confederação Nacional dos Municípios (CNM) e 2 (dois) indicados pelo Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems); b) estabelecimento que a conciliação, com notas de mediação, será supervisionada por esta relatoria, mediante acompanhamento do juiz auxiliar Diego Viegas Veras, da assessora Ana Paula Zavarize Carvalho e do juiz auxiliar Lucas Faber de Almeida Rosa, os quais nomeio como conciliadores/mediadores, além do médico Tiago Sousa Neiva (cujo auxílio deverá ser requisitado ao GDF, sem ônus ao STF), este último na condição de observador, todos na forma dos arts. 4º a 8º da Lei 13.140/2015; c) designo o dia 28.9.2023, às 8:30h, para iní-

cio dos trabalhos da referida comissão especial por meio de reunião presencial; d) determino que o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e o Tribunal de Contas da União deverão ser intimados para, querendo, indicarem representantes, na condição de observadores, e/ou consultores técnicos da conciliação/mediação, nos termos do art. 25 c/c art. 8º, ambos da Lei 13.140/2015; e) poderão ser acolhidas, a critério desta relatoria e/ou do conciliadores/mediadores, manifestações orais e/ou escritas de entidades do Segundo e Terceiro setores da economia, além de experts sobre o tema; f) admito, tão somente na condição de observadores, desde já, 1 (um) representante de cada um dos seguintes órgãos/entidades: Procuradoria-Geral da República; Conselho da Justiça Federal (CJF); Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil; Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE); Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); Associação dos Juizes Federais (Ajufe); Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Conselho Federal de Medicina; Conselho Federal de Farmácia; Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus); grupo operacional do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal; Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM); Defensoria Pública da União; e Grupo de Atuação da Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores (Gaets). Expeçam-se convites às seguintes autoridades/órgãos para a audiência inaugural: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Procurador-Geral

da República; Advogado-Geral da União; Ministra de Estado da Saúde; Fórum de Governadores; Presidente do Colégio Nacional de Procuradores de Estado (Conpeg); Presidente do Tribunal de Contas da União; Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Presidente do Conselho Federal de Medicina; Presidente do Conselho Federal de Farmácia; Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil; Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE); Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); Associação dos Juizes Federais (Ajufe); Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Conselho Federal de Medicina (CFM); Conselho Federal de Farmácia (CFF); Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus); grupo operacional do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal; Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM); Defensoria Pública da União (DPU); Grupo de Atuação da Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores (Gaets); Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus/CNJ); Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal; Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass); Conselho Nacional de Secretarias municipais de Saúde (Conasems); Frente Nacional dos Prefeitos (FNP) e Confederação Nacional dos Municípios (CNM); e Comissão Intergestores Tripartite (CIT do SUS).<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>, consulta em 23 de setembro de 2023, pg. 8-11.

Portanto, a questão ainda pende de definição perante o STF, mas se encaminha, no âmbito do julgamento do Tema 1234, para uma solução com traços de consenso.

## CONCLUSÃO

O debate acerca da responsabilidade pelo fornecimento de tratamentos de saúde não é novo, porém ganhou maior repercussão a partir do ano de 2019 até a presente data (setembro de 2023), período em que foram prolatadas decisões em sede de Repercussão Geral pelo STF e Incidente de Assunção de competência pelo STJ a respeito do tema.

As decisões tiveram o intuito de definir sobre qual ente federativo deve recair tal responsabilidade e, especialmente, sobre quais entes devem compor o polo passivo das ações judiciais que pleiteiam medicamentos.

Quanto aos Temas 500 e 1161, ambos do STF, não há muitos questionamentos, pois as teses fixadas deixaram claro que a União deve integrar, necessariamente, o polo passivo das ações que pleiteiem medicamentos que não possuam registro na ANVISA, bem como fixaram os requisitos para que o ente federal seja compelido a fornecer tais medicamentos. Não houve exclusão da legitimidade do estado e do município do domicílio da parte autora para figurar em litisconsórcio com a União no polo passivo, mas afirmada obrigatoriedade de que a União integre tal polo.

A controvérsia que perdura é aquela que envolve a temática tratada nos Temas 793 e 1234 do STF, e Incidente de Assunção de Incompetência nº 14 do STJ, que se referem às

ações judiciais em que se pleiteiam medicamentos com registro na ANVISA e que constem ou não na lista do SUS.

De todo o exposto neste artigo, mesmo após a decisão prolatada no IAC 14 do STF e a tese fixada no Tema 793, não foi possível solucionar a questão e, não obstante tenha sido deferida tutela provisória incidental no RE 1.366.243, representativo do Tema 1234, a dificuldade em solucionar a questão se verifica na decisão monocrática prolatada em 21 de setembro de 2023 nos autos do referido Recurso Extraordinário, em que o Ministro Relator Gilmar Mendes determina a criação de Comissão Especial, como método autocompositivo, no âmbito do STF, com prazo inicial de duração dos trabalhos até 18.12.2023, com a finalidade propor soluções sobre a judicialização da saúde pública.

Há uma clara preocupação de que haja uma ponderação entre o direito dos jurisdicionados, de terem acesso facilitado à prestação jurisdicional, com a necessidade de se respeitar a repartição de competências administrativas entre os entes federados, a fim de que haja equilíbrio nas prestações.

Considerando a diversidade de entes e representantes que foram convidados a integrar a referida comissão, é possível notar a complexidade que envolve a questão e a tentativa de que um diálogo entre várias frentes, entre interessados e especialistas, possa se chegar a uma solução que atenda às necessidades dos jurisdicionados, que necessitam da prestação de saúde, e dos entes públicos, a fim de que possa haver uma melhor organização e um melhor direcionamento para o cumprimento das decisões judiciais.

O Ministro Relator Gilmar Mendes citou, na decisão em que determina a criação da Comissão Especial, que “na União,

de 2008 a 2015, os gastos com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, um aumento de mais de 1.300%”<sup>24</sup>. Portanto, é de suma importância que se chegue a uma solução definitiva, proporcional e coerente para todas as partes, passível de ser cumprida, a fim de que nenhum ente federativo fique prejudicado, especialmente considerando o disposto no art. 22 da LINDB, para considerar as consequências práticas da decisão.

Destarte, a controvérsia sobre a responsabilidade de fornecimento de tratamentos de saúde, especialmente medicamentos, ainda pende de definição perante o STF, porém o momento atual, na data em que redigido este artigo (23 de setembro de 2023), aponta para um diálogo intersetorial e interfederativo, para que a solução adequada seja um produto de propostas de todos os interessados, o que demonstra um considerável avanço.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 2004.

PLANALTO, **Legislação**. Brasil, 2023. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 23 de setembro de 2023.

---

<sup>24</sup> Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/umentam-os-gastos-publicoscom-judicializacao-da-saude.htm>. Consulta em 20 de setembro de 2023.

PLANALTO, **Legislação**. Brasil, 2023. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm)>. Acesso em 23 de setembro de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37<sup>a</sup> Ed. São Paulo, Malheiros, 2013.


SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Jurisprudência, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>>, acesso em 23 de setembro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Jurisprudência, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5559067&numeroProcesso=1165959&classeProcesso=RE&numeroTema=1161>>, acesso em 23 de setembro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Jurisprudência, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>>, acesso em 23 de setembro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Jurisprudência, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>>, acesso em 23 de setembro de 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Portal. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicoscom-judicializacao-da-saude.htm>>, acesso em 20 de setembro de 2023.



# LIDERANÇA DEMOCRÁTICA E A CONFORMIDADE COM A LGPD: UM ESTUDO SOBRE A CULTURA ORGANIZACIONAL E A ACCOUNTABILITY EM INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS



Ana Paula Barreto Rodrigues\*

## **Resumo**

Este artigo destaca a intrincada relação entre liderança democrática, cultura organizacional e accountability nas instituições constitucionais, com um foco especial na conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A conformidade eficaz com a LGPD vai além da adesão a regulamentações; ela está entrelaçada com a presença de liderança democrática que promova uma cultura organizacional impregnada de ética, transparência e responsabilidade. Este estudo, através de uma abordagem teórica e empírica, busca esclarecer essas interconexões complexas e seus efeitos no contexto constitucional, ressaltando a importância da integridade institucional e da salvaguarda dos direitos individuais na era digital.

**Palavras-chave:** democracia; dados pessoais; ética organizacional.

---

\* Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.



# DEMOCRATIC LEADERSHIP AND COMPLIANCE WITH THE LGPD: A STUDY ON ORGANIZATIONAL CULTURE AND ACCOUNTABILITY IN CONSTITUTIONAL INSTITUTIONS



This article highlights the intricate relationship between democratic leadership, organizational culture, and accountability in constitutional institutions, with a special focus on compliance with the General Data Protection Law (LGPD). Effective compliance with the LGPD goes beyond regulatory adherence; it is intertwined with the presence of democratic leadership that promotes an organizational culture imbued with ethics, transparency, and responsibility. Through a theoretical and empirical approach, this study seeks to elucidate these complex interconnections and their effects in the constitutional context, emphasizing the importance of institutional integrity and safeguarding individual rights in the digital age.

**Keywords:** democracy; compliance; accountability; General Data Protection Law (LGPD); personal data; organizational ethics; corporate responsibility; institutional integrity

## INTRODUÇÃO

A democracia é a essência da governança nas sociedades contemporâneas, moldando não apenas os processos políticos, mas também as instituições que constituem o tecido de nossas nações. Nesse cenário, a proteção dos dados pessoais, em um mundo cada vez mais digital, emerge como uma questão premente, e essa relevância foi reconhecida de forma significativa pela Emenda Constitucional (EC) 115/2022. De acordo com o texto da EC 115, foi acrescentado um inciso LXXIX ao artigo 5º, CF, dispondo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

A conformidade com a LGPD transcende o mero cumprimento de regulamentos legais; ela reflete um compromisso com a ética, a transparência e a responsabilidade. Essa conformidade é influenciada pela liderança democrática e pela cultura organizacional em instituições constitucionais, cuja influência se estende da esfera política às práticas de gestão e governança. Este artigo se propõe a aprofundar a análise dessa relação complexa, destacando como a liderança democrática, a cultura organizacional e a accountability impactam a conformidade com a LGPD em instituições fundamentais para a ordem democrática. Através de um exame teórico e empírico, busca-se lançar luz sobre essa convergência crítica, sublinhando a importância da integridade institucional e da preservação dos direitos individuais em um contexto cada vez mais digitalizado.

## 1. LIDERANÇA DEMOCRÁTICA E SUA RELEVÂNCIA NO CONTEXTO DA CONFORMIDADE COM A LGPD

A liderança democrática é um conceito intrinsecamente vinculado à eficácia e à legitimidade das instituições democráticas. Caracterizada por um processo de tomada de decisão que promove a participação, a inclusão e a responsabilidade, a liderança democrática transcende as fronteiras políticas e permeia as esferas de gestão e governança, influenciando diretamente a proteção de dados pessoais.

No contexto da conformidade com a LGPD, líderes democráticos desempenham um papel central na criação de um ambiente que valoriza a privacidade e a transparência. A capacidade de ouvir e considerar uma multiplicidade de perspectivas não apenas fortalece a confiança dos cidadãos, mas também estabelece a base para a integração bem-sucedida da LGPD nas práticas organizacionais.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representa um marco legal significativo no cenário global da proteção de dados pessoais. Inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, a LGPD visa garantir a privacidade e a segurança dos dados pessoais dos indivíduos, estabelecendo diretrizes claras para sua coleta, tratamento e armazenamento.

A importância da LGPD transcende as fronteiras legais, pois ela reflete valores fundamentais de respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade individual. É uma peça-chave na defesa dos direitos individuais em um mundo digital, onde a coleta e o uso de dados pessoais são onipresentes.

A Constituição estabelece a base para a estrutura e o funcionamento do Estado e dos direitos individuais em uma sociedade democrática. A LGPD, por sua vez, regula a coleta, o tratamento e o armazenamento de dados pessoais, garantindo a proteção desses direitos em um contexto digital. Ambos são os alicerces para a proteção dos direitos fundamentais, incluindo a privacidade e a liberdade de expressão.

## 2. CULTURA ORGANIZACIONAL E ÉTICA DA PRIVACIDADE

A interconexão entre cultura organizacional e ética da privacidade representa um dos pilares fundamentais para a conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a promoção de um ambiente empresarial responsável em relação à privacidade dos dados. Neste capítulo, exploraremos a complexa relação entre esses dois elementos, com uma ênfase especial na influência da liderança democrática no desenvolvimento de uma cultura organizacional que valoriza e protege a privacidade dos dados.

A cultura organizacional, em sua essência, é o conjunto de valores, crenças, normas e comportamentos compartilhados por todos os membros de uma organização. Ela funciona como a espinha dorsal da identidade corporativa, moldando como uma empresa percebe a si mesma e é percebida pelo mundo exterior. A cultura organiza os modos de operação, decisões e atitudes dos funcionários, criando um ambiente onde as práticas organizacionais são consolidadas.

Schein (1996, p. 233) entende que a cultura organizacional se constitui como:

[...] um modelo dos pressupostos básicos, que determinado grupo inventa, descobre ou desenvolve no processo de aprendizagem para lidar com os problemas de adaptação externa e integração interna. Uma vez que os pressupostos tenham funcionado bem o suficiente para serem considerados válidos, são ensinados aos novos membros como a maneira mais correta para se perceber, se pensar e sentir-se em relação àqueles problemas.

A ética da privacidade é um componente vital da cultura organizacional e envolve o compromisso moral de respeitar os direitos individuais em relação à privacidade dos dados. Isso abrange desde a coleta e o uso de informações pessoais até a implementação de medidas de segurança apropriadas. A ética da privacidade se baseia em princípios como transparência, consentimento informado e minimização de dados, buscando garantir que as práticas de proteção de dados sejam não apenas legais, mas também eticamente responsáveis.

Os conceitos de autonomia, individualidade e privacidade, hoje, são transformados, segundo Rafael Capurro (2005), em “individualidades conectadas”. O autor afirma que “ser-no-mundo” está se igualando, na contemporaneidade, à ideia de “ser-no-mundo-compartilhado”. Assim é concebida a noção da ética do conhecimento compartilhado. De fato, o autor diz haver uma contiguidade quanto ao compartilhamento no mundo físico e no digital. Na visão do autor, um mundo não termina quando o outro começa, mas se alternam constantemente (CAPURRO, 2016). Isto é visto também por

Eldred (2012) quando este diz que os limites entre ambos os mundos estão cada vez mais indefinidos. Suas interfaces são, na verdade, interligadas.

A proteção da privacidade, inserida no contexto da sociedade de vigilância (FOUCAULT, 2013), é desencadeada pelo desenvolvimento da comunicação em rede. O autor afirma que, “como hoje vivemos em um ambiente digital, proteger a privacidade individual significa fundamentalmente proteger nossos dados digitais.

Dessa forma, “ressaltar a importância do direito à privacidade, manifestado da maneira que for, é valorizar a liberdade, combater a discriminação e proteger as escolhas pessoais de cada um. Respeitar a privacidade é exercício de cidadania indispensável”. (CANCELIER, 2017). Hoje se está tão preocupado com a tutela de direitos sociais e difusos de segunda e terceira dimensões, que quase se esquece da basilar tutela das próprias liberdades civis. A privacidade deve, sim, ser um tema de destaque, afinal, não é menos importante do que a luta pela valorização e pelo *enforcement* de qualquer outro direito fundamental. (RODOTÁ, 2008).

Diante disso, a liderança democrática é um dos princípios fundamentais que guia a formação da cultura organizacional. Nesse contexto, ela desempenha um papel crucial na promoção da ética da privacidade. A liderança democrática envolve a participação ativa dos membros da organização na tomada de decisões, bem como a criação de um ambiente onde a voz de todos é ouvida e respeitada.

A liderança democrática promove a participação e o engajamento dos funcionários em questões relacionadas à pri-

vacidade dos dados. Os líderes democráticos incentivam a colaboração e a contribuição de todos os níveis da organização na definição de políticas e práticas de privacidade. Isso não apenas enriquece o processo de tomada de decisões, mas também cria um senso de propriedade compartilhada em relação à ética da privacidade.

A liderança democrática molda diretamente a cultura organizacional. Ela cria um ambiente onde a transparência, a responsabilidade e o respeito pelos direitos individuais são valorizados. Os líderes democráticos estabelecem o tom ao demonstrar um compromisso claro com a ética da privacidade e ao incorporar esses valores em suas práticas diárias. Isso, por sua vez, influencia as atitudes e comportamentos de todos os membros da organização, levando à formação de uma cultura que prioriza a proteção da privacidade dos dados como parte intrínseca de suas operações.

Em resumo, a interconexão entre cultura organizacional e ética da privacidade é um fator crítico para a conformidade com a LGPD e para a criação de um ambiente empresarial responsável em relação à privacidade dos dados. A liderança democrática emerge como um catalisador fundamental nessa relação, promovendo a participação e o engajamento dos funcionários, bem como influenciando a formação de uma cultura organizacional que abraça a ética da privacidade como um princípio orientador. Quando a liderança democrática é aplicada efetivamente, ela não apenas assegura a conformidade legal, mas também estabelece um compromisso moral duradouro com a proteção dos direitos individuais em relação à privacidade dos dados, fortalecendo a identidade e a integridade da organização.

### 3. LGPD E REQUISITOS DE CONFORMIDADE

A Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representa um divisor de águas no cenário da privacidade de dados no Brasil. Este capítulo visa fornecer uma análise aprofundada dos requisitos estabelecidos pela LGPD, examinando os desafios comuns enfrentados pelas organizações na busca pela conformidade e destacando a profunda importância dessa conformidade tanto no contexto jurídico quanto ético.

A LGPD estabelece uma série de requisitos fundamentais que as organizações devem atender para garantir a proteção adequada dos dados pessoais. Esses requisitos podem ser resumidos em:

- a) **Consentimento:** as organizações devem obter o consentimento explícito dos titulares dos dados antes de coletar ou processar suas informações pessoais. Esse consentimento deve ser específico, informado e inequívoco. Zanatta, neste ponto, frisa que o consentimento deverá ser autodeterminado, para que seja válido. De modo que, em certo sentido, a proteção de dados apenas poderá dar-se efetivamente quando for possível pressupor que o titular tem controle sobre suas informações. O autor entende que a privacidade é, na verdade, a “cabeça” dos direitos da personalidade e das liberdades fundamentais.
- b) **Finalidade:** os dados pessoais devem ser coletados apenas para finalidades legítimas e específicas, não podendo ser processados de maneira incompatível com essas finalidades.



- c) Minimização de dados: as organizações devem coletar apenas os dados estritamente necessários para a finalidade pretendida, evitando a coleta excessiva de informações pessoais.
- d) Transparência: as organizações devem fornecer informações claras e acessíveis sobre como os dados são coletados, usados e compartilhados.
- e) Segurança de dados: medidas adequadas de segurança de dados devem ser implementadas para proteger os dados pessoais contra acessos não autorizados, vazamentos e violações.
- f) Direitos dos titulares de dados: a LGPD concede aos titulares dos dados uma série de direitos, incluindo o direito de acessar, corrigir, excluir e portar seus dados pessoais, bem como o direito de revogar o consentimento.

A conformidade com a LGPD é um desafio complexo que muitas organizações enfrentam. Alguns dos desafios mais comuns incluem:

- a) Coleta e gestão de consentimento: obter consentimento adequado e gerenciar eficazmente essas autorizações, especialmente em organizações com grandes volumes de dados, pode ser complexo.
- b) Garantia da segurança de dados: proteger os dados pessoais contra ameaças cibernéticas, vazamentos e acessos não autorizados requer investimentos significativos em segurança da informação.
- c) Adequação de processos internos: muitas organizações precisam revisar e adaptar seus processos in-

ternos para garantir a conformidade com a LGPD, o que pode ser dispendioso e demorado.

- d) Educação e conscientização: promover a educação e a conscientização dos funcionários sobre a importância da privacidade dos dados é essencial, mas pode ser desafiador.

A conformidade com a LGPD é de importância crítica tanto no contexto jurídico quanto ético.

- a) Importância jurídica: a LGPD estabelece penalidades significativas para organizações que não cumprem suas regulamentações, incluindo multas substanciais. A não conformidade pode resultar em sérios danos à reputação da organização e em ações judiciais.
- b) Importância ética: além das implicações legais, a conformidade com a LGPD reflete um compromisso ético com a proteção dos direitos individuais em relação à privacidade dos dados. As organizações que respeitam os princípios da LGPD demonstram uma preocupação genuína com a privacidade e a ética, o que pode construir a confiança dos clientes e parceiros de negócios.

De se ver que a conformidade com a LGPD é essencial para as organizações que buscam proteger os direitos de privacidade dos indivíduos, evitar penalidades legais e preservar sua reputação. Embora enfrentem desafios comuns, as organizações que adotam uma abordagem proativa para a conformidade com a LGPD demonstram seu compromisso tanto

com a legalidade quanto com a ética, contribuindo para uma sociedade mais consciente e responsável em relação à gestão de informações pessoais.

#### 4. ESTUDOS DE CASOS: LIDERANÇA DEMOCRÁTICA, CULTURA ORGANIZACIONAL E ACCOUNTABILITY EM INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Neste capítulo, apresentaremos estudos de caso que ilustram a importância da liderança democrática, cultura organizacional e accountability na conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em instituições constitucionais. Os casos internacionais demonstrarão a relevância global do tema, enquanto os casos brasileiros permitirão uma análise mais específica do contexto nacional.

##### 4.1 Facebook e o Escândalo Cambridge Analytica

O escândalo Cambridge Analytica, que envolveu o Facebook, oferece um exemplo internacional notável de como a falta de liderança democrática, cultura organizacional inadequada e falta de accountability podem resultar em violações massivas de privacidade de dados. A ausência de transparência na coleta e uso de dados pessoais pelo Facebook levou a consequências devastadoras para a empresa e seus usuários. Este caso internacional destaca a importância de uma liderança democrática que prioriza a privacidade, uma cultura organizacional ética e a necessidade de responsabilização quando ocorrem violações.

## 4.2 GDPR e Empresas Multinacionais

A implementação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia fornece um exemplo internacional positivo de como a liderança democrática em nível legislativo pode moldar a conformidade com a proteção de dados. O GDPR estabeleceu regras rigorosas sobre a coleta e processamento de dados pessoais, incentivando empresas multinacionais a adotar medidas proativas para se adequar à legislação. Isso demonstra como uma liderança democrática eficaz pode influenciar a conformidade com as leis de proteção de dados e como a cultura organizacional dessas empresas está evoluindo para se adaptar às novas normas de privacidade.

Conforme leciona Saldanha (2018), o RGPD foi totalmente aplicável em todos os países da União Europeia, e também no Espaço Econômico Europeu, que compreende Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça, e que possui efeito normativo triplo - passado, presente e futuro, eis que “toda informação que as organizações europeias tratam, relativa a dados pessoais e que estejam na sua posse, vai ter de estar conforme esse regulamento, vai ter de estar em compliance.”

O citado autor refere que essa “é, sem dúvida, uma comparação feliz e que obriga as organizações que recolhem e tratam dados pessoais a terem um cuidado extremo na forma como recolhem, tratam e armazenam a informação que lhes é confiada.”

### 4.3 Caso Magalu e a Abordagem Proativa na Proteção de Dados

O “Caso Magalu” refere-se a uma situação que envolveu o Magazine Luiza, uma das maiores redes de varejo do Brasil, e a forma como a empresa tratou a questão da raça e da proteção de dados em sua plataforma de e-commerce. Este caso é notável por várias razões e destaca a importância da abordagem proativa na proteção de dados e na promoção da diversidade e inclusão. A empresa investiu em treinamento de funcionários, promoveu uma cultura de privacidade e implementou políticas de proteção de dados robustas. Este caso ilustra como a cultura organizacional pode ser um fator-chave na conformidade com a LGPD, alinhando-se aos princípios constitucionais de privacidade e liberdade.

### 4.4 Poder Judiciário e a Adaptação à LGPD

O Poder Judiciário desempenha um papel crucial na adaptação à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no contexto brasileiro, promovendo a conformidade com as disposições da LGPD e protegendo a privacidade e a segurança dos dados pessoais dos cidadãos. Essa adaptação requer uma abordagem cuidadosa e uma liderança democrática que priorize a ética, a transparência e a responsabilidade em relação ao tratamento de dados.

A Resolução nº 363 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desempenha um papel importante nesse processo de adaptação, fornecendo orientações específicas para a implemen-

tação da LGPD no âmbito do Poder Judiciário. Algumas das principais providências e orientações contidas nessa resolução incluem:

- Nomeação de DPO: A Resolução determinou que cada tribunal ou órgão do Poder Judiciário nomeasse um Encarregado de Dados (DPO) responsável por supervisionar a implementação da LGPD.
- Políticas Internas: O CNJ orientou os tribunais a desenvolverem políticas internas de proteção de dados, que abordam questões como o tratamento de dados pessoais, o consentimento do titular dos dados e a notificação de violações.
- Treinamento de Pessoal: A resolução exigiu a realização de programas de treinamento e conscientização para magistrados, servidores e colaboradores do Poder Judiciário, a fim de garantir que todos estivessem cientes das obrigações da LGPD.
- Mapeamento de Dados: Os tribunais foram orientados a realizar um mapeamento detalhado dos dados pessoais sob sua responsabilidade, identificando onde esses dados estavam armazenados e como eram usados.
- Medidas de Segurança: A resolução enfatizou a importância da segurança de dados, recomendando a implementação de medidas como a criptografia de dados, controles de acesso e políticas de retenção de dados.

O Poder Judiciário, com uma liderança democrática, reconhece a importância de proteger a privacidade e os direitos

dos cidadãos em um mundo cada vez mais digital. A LGPD e a Resolução nº 363 do CNJ representam os esforços para alcançar esse equilíbrio, garantindo que a justiça seja administrada de forma responsável e ética, respeitando os princípios democráticos e a integridade institucional. A liderança democrática desempenha um papel fundamental ao guiar o Poder Judiciário nessa jornada de conformidade com a LGPD e na promoção de uma cultura organizacional comprometida com a privacidade e a proteção de dados pessoais.

O esforço do CNJ e dos tribunais para a implementação da LGPD tem obtido reconhecimento. Em 2022, o Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação da Unesco publicou Relatório destacando a atuação do Poder Judiciário na área. Segundo o relatório, 94% dos órgãos do Poder Judiciário já possuíam alguma unidade ou pessoa ligada à implementação da LGPD, e mais de dois terços ofereciam um canal de atendimento na Internet para envio de mensagens sobre uso de dados pessoais. Uma das razões apontadas pela pesquisa para justificar a maior presença de iniciativas no Judiciário é a existência de normativas e orientações promovidas pela Resolução CNJ nº 363/2021.

#### 4.5 Análise dos Resultados e a Contribuição Fundamental da Liderança Democrática

A análise abrangente dos resultados dos estudos de caso, que abordam a interseção da liderança democrática, cultura organizacional, accountability e conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), destaca a importância

incontestável da liderança democrática como um fator crítico para o sucesso na proteção dos direitos de privacidade e no cumprimento das regulamentações de proteção de dados.

No cenário internacional, o notório escândalo Cambridge Analytica que envolveu o Facebook ressalta de maneira contundente como a falta de liderança democrática pode levar a sérias violações de privacidade. Neste caso, a ausência de transparência e a liderança não responsável permitiram a coleta e utilização inadequadas de informações pessoais dos usuários, resultando em danos à privacidade e na erosão da confiança na plataforma. A falta de prestação de contas exacerbou os problemas, uma vez que não houve uma resposta adequada às violações. A liderança democrática, quando ausente, pode criar um ambiente propício para práticas inadequadas de proteção de dados e desconsideração dos direitos individuais.

Em contrapartida, o caso do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia destaca como a liderança democrática em nível legislativo pode moldar positivamente a conformidade com as leis de proteção de dados. O GDPR estabeleceu diretrizes rigorosas para a coleta e processamento de dados pessoais, criando um padrão global para a privacidade dos dados. A liderança democrática desempenhou um papel fundamental na concepção e implementação dessas regulamentações. Empresas multinacionais foram compelidas a adotar medidas proativas para se adequar a essas normas, pois a legislação estabeleceu um precedente legal claro. Isso demonstra como a liderança democrática pode influenciar positivamente as práticas de conformidade em uma escala global.



No contexto brasileiro, os estudos de caso também confirmam a relevância da liderança democrática na conformidade com a LGPD.

Empresas brasileiras enfrentam desafios semelhantes em relação à conformidade com a LGPD. Os estudos de caso destacaram que a liderança democrática em nível de gestão desempenha um papel fundamental na promoção de uma cultura organizacional que valoriza a ética e a privacidade dos dados. Empresas com liderança ética estão mais inclinadas a implementar medidas robustas de conformidade e a encorajar a responsabilidade em relação aos dados pessoais de seus clientes e colaboradores.

A contribuição da liderança democrática também se estende à formação da cultura organizacional. Sob a orientação de líderes democráticos, o Poder Judiciário e o CNJ buscam estabelecer uma cultura impregnada de ética, transparência e responsabilidade em relação à proteção de dados pessoais. Essa cultura de privacidade se reflete na maneira como os dados são tratados, nas políticas internas e nas práticas cotidianas, criando um ambiente que valoriza a privacidade e a conformidade com a LGPD.

Em síntese, os resultados dos estudos de caso destacam inequivocamente a importância da liderança democrática na conformidade com a LGPD e na promoção de uma cultura organizacional que coloca a privacidade e a responsabilidade em relação aos dados pessoais no centro de suas operações. A liderança democrática não apenas estabelece diretrizes claras, mas também serve como um modelo de conduta ética, influenciando a conformidade e a cultura organizacional em

instituições constitucionais e empresas, tanto em âmbito internacional quanto no contexto brasileiro. Ela se apresenta como uma força motriz essencial na proteção dos direitos de privacidade em um mundo cada vez mais orientado para a proteção de dados.

#### 4.6 Discussão e Conclusão

A presente pesquisa buscou investigar a relação entre liderança democrática e conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), analisando como essa abordagem de liderança pode influenciar a ética da privacidade e a cultura organizacional em instituições constitucionais. Os principais achados desta pesquisa oferecem insights significativos:

Primeiramente, ficou evidente que a liderança democrática desempenha um papel fundamental na promoção da ética da privacidade nas organizações. Através da participação e engajamento dos funcionários, líderes democráticos criam um ambiente propício para a conscientização e responsabilidade em relação à proteção de dados pessoais.

Além disso, a pesquisa revelou que a liderança democrática não apenas fortalece a ética da privacidade, mas também molda a cultura organizacional. Organizações lideradas democraticamente tendem a valorizar a transparência, a responsabilidade e o respeito pelos direitos individuais, elementos essenciais para a conformidade com a LGPD.

A relação entre liderança democrática e conformidade com a LGPD é intrinsecamente positiva. A liderança democrática promove uma mentalidade de responsabilidade com-

partilhada em relação à ética da privacidade, o que, por sua vez, contribui para a aderência às regulamentações de proteção de dados. Quando os funcionários se sentem envolvidos e valorizados em suas contribuições para a proteção de dados, a conformidade se torna uma parte integrante da cultura organizacional.

A relação entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a diretriz constitucional é intrincada e altamente relevante. A LGPD, promulgada no Brasil em 2018, reflete não apenas uma preocupação com a regulamentação da proteção de dados pessoais, mas também a busca pela harmonização dessas regulamentações com os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, as implicações para o direito constitucional são profundas e merecem uma análise mais detalhada.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”, consagra uma série de direitos e garantias fundamentais, muitos dos quais estão intrinsecamente relacionados à privacidade e à proteção de dados. Entre esses direitos estão a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, X), o sigilo das comunicações (artigo 5º, XII), o direito à informação (artigo 5º, XIV), e o respeito à imagem e à identidade pessoal (artigo 5º, X).

A LGPD atua como um instrumento legal que opera em consonância com esses princípios constitucionais, traduzindo-os em regulamentações práticas para a proteção de dados pessoais. Portanto, a LGPD não apenas coexiste com o direito constitucional, mas o fortalece ao proporcionar um arcabouço jurídico específico para a proteção da privacidade em um

contexto digital cada vez mais complexo.

Além disso, a LGPD ressalta a importância das instituições democráticas e do respeito aos direitos fundamentais, conceitos centrais no direito constitucional. A necessidade de líderes democráticos nas organizações, como destacado em nossa pesquisa, está em consonância com os princípios democráticos estabelecidos na Constituição Federal, que valoriza a participação, a transparência e a accountability.

Outro ponto de relevância é que a LGPD impõe obrigações às instituições públicas e privadas para que ajam de maneira ética e legal na coleta e tratamento de dados pessoais. Isso está alinhado com a noção de que os princípios constitucionais devem ser observados não apenas pelo Estado, mas também pelas organizações privadas que desempenham um papel cada vez mais importante na vida das pessoas.

Em resumo, a LGPD não apenas se encaixa harmoniosamente com os ditames constitucionais, mas também os fortalece ao fornecer uma estrutura legal sólida para a proteção da privacidade e dos direitos fundamentais dos cidadãos no mundo digital. Ao mesmo tempo, a ênfase na liderança democrática e na ética da privacidade reforça a importância dos valores democráticos e da responsabilidade no contexto das organizações, promovendo assim uma sociedade mais justa, consciente e ética.

## 5. CONCLUSÃO GERAL

Neste estudo, exploramos a interseção da liderança democrática, ética da privacidade e conformidade com a LGPD em instituições constitucionais. Os principais achados destacaram a importância da liderança democrática na promoção da ética da privacidade e na conformidade com as regulamentações de proteção de dados. Essa relação beneficia não apenas as organizações em termos de conformidade legal, mas também reforça sua cultura ética e valores constitucionais.

Em um mundo cada vez mais digital, onde a privacidade dos dados é essencial para a dignidade e liberdade individuais, a liderança democrática emerge como uma abordagem valiosa para garantir que as organizações cumpram suas obrigações éticas e legais. A conformidade com a LGPD não é apenas uma exigência jurídica, mas uma manifestação do compromisso de proteger os direitos fundamentais de privacidade. Portanto, a liderança democrática desempenha um papel vital na promoção desses valores essenciais em instituições constitucionais, fortalecendo não apenas a conformidade legal, mas também a integridade ética e o respeito aos princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BBC. Brexit: A brief history of Britain and the EU. BBC Newsround. 31 jan .2020. Disponível em:< <https://www.bbc.co.uk/newsround/50166269>>. Acesso em: 20 set. 2023.

BBC. Cambridge Analytica staff set up new firm. 12 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-44807093>> Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei nº13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados.

CADWALLADR, C. Vote Leave faces scrutiny over£ 50m football contest. The Guardian, p. 05-20, 2018a. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/politics/2018/may/20/vote-leave-scrutiny-facebook-data-football-contest-brexit>>. Acesso em 22 set. 2023.

CADWALLADR, Carole. AggregateIQ: the obscure Canadian tech firm and the Brexit data riddle. The Guardian, v. 31, 2018b. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk-news/2018/mar/31/aggregateiq-canadian-tech-brexit-data-riddle-cambridge-analytica>>. Acesso em: 22 set. 2023.

CADWALLADR, Carole. The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked. The Guardian, v. 7, 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexit-robbery-ijacked-democracy>>. Acesso em: 22 set. 2023.

CADWALLADR, Carole; CONFESSORE, Nicholas; ROSENBERG, Matthew. How Trump consultants exploited the Facebook Data of Millions. The new York Times, 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 22 set. 2023.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. The guardian, v. 17, p. 22, 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>. Acesso em: 22 set. 2023.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 76, p. 213-239, 2017.

CAPURRO, Rafael. Ética intercultural de la información. In: GOMES, Henriette Ferreira; BOTTENTUIT, Aldinar Martins; OLIVEIRA, Maria Odaisa Espinheiro de. (Org.). A ética na sociedade, na área da informação e da atuação profissional: o olhar da Filosofia, da Sociologia, da Ciência da Informação e da formação e do exercício profissional do bibliotecário no Brasil. Brasília, DF: Conselho Federal de Biblioteconomia, 2009. p. 43-64. Disponível em: <[http://www.cfb.org.br/popup/a\\_etica.pdf](http://www.cfb.org.br/popup/a_etica.pdf)>. Acesso em: 26 set 2023.

CAPURRO, Rafael. Impactos de las tecnologías digitales de la información y comunicación en la filosofía, las artes y las ciencias. Perspectivas UNICAMP 50 anos. Mesa: Impactos das Tecnologias da Informação na Filosofia, nas Artes e na Ciência. Anais eletrônicos... Campinas: UNICAMP, 2016. Disponível em: <http://www.capurro.de/campinas.html>. Acesso em: 26 set. 2023.

CAPURRO, Rafael. Privacy: An Intercultural Perspective. Ethics and Information Technology, v. 7, 2005, p. 37-47. Disponível em: <http://www.capurro.de/privacy.html>. Acesso em: 25 set. 2023.

CAPURRO, Rafael; ELDRED, Michael; NAGEL, Daniel. It and privacy from an ethical perspective digital whoness: identity, privacy and freedom in the cyberworld. In: BUCHMANN, Johannes (Ed.). Internet Privacy: a multidisciplinary analysis. München: Acatech, 2012. Disponível em: [http://www.acatech.de/fileadmin/user\\_upload/aumstruktur\\_nach\\_Website/Acatech/root/de/Publikationen/Projektberichte/acatech\\_STUDIE\\_Internet\\_Privacy\\_WEB.pdf](http://www.acatech.de/fileadmin/user_upload/aumstruktur_nach_Website/Acatech/root/de/Publikationen/Projektberichte/acatech_STUDIE_Internet_Privacy_WEB.pdf). Acesso em: 22 set. 2023.

CNJ. Resolução nº 363/2021. DJe nº 22/2021, de 18/01/2021, p. 2-4. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3668> Acesso em 26 set. 2023.

CNJ. CNJ lança ciclo de monitoramento da aplicação de resolução da Lei Geral de Proteção de Dados. 29 ago. 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnj-lanca-ciclo-de-monitoramento-da-aplicacao-de-resolucao-da-lei-geral-de-protecao-de-dados/> Acesso em 26 set. 2023.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Da privacidade à proteção de dados pessoais [livro eletrônico]: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FLETCHER, Dan. How Facebook is redefining privacy. 2010. Disponível em: <https://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1990798,00.html#:~:text=In%20December%2C%20the%20company%20set,what%20on%20our%20profile%20pages>. Acesso em: 22 set. 2023.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: história da violência nas prisões. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; BECK, Cesar. Cambridge Analytica: escândalo, legado e possíveis futuros para a democracia. Revista Direito em Debate, v. 29, n. 53, p. 182-195, 2020.

INSTITUTO ETHOS. Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas. Disponível em: [https://www.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-aco-es-afirmativas/#.Wxms\\_YpKJIU](https://www.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-aco-es-afirmativas/#.Wxms_YpKJIU)

JONATHAN Didn't Know PDP Used Cambridge Analytica, Says Spokesman. Channels Television. 05 abr, 2018. Disponível em: <<https://www.channelstv.com/2018/04/05/jonathan-didnt-know-pdp-used-cambridge-analytica-says-spokesman/>>. Acesso em: 22 set. 2023.

KAISER, Brittany. Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque. HARLEQUIN, 2020.

MAGAZINE LUIZA. Política de Privacidade. Disponível em: <<https://m.magazineluiza.com.br/s/politica-deprivacidade>>. Acesso em: 26 set. 2023.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



SALDANHA, Nuno. Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: O que é? A quem se aplica? Como implementar? Lisboa: FCA - Editora de Informática, 2018.

SCHEIN, Edgar H. Cultura organizacional e liderança. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHEIN, Edgar. Organizational Culture and Leadership. San Francisco, Jossey Bass Publications. 2ª Ed. 1989.

SCHEIN, E. H. Career anchors revisited: implications for career development in the 21st century. *Academy of Management Executive*, v. 10, p. 80-88, 1996.

ZANATTA, R. A. F. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet. In N. De Lucca, A. Simão Filho, & C. Lima, *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, p. 447-470, 2015.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Proteção de Dados Pessoais como Regulação de Risco: uma nova moldura teórica? 2017. Rede de Pesquisa em Governança da Internet, 2017. Disponível em: [http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael\\_2017.pdf](http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael_2017.pdf). Acesso em: 26 set. 2023.



# OS LIMITES DA COGNIÇÃO EX OFFICIO EM GRAU RECURSAL



Luísa Filardi Siqueira\*

## **Resumo**

O presente artigo visa analisar os limites do pronunciamento de ofício pelos magistrados de segundo grau à luz dos princípios da inércia e da garantia da imparcialidade do juiz, bem como da ideia contemporânea de processo como instrumento à efetiva tutela de direitos. A partir de uma distinção entre as matérias de ordem pública de natureza processual e material, pretende-se estabelecer a diferença de tratamento a ser conferida a cada uma dessas categorias quando o magistrado, em juízo de controle recursal, se deparar com questões de ordem pública que não tenham sido anteriormente arguidas pelas partes.

**Palavras-chave:** Direito. Processo Civil. Pronunciamento de Ofício. Segundo Grau Recursal.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

# THE LIMITS OF SUA SPONTE RULINGS BY SECOND-TIER JUDGES



**Abstract:**

This article aims to analyze the limits of *sua sponte* rulings by second-tier judges in light of the principles of inertia and the guarantee of judicial impartiality, as well as the contemporary concept of the legal process as an instrument for the effective protection of rights. Starting with a distinction between matters of public law of a procedural and substantive nature, we intend to establish the difference in treatment to be given to each of these categories when the judge, in the exercise of appellate review, encounters public law issues that have not been previously raised by the parties.

**Keywords:** Law. Civil Process of Law. Making order of its own initiative. Second level of appeal.

## INTRODUÇÃO

No âmbito do processo civil brasileiro, muito se discute a respeito dos limites conferidos ao magistrado em relação aos pronunciamentos que esse pode proferir de ofício. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015<sup>1</sup>, novo Código de Processo Civil, passou-se a defender uma ampliação das matérias cognoscíveis *ex officio* pelo juiz, ampliando-se os seus poderes decisórios.

Na instância recursal, porém, a atuação dos magistrados é regida por um sistema principiológico próprio, o qual impõe limites aos pronunciamentos *ex officio* pelo juiz, sobretudo quando encerrada a fase de conhecimento do processo.

O presente artigo visa discutir os limites impostos aos magistrados de segundo grau quanto à possibilidade de pronunciamento de matérias de ordem pública sem que tenham sido provocados para tanto, estabelecendo uma distinção entre as matérias de natureza processual, material e o tratamento a elas conferido em grau recursal.

### 1. O PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ

O direito processual civil é classificado como disciplina de Direito Público, pois visa à regulação do exercício da jurisdição pelo Estado-Juiz. Muito embora o conflito de interesses apresentado possa ser de caráter precipuamente privado,

---

1 BRASIL, Presidência da República, Lei nº 13.105/2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em: 27 set. 2023.

sempre haverá no processo um interesse público, qual seja, “o da pacificação social e a manutenção do império da ordem jurídica, mediante realização da vontade concreta da lei”<sup>2</sup>.

Prevê o art. 2º do CPC/15 que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. O excerto em questão reflete a aplicação de dois princípios fundamentais ao processo civil, o dispositivo e o inquisitivo, os quais devem ser lidos em conjunto, ante sua complementariedade. A respeito da harmonização dos princípios em questão, a doutrina de Humberto Theodoro Jr. ensina que

Se o interesse em conflito é das partes, podem elas renunciar à sua tutela, como podem renunciar a qualquer direito patrimonial privado. Daí a liberdade de procurar ou não a prestação jurisdicional, bem como de exercer ou não as defesas e faculdades que a relação processual lhes enseja. Contudo, uma vez deduzida a pretensão em juízo, já existe outro interesse que passa a ser de natureza pública e que consiste na preocupação da justa composição do litígio, segundo o direito material vigente, dentro do menor tempo possível. Não pode o Estado permitir a eternização dos processos, porque “justiça tardia é justiça desmoralizada”. E realmente é fácil constatar que “o impulso processual oficial tem se ampliado no mundo ocidental como instrumento necessário a

---

2 JR., Humberto T. Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642120. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642120/>. Acesso em: 25 set. 2023.

debelar a crise da morosidade do processo e realizar o ideal de sua duração razoável, que é um dos imperativos garantísticos da sua efetividade”.

Daí por que, embora a iniciativa da abertura do processo seja da parte, o seu impulso é oficial, isto é, do juiz (art. 2º), que promove o andamento do feito até o provimento final, independentemente de provocação dos interessados. Consagra, pois, o Código o princípio dispositivo, “mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça”<sup>3</sup>.

A constitucionalização do direito processual trouxe, contudo, a necessidade de releitura de toda a sistemática processual, que deve ser encarada a partir dos valores e princípios previstos na Constituição Federal<sup>4</sup>. Daí surge a ideia de processo justo, a qual supera a antiga visão unicamente procedimental de devido processo legal. O processo deixa de ser apenas um meio formal de aplicação do direito, passando a ser encarado como um sistema efetivo de tutela de direitos. Novamente socorremo-nos à doutrina de Humberto Theodoro Jr.:

Dentro das metas do processo justo, os poderes inquisitoriais do juiz são, ainda, relevantes para a realização de duas garantias fundamentais: (i) a da efetividade da

---

3 JR., Humberto T. Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642120. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642120/>. Acesso em: 25 set. 2023

4 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

tutela jurisdicional, sem a qual não ocorre o real acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV); e (ii) a da duração razoável do processo, de cuja inobservância decorre inevitável denegação de justiça (CF, art. 5º, LXXVIII). Justiça tardonha não é justiça, mas pura e deplorável injustiça<sup>5</sup>.

A ideia de processo como instrumento voltado à tutela de direitos (CF, art. 5º, XXXV) traz relevância à discussão a respeito dos limites da cognição *ex officio* pelo magistrado. Ao mesmo tempo em que é imposto ao juiz o dever de conferir efetividade à tutela jurisdicional, não se pode deixar de lado o princípio da imparcialidade, um dos vetores centrais que guia a atividade do julgador, se tratando de verdadeira garantia às partes do processo.

Isso se dá em função de a jurisdição ser uma atividade desinteressada visando precipuamente a pacificação social mediante a resolução da lide apresentada pelos sujeitos processuais. Assim,

O juiz mantém-se equidistante dos interessados e sua atividade é subordinada exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução do conflito de interesses.

Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa, quase sempre, sobre interesses privados – direitos materiais subjetivos das partes –, donde

---

5 JR., Humberto T. Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642120. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642120/>. Acesso em: 25 set. 2023

não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser quando solicitada, nos casos controvertidos, pela parte interessada. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade “provocada” e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*. Ainda quando o Estado se põe em conflito com particulares ou outros organismos públicos, seja no plano do direito público ou privado, não cabe ao Poder Judiciário tomar iniciativa de regular por conta própria o litígio. (...) O Judiciário é sempre um estranho à relação jurídica litigiosa, e se conserva indiferente, enquanto um dos interessados (públicos ou privados) não tome a iniciativa de invocar a intervenção pacificadora<sup>6</sup>.

A partir da ideia de imparcialidade do julgador, aliada à inércia da jurisdição (princípio dispositivo, com assento legal no art. 141 do CPC/15), somente as matérias de ordem pública autorizariam o pronunciamento de ofício por parte do magistrado.

No âmbito do CPC/73<sup>7</sup>, as matérias de ordem pública que autorizavam o conhecimento *ex officio* guardavam relação com os pressupostos fundamentais à formação e desenvolvimento válido do processo, relacionados à admissibilidade do julgamento de mérito. Seriam aqueles “*sem os quais o juiz*

---

6 JR., Humberto T. Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642120. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642120/>. Acesso em: 25 set. 2023

7 BRASIL, Presidência da República, Lei nº 5.869/1973. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm) Acesso em 27 set 2023.



*não poderá decidir sobre qual das partes tem razão e qual não a tem*<sup>89</sup>.

Por outro lado, se o pronunciamento de ofício pudesse permitir que o juiz incluísse nos autos pretensões materiais estranhas àquelas desenvolvidas pelas partes, instaurar-se-ia uma verdadeira “*inconveniência social*”, por meio da qual o julgador, com plenos poderes de iniciativa, conduziria o processo a uma tutela jurisdicional não requisitada pelas partes<sup>10</sup>. Assim, somente aquelas questões de direito material cuja lei autoriza expressamente o pronunciamento de ofício pelo juiz é que seriam passíveis de conhecimento sem prévia provocação das partes<sup>11</sup>.

Com o advento do CPC/15, passou-se a questionar sobre eventual mudança de paradigma. A previsão contida em seu art. 10 (*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição,*

---

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III. p. 129/145

9 Para LUIZ RODRIGUES WAMBIER (*Declaração ex officio da nulidade de cláusulas contratuais à luz do C/15*, Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 2, p.31-44, Jul/dez.2017), “*figuram nessa categoria: a) a impossibilidade jurídica da demanda, b) a falta de interesse de agir, c), a ilegitimidade ad causam ativa ou passiva, d) a inépcia da petição inicial, e) a incapacidade do autor, f) a irregularidade de sua procuração ao advogado, g) a falta de personalidade jurídica do réu, h) a falta de habilitação dos herdeiros do autor falecido, i) a perempção, j) a litispendência, k) a coisa julgada, l) a morte da parte em caso de direitos personalíssimos. Ficam fora dessa categoria de pressupostos de admissibilidade passíveis de conhecimento de ofício, ainda que seu conhecimento demandasse a extinção do feito, apenas três hipóteses: (i) a desistência da ação, (ii) o abandono unilateral do processo e (iii) a convenção da arbitragem. Na sistemática do CPC/73, portanto, apenas nessas três hipóteses dependia o julgamento de prévia iniciativa das partes. A todas as demais, era de rigor o pronunciamento de ofício*”.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III. p. 42

11 Tem-se, a título de exemplo, a autorização legal para que o juiz conheça *ex officio* das causas de nulidade do negócio jurídico (art. 168, parágrafo único do Código Civil), da decadência e prescrição (art. 210 do Código Civil e art. 332, §1º do CPC) etc.

com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício), para alguns, teria modificado o cenário anterior, autorizando a dedução de pretensões e questões materiais alheias às desenvolvidas pelas partes do processo.

Bastaria, tão somente, que o juiz desse prévia ciência às partes para que, no prazo por ele fixado, se manifestassem sobre o assunto, à luz do contraditório substancial. Seria o art. 10 do CPC/15 uma inovação legislativa que conferiria ao magistrado autorização legal para promover a efetiva tutela de direitos, dentro da ideia de processo justo, à luz do art. 5º, XXXV da CF.

Tal interpretação, todavia, não se mostra a mais acertada. A tutela efetiva de direitos não pode deixar de lado os princípios da imparcialidade e da inércia jurisdicional, que continuam regendo a sistemática processual, mesmo com o advento do CPC/15. Para a doutrina especializada, “o novo CPC mantém consagrado o “princípio dispositivo” ou da “inércia jurisdicional” como basilar ao direito processual civil, amalgamando em um só dispositivo o que no CPC atual consta de seus arts. 2º e 262”<sup>12</sup>.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, ao comentar sobre o art. 2º do CPC/15, aponta que

“[...] mantendo fidelidade com o princípio da inércia – *ne procedat iudex ex officio* – tem-se que o processo começa por iniciativa da parte. A lei inaugura o Código de

---

12 BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

Processo Civil insculpindo esse princípio no art. 2º, dispondo que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando provocado na forma legal” É o princípio da demanda que informa o nascimento do processo no sistema processual brasileiro e do qual decorrem outros princípios como o “dispositivo”, que marca a prevalência dos estímulos das partes sobre a iniciativa oficial (...). O juiz, em nosso sistema, aguarda a provocação da parte desde o primeiro ato processual, pautando o seu atuar pelos limites da pretensão deduzida, excluída, evidentemente, a possibilidade de atuação imediata e oficial naquelas matérias em que, assim procedendo, não perde a sua imparcialidade, como v.g. quando o juiz conhece *ex officio* a ausência de um pressuposto processual, como a sua incompetência absoluta para o feito<sup>13</sup>.

A cognição de *ex officio*, portanto, não pode ultrapassar os limites materiais fixados pelas próprias partes, alargando a causa de pedir e o pedido, promovendo julgamento mais amplo que o pedido, em clara violação ao princípio da congruência.

Para Dinamarco, “*em vez de pacificar, o exercício espontâneo da jurisdição, poderia fomentar conflitos entre pessoas a quem a situação –ainda mesmo que contrária ao direito – não estivesse sendo causa de insatisfações dolorosas*”<sup>14</sup>.

---

13 FUX, Luiz. A Reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC. Niterói: Impetus, p. 25.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III. p. 43

É possível entender, dessa forma, que a inovação trazida pelo art. 10 do CPC/15 não alargou as hipóteses que autorizam ao magistrado o pronunciamento *ex officio* de matérias não ventiladas pelas partes do processo. A sua – bem-vinda – inserção no capítulo dedicado às normas fundamentais do processo civil visa impedir a chamada decisão surpresa, a qual viola a ideia de contraditório substancial, não se relacionando com a ampliação do poder decisório do magistrado.

Assim, muito embora o CPC/15 tenha modificado a sistemática processual em relação a diversos pontos, inovando em face do sistema anteriormente adotado pelo CPC/73, os limites da cognição *ex officio* permanecem, quais sejam, os pressupostos fundamentais à formação e desenvolvimento válido do processo e as questões materiais que a lei autoriza, expressamente, seu pronunciamento independente de provocação.

## 2. AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA – UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS MATÉRIAS DE NATUREZA PROCESSUAL E MATERIAL

Muito embora a sistemática acima trabalhada não tenha sofrido grandes modificações, mister se faz a diferenciação entre as matérias de ordem pública de natureza processual e material. Isto, porque, como será desenvolvido mais adiante, o tratamento a elas conferido se difere em alguns pontos.

A respeito de sua definição, dispõe a doutrina que

As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro

como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais e culturais que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar. (...)

Outra característica que se costuma atribuir às normas de ordem pública é a sua aplicação imediata. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem reiteradas decisões no sentido de aplicar desde logo as disposições de determinadas normas a relações jurídicas constituídas antes da vigência da lei nova, mas que possuam efeitos que se projetam no tempo, como é o caso das obrigações de trato sucessivo<sup>15</sup>.

As matérias de ordem pública de natureza material têm como uma de suas finalidades a limitação da autonomia privada, impondo-se restrições ao modo de ser das relações jurídicas em âmbito extraprocessual, em prol do interesse público. São disciplinadas por leis imperativas e cogentes de aplicação imediata.

Ainda, não se cogita de transação ou qualquer ato de disposição a seu respeito, ou da possibilidade de o particular se furtrar à observância da regra legal, não constituindo renúncia o ato da parte de não invocar o direito fundado em matéria de ordem pública em seu favor.

---

15 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod\\_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%-C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%-C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf). Acesso em: 27 set 2023.

Conforme preleciona Ricardo de Carvalho Aprigliano,

A doutrina, de modo geral, define as leis imperativas ou cogentes como aquelas cujas disposições não podem ser afastadas ou excepcionadas pela vontade das partes, cuja observância é absolutamente obrigatória, que não permitem estipulação em sentido diverso ao previsto na norma. Sob esta perspectiva, a autonomia privada das partes sujeitas ao ordenamento brasileiro não poderá ser tal que, de suas combinações, decorra a violação a preceitos considerados relevantes e indisponíveis para o Estado brasileiro. (...)

As leis imperativas, portanto, indiscutivelmente limitam e condicionam o domínio da autonomia da vontade. No plano do direito material, representam uma limitação à liberdade de contratar, impõem restrições às partes no que toca à disponibilidade de seus direitos. Entre elas, algumas apresentam particular repercussão, revelam-se mais críticas e importantes para o sistema, na medida em que tutelam interesses que se sobrepõem aos meros interesses das partes daquela relação jurídica. Tais interesses, porque envolvem aspectos sociais, morais, econômicos e até religiosos de uma determinada sociedade, acabam sendo considerados de especial importância e repercussão. Sempre que se identifica esta relevância sobre determinadas relações jurídicas, se está diante de normas de ordem pública.<sup>16</sup>

---

16 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universi-

As normas de ordem pública de natureza processual, por sua vez, possuem intrínseca relação com o controle de regularidade do processo e da atividade jurisdicional. E,

Sob esta perspectiva, é interesse do próprio Estado fiscalizar a regularidade deste instrumento, sua aptidão para produzir os resultados que dele se esperam. É preciso então instituir filtros para que a atividade jurisdicional só se desenvolva se o instrumento se revelar efetivamente apto, se o resultado deste processo puder ser o de solucionar a crise de direito material que lhe foi trazida. A ordem pública processual atua precisamente para realizar este controle. Sua função não é outra senão a de assegurar a correta utilização do processo. (...)

O “controle sobre a regularidade do processo” que a ordem pública é chamada a realizar não é exercitado sem razão, ou apenas pelo controle em si. Ele existe porque de tal controle se retira a efetiva possibilidade de se cumprirem realmente os objetivos da atividade jurisdicional, que é a de resolver litígios e obter pacificação, da forma mais rápida e econômica possível<sup>17</sup>.

---

dade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod\\_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf). Acesso em: 27 set 2023.

17 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod\\_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf). Acesso em: 27 set 2023.

O próprio sistema processual, ao permitir o saneamento de nulidades, reforça o interesse estatal de que o processo reúna as condições de procedibilidade necessárias a que a lide posta em juízo tenha condições de ser efetivamente julgada. Por isso mesmo, tais matérias (i) podem ser examinadas de ofício; (ii) não estão sujeitas à preclusão; e (iii) podem ser examinadas a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Ocorre, contudo, que o tratamento dado ao pronunciamento *ex officio* das matérias de natureza processual e daquelas de ordem material possui clara distinção. Enquanto aquelas podem ser amplamente pronunciadas, sendo, inclusive, de interesse precípua do Estado-Juiz seu saneamento, estas encontram claro limite no objeto específico do processo, sob pena de violação do princípio da congruência.

A doutrina especializada aponta que

(...) por um lado pode-se afirmar que, para o nosso ordenamento, as questões de ordem pública processuais são sempre importantes, são verificadas e verificáveis em todos os processos, nos limites dos respectivos objetos. Por outro lado, as questões de direito material dependem do objeto específico do processo, não sendo permitido ao julgador que inove, ou que conceda pedido diverso do que foi formulado, nem mesmo a pretexto de identificar e reconhecer matéria de ordem pública de direito material.

Outras matérias, que não integrem o pedido do autor e, portanto, não se enquadrem nos limites objetivos da demanda, caso fossem conhecidas espontaneamente,



acarretariam violação ao princípio processual da adstrição ou congruência, previsto nos artigos 128 e 460 do CPC. Disso resulta que aplicar a ordem pública substancial mesmo sem requerimento da parte, ainda que a matéria não integre o objeto do processo, equivaleria à violação de princípios processuais tais como a correlação, a inércia, contraditório e devido processo legal, entre outros, os quais compõem o núcleo das normas de ordem pública processual.

Significaria então que da aplicação de leis de ordem pública (de direito material) resultaria a violação da ordem pública (de direito processual). Obviamente, semelhante conclusão é insustentável.<sup>18</sup>

Os limites da cognição em relação às matérias de ordem pública dependerão, portanto, de sua natureza jurídica. A amplitude conferida àquelas de natureza processual não se repete em relação às de natureza material, sob pena de exercício espontâneo da jurisdição, em violação aos princípios da inércia e da própria imparcialidade do juiz.

---

<sup>18</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A ordem pública no direito processual civil. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod\\_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf). Acesso em: 27 set 2023.

### 3. AS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA EM GRAU RECURSAL – UMA NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DA COGNIÇÃO EX OFFICIO

Vige no direito processual civil a proibição, em regra, do “*ius novorum*” em sede recursal. Em outras palavras, não se conhece em grau de recurso de matéria não deduzida na petição inicial ou contestação, tampouco apreciada na sentença, pois o juízo recursal é de controle e não de criação.

Tal interpretação é extraída do art. 1.014 do CPC, ao dispor que “as questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.” Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>19</sup> ensinam:

A questão já conhecida pela parte no momento da propositura da demanda ou do oferecimento da defesa e não alegada não pode ser proposta no juízo de apelação (STJ, 5ª Turma, RMS 9.023/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 13.04.1999, DJ 07.06.1999, p. 111).

A partir de tal proibição, infere-se que as questões não suscitadas e debatidas em primeiro grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizer, ofenderá o princípio do duplo grau de jurisdição (CF, Art. 5º, LV).

Como se sabe, aos recursos podem ser atribuídos os efeitos devolutivo e suspensivo. Trata-se de consequências jurí-

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008

dicas que resultam de sua interposição. O efeito devolutivo, que interessa ao presente trabalho, importa na transferência do poder jurisdicional do juízo *a quo para o juízo ad quem que, na maioria dos casos, é órgão jurisdicional distinto daquele que promoveu o primeiro julgamento da questão. Dele derivam outros efeitos, o translativo, o substitutivo e o expansivo, que, nas palavras da doutrina,*

se incluem, a meu ver, nas consequências jurídicas que o recurso pode produzir e que Nelson Nery Júnior denomina de efeitos expansivo, translativo e substitutivo. O efeito expansivo e o efeito translativo ocorreriam na extensão da decisão além da matéria impugnada. Isso não significa permissão de *reformatio in pejus* ou de julgamento *ultra ou extra petita*, mas apenas que, restaurada a relação processual e renovado o exercício da jurisdição, há questões relativas à validade do processo ou de ordem pública que se apresentam insuperáveis, como as nulidades absolutas, que o tribunal deve conhecer de ofício antes de decidir o mérito do recurso, como o juiz *a quo* deveria tê-lo feito. Nos recursos de amplo efeito devolutivo, como a apelação, ao tribunal *ad quem* são devolvidos todos os poderes de que desfrutava o juízo *a quo* no momento de prolação da sentença. Assim, essa expansão integra o efeito devolutivo <sup>20</sup>.

---

20 GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais - Vol. III.** São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6834-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/>. Acesso em: 27 set. 2023

Ocorre que, muito embora o efeito translativo autorize que o julgador de segundo grau conheça *ex officio* de questões de ordem pública, referida autorização deve ser lida à luz da já mencionada proibição do “*ius novorum*”.

Pelo fato de o juízo recursal ser de controle e não de criação, implicitamente o sistema recursal impõe uma limitação ao rol de matérias cognoscíveis de ofício. Isto porque não pode o juízo recursal se sobrepor à iniciativa que deveria caber às partes ou, até mesmo ao juízo que conduz a instrução processual.

Assim, sugere-se no presente trabalho que a cognição *ex officio* pelos juízes de segundo grau se limite às matérias de ordem pública de natureza processual ou aquelas de natureza material que digam respeito a direitos indisponíveis.

Como dito anteriormente, o saneamento de nulidades, a fim de reunir as condições de procedibilidade para que o processo seja válido, interessa ao próprio Estado-Juiz. Por isso mesmo, não se cogita de limitar o rol de nulidades de ordem processual que podem ser pronunciadas de ofício em grau recursal.

Por outro lado, quanto às matérias de ordem pública de natureza material, é necessária a sua análise a partir da modalidade de direito a que ela se relaciona. Em se tratando de direitos indisponíveis, não se cogita qualquer limitação em sua cognição, devendo ser conferido o mesmo tratamento dado àquelas de ordem processual. As matérias que refletem direitos disponíveis, por sua vez, se submetem aos limites para o pronunciamento de ofício do julgador que são o próprio princípio da inércia (artigos 141 do CPC), além do caráter de controle da instancia recursal.

Como assevera Luiz Rodrigues Wambier,

Há outras questões que devem ser sopesadas. A primeira delas é a natureza e a disponibilidade dos direitos envolvidos, de que se tratará adiante. No caso específico dos contratos bancários, está se diante de direitos disponíveis de cunho patrimonial e que não podem, portanto, ser objeto da apreciação judicial sem a prévia provocação da parte. Os julgamentos de ofício praticados sob a égide do CPC/73 eram voltados ao conhecimento das matérias de ordem pública que guardassem proporção com os pressupostos fundamentais à formação do processo, ou, como já se afirmou, na doutrina, com os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito. Observa-se, portanto, que as matérias suscetíveis a pronunciamento de ofício, não se voltam a provocar a inclusão de pretensões materiais que não tivessem sido requeridas pelo próprio autor em sua inicial. E o art. 10 do CPC em vigor não modificou esse cenário.<sup>21</sup>

Outra questão que surge como causa limitadora é a da imparcialidade do juiz. Invocando novamente os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier,

inverter o ônus da prova em favor do hipossuficiente é diferenciação que decorre expressamente da lei e serve

---

21 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Declaração ex officio da nulidade de cláusulas contratuais à luz do C/15*, Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 2, p.31-44, Jul/dez.2017

para conferir aos jurisdicionados tratamento substancialmente igualitário. Isso é absolutamente distinto de se pretender a atuação tendenciosa do juiz, analisando, de ofício, aspectos materiais do contrato que não foram suscitados no processo. Revisar cláusulas contratuais, de modo geral, sem a provocação das partes, é bem diferente de revisar *ex officio* a cláusula de eleição de foro, que versa questão de competência, de cunho essencialmente instrumental. A revisão dessa cláusula não compromete a imparcialidade do juiz, pois somente visa apenas a propiciar que as partes litiguem em igualdade de condições. Permitir que o juiz sugira a inclusão nos autos de pretensão jurídica em torno da nulidade de uma determinada cláusula contratual não reclamada pelo próprio autor, seria o mesmo, a nosso ver, que autorizá-lo a instaurar processos de ofício. Há uma razão bem clara que impede o juiz de atuar dessa maneira: o julgador deve sempre pautar sua conduta pelos princípios da imparcialidade e da inércia jurisdicional (princípio dispositivo).<sup>22</sup>

Tal entendimento decorre do fato de que, em grau recursal, as questões devolvidas ao juízo *ad quem* já foram (ou deveriam ter sido) previamente debatidas e decididas na instância originária. Assim, caso não tenham sido e, por refletirem, em última análise, interesse imediato das partes, sua pronúncia de ofício nessa fase processual encontra óbice nos princí-

---

22 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Declaração ex officio da nulidade de cláusulas contratuais à luz do C/Cl5*, Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 2, p.31-44, Jul/dez.2017

pios supramencionados, configurando exercício da jurisdição de ofício e juízo de criação, o qual extrapola o próprio efeito devolutivo dos recursos.

Dessa forma, defende-se a ideia de que somente as matérias de ordem pública de caráter processual e aquelas referentes a direitos materiais indisponíveis são passíveis de conhecimento *ex officio* pelos juízos recursais.

## CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito processual brasileiro, decorrente da ideia de força normativa da Constituição, trouxe a necessidade de releitura de toda a sistemática processual à luz dos valores e princípios previstos na Constituição Federal. A ideia de processo justo superou a antiga visão unicamente procedimental do devido processo legal, passando a ser entendido como um sistema de efetivação da tutela de direitos.

Tal mudança, todavia, não implicou em conferência de amplos poderes decisórios ao magistrado que, em observância ao princípio da inércia da jurisdição e da imparcialidade, possui limites ao conhecimento *ex officio* de matérias de ordem pública.

No âmbito recursal, em que vige a proibição ao “*ius novorum*”, a limitação se mostra ainda mais intensa, sob pena de exercício da jurisdição de ofício. Sendo o recurso um lugar de controle das decisões judiciais, a pronúncia de matérias de ordem pública de natureza material que versem sobre direitos disponíveis consiste em juízo de criação, extrapolando o efeito devolutivo dos recursos. Dessa forma, se a parte não

menciona expressamente a questão em suas razões recursais, não pode a instância julgadora promover seu conhecimento *ex officio*.

## REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod\\_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf). Acesso em: 27 set 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Presidência da República, **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL, Presidência da República, Lei nº 5.869/1973. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm) Acesso em 27 set 2023

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III. p. 43

FUX, Luiz. **A Reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC**. Niterói: Impetus, p. 25.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais - Vol. III**. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6834-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6834-8/>. Acesso em: 27 set. 2023

JR., Humberto T. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642120. Dis-



ponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642120/>. Acesso em: 25 set. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Declaração ex officio da nulidade de cláusulas contratuais à luz do CPC15**, Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26,n. 2, p.31-44, Jul/dez.2017



# INAPLICABILIDADE DO §3º DO ARTIGO 354 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS PENHORAS DE DINHEIRO OU EM APLICAÇÃO FINANCEIRA DE GRANDE VÁLOR



Daniely Zampronio Laurentino de Albuquerque\*

## **Resumo**

O Novo Código de Processo Civil regulamentou o procedimento de realização da penhora *online*, disciplinando a forma como a penhora deverá ser cumprida. Observa-se que nas penhoras de dinheiro de grande valor poderão acarretar prejuízos tanto para a parte exequente quanto para o executado, tendo em vista que o valor disponibilizado das contas do executado não sofrerá correção monetária entre o período de bloqueio e a transferência para uma conta judicial. O presente trabalho propõe, com fundamento no princípio da menor onerosidade da execução para o executado e princípio do resultado, a transferência direta da quantia disponibilizada para uma conta judicial, postergando a análise de eventual impenhorabilidade e excesso do valor bloqueado para eventual impugnação à penhora.

**Palavras-chaves:** Novo Código de Processo Civil. Penhora *online* grande valor. Bloqueio e Transferência.

---

\* Assistente de Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Advogada licenciada. Pós-graduada e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIVEL.

# THE INAPPLICABILITY OF §3 OF ARTICLE 854 OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE TO THE ATTACHMENT OF MONEY ON DEPOSIT OR IN A FINANCIAL APPLICATION OF GREAT VALUE.



## **Abstract:**

The New Code of Civil Procedure regulated the procedure for carrying out online attachment, regulating the way in which the attachment must be fulfilled. It should be noted that the seizure of money of large value may cause losses for both the creditor and the debtor, considering that the amount made available from the debtor's accounts will not be subject to monetary correction between the blocking period and the transfer to an account judicial. The present work proposes, based on the principle of less burdensome execution for the defendant and the result principle, the direct transfer of the amount made available to a judicial account, postponing the analysis of possible unseizability and excess of the blocked amount for possible challenge to the attachment..

**Keywords:** New Code of Civil Procedure. Pawn online great value. Blocking and Transfer.

## INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do ordenamento jurídico brasileiro é garantir a efetividade e a eficácia do processo executivo. O credor quando busca o Poder Judiciário, via de regra, já tentou de todas as formas a cobrança do crédito. Assim, quando propõe a ação de execução visa acima de tudo a satisfação do seu crédito por meio de mecanismos acessíveis apenas pela tutela jurisdicional.

Contudo, é sabido que o sistema judiciário brasileiro infelizmente é moroso e muitas vezes o processo executivo é ineficaz.

Assim, para atingir o patrimônio do devedor, visando a satisfação do direito da parte credora, o legislador criou alguns mecanismos para expropriar bens do devedor tal como a penhora, buscando o resultado.

O objetivo principal do exequente é o adimplemento do seu crédito, e entre as diversas formas de pagamento, o dinheiro é sem dúvida a forma prioritária. Assim, entre as diversas formas de penhora, a penhora de dinheiro alçou a preferência na ordem da realização da expropriação.

Ante os avanços tecnológicos no início da década de 2000, o Poder Judiciário firmou convênio junto ao Banco Central do Brasil, denominado Bacenjud, para criar um mecanismo de penhora de dinheiro mais fácil e ágil, surgindo assim a penhora *online* de ativos financeiros diretamente nas contas bancárias da parte devedora. Desde então o sistema evoluiu e a legislação se aprimorou na tentativa de garantir a satisfação do crédito de uma maneira mais eficaz.

No entanto, a busca da efetividade do processo executivo não pode causar violações aos direitos fundamentais da parte devedora, como o contraditório e a ampla defesa, tampouco aumentar a onerosidade da execução.

Assim, o Poder Judiciário em cooperação com as partes deve proporcionar no curso do processo que a execução atinja o resultado pretendido, assegurando a satisfação do crédito para parte exequente com a menor custo possível para o executado.

O presente trabalho apresenta uma análise das inovações procedimentais referentes à realização penhora *online* no Novo Código de Processo Civil e aponta que em determinados casos, o procedimento previsto no artigo 854 do CPC poderá causar prejuízos para ambas as partes.

## 1. A PENHORA ONLINE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Uma das funções do Estado é solucionar os conflitos de interesse entre seu povo, papel exercido essencialmente por meio do Poder Judiciário. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro admitir em determinados casos a autotutela, como por exemplo o desforço imediato para proteger a posse, a função de expropriar bens para garantir o adimplemento da dívida pertence essencialmente ao Poder Judiciário por meio do processo executivo<sup>1</sup>.

---

1 GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios; **Direito processual civil esquematizado / Marcus Vinícius Rios Gonçalves: coordenador Pedro Lenza**; 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016; pp. 707-708.

A lei 11.232/2005 alterou a sistemática então vigente no processo civil brasileiro e unificou o processo de conhecimento à execução da sentença, sendo desnecessária a propositura de uma nova ação para cumprir o julgado. Assim, o cumprimento da sentença se tornou uma continuação do processo de conhecimento, permanecendo inalterado o rito autônomo da execução do título executivo extrajudicial.

Seja no cumprimento de sentença ou na execução de título extrajudicial em que se busca o pagamento de quantia certa (art. 523 e art. 824 do CPC/2015), existe uma primazia lógica<sup>2</sup> pela penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira. Uma vez que a execução tem a finalidade de garantir o pagamento da dívida por meio do dinheiro. Tanto o atual Código de Processo Civil<sup>3</sup>

---

2 MEDINA, José Miguel Garcia; **Novo Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/73**; 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; p. 1153.

3 Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:  
I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;  
II – títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercados;  
III – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;  
IV – veículos de via terrestre;  
V – bens imóveis;  
VI – bens móveis em geral;  
VII – semoventes;  
VIII – navios e aeronaves;  
IX – ações e quotas de sociedades simples e empresárias;  
X – percentual do faturamento de empresa devedora;  
XI – ações e quotas de sociedades simples e empresárias;  
X – percentual do faturamento de empresa devedora;  
XI – pedras e metais preciosos;  
XII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;  
XIII – outros direitos.

§1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

quanto o antigo<sup>4</sup> dispôs uma ordem preferencial dos bens objeto de penhora, sendo a penhora em dinheiro prioritária em relação às demais.

Importante destacar que em 2010 o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial repetitivo nº 1.112,943/MA de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, firmou o entendimento que após a advento da Lei 11.382/2006 não é necessário que o Juízo ao deferir a penhora *online* requeira o exaurimento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados. Confirmando, assim, a prioridade da penhora *online* de dinheiro nas execuções de quantia certa.

Ainda, muito se discutiu sobre a constitucionalidade da realização da penhora *online* de dinheiro nas contas bancá-

---

§2º Para fins de substituição de penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia real, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

4 Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedade empresárias;

VII - percentual em faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos;

§1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

§2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.

rias da parte executada, contudo, atualmente tal assunto é pacífico na doutrina<sup>5</sup> e na jurisprudência pátria.

Nas execuções de quantia certa para a satisfação do crédito, o legislador dispôs do instrumento da penhora de constrição e expropriação de bens do devedor para garantir o pagamento da dívida executada.

A penhora é o procedimento<sup>6</sup> de expropriação dos bens do executado, destacando-o de seu patrimônio com o objetivo de responder pelo débito demandado. Uma das formas de penhora previstas no ordenamento jurídico brasileiro é a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira.

Atualmente a penhora de dinheiro é em regra realizada de forma eletrônica por meio do Sistema SISBAJUD - Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário, que sucedeu o Bacen Jud a partir de 8/9/2020. Contudo, antes da década de 2000 o exequente que desejasse realizar a penhora de dinheiro deveria requerer ao Juízo a expedição de ofícios ao Banco Central para que informasse a existência de eventuais contas bancárias em nome do executado. Na hipótese positiva, era solicitado que a instituição financeira depositária informasse ao juiz o número das contas e os valores existentes. Em seguida, o Juízo ordenava a penhora de dinheiro no valor suficiente para satisfação do crédito do credor.

---

5 MARINONI, Luiz Guilherme; **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero**; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; pp. 922-923.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; **Execução / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero**; 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012; p. 256.



Assim, surgiu no início da década de 2000 a penhora *online* de dinheiro como uma das modalidades de realização da penhora. Contudo, é necessário mencionar que a penhora *online* nasceu de um convênio entre o Poder Judiciário e o Banco Central do Brasil, somente foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro em 2006 por meio da Lei 11.382/2002.

Antes da criação da penhora eletrônica de dinheiro, o sistema era moroso e obsoleto<sup>7</sup>, assim, surgiu a necessidade de criar um mecanismo mais ágil e eficaz, assim foi firmado convênio entre o Poder Judiciário e o Banco Central para que a busca de constas bancárias e eventual saldo positivo fosse realizada por meio de um sistema informatizado denominado Bacen Jud 1.0, surgindo dessa forma a penhora *online* de dinheiro depositado em contas bancárias.

De acordo com a definição do próprio Banco Central:

O Bacen Jud é um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço de suporte a cargo do Banco Central. Por meio desse sistema, os magistrados protocolizam ordens judiciais de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados, que são transmitidas às instituições bancárias para cumprimento e resposta.<sup>8</sup>

---

7 MARINONI, Luiz Guilherme; **Execução** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero; 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012; p. 278.

8 Disponível em [https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https%3A%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Ffis%2Fpedjud%2Fasp%2Fservicos\\_poder\\_judicial%2Fintroducao.asp](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https%3A%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Ffis%2Fpedjud%2Fasp%2Fservicos_poder_judicial%2Fintroducao.asp) acesso em 27/09/2023.

Somente em 2006, por meio da lei 11.382 de 06/12/2006, que a penhora online foi expressamente prevista no então vigente Código de Processo Civil nos termos do art. 655-A<sup>9</sup> do CPC/73.

Assim, por meio da penhora *online* o Magistrado, através de uma senha cadastrada, determina a ordem de bloqueio dos ativos financeiros em nome da parte executada até o limite executado e em seguida o valor é transferido para uma conta judicial vinculada ao juízo, passando assim aos demais atos executivos.

A referida modificação facilitou o procedimento de realização da penhora, bem como, promoveu maior efetividade ao ato construtivo.

### 1.1 As Modificações Realizadas pelo Novo Código de Processo Civil em Relação à Penhora Online

O Código de Processo Civil de 1973, apesar de prever a possibilidade da penhora *online*, não disciplinava como o procedimento da penhora deveria ser concretizado, gerando lacunas<sup>10</sup> no ordenamento. Assim, o Novo Código de Processo

---

9 Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

10 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte; in **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos / coordenação Simone Diogo Carvalho Figueiredo**. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 852-853.

Civil buscou aprimorar o procedimento de realização da penhora *online*, detalhando a forma de realização da penhora, regulando desde o requerimento até a transferência do valor para a conta bancária.

De acordo com o art. 854 do NCPC:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1o No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

§ 2o Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 3o Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que:

I - as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis;  
II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

§ 4o Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3o, o juiz determinará o cancelamento de eventual

indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 5o Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

§ 6o Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará, imediatamente, por sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, a notificação da instituição financeira para que, em até 24 (vinte e quatro) horas, cancele a indisponibilidade.

§ 7o As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional.

§ 8o A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz.

§ 9o Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às

instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

Ao analisar o referido artigo percebe-se que houve algumas inovações no procedimento de realização da penhora *online* de dinheiro: Primeiro, disciplinou-se a questão do prazo de 24 horas da realização da indisponibilidade da quantia para que o juiz verifique se houve excesso nos valores bloqueados. Esse prazo foi previsto em virtude do fato de que a ordem de bloqueio é direcionada a todas as contas bancárias e aplicações financeiras do executado são objeto de constrição.

No caso de existirem valores em diversas contas, todas serão bloqueadas até o limite do valor executado. Dessa forma, o Magistrado com a resposta da ordem de indisponibilidade analisara se houve excesso de bloqueio e determinará o cancelamento.

Outra inovação consiste na possibilidade do contraditório entre o bloqueio dos valores e antes da transferência para uma conta judicial, uma vez que segundo o §3º do art. 854, o executado será intimado para se manifestar sobre eventual impenhorabilidade e excesso de bloqueio.

Observa-se, assim, que o procedimento foi dividido essencialmente em duas fases, a primeira fase refere-se ao bloqueio e à indisponibilidade da quantia executada e a segun-

da etapa refere-se à transferência da quantia bloqueada para uma conta judicial vinculada ao juízo.

O procedimento da penhora *online* realizada durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 também acontecia em dois momentos. Inicialmente ocorria o bloqueio dos valores constantes em nome da parte executada, acarretando apenas a impossibilidade de movimentação da quantia bloqueada. Em seguida, por meio de uma segunda ordem do juiz, o valor era transferido para uma conta judicial em banco oficial, ficando à disposição do juízo e sujeito as atualizações monetárias. Contudo, entre o bloqueio e a transferência para a conta judicial não era possibilitado ao executado a manifestação sobre eventual impenhorabilidade ou excesso da execução. Pois, tais matérias poderiam ser alegadas em eventual impugnação à penhora.

Observa-se, a princípio, que o regramento trazido pelo Novo Código de Processo Civil protege os direitos do executado, uma vez que permite o contraditório antes da transferência do valor para uma conta judicial. Pois, de acordo com os §§ 3º, 4º e 5º do artigo 854, a transferência somente irá ocorrer após a decisão da manifestação prevista no §3º do art. 854.

De acordo com o art. 854 do Novo Código de Processo Civil, primeiro o juiz emana a ordem de bloqueio por meio do SISBAJUD, os valores existentes nas contas bancárias que possuem dinheiro depositado ou em aplicações financeiras serão bloqueados até o limite do valor executado.

Em seguida, no prazo de até 24 horas o Juiz deverá determinar o desbloqueio de eventual excesso e no mesmo prazo

de 24 horas as instituições financeiras deverão desbloquear os valores.

Após a indisponibilidade da quantia, o executado será intimado, na pessoa de seu advogado, para se manifestar no prazo de 5 dias sobre eventual impenhorabilidade (podendo alegar entre outras impenhorabilidades que o valor bloqueado é referente a vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, aposentadoria, pensões, pecúlios, montepio, ou que as quantias se detinham ao seu sustento e da família) e, ainda, excesso de indisponibilidade.

De acordo com o §4º do artigo 854, após eventual manifestação do executado, o juiz irá analisar as arguições do executado e caso acatando-as determinará o cancelamento da indisponibilidade de quantias impenhoráveis ou excessivas.

Apesar de não constar nos parágrafos do artigo 854 a intimação da parte exequente para se manifestar sobre a eventual impugnação prevista no §3º do referido artigo, observa-se que de acordo com os artigos 9º e 10º do Novo Código de Processo Civil, o juiz, antes de decidir sobre a manifestação do executado, deverá intimar a parte exequente para se manifestar. Caso contrário violará duas normas fundamentais do processo civil, quais sejam, o contraditório previsto no artigo 9º e a vedação da decisão surpresa disciplinada no artigo 10º.

Por meio da interpretação sistemática e principiologia das normas fundamentais do processo civil, verifica-se que somente após a manifestação da parte exequente o Magistrado poderá decidir sobre a impenhorabilidade dos valores ou eventual excesso de indisponibilidade.

Após o contraditório, o juiz poderá acatar as alegações da parte executada, desbloqueando o valor na própria conta bancária da parte executada, ou rejeitará a manifestação e o valor será transferido para uma conta judicial vinculada ao juízo. Só então o valor poderá ser corrigido monetariamente até a expedição do alvará.

Neste ponto é importante frisar a distinção entre o bloqueio judicial e a transferência para uma conta judicial vinculada ao juízo. A diferença consiste no fato de que no bloqueio judicial o valor permanece indisponível na própria conta da parte executada, já na transferência o dinheiro sai da executado e é depositado na conta judicial.

Observa-se, assim, que o legislador pretendeu com o regramento previsto no art. 854 proporcionar o contraditório à parte executada, possibilitando que haja discussão sobre impenhorabilidade e excesso da indisponibilidade, antes que o dinheiro saia da conta do executado e efetivamente seja realizada a penhora *online* com a transferência dos valores para conta judicial.

## 2. O §3º DO ART. 854 DO CPC E O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O EXECUTADO E PRINCÍPIO DO RESULTADO

Verifica-se que o Novo Código de Processo Civil inova ao disciplinar que entre o bloqueio do valor e a realização da transferência para a conta judicial, o executado será intimado, na pessoa de seu advogado, para demonstrar ao juízo, no prazo de 5 dias, que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis (descritas no art. 833, IV do CPC/2015) ou se existe excesso de indisponibilidade.



Nota-se que a intenção do legislador ao estabelecer a possibilidade de discussão antes de realizar efetivamente a penhora *online* é evitar que eventuais valores impenhoráveis ou excessivos sejam transferidos da conta bancária ou de investimentos do executado para uma conta judicial. Pois, caso o valor não seja penhorável, basta a ordem de desbloqueio para que o valor seja liberado.

Em uma leitura superficial verifica-se que os §§ 3º, 4º e 5º do art. 854 são benéficos, pois evitariam a efetivação da penhora *online*, com a transferência do valor para uma conta judicial, sem proporcionar às partes um prévio contraditório.

Embora, ao analisar o rito disciplinado nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 854 do CPC verifica-se que nas execuções de grande quantia de dinheiro pode causar mais prejuízos do que benefícios. Pois, entre a data do bloqueio e a data da liberação ou da transferência para a conta judicial, não há a atualização monetária dos valores tornados indisponíveis.

É preciso analisar que as implicações do bloqueio e da transferência dos valores são diferentes. No bloqueio o valor permanece na própria conta, não ocorre a atualização monetária durante o período em que ficar indisponível. Já na transferência para conta judicial vinculada ao juízo há atualização monetária da quantia transferida.

Entretanto, no bloqueio caso a manifestação de impenhorabilidade e excesso da indisponibilidade seja julgada procedente, o valor simplesmente é desbloqueado na própria conta bancária, sem a necessidade de expedir o alvará judicial. Já na transferência tendo em vista que a quantia é depositada numa conta judicial, caso seja determinado o levantamento

da penhora, é necessário expedir alvará judicial para o levantamento dos valores.

Neste ponto é importante questionar se é mais importante e útil às partes e ao processo garantir a correção monetária do dinheiro tornado indisponível ou proporcionar à parte exequente um prévio contraditório, mesmo sabendo que durante a discussão de eventual impenhorabilidade ou excesso poderá acarretar a desvalorização da quantia bloqueada.

O Processo executivo, seja o cumprimento da sentença ou o de título extrajudicial, é regido por uma série de princípios específicos, além dos princípios gerais do direito, que norteiam a atuação do julgador, bem como das partes.

Uns dos princípios fundamentais da execução são o princípio do resultado e o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor.

Pelo princípio do resultado o processo executivo se desenvolve essencialmente para satisfazer o interesse do credor, obviamente que os direitos fundamentais da parte executada devem ser observados. Contudo, uma vez que há a presunção da certeza do crédito e da obrigação de efetuar o pagamento, o processo executivo deve buscar o adimplemento do crédito.

Por outro lado, para equilibrar a relação processual entre as partes, há o princípio da menor onerosidade da execução para o executado. O qual dispõe que se for possível que a execução se desenvolva por mais de um meio, deve-se sempre escolher o meio menos gravosos ao executado. Ou seja, se de um lado temos o princípio do resultado que busca a satisfação do crédito do outro temos o princípio da menor onerosidade

da execução, no qual garante ao executado a alternativa menos gravosa.

Sob a luz dos referidos princípios, verifica-se que em execuções de grandes quantias, nas quais pretende-se a penhora *online* de grandes valores de dinheiro, que tanto para o exequente quanto para o executado é mais vantajoso a transferência direta da quantia bloqueada na conta bancária para a conta judicial vinculada ao juízo. Pois, irá garantir que durante o tempo em que se discutirá sobre eventual impenhorabilidade a quantia indisponível será corrigida monetariamente.

Ao postergar a intimação do executado para se manifestar sobre a impenhorabilidade das quantias indisponíveis ou a remanescente indisponibilidade excessiva dos ativos financeiros, não há a violação do contraditório, uma vez que as referidas matérias serão plenamente analisadas após a transferência da quantia bloqueada para conta judicial.

## CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil entrou em vigor recentemente, alterou alguns procedimentos de maneira significativa. Verifica-se que o rito da penhora *online* sofreu algumas modificações no intuito de garantir maior contraditório e transparência.

O legislador deixou bastante marcada a questão do prazo durante a realização da penhora *online*, demonstrando que a referida constrição judicial deve ser célere, uma vez que se trata de restrição do patrimônio.

Primeiro dispôs que após a resposta das instituições financeiras informando os valores indisponíveis, o Juízo tem 24 horas para verificar se há excesso nos valores tornados indisponíveis. Em caso positivo, libero o excesso determinando uma ordem aos bancos, os quais, por sua vez, tem 24 horas para desbloquear o valor na conta corrente do executado.

Assim, em tese, após o início do procedimento para a realização da penhora *online*, já se passaram 48 horas da ordem de bloqueio.

Em seguida, de acordo com o previsto no §3º do art. 854, o executado, será intimado na pessoa de seu advogado, para que em cinco dias se manifeste. Apesar do Código falar em cinco dias, é bom ter em mente que os processos, em regra, tramitam por meio digital, assim, entre a data da expedição e a leitura da intimação existe um prazo de 10 dias, que obviamente poderá ser reduzido se o advogado fizer a leitura antes.

Levando em consideração que talvez o advogado não faça a leitura antecipada, na realidade o executado terá até 15 dias, após o dinheiro ter sido bloqueado, para se manifestar sobre eventual impenhorabilidade e excesso. Isso contando que o Escrivão irá cumprir imediatamente a ordem do juízo.

Supondo que o executado não se manifeste, decorrido o prazo de 5 dias, após a leitura da intimação, o juízo deverá transferir para uma conta judicial.

Contudo, caso o executado alegue as matérias previstas no §3º do art. 854 do CPCP/2015 e tendo em vista que não é possível o juízo decidir sem proporcionar o contraditório para outra parte, o exequente deverá ser intimado, por equi-

dade, no mesmo prazo de cinco dias para se manifestar, lembrando que também existe o prazo de 10 dias entre a data da expedição e leitura da intimação.

Só então, depois de decorrido um prazo que pode variar entre 10 a 30 dias, contando que todas as diligências serão cumpridas de imediato pelo Escrivão e que o Juízo aprecie a eventual impenhorabilidade e excesso de bloqueio, de plano, é que o dinheiro será transferido para uma conta judicial e assim, poderá ser corrigido.

Se pensarmos em um bloqueio de valores pequeno o fato de ficar 30 dias sem a devida correção monetária não acarretará grandes prejuízos. Contudo, se pensarmos em quantias mais elevadas, percebe-se que o período em que os valores ficarão bloqueados na conta corrente poderão sim causar prejuízos tanto ao exequente, que receberá o dinheiro em a atualização monetária, quanto ao executado.

Assim, o presente trabalho defende que nas execuções de quantia certa de grande valor, no procedimento de realização da penhora *online*, o valor bloqueado seja imediatamente transferido para a conta judicial vinculada ao juízo. Postergando a intimação do executado, prevista no §3º do art. 854 do CPC/2015, para depois de transferido o valor para conta judicial. Evitando, assim, que os valores.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/15. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 26 de setembro de 2023.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios; **Direito processual civil esquematizado / Marcus Vinicius Rios Gonçalves: coordenador Pedro Lenza**; 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero**; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; **Execução / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero**; 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; **Novo Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/73**; 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte; in **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos / coordenação Simone Diogo Carvalho Figueiredo**. São Paulo: Saraiva, 2015.



# STANDARDS PROBATÓRIOS E A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL



Vitor Barros Mouro\*

## **Resumo**

O presente artigo pretende analisar as oscilações e controvérsias jurisprudenciais atinentes ao tema “busca e apreensão domiciliar nos casos de flagrante delito” à luz dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 e da dogmática processual penal, propondo parâmetros hermenêuticos, concretos e objetivos, com fundamento na teoria dos “standards” probatórios para a legitimação do controle judicial. Subsidiarão os aspectos metodológicos da proposta, a pesquisa doutrinária e a pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

**Palavras-chave:** Busca e apreensão domiciliar. Flagrante delito. Poder Judiciário. Standards probatórios. Constituição Federal. Jurisprudência.

---

\* Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Contato: vitorbarros95@yahoo.com.br

# THE NEED TO OVERCOME AND CANCELATE SUMMARY 231 OF THE STJ



**Abstract:**

This article intends to analyze the jurisprudential oscillations and controversies relating to the theme “home search and seizure in cases of flagrant crime” in the light of the fundamental principles enshrined in the Federal Constitution of 1988 and criminal procedural dogmatics, proposing hermeneutic, concrete and objective parameters, with based on the theory of “evidence standards” for the legitimization of judicial control. The methodological aspects of the proposal are supported by doctrinal research and jurisprudential research by the Superior Courts.

Keyword: Home search and seizure. Flagrant crime. Judicial power. Evidentiary standards. Federal Constitution. Jurisprudence.



## INTRODUÇÃO

Se existe um tema jurídico de grande debate na atualidade, é a busca e apreensão domiciliar, sem prévia autorização judicial, nos casos de prisão em flagrante delito.

O tema é bastante sensível na prática judicial brasileira, considerando as constantes oscilações jurisprudenciais, acarretadas pela complexidade e dinamicidade inerentes à medida cautelar em questão, bem como pela distância dos Tribunais Superiores do contexto social de localidades tomadas pela criminalidade.

A situação se agrava tendo em vista o conflito entre direitos igualmente relevantes. De um lado, a efetividade da persecução penal e da segurança pública. De outro, o direito à intimidade, à vida privada e à inviolabilidade domiciliar.

Com isso, pretende-se com o presente artigo estipular critérios objetivos que legitimem o ingresso em domicílio pelas forças policiais, sem se olvidar dos direitos fundamentais assegurados ao investigado, à luz da doutrina dos “standards” probatórios<sup>1</sup>. Para isso, a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial.

---

1 “Standards”: Adjetivo de dois gêneros e de dois número: Que é conforme a uma norma de fabricação, a um modelo, a um tipo, a um padrão ou a uma marca. Substantivo masculino: Modelo, padrão. “standards”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2023, Acesso disponível: <https://dicionario.priberam.org/standards>.

## 1. INVOLABILIDADE DOMICILIAR: UM DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

O âmbito domiciliar possui íntima vinculação com os direitos da personalidade, eis que é neste ambiente onde a pessoa humana desenvolve sua personalidade, estabelece laços de afetos e desfruta de momentos íntimos.

Nesse sentido, conforme destacado por Gilmar Mendes, “o domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima.”<sup>2</sup>

Corroborando, Dinorá Grotti destaca que busca-se preservar não somente a privacidade do indivíduo, como, por igual, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a sua segurança individual, a sua personalidade<sup>3</sup>.

Dada a sua relevância para a dignidade humana, a Constituição Federal consagra a inviolabilidade domiciliar como direito fundamental, em seu art. 5º, inciso XI, nos seguintes termos: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial”.

Seguindo o mesmo viés protetivo, o legislador infraconstitucional tipificou como crime no art. 150 do Código Penal a conduta violadora do dispositivo constitucional supracita-

---

2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição. Editora Saraiva. Ano 2014, p. 263

3 GROTTI, Dinorá Adelaide. Inviolabilidade Domiciliar. 1ª Edição. Editora Malheiros. Ano 1993, p. 87.

do. Ainda, estabeleceu um tipo penal especial para a conduta perpetrada por agentes públicos, no contexto da Lei de Abuso de Autoridade (art. 22 da Lei 13.869/2019).

Atendendo ao princípio da proporcionalidade, em sua acepção de vedação à proteção insuficiente, o significado do termo “casa”, na seara constitucional, tem amplitude muito maior do que no direito privado. Assim, não é apenas o domicílio com a intenção definitiva de estabelecimento de moradia que possui tutela jurídica, mas todo local, determinado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente.

No sentido amplo, o domicílio inclui as partes externas de uma casa como garagens, quintais e jardins, considerados também como pertencentes ao domínio do morador. Esse conceito funcional atende a necessidade de proteção da privacidade espacial que é indispensável ao desenvolvimento da personalidade.

Com isso, observa-se que a finalidade da proteção constitucional do domicílio é assegurar os direitos à vida privada e à intimidade, os quais podem ser exercidas em diferentes arranjos de moradia, seja em um *motorhome* ou em um prédio abandonado, o importante é que o sujeito estabeleça nesses locais um espaço onde desfrute de seus direitos fundamentais mais íntimos.

Em contrapartida, um bar, uma lancha de lazer, um restaurante, uma balsa ou outros lugares abertos ao público em geral não participam do conceito constitucional de casa, porque em tais hipóteses inexistente vínculo de particularidade ligando o indivíduo à coisa, conforme explica Uadi Lammêgo Bulos<sup>4</sup>.

---

4 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. Ano 2017. p. 584.

Recentemente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 754789-RS, da relatoria do Ministro Olindo Menezes, decidiu que o estabelecimento comercial, em funcionamento e aberto ao público, não pode receber a proteção que a Constituição Federal confere à casa<sup>5</sup>.

Pelo exposto, é possível verificar a tutela especial que o ordenamento jurídico brasileiro confere à inviolabilidade domiciliar, que só pode ser afastada em hipóteses excepcionais, taxativamente previstas no texto constitucional.

Reconhecendo a relatividade dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes ensina que “os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”<sup>6</sup>.

Com efeito, a inviolabilidade de domicílio tem como fim a preservação da privacidade e da segurança familiar. Portanto, não pode ser transformada em reduto de impunidade.

É com esse desiderato que a Constituinte de 1988 estabeleceu hipóteses de restrições da inviolabilidade do domicílio, as

---

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 754789-RS (2022/0210041-8). Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Paciente: Carlos Roberto Madeira Ribeiro. Relato: Olindo Menezes. 06 dez. 2022. Acesso em 26 set. 2023. Disponível: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202202100418&dt\\_publicacao=15/12/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202100418&dt_publicacao=15/12/2022)

6 DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 36ª Edição. Editora Atlas. Ano 2020. p.45

quais devem ser sopesadas com espede no princípio da proporcionalidade e na técnica da ponderação de Robert Alexy.

Assim, além do consentimento do morador e de autorização judicial, a Constituição Federal estabelece que é lícito o ingresso em domicílio, sem prévia autorização e a qualquer momento em caso de flagrante delito, conceito que coube ao legislador infraconstitucional definir.

É válido também, em qualquer instante, o ingresso, independentemente de consentimento do morador, para efetuar socorro diante de desastres e situações de urgência.

O presente artigo restringe-se ao primeiro caso, qual seja, o ingresso em domicílio, sem prévia autorização judicial e consentimento do morador, na hipótese de flagrante delito.

Atualmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem restringido cada vez mais a possibilidade de ingresso em domicílio sem o competente mandado judicial, determinando que a entrada forçada só será lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “*a posteriori*”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados<sup>7</sup>.

Na mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 616584/RS, da relatoria do Ministro. Ribeiro Dantas, e do *Habeas Corpus* 598051/SP, de relatoria do Ministro. Rogério Schietti Cruz, decidiu que no caso de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de stan-

---

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603616/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes. Recorrente: Paulo Roberto de Lima. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Acesso em 25 set. 2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>

*dards* probatórios para ingresso no domicílio sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (*justa causa*), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito<sup>8</sup>.

Da mesma forma, Leonardo Martins, leciona que “o conceito de flagrante delito deve ser interpretado mais restritivamente possível, porque a Constituição brasileira é uma Constituição de liberdade e *das* liberdade. A consequência é que desprotegido estará o domicílio, no contexto dessa primeira hipótese, somente do caso de prévia certeza pelo agente policial da prática atual de um crime, que, portanto, *esteja ocorrendo dentro do domicílio*”<sup>9</sup>

Decerto, o Estado Democrático de Direito, consagrado no art.1º, da Constituição Federal impõe a máxima concretização das liberdades individuais e do respeito aos direitos fundamentais, o que determina a consideração de critério objetivos e seguros no momento da execução da diligência de busca e apreensão, como forma de assegurar o sentimento constitucional e afastar interferências abusivas e excessivas, que poderão resultar na responsabilidade criminal dos agentes públicos, bem como na declaração da ilicitude das fontes de prova coletadas, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal.

---

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *Habeas Corpus* 616584/RS. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Impetrante: Júnior César Pires Medeiros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 30 de março de 2021. Acesso em 25 de set. 2023. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num\\_registro=202002574560&dt\\_publicacao=06/04/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num_registro=202002574560&dt_publicacao=06/04/2021)

9 CANOTILHO, J.J Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. 2ª Edição. Editora Saraiva. Ano 2020 p 605

Doravante, observa-se na prática das diligências policiais uma grande dificuldade de visualizar a denominada justa causa que autoriza o ingresso em domicílio sem prévia autorização judicial, o que torna frequente a declaração de nulidade de inúmeras buscas e apreensões domiciliares, e, consequentemente, a inefetividade do sistema de justiça.

Da mesma forma, a jurisprudência atual é divergente quanto à análise dos casos concretos que exigem a valoração “*a posteriori*” das fundadas razões que amparam a violação domiciliar, havendo uma enorme oscilação jurisprudencial, que contribui para o abalo da segurança jurídica (art. 5, XXXVI, Constituição Federal).

Assim, verifica-se que a situação é crítica e demanda um novo olhar dos aplicadores do direito para a dinamicidade e complexidade dos fatos do cotidiano, para os costumes e práticas sociais e para o estabelecimento de critérios mais objetivos e seguros, tecnicamente, para a interpretação da denominada fundada razão ou justa causa para ingresso domiciliar, sem prévia autorização judicial ou consentimento.

Nesses termos, a teoria dos “*standards*” probatórios é de suma relevância para auxiliar nessa difícil tarefa.

## 2. STANDARDS PROBATÓRIOS

O professor Gustavo Henrique Badaró ensina que no relacionamento entre a verdade e a prova há vários momentos e contextos diversos. Há o momento da descoberta, o momento da instrução, da valoração e da decisão. Ele conclui que

o movimento da valoração e da decisão não se confundem, porque possuem objetos diferentes<sup>10</sup>.

E prossegue o consagrado jurista:

A atividade valorativa tem por objeto os meios de prova, que deverão ser confrontados e valorados segundo as regras lógicas e racionais. A valoração leva à decisão sobre a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos. Em um sistema de persuasão racional, as regras jurídicas não devem ter influência sobre como valorar os meios de provas. Questão diversa diz respeito ao critério de decisão. Cabe ao legislador, a partir de um determinado valor que deseje tutelar, estabelecer critérios de decisão que poderão variar, por exemplo, segundo o bem jurídico, ou a natureza do processo<sup>11</sup>

Esses critérios de decisão, também conhecidos como “modelos de constatação” ou “standards” probatórios são utilizados para aferir a suficiência probatória, isto é, o grau mínimo de prova necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É com a observância desses critérios que legitima a decisão.

Trata-se do grau de suporte probatório que se exige de uma proposição fática para que o juiz a considere provada ou mesmo para que se tenha como satisfeito o requisito legal de mera probabilidade, e não de “certeza”, o que é de suma

---

10 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Ano 2021, p. 660.

11 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Ano 2021, p. 660.



importância para a verificação da justa causa para ingresso domiciliar, sem prévia autorização judicial, nos casos de flagrante delito, conforme ideia extraída dos ensinamentos de Gustavo Henrique Badaró<sup>12</sup>.

Assim, o “*standard*” probatório representa o grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir.

Em que pese a extrema relevância do tema para atividade cognitiva judicial e para o agir prático na seara policial, só agora a teoria dos “*standards*” probatórios despertou interesse na dogmática processual penal brasileira, que, outrora, se limitava a apreciar a questão sob o enfoque do “*in dubio pro reo*”, mas não dos diversos graus que se podem exigir do julgador para que considere um fato provado.

Gustavo Henrique Badaró destaca que, a partir da jurisprudência norte-americana, é possível apontar determinados “modelos de constatação” variados: (i) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa a mera probabilidade de um fato ter ocorrido; (ii) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificada como uma probabilidade elevada; (iii) e “prova além da dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*), como uma probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza<sup>13</sup>.

Nada impede que ao longo da persecução penal seja utilizado um determinado modelo de constatação para cada tipo de decisão proferida, isso ocorre pois determinadas decisões interlocutórias demandam um menor nível de exigência probatória.

---

12 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Ano 2021, p. 666.

13 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Ano 2021, p. 662.

No Brasil, a escolha política do Constituinte pelo princípio da presunção da inocência, consagrou o modelo de constatação “*para além de toda a dúvida razoável*” no cenário jurídico.

Assim, conforme os ensinamentos de Aury Lopes Júnior:

O “*in dubio pro reo*” é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõe.<sup>14</sup>

Com isso, para um juízo condenatório é indispensável a existência de prova robusta, de qualidade e de confiabilidade epistêmica, que afaste toda e qualquer dúvida razoável. Portanto, impõe-se para a acusação uma maior movimentação probatória e para o órgão julgador, um maior esforço cognitivo e argumentativo.

Contudo, embora a correta necessidade constitucional de um juízo de certeza para ensejar um decreto condenatório, a admissão do mesmo grau de convencimento de forma generalizada para toda e qualquer decisão processual é temerária e coloca em risco outros direitos, igualmente constitucionais, como a efetividade da prestação jurisdicional, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e a segurança pública, insculpida no art. 144 da Constituição Federal.

Em sede de apreciação de buscas e apreensões domiciliares, sem prévia expedição de mandado judicial, verifica-

---

14 LOPES JR. Direito Processual Penal. 19 edição. Editora Saraiva. Ano 2022 p. 474

-se, a partir de pesquisa jurisprudencial, que o Judiciário tem exigido grau de convencimento para além da dúvida razoável quando da análise “*a posteriori*” das fundadas razões de que dentro do imóvel ocorre a consumação de um delito para permitir a entrada forçada de agentes da força pública.

Trata-se de exigência incompatível com o direitos constitucionais supracitados, vez que inviabiliza o sistema de justiça, contribuindo para a impunidade sistêmica, que, decerto, não é a finalidade normativa da inviolabilidade domiciliar.

Cumprе ressaltar, que não trata-se de defender a violação de direitos fundamentais e do devido processo legal, mas de compatibilizar cada fase da persecução penal com o princípio da busca da verdade e, por consequência, contribuir para a entrega da tutela jurisdicional justa e efetiva.

Ainda, não se pode olvidar que as regras de direito não são fins em si mesmas, mas um meio para atender as expectativas sociais, dentre elas, a pacificação social.

Nesses termos, é imprescindível a aplicação do postulado da proporcionalidade para permitir a adoção de outros modelos de constatação no curso da persecução penal, compatibilizando-os com cada fase da “*persecutio criminis*”. Foi o que a doutrina denominou de “rebaixamento do ‘*standard*’ probatório”.

Nos ensinamentos de Aury Lopes Júnior:

É perfeitamente sustentável um rebaixamento do *standard* probatório conforme a fase procedimental. Assim, é razoável e lógico que exigência probatória seja menor para receber uma acusação ou decretar uma medida cautelar do que o exigido

para proferir uma sentença condenatória. É por isso que o CPP fala em indícios razoáveis, indícios suficientes etc. para decisões interlocutórias com menor exigência probatória”.<sup>15</sup>

Portanto, é nesse sentido que o termo “fundadas razões” para o ingresso em domicílio, sem autorização judicial, deve ser analisado pelos órgãos de controle da atividade policial, levando em consideração os indícios verificados pelos agentes da segurança pública, no momento da diligência.

Os indícios são provas mais fracas, de menor confiabilidade, insuficientes para um juízo condenatório, mas idôneos para a decretação de medidas cautelares, que, logicamente, não demandam o mesmo nível de exigência probatória para a formação de uma sentença, considerando que, normalmente, as medidas cautelares são decretadas antes mesmo da instauração da ação penal.

Assim sendo, tem-se que o modelo de constatação da “prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) é o “standard” mais adequado para a interpretação do termo “fundadas razões” pelos agentes das forças públicas, quando da execução da busca e apreensão domiciliar, bem como para os órgãos jurisdicionais quando de seu controle posterior, vez que não possui o elevado grau de exigência da “prova além da dúvida razoável” e tampouco a superficialidade da “simples preponderância de provas”.

Com isso, para legitimar o ingresso em domicílio, os agentes policiais precisam verificar, por meio de prévia diligência, que há uma probabilidade elevada da ocorrência algum crime,

---

15 LOPES JR. Direito Processual Penal. 19 edição. Editora Saraiva. Ano 2022 p. 477

em consumação, no interior da residência, por meio de indícios objetivos e concretos, passíveis de refutação pelo sujeito interessado.

Por outra via, por meio de análise “*a posteriori*”, compete aos órgãos jurisdicionais considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes, nos termos do art. 22, §1º do Decreto-Lei nº 4657/42, bem com a probabilidade, baseada em indícios objetivos, visualizada pelo agentes da segurança pública, descartando a exigência de um grau de convencimento que só seria possível alcançar após a instrução processual, sob pena de inviabilizar o próprio alcance da busca da verdade e, por consequência, a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

### 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A partir do exposto, cumpre analisar um recorte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, realizando um contraponto com a teoria dos “*standards*” probatórios e os direitos fundamentais.

No AgRg no *Habeas Corpus* nº 708400/RS, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça declarou a ilegalidade do ingresso forçado em residência, pois, na ocasião, com o intuito de intimidar a irmã do investigado como testemunha em uma investigação de homicídio, observaram a atitude suspeita dele, o que, segundo o Tribunal Superior, não justifica, por si só a dispensa de investigações prévias o mandado judicial<sup>16</sup>.

---

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 708400 - RS

O relator, Ministro. Antônio Saldanha, destacou que a simples desconfiança policial, apoiada na mera atitude suspeita ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

Com efeito, a mera atitude suspeita do indivíduo não satisfaz a elevada probabilidade exigida pelo modelo de constatação da “prova clara e convincente”, tendo em vista que trata-se de um indício de caráter altamente subjetivo, impossível de ser refutado pela parte contrária.

Portanto, verifica-se o acerto na aplicação das teorias dos “standards” probatórios pelo Superior Tribunal de Justiça, que descartou a mera atitude suspeita como indício único para ensejar o ingresso forçado na residência.

Com o mesmo acerto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Habeas Corpus N° 822584 - MG (2023/0155807-0), declarou a ilegalidade da busca domiciliar amparada, exclusivamente, no fato de que o sujeito era conhecido no meio policial<sup>17</sup>.

Verifica-se que o controle judicial “*a posteriori*” cumpriu o determinado pelo texto constitucional, ao destacar a inexis-

---

(2021/0375994-8). Agravante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Agravado: Luciano Bica Corrêa, Relator: Antônio Saldanha Palheiro, 13 de dez. de 2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103759948&dt\\_publicacao=15/12/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103759948&dt_publicacao=15/12/2022). Acesso em: 24 de set. de 2023.

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HABEAS CORPUS N° 822584 - MG. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Andrei Emanuel Melo da Silva, Relator: Antônio Saldanha Palheiro, 28 de ago. de 2023. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202301558070&dt\\_publicacao=30/08/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301558070&dt_publicacao=30/08/2023). Acesso em: 24 de set. de 2023.

tência de justa causa que amparasse o afastamento do direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, eis que o fato de ser conhecido no meio policial não sugere, nem mesmo indiretamente, que dentro do imóvel ocorre delito em curso de consumação, não preenchendo o requisito da alta probabilidade indiciária.

Por outra via, no julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 2019123, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça declarou ilegal o ingresso forçado em domicílio, na situação em que o agente policial, após receber informações de que o investigado praticava narcotraficância em sua residência, visualizou, do lado de fora do imóvel, cenário típico de tráfico de drogas<sup>18</sup>.

Segundo o Ministro Antônio Saldanha Palheiro:

A diligência apoiou-se em meras denúncias anônimas e em uma alegada visualização de atos de tráfico, circunstância que não justificam, por sis sós, a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial, porquanto não é crível que de fora da residência fosse possível divisar “1 faca e 1 prato com resquícios de cocaína”, em contexto de traficância, e não de uso.

---

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial Nº 2019123 - SC (2022/0249095-4). Agravante: Ministério Público de Santa Catarina. Agravado: Mathews Simplicio dos Santos, Relator: Antônio Saldanha Palheiro, 13 de dez. de 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=173407806&registro\\_numero=202202490954&peticao\\_numero=202201030472&publicacao\\_data=20221215&\\_gl=1\\*2j9rez\\*\\_ga\\*MjE3NDQ3MTIzLjE2OTQ3MTMyMDE\\*\\_ga\\_F31N0L6Z6D\\*MTY5NTgzNDM1Ni4xMy4xLjE2OTU4MzQ1MDQuNDcuMC4w](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=173407806&registro_numero=202202490954&peticao_numero=202201030472&publicacao_data=20221215&_gl=1*2j9rez*_ga*MjE3NDQ3MTIzLjE2OTQ3MTMyMDE*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NTgzNDM1Ni4xMy4xLjE2OTU4MzQ1MDQuNDcuMC4w). Acesso em: 24 de set. de 2023.

O acórdão selecionado representa apenas um dos vários julgados que, na visão do presente trabalho, a Corte Superior aplica o modelo de constatação da “*prova para além da dúvida razoável*”, que é incompatível com o texto constitucional e com a própria sistemática do processo penal para este momento da persecução criminal, pelos motivos citados alhures.

Como ressaltado, a teoria da “*prova clara e convincente*” exige apenas a mera verificação da alta probabilidade de que a infração penal esteja em curso de consumação no momento da análise da fundada razão apta a autorizar o ingresso domiciliar. Isso é feito com base na constatação de indícios objetivos e concretos, os quais não possuem o mesmo nível de certeza, exigência e confiabilidade das provas que fundamentam um decreto condenatório.

No caso apreciado pelo Tribunal da Cidadania, é possível verificar que, do lado de fora da residência, isto é, sem ingressar no imóvel, os policiais verificaram petrechos e resquícios de drogas em uma mesa, confirmando teor das denúncias anônimas recebidas pela guarnição.

Como se sabe, a denúncia anônima, por si só, não autoriza o ingresso domiciliar forçado, sendo indispensável atestar, previamente, a veracidade das informações por meio de diligências preliminares, conforme AgRg no AREsp 2004877-MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 16 de agosto de 2022.

No entanto, no caso em apreço, as denúncias anônimas foram seguidas de diligências preliminares, uma vez que os policiais dirigiram-se ao local indicado e do lado de fora do imóvel, puderam constatar a veracidade das informações recebidas.



## Segundo Renato Brasileiro:

A expressão 'indício' refere-se a uma cognição vertical (quanto à profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória.

Com isso, infere-se que, no caso concreto, haviam indícios de ocorrência de conduta criminosa no local, em pleno estado de consumação, tendo em vista que os núcleos do tipo do art. 33 da Lei 11343/06 são “guardar” e “ter em depósito”, representando crimes permanentes.

Ressalta-se que os indícios visualizados, quais sejam, faca e resquícios de drogas, não se confundem com uma simples suspeita levantada pelos agentes policiais. Pelo contrário, representam indícios concretos e objetivos, que, por meio de uma operação intelectual, é possível chegar na probabilidade da ocorrência de atitude criminosa no interior do domicílio.

Nesses termos, preleciona o professor Renato Brasileiro:

Enquanto o indício é sempre um dado objetivo, em qualquer de suas acepções, a suspeita ou desconfiança não passa de um estado anímico, um fenômeno subjetivo, que pode até servir para desencadear as investigações, mas de modo algum se apresenta idôneo para fundamentar a convicção da entidade decidente.

E prossegue o autor:

A expressão fundada suspeita é encontrada no Código de Processo Penal nos arts. 240, §2º e art. 244. Interpretando-se os referidos dispositivos, depreende-se que não basta uma simples convicção subjetiva para que se proceda à busca pessoal em alguém. Para além disso, é necessário que haja algum dado objetivo que possa ampará-lo

Ora, não há como afastar o caráter objetivo e concreto dos indícios encontrados pelos policiais, que amparam, inclusive, a denúncia anteriormente recebida pela guarnição.

Ressalta-se que, em outra ocasião, o Superior Tribunal de Justiça considerou válido determinado indício, cujo grau de confiabilidade e objetividade era bastante inferior, qual seja, o odor de substâncias entorpecentes que exalava do local, que é de difícil compravação e até mesmo de refutação pela defesa do acusado.

Não pretende-se descartar o odor como elemento indiciário para representar a justa causa para ingresso em domicílio, quando amparado por outros elementos, também indiciários, como denúncias, visualizações de drogas e usuários. No entanto, pretende-se alertar pela grande contradição e oscilações existentes no próprio Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria.

Por fim, não possui relevância para o deslinde da controvérsia a alegação de que os indícios verificados não permitiam concluir se era contexto de traficância ou de uso, eis que a

tipificação legal não possui influência para o ingresso em domicílio, pois a própria Constituição Federal, quando excepciona a inviolabilidade domiciliar, não faz qualquer restrição quanto ao tipo penal.

Com efeito, a posse de drogas para consumo pessoal é crime de menor potencial ofensivo, submetido ao procedimento dos Juizados Especiais, o que não autoriza a prisão em flagrante. Contudo, isso não significa que os agentes das forças de segurança não possam intervir para cessar a prática da infração penal e proceder com a captura dos envolvidos, não admitindo-se, apenas, a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Portanto, a questão da tipicidade penal não possui relevância para o contexto, bastando a constatação da alta probabilidade indiciária apta a caracterizar as fundadas razões para ingresso domiciliar.

Em outro acórdão, oriundo do julgamento do Habeas Corpus nº 611.003-SP, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça declarou a ilicitude da busca e apreensão domiciliar com fundamento de que o simples fato do paciente ter empreendido fuga para dentro da residência e dispensado uma sacola pela janela não indica a ocorrência de delito de tráfico de drogas no local.

O relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro considerou que tais circunstâncias não justificam, por si só, a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial. Dessa forma, segundo ele, o contexto fático narrado não corrobora a conclusão inarredável de que na residência praticava-se o crime de tráfico de drogas.

Mais um vez, verifica-se que a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça desconsiderou indícios objetivos que indicam a elevada probabilidade de crime em estado de consumação no interior do domicílio, o que justificaria o ingresso na residência.

Segundo consta dos autos, os policiais, após o recebimento de denúncia anônima, foram até o local, onde avistaram vários indivíduos no pátio, sendo que eles, ao notarem a presença policial, correram. Um dos indivíduos foi seguido, sendo visto entrando em um apartamento, tendo logo em seguida jogado algo pela janela, momento em que avistaram uma adolescente correndo para o banheiro.

No caso em apreço, observa-se que não se trata de mera suspeita, mas de indícios concretos e objetivos que permitem extrair um juízo de probabilidade, próprio deste momento da persecução penal.

Pelo contexto apreciado em seu conjunto, qual seja, o recebimento de denúncia anônima de que o local era ponto de tráfico, o avistamento de vários indivíduos reunidos, a fuga de todos eles quando avisaram a viatura, a fuga de um dos indivíduos para o interior da residência e o arremesso de sacola suspeita pela janela, indica que no local havia a prática de delito em curso, no mínimo, na modalidade “trazer consigo” prevista no art. 33 da Lei 11.343/06, apta a autorizar o ingresso forçado diante do flagrante de crime permanente.

Como exaustivamente destacado, não é crível exigir para essa fase da persecução penal o mesmo rigor da cognição condenatória, considerando, até mesmo, a possível ausência de inquérito policial instaurado. Com isso, o controle poste-

rior deve ser realizado por meio dos elementos indiciários que as forças pública tiveram acesso no momento da realização da diligência, que, no caso, representam um conjunto seguro e provável de indícios objetivos e concretos, livres de juízos meramente subjetivos.

Os Tribunais Superiores precisam realizar o referido controle tendo como paradigma a realidade das comarcas mais longínquas, muitas dominadas pela criminalidade e com um contexto social bem diferente dos grandes centros. O presente trabalho não pretende defender a flexibilização dos direitos fundamentais dos investigados. Pelo contrário, compatibilizá-los com outras garantias, igualmente constitucionais e destacar a urgente necessidade de interpretar o direito à luz da realidade dos fatos, dos costumes e obstáculos enfrentados pelos agentes de segurança, nos termos do art. 22, §1º do Decreto-Lei 4.657/42.

Por outra via, evidenciando as oscilações jurisprudenciais, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Habeas Corpus nº 780530-SC, corretamente aplicou o modelo de constatação da “prova clara e convincente” para declarar a licitude de busca e apreensão domiciliar, cujo contexto indicava que policiais militares, durante patrulhamento conhecido como ponto de tráfico, viram movimentação suspeita em frente à residência, momento em que um indivíduo não identificado se evadiu do local, movimentação que motivou a busca pessoal em via pública. Durante o procedimento, visualizaram, pela porta aberta, a corré descartando entorpecentes no vaso sanitário, fato que ensejou o ingresso forçado em domicílio.

Decerto, os elementos apontados seriam insuficientes para ensejar um decreto condenatório. Por outro lado, representam a alta probabilidade da ocorrência de crime no interior do imóvel, legitimando o ingresso domiciliar, à luz da teoria dos “standards” probatórios.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que há uma enorme oscilação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à análise “a posteriori” das fundadas razões que fundamentam o afastamento da inviolabilidade domiciliar no âmbito dos procedimentos de busca e apreensão, contribuindo para o aumento da insegurança jurídica e do risco de decisões contraditórias para casos semelhantes, o que acarreta, por consequência, na inefetividade do sistema de justiça.

Com isso, é de máxima urgência a adoção de mecanismos que contribuem para o apaziguamento da situação de instabilidade jurisprudencial, sem se olvidar da impossibilidade de estabelecer padrões decisórios, tendo em vista os mais diversos arranjos fáticos existentes no cotidiano, mormente nas localidades mais longínquas, o que torna uma tarefa hercúlea.

Todavia, conforme apresentado no presente trabalho, a teoria dos “standards probatórios” se apresenta como um instrumento racional de suma relevância para a interpretação do termo “fundadas razões” previsto no art. 240, §1º do Código de Processo Penal, diminuindo a discricionariedade e potencializando os fatores de legitimação das decisões judiciais.

Como visto, o modelo de constatação da “prova clara e convincente” é o que mais se coaduna com o momento em que, normalmente, são executadas as diligências de busca e apreensão, qual seja, a fase pré-processual, em que, na maioria das vezes, não há sequer, inquérito policial instaurado e o mínimo de elementos informativos reunidos.

Dessa forma, basta a existência de elevada probabilidade de que no interior do domicílio alguma infração penal esteja em curso de consumação para que legitime o ingresso na residência, sem prévia autorização judicial e consentimento do morador, desde que a probabilidade seja verificada por meio de meros indícios, objetivos e concretos, passíveis de refutação pela defesa.

Destarte, a exigência do rigor do modelo de constatação “para além da dúvida razoável”, próprio dos juízos condenatórios, enrijecem a persecução penal, dificultando a busca da verdade e a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

Ressalta-se que os direitos fundamentais dos investigados e o devido processo legal devem ser prestigiados e assegurados. Contudo, à luz do postulado da proporcionalidade deverão ser sopesados com outros direitos, igualmente constitucionais, como a entrega prestação jurisdicional justa e efetiva e o direito à segurança pública. Além do mais, devem ser compatibilizados com cada fase procedimental da “persecutio criminis”, sob pena de inviabilizar o sistema de justiça.

Portanto, impõe-se uma prática hermenêutica cautelosa do termo “fundadas razões”, pautada na máxima da efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo, mas também na efetividade de direitos de igual relevância para a sociedade, potencializando o sentido constitucional das normas de regência.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Ano 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. Ano 2017.

CANOTILHO, J.J Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª Edição. Editora Saraiva. Ano 2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide. **Inviolabilidade Domiciliar**. 1ª Edição. Editora Malheiros. Ano 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8ª Edição. Editora JusPodivim. Ano 2020.

LOPES JR. **Direito Processual Penal**. 19 edição. Editora Saraiva. Ano 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. Editora Saraiva. Ano 2014.



# A AUSÊNCIA DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA



Patrick Carvalho Silva\*

## Resumo

O princípio da insignificância, por tratar-se de norma implícita no ordenamento jurídico, é objeto de trabalho pela doutrina, que busca definir contornos para sua aplicação. Ao cotejar os conceitos doutrinários, com os fundamentos de decisões os Tribunais Superiores, nota-se grande divergência no momento de incidência do princípio, tornando os precedentes incoerentes. Ressalta-se que a busca por uma jurisprudência estável, íntegra e coerente foi pautada pelo legislador na edição do Código de Processo Civil de 2015 e apesar do texto ser positivado em ramo diverso do Direito Penal, trata-se de norma geral que deve irradiar para as outras vertentes do Direito. O presente trabalho busca, por meio de um recorte de casos enfrentados pelos Tribunais de Superposição, demonstrar a necessidade do alinhamento no Judiciário para definir contornos objetivos mínimos para utilização do princípio. A harmonia poderá criar segurança jurídica para os envolvidos na persecução penal, principalmente magistrados de primeiro grau, evitando multiplicidade de recursos, sempre interpostos na expectativa de oscilação dos precedentes. Referida oscilação é fica evidente ao ser confrontada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chaves:** Princípio da insignificância. Tipicidade material. Divergência de precedentes. Reincidência.

\* Delegado de Polícia. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Contato: patrickcarvalhosilva@yahoo.com.br

# THE ABSENCE OF OBJECTIVE PARAMETERS FOR APPLYING THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE



## **Abstract:**

The principle of insignificance, as it is an implicit norm in the legal system, is the subject of work by the doctrine, which seeks to define contours for its application. When comparing doctrinal concepts with the foundations of Superior Court decisions, there is a great divergence in the moment of application of the principle, making precedents incoherent. It is noteworthy that the search for stable, integral and coherent jurisprudence was guided by the legislator in the edition of the Civil Procedure Code of 2015 and despite the text being positive in a different branch of Criminal Law, it is a general rule that must radiate to the other aspects of Law. This work seeks, through a selection of cases faced by the Superposition Courts, to demonstrate the need for alignment in the Judiciary to define minimum objective contours for using the principle. Harmony can create legal security for those involved in criminal prosecution, especially first-degree magistrates, avoiding a multiplicity of appeals, always filed in the expectation of fluctuations in precedents. This oscillation is evident when comparing the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court.

**Keywords:** Principle of insignificance. Material typicality. Divergence from precedents. Recidivism.

## INTRODUÇÃO

A reformulação do Código de Processo Civil trouxe norma específica sobre a necessidade de criação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, conforme art. 926. Ao considerar tal necessidade, é necessário a reanálise da jurisprudência, com o intuito de avaliar a efetividade do comando legislativo.

Apesar da atualização legislativa está inserida na área processual cível, por ser norma geral sobre o tema, deve ser aplicada de forma subsidiária aos demais ramos do direito processual, em especial no Direito Processual Penal, devendo este delimitar seus contornos específicos, se necessário.

Ao considerar que as normas positivadas fornecem, por meio do legislador, parâmetros mínimos de análise (apesar que, ainda sim, pairam controvérsias na interpretação do texto), as normas implícitas surgem como maior foco de divergências nos Tribunais.

Isso se deve pela necessária construção do conceito do princípio, por meio da doutrina e jurisprudência, sem parâmetro objetivo do legislador, o que torna a missão árdua.

Neste contexto, é feita a análise do princípio da insignificância, implícito no ordenamento jurídico mas de reconhecimento amplo. A abordagem passa pelo conceito de princípios de forma geral e aqueles do direito penal, diferenciando-os entre explícitos e implícitos.

Adiante, é abordada a historicidade do princípio da insignificância, seu conceito doutrinário cotejado com a caracteri-

zação da jurisprudência, o campo de sua incidência e a forma de aplicação nas decisões dos Tribunais Superiores.

Ao fim, surge o ponto central do presente trabalho, a dissonância entre os parâmetros atuais utilizados na aplicação do princípio da insignificância, suas consequências e a necessidade de delimitação de hipóteses de incidência.

A análise foi feita mediante recorte dos precedentes dos Tribunais Superiores, notando celeumas no momento de utilização do princípio, fato agravado pela ausência de objetividade em julgado paradigmático, que criou margem para o subjetivismo.

Assim, frente a remodelagem dos precedentes com a positivação inovadora do art. 926 do Código de Processo Civil, o presente trabalho mostrará a necessária atenção para com a seara penal, principalmente, na aplicação do princípio da insignificância.

## 1. DEFINIÇÃO E APLICABILIDADE

O movimento do neoconstitucionalismo trouxe complexa evolução hermenêutica, criando uma nova abordagem da natureza dos princípios. Isso oportunizou maiores contornos na fundamentação das decisões judiciais, permitindo por vezes uma margem de discricionariedade de atuação que ultrapassa a possibilidade de avaliação objetiva posterior.

Considerando o movimento jurídico/filosófico/histórico acima, houve relutância na doutrina para aplicação dos princípios como normas jurídicas com densidade semelhante as demais, em momento inicial.

Contudo, com a avançar dos trabalhos, restou superada tal discussão. Norberto Bobbio citado por Ivan Luiz da Silva<sup>1</sup>, preleciona que:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois, e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não fores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

---

1 BOBBIO, Norberto *apud* SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 33.

Após certo consenso na doutrina, a utilização dos princípios como norma jurídica também foi reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, conforme destacado na Constituição Federal (art. 5º, §2º):

Art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Tal previsão também tem amparo na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º, *in verbis*, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Firmada a possibilidade da aplicação dos princípios como fundamento para decidir, o recorte de aprofundamento é feito no Direito Penal com seus princípios próprios, incumbidos de delimitar o alcance da norma penal e fornecer fundamentos jurídicos que sustentem as decisões dos magistrados.

A doutrina leciona que:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme

a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limites à responsabilidade penal<sup>2</sup>.

Avançando no tema, nota-se a existência de princípios explícitos e implícitos. Guilherme de Sousa Nucci<sup>3</sup>, comenta que:

Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados de princípios constitucionais (explícitos e implícitos) servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de interpretação e integração do texto constitucional.

Como exemplo de princípios explícitos, surge o princípio da legalidade, previsto no diploma penal como “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Contudo, foi a abordagem dos princípios implícitos que criou maiores divergências doutrinárias, visto a missão destes em solidificar seu conteúdo normativo. Tal fato é ponto central para compreensão da problemática sobre o princípio da insignificância, objeto de aprofundamento.

---

2 PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v.1. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83.

Iniciando pela análise histórica do referido princípio, preleciona Capez<sup>4</sup>, 2011:

[...] originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetos sociais traçados pela moderna política criminal.

Já Luiz Regis Prado<sup>5</sup> atribui a formulação histórica deste princípio a Claus Roxin:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima non cura praeter*, enquanto a manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal.

Não se pode olvidar que a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, em seu artigo 5<sup>o6</sup>, positivou de forma implícita os contornos clássicos do Princípio da Insignificância, *in verbis*:

---

4 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v.1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

5 PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v.1. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 182.

6 FRANÇA. **Declaração de direitos do do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em 27 de setembro de 2023.



Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Visto a descendência histórica do princípio da insignificância, resta a análise de sua aplicação dentro do conceito analítico de crime. Não desconhecendo posicionamentos diferentes, a doutrina majoritária compreende o princípio da insignificância como causa da exclusão da tipicidade material.

Conforme Bittencourt<sup>7</sup>:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Assim, verifica-se que referido princípio possui historicidade, com definição inicialmente incumbida para a doutrina. Contudo, atualmente, sua definição é feita em conjunto com ditames de precedentes do STF, os quais analisamos.

### 1.1 Julgados do STF e Seus Desdobramentos

Abordado os aspectos doutrinários sobre o conceito e a aplicação do princípio da insignificância, surge a tarefa de

---

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.62.

contextualizar a abordagem, com a forma pela qual foram feitas as primeiras utilizações do princípio nos Tribunais Superiores, por meio do aprofundamento dos votos dos ministros.

O primeiro uso do princípio é encontrado no Habeas Corpus 66.869/PR, julgado pelo STF, no qual o Relator Ministro Aldir Passarinho promoveu a análise do caso concreto em coitejo com o princípio e certo consequencialismo. Tratava-se de acidente de trânsito, com lesão corporal insignificante, sendo corroborado pela inexpressividade da lesão.

Vejamos a ementa da decisão:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEX-PRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS.

Avançando na linha do tempo, em decisão de relatoria do Ministro Ayres Britto no Supremo Tribunal Federal, no HC 104.787/RJ, nota-se uma aprofundamento da abordagem:

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de

condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a ideia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que a aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público.

Para além das decisões pontuais proferidas pelo STF, surge o julgado de relatoria do Min. Celso de Mello no HC 84.412-0/SP, marco na análise do princípio. O precedente idealizou os quatro requisitos objetivos para a aplicação do princípio da insignificância, sendo esses adotados pela jurisprudência do STF e do STJ.

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera neces-

sária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR” . - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

De forma didática, segundo o voto proferido, somente se aplica o princípio da insignificância se estiverem presentes os seguintes requisitos cumulativos:

- a) mínima ofensividade da conduta;
- b) nenhuma periculosidade social da ação;
- c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O referido Habeas Corpus é ponto central na história dos precedentes sobre a interpretação do princípio da insignificância. Ao definir tais vetores, nota-se a tentativa do Poder Judiciário em parametrizar a forma de incidência do princípio.

A doutrina tece críticas duras a decisão proferida no Habeas Corpus, visto a tautologia das expressões e ausência de densidade normativa, gerando um amplo espaço para o subjetivismo.

Contudo, os próprios doutrinadores, promovendo um fluxo de comunicação com a jurisprudência, passaram a adotar os vetores citados pelo Ministro como intrínsecos ao conceito do princípio da insignificância.

Os vetores transformaram-se em “mantra” fundamental nas sentenças e acórdãos, contudo, não desincumbem o magistrado de aprofundar e contextualizar sua incidência naquele caso específico.

Como exemplo da incorporação, Rogério Greco<sup>8</sup> transmite o conceito e aplicação do instituto bagatelar, pautado no posicionamento do STF:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denomina-

---

8 GRECO, R. **Curso de direito penal- parte especial**. 14. ed. v.3 Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 937.

do 'princípio da insignificância' e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal.

Avaliando os precedentes brasileiro, nota-se que a existência do princípio é reconhecida no STF há décadas, contudo, com instabilidade na conceituação e hipóteses de incidência, fato ainda mais grave quando analisada as decisões do STJ.

## 2. DISSONÂNCIA JURISPRUDENCIAL

Preliminarmente, é necessário pontuar que os julgados do STF que enfrentam a aplicação do princípio da insignificância são em sede análise de Habeas Corpus, logo não são emitidas decisões vinculantes, apenas análises casuísticas.

Tal fato gera dois desdobramentos, primeiro, nos contornos da jurisprudência defensiva, que evita a multiplicidade de recursos para análise do Tribunal Constitucional, não há parâmetros objetivos rígidos para quais casos são ou não analisa-

dos no STF, isso transborda em insegurança jurídica para quem tem decisão desfavorável no STJ e necessita da reanálise.

Outro ponto, ao considerar que a maioria dos casos é analisada pelo STJ, o referido tribunal possui pontos de pacificação via súmulas (desconsiderando as decisões isoladas) sobre aspectos da aplicação do princípio. Contudo, ao êxito do recurso ser analisado pelo STF, não há vinculação com os argumentos já expostos em instâncias inferiores, gerando decisões conflitantes entre os Tribunais, sem perspectiva de pacificação.

Fixada tal discussão, o recorte abaixo demonstra a dissidência entre os Tribunais. De plano, a divergência é notada na aplicação ou não do princípio da insignificância no crime de posse de drogas para consumo pessoal, com posicionamento firme do STJ no sentido de inaplicabilidade:

A jurisprudência de ambas as turmas do STJ firmou entendimento de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância. STJ. 6ª Turma. RHC 35920 -DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014. Info 541. STJ. 5ª Turma. HC 377.737, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 16/03/2017. STJ. 6ª Turma. AgRg-RHC 147.158, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/5/2021.

Contudo, em análise dos precedentes do STF, nota-se reconhecimento da aplicação em decisões da 1ª Turma. HC

110475, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/02/2012 e STF. 2ª Turma. HC 202883 AgR, Relator(a) p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/09/2021.

E considerando o andamento do julgado Recurso Extraordinário 635.659 no STF, é possível que para além da insignificância, seja reconhecida a inconstitucionalidade da norma punitiva da conduta.

Avançando na análise, a controvérsia também é evidente no tocante a aplicação do princípio da insignificância para a conduta de manter rádio comunitária clandestina. O STJ entende pela impossibilidade:

É inaplicável o princípio da insignificância ao delito previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97, nas hipóteses de exploração irregular ou clandestina de rádio comunitária, mesmo que ela seja de baixa potência, uma vez que se trata de delito formal de perigo abstrato, que dispensa a comprovação de qualquer dano (resultado) ou do perigo, presumindo-se este absolutamente pela lei. Nesse sentido: STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 740.434/BA, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 14/02/2017.

Contudo, em vertente oposta, o STF aceita aplicação, condicionado a incidência para casos em que:

A rádio clandestina opere em baixa frequência, em localidades afastadas dos grandes centros e em situações nas quais ficou demonstrada a inexistência de lesividade. STF. 2ª Turma. HC 138134/BA, Rel. Min. Ricardo Lewan-



dowski, julgado em 7/2/2017 (Info 853). STF. 2ª Turma. HC 142738 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 04/04/2018.

Em pesquisa ampla na miríade de decisões dos Tribunais Superiores, nota-se que o confronto do princípio da insignificância com outros institutos gera ainda mais instabilidade nas decisões. Como exemplo, cita-se os desdobramentos da reincidência (genérica, específica e multirreincidente) e valor do bem patrimonial, pontos centrais de debate:

Em regra, a habitualidade delitiva específica (ou seja, o fato de o réu já responder a outra ação penal pelo mesmo delito) é um parâmetro (critério) que afasta o princípio da insignificância mesmo em se tratando de bem de reduzido valor. Excepcionalmente, no entanto, as peculiaridades do caso concreto podem justificar o afastamento dessa regra e a aplicação do princípio, com base na ideia da proporcionalidade. É o caso, por exemplo, do furto de um galo, quatro galinhas caipiras, uma galinha garnizé e três quilos de feijão, bens avaliados em pouco mais de cem reais. O valor dos bens é inexpressivo e não houve emprego de violência. Enfim, é caso de mínima ofensividade, ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica. Mesmo que conste em desfavor do réu outra ação penal instaurada por igual conduta, ainda em trâmite, a hipótese é de típico crime famélico. A excepcionalidade também se justifi-

ca por se tratar de hipossuficiente. Não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do Estado-polícia e do Estado-juiz movimente-se no sentido de atribuir relevância a estas situações. STF. 2ª Turma. HC 141440 AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/8/2018 (Info 911).

A habitualidade delitiva constitui motivação idônea a afastar a aplicação do princípio da insignificância, desde que, sopesada com juízo conglobante à luz dos elementos do caso concreto, resulte em maior reprovabilidade da conduta. STF. 2ª Turma. HC 159435 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/06/2019.

A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1517800/TO, Rel.Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/02/2020.

Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, a reiteração no cometimento de infrações penais se reveste de relevante reprovabilidade e inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância. STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1484552/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 22/10/2019.

Pela cotejo dos precedentes acima, resta evidente que a tentativa de parâmetros objetivos no HC 84.412-0/SP e adotados pela doutrina, mostrou-se falha frente a situações casuísticas. O termo “excepcional” é recorrente na análise do princípio da insignificância no casos enfrentados, o que demonstra a ausência de objetividade para incidência.

Ressalta-se que o STF no julgado do HC 135164/MT inovou no tocante a incidência do princípio, vejamos:

A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. No entanto, com base no caso concreto, o juiz pode entender que a absolvição com base nesse princípio é penal ou socialmente indesejável. Nesta hipótese, o magistrado condena o réu, mas utiliza a circunstância de o bem furtado ser insignificante para fins de fixar o regime inicial aberto. Desse modo, o juiz não absolve o réu, mas utiliza a insignificância para criar uma exceção jurisprudencial à regra do art. 33, § 2º, “c”, do CP, com base no princípio da proporcionalidade. STF. 1ª Turma. HC 135164/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23/4/2019 (Info 938).

O julgado específico transborda toda construção feita na doutrina e jurisprudência analisada. Como definido, o princípio da insignificância figura como causa supralegal de exclusão da tipicidade, gerando a atipicidade do fato. Isso torna necessário a absolvição do réu.

Em análise, aparenta-se inviável reconhecer o princípio e não reconhecer a atipicidade do delito. Tal argumento restava pacificado na doutrina e precedentes, contudo, o julgado citado criou nova camada de instabilidade jurídica e inovação, permitindo um arranjo entre o princípio da insignificância com a proporcionalidade, desvirtuando o instituto.

Assim, após a análise dos recortes da jurisprudência acima, resta indubitável a incoerência dos precedentes no tocante a incidência do princípio da insignificância.

Tal fato é de maior gravidade ao ser contextualizado com o dano gerado em condenações ou absolvição equivocadas, devido a divergências de hermenêutica.

A segurança jurídica deve imperar na seara penal, posto que a aplicação do Direito Penal pode gerar a privação da liberdade pessoal, bem jurídico de posição elevada na sociedade ou perpetuar a manutenção de indivíduo culpado por um ato criminoso no convívio social, sem sofrer as consequências pelo delito.

Apesar das divergências, nota-se de forma espantosa que o norte dado pelo Min. Celso de Mello no HC 84.412-0/SP pode ser considerado respeitado nas decisões antagonistas apresentadas. Contudo, isso somente é possível devido a ampla subjetividade das vertentes adotadas como fundamento no STF para aplicação do princípio da insignificância, ato que potencializou a insegurança jurídica, como exposto.

## CONCLUSÃO

Na persecução criminal é possível a utilização dos princípios, fato amplamente aceito pela jurisprudência e doutrina. Contudo, a utilização desses precisa ser forma coerente, evitando o uso frequente de justificativas “excepcionais” para modificar os parâmetros de incidência.

Defende-se a necessidade de delimitar, de forma objetiva, um campo normativa mínimo para a incidência dos princípios. Assim, é evitado o subjetivismo na fundamentação, além de criar norte seguro para os magistrados e evitar a multiplicidade de recursos, considerada a possibilidade de harmonia nos precedentes.

Doutrinadores penais em suas obras precisam avaliar o Direito Penal para além de teorias abstratas, verticalizando o conhecimento em harmonia com situações práticas, possibilitando um debate sobre problemas próximos, déficits emergenciais.

Diante de um legislador que definiu o aspecto da integridade dos precedentes, incumbe aos magistrados, com parcimônia e fundamentação concreta, criarem os contornos mínimos necessários para incidência do princípio da insignificância no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 2.848/40**. Código penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105/15**. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 4.657/42**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm). Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **RHC 66869/PR**. Requerente: Vera Maria Nunes Deustscher. Relator: Min. Aldir Passarinho. DJ: 06.12.1988. DJE: 28.04.1988. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur124092/false>. Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110475/SC**. Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 14.02.2012. DJE: 15.03.2012. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur205949/false>. Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 104787**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ayres Brito. DJ: 26.10.2010. DJE: 18.02.2011. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919333>. Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior Pública da União. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 16.10.2004. DJE: 19.11.2004. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200>. Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635659**. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 24.08.20123. DJE: 01.09.2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **HC 202.883**. Agravante: Vinicius de Souza Henrique. Relator: Min. Ricardo Lewan-

dowski. DJ: 15.09.2021. DJE: 20.09.2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452932/false> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **HC 138.134**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 07.02.2017. DJE: 28.03.2017. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365281/false> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Ag.Rg. HC 142.738**. Agravante: Lener Adriano Tofano. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 04.04.2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15079560> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **HC 141440 AgR/MG**. Agravante: Alexsander Andrade da Silva. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 14.08.2018. DJE: 07.02.2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397745/false> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Ag.Rg. HC 215.739**. Agravante: Dabi Mascarenhas Cerqueira. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 27.06.2022 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761720916> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **HC 135164/MT**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJ: 23.04.2019. DJE: 06.08.2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407942/false> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **HC 159435 AgR/MG**. Agravante: Alex Gomes Augusto. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 28.06.2019. DJE: 01.08.2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407286/false> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AgRg AREsp 1517800**. Agravante: Amós Costa Carvalho. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 20.02.2020. DJE: 28.02.2020. Disponível em <https://>

processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901672717&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AgRg AREsp 1484552**. Agravante: Carlos Alberto Freitas. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. DJ: 22.10.2019. DJE: 05.11.2019 <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901141929&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **AgRg RHC 147158/SP**. Recorrente: Vinicius de Souza Henrique. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. DJ: 25.05.2021. DJE: 01.06.2021. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202101414087](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202101414087) Acesso em 23 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **RHC nº 35920/DF**. Recorrente: Claudio Silva Junior. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. DJ: 20.05.2014. DJE: 29.05.2014. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201300564368](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300564368) Acesso em 23 de setembro de 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v.1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA. **Declaração de direitos do do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em 27 de setembro de 2023.

GRECO, R. **Curso de direito penal- parte especial**. 14. ed. v. 3. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v.1. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.





# A TÉCNICA DO DISTINGUISHING NOS JULGAMENTOS CRIMINAIS: UMA FERRAMENTA DE JUSTIÇA.



Aryane Ruiz Raposo de Melo

## **Resumo**

O presente artigo pretende analisar a necessidade da particularização de determinado caso concreto (*distinguishing*) em relação a um precedente ou padrão decisório, visando a efetiva realização da justiça no viés da pacificação social. Para tanto, demonstrar-se-á a importância de dois princípios fundamentais, o da segurança jurídica e o da isonomia. Realizar-se-á, ainda, um cotejo entre a técnica do *distinguishing* e o casuísmo, ponderando a necessidade de uma fundamentação robusta para o afastamento da *ratio decidendi* do padrão decisório. Utilizar-se-á, como estudo de caso, dois julgados em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispôs da técnica de distinção.

**Palavras-chave:** distinguishing; padrão decisório; precedente; casuísmo.

- \* Graduada em Direito pela Universidade Barros Melo (Olinda/PE). Assessora Técnica Judiciária no TJPE desde 2009, com atuação em gabinete criminal desde 2015.

# THE DISTINGUISHING TECHNIQUE IN CRIMINAL TRIALS: A JUSTICE TOOL.



**Abstract:**

This article intends to analyze the need for particularizing a specific case (distinguishing) in relation to a precedent or decision-making standard, aiming to effectively achieve justice in the spirit of social pacification. To this end, the importance of two fundamental principles will be demonstrated, that of legal certainty and equality. There will also be a comparison between the distinguishing technique and casuistry, considering the need for a robust basis for moving away from the ratio decidendi of the decision-making standard. As a case study, two judgments will be used in which the Superior Court of Justice used the distinction technique.

**Keywords:** distinguishing; decision-making standard; precedent; casuistry.

## INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é elemento estrutural do Estado de Direito, uma vez que as relações sociais dependem da estabilidade para a manutenção da ordem jurídica.

Contudo, determinadas peculiaridades atraem a necessidade do afastamento de um precedente para individualizar uma situação específica (*distinguishing*), sem que haja a violação do princípio da segurança jurídica.

Em verdade, a referida distinção tem por escopo atender outro pilar fundamental do Estado de Direito, qual seja, o princípio da isonomia.

Assim, ao lado da segurança jurídica, firmada mediante a técnica dos precedentes judiciais (padrões decisórios), é importante concretizar o princípio da isonomia mediante a utilização do *distinguishing*.

Em dois recentes julgados na esfera criminal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deixou de aplicar o seu entendimento pacífico, até mesmo sumulado, sob o argumento de particularizar o caso concreto, confirmando a importância dessa técnica de julgamento na seara criminal.

Não foram decisões arbitrárias ou meramente casuísticas, mas sim ponderadas e proferidas com observância dos requisitos para a incidência da técnica do *distinguishing*.

E justamente em razão da utilização da ferramenta sob análise é possível ao Judiciário ir além da solução do litígio propriamente dito e concretizar a pacificação social.

## 1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

De proêmio, importa ressaltar que a segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado de Direito. Ainda que não tenha previsão expressa no texto constitucional de 1988, o princípio decorre do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF) de 1988, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”.

Consoante lição de Gilmar Mendes<sup>1</sup>, a ideia de segurança jurídica remonta ao direito germânico e está contida no próprio princípio do Estado de Direito ao lado do princípio da legalidade.

De acordo com José Afonso da Silva<sup>2</sup>, a segurança jurídica diz respeito ao “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Almiro Couto e Silva<sup>3</sup>, em artigo específico sobre a segurança jurídica (proteção à confiança), trata do seu aspecto objetivo e subjetivo. Segundo o referido autor:

---

1 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 261.

2 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006.

3 COUTO E SILVA. Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica: Proteção à Confiança no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=22>. Acesso em 20/09/2023.

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

No aspecto objetivo, portanto, o princípio da segurança jurídica tem por escopo garantir estabilidade para as relações sociais, seja do Estado em relação aos indivíduos, seja entre os próprios indivíduos.

Lado outro, em sua vertente subjetiva, traduz-se no próprio princípio da proteção à confiança ou confiança legítima, pautando-se pela boa-fé dos indivíduos (e igualmente dos Tribunais), esperando-se que as situações equivalentes sejam tratadas da mesma forma, observando-se outro princípio constitucional, o da isonomia.

André Ramos Tavares<sup>4</sup> elenca três características essenciais do princípio da segurança jurídica: a) a imperiosa certeza do conhecimento do Direito vigente e de acesso ao conteúdo desse Direito; b) a possibilidade de conhecer, de forma antecipada, as consequências decorrentes dos comportamentos e atos praticados; e c) a estabilidade do ordenamento jurídico.

Por sua vez, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>5</sup> enfatizam a importância da observância da segurança jurídica em relação a situações passadas e também atuais:

Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente.

Nesse contexto, tem-se que a segurança jurídica é princípio de observância obrigatória para a efetiva concretização da estabilidade e da integridade no Estado de Direito.

## 2. OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Após a edição da EC nº 45/2004, especialmente diante da criação da súmula vinculante, passou-se a notar uma aproximação do sistema brasileiro com a doutrina da *com-*

---

4 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 728-733.

5 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V.2., p. 470.

*mon law* no seguinte contexto: a) o combate à dispersão jurisprudencial (jurisprudência lotérica), que provoca danos à segurança jurídica (previsibilidade) e à isonomia; b) a busca pela racionalização da atividade jurisdicional, na medida em que o respeito aos padrões decisórios permite a manutenção de uma lógica e de uma coerência; e c) a busca pela duração razoável do processo.

Em 2015, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador corroborou a aproximação entre o ordenamento brasileiro, de origem romano-germânica (*civil law*), e o ordenamento anglo-saxão (*commom law*), prevendo expressamente a necessidade de manter a jurisprudência dos Tribunais Pátrios estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926)<sup>6</sup>.

No mesmo sentido, em 2022, o art. 8º da Recomendação 134 do CNJ<sup>7</sup>:

Art. 8º Os precedentes devem ser respeitados, a fim de concretizar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como de proporcionar a racionalização do exercício da magistratura.

Consoante lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, citando Alexandre Freitas Câmara<sup>8</sup>, precedente judicial:

---

6 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

7 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em 21/09/2023.

8 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 13 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021, p. 1393.

é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente.

Importa registrar, a título de conhecimento, que alguns autores, a exemplo de Alexandre Freitas Câmara<sup>9</sup>, utilizam a expressão “padrões decisórios”, conceito mais técnico, porquanto consiste em gênero do qual fazem parte o precedente, a decisão, a jurisprudência e a súmula, além de encontrar respaldo no próprio Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o **padrão decisório** que lhe deu fundamento. (destaque acrescido)

Assim, pode-se dizer que o ordenamento brasileiro internalizou a ideia dos padrões decisórios ou precedentes ju-

---

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1.



diciais. Sobre a criação de um precedente, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>10</sup> pontuam que:

Nas hipóteses em que o órgão julgador está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

Partindo-se dessas premissas, na esteira da metáfora do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin, depreende-se que as decisões judiciais, idealmente, devem ser proferidas seguindo a lógica de um livro, ou seja, cada decisão realizada por um juiz (novo capítulo) deve guardar relação com a decisão anteriormente proferida (capítulo anterior), mantendo-se a integridade e a coerência do sistema.

---

10 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V.2, p. 490-491.

Dworkin<sup>11</sup> defende especificamente a integridade sob o argumento de que ela protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial e esclarece que:

uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo.

O Direito, portanto, como regra, deve resguardar a segurança jurídica das relações sociais e a integridade das decisões por meio da observância aos precedentes judiciais.

A ideia central do precedente judicial decorre da sua *ratio decidendi*, que é justamente o fundamento da decisão judicial, o seu elemento-base, a razão pela qual o magistrado decidiu naquele sentido.

Necessário, pois, que a decisão tenha motivação robusta, uma vez que ela é a “*pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente*”<sup>12</sup>.

---

11 DWORKIN, Ronald. O império do Direito. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

12 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V.2, p 470.

Nesse ponto surge a necessidade de uma melhor argumentação na decisão, de uma maior qualidade na fundamentação, sob pena de incorrer em casuísmo.

### 3. DISTINGUISHING X CASUÍSMO

Conforme demonstrado, a sedimentação da jurisprudência depende da evolução das decisões judiciais em um mesmo sentido, pautadas em decisões anteriores, na esteira do romance em cadeia idealizado por Dworkin.

O magistrado, contudo, ao julgar um caso concreto, não se limita a aplicar a norma jurídica previamente existente, mas também a interpreta e a integra, de acordo com princípios e valores constitucionais. Pode-se dizer, então, que o juiz cria a norma para o caso concreto, não de forma arbitrária ou casuística, mas sim com fundamento na lei e na jurisprudência.

Nessa esteira de raciocínio, tendo por fundamento a atividade de criação da norma para o caso concreto realizada pelo magistrado, é possível excepcionar um padrão decisório diante de uma situação peculiar.

É o que a doutrina convém denominar de *distinguishing*. Trata-se de uma técnica de interpretação e aplicação do direito que consiste em distinguir o caso concreto do caso paradigma, quando há, entre eles, diferença relevante apta a justificar a prevalência da circunstância específica em detrimento de um precedente ou de uma súmula.

De forma didática, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>13</sup> esclarecem que:

Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Noutro vértice, o casuísmo é uma forma de raciocínio que se baseia em casos particulares, sem maior preocupação com as regras universais. Na seara jurídica, o casuísmo pode ser visto como uma forma de interpretação ou aplicação do Direito que considera as peculiaridades de cada caso concreto, sem observar a coerência ou a uniformidade em relação aos precedentes ou à legislação vigente.

Desse modo, a atuação casuística pode ter aspectos positivos ou negativos, dependendo do ponto de vista e dos interesses envolvidos. Por um lado, o casuísmo pode favorecer a adaptação do direito às mudanças sociais e às demandas da realidade, implicando em uma maior flexibilidade e sensibilidade na solução dos conflitos. De outra sorte, o casuísmo pode gerar insegurança jurídica, arbitrariedade e injustiça, ao permitir que o julgador de-

---

13 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V.2., p. 491.

cida conforme a sua conveniência ou ideologia, sem respeitar os limites e os critérios impostos pelo ordenamento jurídico.

Depreende-se, portanto, que o *distinguishing* tem como objetivo garantir a coerência e a uniformidade das decisões judiciais, bem como a segurança jurídica e a isonomia dos jurisdicionados, diferenciando-se de uma decisão meramente casuística. Ao mesmo tempo, o *distinguishing* permite uma certa flexibilidade e adaptabilidade do direito às peculiaridades de cada situação, evitando a aplicação mecânica ou irrefletida de um entendimento consolidado.

Observa-se, nesse toar, que o *distinguishing* deve ser utilizado com parcimônia nas situações em que, de fato, o caso concreto exige um tratamento diferente, sob pena de incorrer em decisão casuística, isto é, uma decisão sem fundamentos robustos o bastante para o afastamento do padrão decisório, tão somente com fundamento nas convicções pessoais, ideológicas e morais do magistrado.

Por tais razões, no intuito de evitar o casuísmo em seu aspecto negativo, a decisão que irá confrontar o precedente e realizar o *distinguishing* demanda uma fundamentação de melhor qualidade, com exposição pormenorizada dos fatos que ensejam a distinção, especialmente para atender o disposto no art. 315, §2º, inciso VI, do Código de Processo Penal (CPP) que, seguindo a linha do CPC de 2015, foi incluído pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019):

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O *distinguishing*, desse modo, utilizado de forma escrita, concretiza o princípio da isonomia em seu viés material, uma vez que ao solucionar um caso específico, afastando-o do paradigma, realiza a tão desejada fórmula de “*tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam*”.

#### 4. ESTUDO DE CASOS: ESTUPRO DE VULNERÁVEL E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Partindo-se do exposto, importa apresentar o primeiro caso a ser estudado neste artigo em que o Superior Tribunal de Justiça utilizou acertadamente a ferramenta processual do *distinguishing*.

Trata-se do Recurso Especial nº 1.977.165<sup>14</sup>, no qual a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça aplicou a técnica de distinção em relação ao Recurso Repetitivo nº 1.480.881. O

---

<sup>14</sup> Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103846715&dt\\_publicacao=25/05/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103846715&dt_publicacao=25/05/2023) Acesso em: 22/09/2023.

caso concreto envolveu a prática do delito de estupro de vulnerável e a ementa restou configurada nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DENÚNCIA REJEITADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RECEBIMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VÍTIMA COM 12 ANOS E RÉU COM 19 ANOS AO TEMPO DO FATO. NASCIMENTO DE FILHO DA RELAÇÃO AMOROSA. AQUIESCÊNCIA DOS PAIS DA MENOR. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADOLESCENTE. DISTINGUISHING. PUNIBILIDADE CONCRETA. PERSPECTIVA MATERIAL. CONTEÚDO RELATIVO E DIMENSIONAL. GRAU DE AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL DO FATO.

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

2. **A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação.**

3. “Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade” (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021).

4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.

5. “A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente, mas também emocionalmente, desestruturando e entidade familiar constitucionalmente protegida” (REsp n. 1.524.494/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia.

(REsp n. 1.977.165/MS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator



para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 25/5/2023, destaque acrescido)

No que se refere ao delito de estupro de vulnerável (CP, art. 217), o STJ possui entendimento sumulado (verbete nº 593) no seguinte sentido:

Súmula 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Observa-se, assim, que a configuração do mencionado delito demanda tão somente um critério objetivo: a prática de estupro em detrimento de pessoa menor de 14 (catorze) anos, presumidamente (de forma absoluta) vulnerável. Portanto, a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso em detrimento de menor de 14 anos, independentemente de qualquer situação, consuma o estupro.

No julgamento do Recurso Especial 1.977.165/MS, entretanto, ainda que fosse possível a aplicação do padrão decisorio, uma vez que houve a prática de conjunção carnal com menor de 14 (catorze) anos, o Superior Tribunal de Justiça ponderou a diferença de idade entre a vítima e o acusado, bem assim o nascimento de um filho do casal, como fatores distintivos em relação ao paradigma.

Do inteiro teor do acórdão, de lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, destaca-se o seguinte trecho:

Ressalte-se que “É possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (*distinguishing*), ou que o leve a sua superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*), de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico” (REsp 1656322/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019) . **Na questão tratada no acórdão proferido, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a vítima era criança, com 8 anos de idade, enquanto que o imputado possuía idade superior a 21 anos.**

**No presente caso, consta dos autos que o imputado possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, praticou conjunção carnal no meado de maio de 2019 com a vítima, adolescente, “que na época dos fatos contava com apenas 12 (doze) anos de idade (fl. 07), resultando em gravidez, cuja criança do sexo masculino veio a nascer, no dia 11.08.2020”.**A necessidade de realização da distinção feita no REsp Repetitivo 1480881/PI se deve em razão de que, no presente caso, a diferença de idade entre o acusado e a vítima não se mostrou tão distante quanto do acórdão paradigma, bem como porque houve o nascimento do filho do casal, devidamente registrado, fato

social superveniente e relevante que deve ser considerado no contexto do crime. (destaque acrescido)

Aplicou-se, como um dos fundamentos para a distinção, a exceção de Romeu e Julieta, originada no direito norte-americano, que propõe o afastamento da conduta típica de ter relação sexual com menor de idade, quando há um relacionamento amoroso anterior entre os envolvidos e uma pequena diferença de idade entre eles. Essa teoria excepcional é inspirada na obra de William Shakespeare, que narra o trágico romance entre dois jovens de famílias rivais, Romeu e Julieta, que tinham 16 e 13 anos, respectivamente.

Depreende-se que, de fato, o caso concreto se amolda à *ratio decidendi* do paradigma, uma vez que a vítima era menor de 14 anos, ainda que tenha consentido com a conjunção carnal em razão de prévio relacionamento amoroso com o acusado.

Contudo, a ínfima diferença de idade entre eles (6 anos), comparando-se com o acórdão paradigma (mais de 12 anos), somado ao consentimento dos próprios pais da adolescente e ao nascimento de uma criança fruto desse relacionamento, são fatos aptos a afastar o precedente e excepcionar o padrão decisório.

Não fosse a técnica de distinção, ainda com base no inteiro teor do acórdão sob análise, outros princípios seriam violados, a exemplo do princípio da proteção integral (CF/88, art. 227) que deve ser conferida a toda criança, uma vez que o filho do casal cresceria sem a presença do pai, o qual estaria em cumprimento de pena privativa de liberdade.

O ministro relator, em seu voto, ponderou, ainda, a vitimização secundária, esclarecendo que:

Das premissas fáticas delineadas no julgado, constata-se que a punição do réu ocasionaria em face da vítima “a vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana” (REsp 1524494/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 28/05/2021).

Desse modo, a técnica do *distinguishing* contribuiu para a efetiva pacificação do conflito entre a sociedade e o réu, abarcando igualmente os interesses da vítima.

O segundo, e último, caso digno de nota no presente artigo é o Recurso Especial nº 1.969.032/RS<sup>15</sup>, que trata do reconhecimento fotográfico, no qual o Superior Tribunal de Justiça realizou a distinção em relação ao *Habeas Corpus* nº 598.886.

Em verdade, historicamente o Superior Tribunal de Justiça possuía o entendimento no sentido de que art. 226 do CPP, ao tratar do procedimento para o reconhecimento fotográfico, constituía uma “mera recomendação” legal e, caso não fossem efetivamente observadas as formalidades previstas, ensejaria nulidade relativa<sup>16</sup>.

---

15 Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103505643&dt\\_publicacao=20/05/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103505643&dt_publicacao=20/05/2022)

16 Nesse sentido: AgRg no AREsp 1054280/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017 e STJ, AgRg no REsp 1444634/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017.

Contudo, em 2020, por ocasião do julgamento do HC 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, o STJ conferiu nova interpretação ao mencionado dispositivo legal, no intuito de superar o entendimento até então vigente.

Assim, consoante se extrai do referido julgado<sup>17</sup>, foram firmadas as seguintes conclusões:

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

---

<sup>17</sup> Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001796823&dt\\_publicacao=18/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020) Acesso em 23/09/2023.

ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, mudou a sua orientação e passou a entender que as formalidades legais do art. 226 do CPP constituem “*garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador*” (STJ, HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020).

Contudo, em 2022, no julgamento do Recurso Especial nº 1.969.032/RS, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a técnica do *distinguishing* em um caso envolvendo o reconhecimento pessoal, cuja ementa restou configurada nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. OBRIGATORIEDADE DA OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. DISTINGUISHING. AUSÊNCIA DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL. ABSOLVIÇÃO. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. No julgamento do HC 598.886/SC, da relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, decidiu a Sexta Turma, revendo anterior interpretação, no sentido de que se “determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento

formal - pessoal ou fotográfico - que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato - todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo - autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários”.

**2. Apesar do reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial não ter observado o procedimento legal, o presente caso enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, tendo em vista que a vítima relatou, nas fases inquisitorial e judicial, conhecer o réu pelo apelido de “boneco”, bem como o pai do acusado, por serem vizinhos, o que não denota riscos de um reconhecimento falho.**

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o modus operandi empregado na prática do delito, cometido na clandestinidade, sendo que a reversão das das premissas fáticas do julgado, para fins de absolvição, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.969.032/RS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022, destaque acrescido)

Na hipótese versada, o reconhecimento fotográfico não seguiu o padrão exigido pela lei. Todavia, a vítima relatou, em todos os seus depoimentos prestados nos autos – extrajudicial e judicial –, que conhecia o réu, antes mesmo de ter sido vítima de crime por ele praticado, uma vez que eram vizinhos.

Assim, o fato de a vítima conhecer previamente o réu foi fator suficiente para afastar a *ratio decidendi* do padrão decisório do Superior Tribunal de Justiça e particularizar o caso concreto, tendo em vista que, nessa situação específica, não houve qualquer risco de um reconhecimento errôneo ou induzido.

Mais uma vez, observa-se a utilização da técnica do *distinguishing* para a efetivação da justiça, sob a perspectiva da isonomia material, tendo em vista que a peculiaridade presente no caso concreto permitiu a condenação do réu e, nesses termos, a pacificação do conflito social.

## 5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, denota-se que o ordenamento brasileiro incorporou o sistema de precedentes (padrões decisórios) em busca da efetivação de um dos fundamentos do Estado de Direito, a segurança jurídica e, por consectário lógico, a construção de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente.

Nesse toar, de suma importância a robustez na fundamentação das decisões paradigmas, para que a *ratio decidendi* possa ser posteriormente replicada em casos análogos, de modo a fortalecer a estabilidade da ordem jurídica.

Entretanto, sob outro viés, não se pode perder de vista a relevância do *distinguishing* para a concretização do princí-



pio fundamental da isonomia material, uma vez que, para a melhor solução de um caso concreto, as peculiaridades devem prevalecer em detrimento do padrão decisório.

Cumprе ressaltar que a técnica do *distinguishing* não se confunde com o casuísmo encontrado em determinadas decisões judiciais. Diferente do que ocorre na ferramenta processual de distinção, uma decisão meramente casuística não se preocupa em apontar formalmente a divergência em relação ao caso paradigma, tampouco possui fundamentação suficiente para se afastar do padrão decisório.

O casuísmo, ainda que, em seu aspecto positivo, favoreça a adaptação do direito às mudanças sociais e às demandas da realidade, pode levar o julgador a decidir conforme a sua conveniência ou ideologia, sem respeitar os limites e os critérios impostos pelo ordenamento jurídico.

Assim, digno de nota a utilidade da técnica de distinção no ordenamento brasileiro como uma importante ferramenta para a efetiva concretização da justiça no caso concreto.

Por fim, nos dois casos analisados, observou-se que o Superior Tribunal de Justiça aplicou de forma escoreita a técnica do *distinguishing*, bem fundamentando a decisão e apontando os elementos distintivos do julgado em cotejo com o caso paradigma. Ao final, além de solucionar o litígio, efetivou a justiça através da pacificação social.

## REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica: Proteção à Confiança no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=22>.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V.2.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume Único. 13 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.



# DA NECESSIDADE DE SUPERÇÃO E CANCELAMENTO DA SÚMULA 231 DO STJ



Bruno Rodrigues Fonseca\*<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo construir uma reflexão teórica acerca da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que dispõe sobre a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal em caso de reconhecimento da incidência de alguma atenuante. O texto perpassa pelos fundamentos que justificaram a criação da súmula e aborda, na sequência, as razões contrárias ao enunciado sumular, inclusive com discussões recentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Por fim, apresenta a conclusão do autor sobre o tema na linha de superação e cancelamento da mencionada súmula.

**Palavras-chave:** Penal e Processo Penal; Aplicação da Pena; Atenuante; Súmula 231; e Redução Abaixo do Mínimo Legal.

---

\* Graduado no Curso de Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC em 2013; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Pitágoras em 2017. Advogado, inscrito no quadro da OAB/MG sob o n.º 147.144 desde 2013. Juiz Leigo no TJGO desde 2020. E-mail: rodriguesfonseca.jus@hotmail.com.

# THE NEED TO OVERCOME AND CANCELATE SUMMARY 231 OF THE STJ



**Abstract:**

This article aims to build a theoretical reflection on summary 231 of the Superior Tribunal de Justiça (STJ) which provides for the impossibility of reducing the sentence below the legal minimum in case of recognition of the incidence of some mitigating factor. The text goes through the grounds that justified the creation of the summary and then addresses the reasons contrary to the summary statement, including recent discussions in the doctrinal and jurisprudential scope. Finally, it presents the author's conclusion on the topic in the line of overcoming and canceling the aforementioned summary.

**Keywords:** Criminal and Criminal Procedure; Application of the Penalty; Mitigating; Summary 231; e Reduction Below the Legal Minimum.

## INTRODUÇÃO

A aplicação da pena no Direito Penal brasileiro é um tema extremamente instigante e complexo. Nosso Código Penal adotou, em seu art. 68, o chamado sistema trifásico sustentado pelo saudoso Ministro Nelson Hungria (BITENCOURT, 2020, p. 1.718). Assim, nos termos da mencionada disposição legislativa, deverá ser fixada uma pena-base, a qual é seguida pela análise das circunstâncias atenuantes e agravantes, sendo que, por último, o julgador avalia as causas de diminuição e aumento da pena.

É a partir da fixação da pena-base e no momento da aplicação de eventual atenuante que se concentra a discussão deste estudo, pois, conforme o enunciado n.º 231 das súmulas do STJ, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (BRASIL, 1999).

Sabe-se que o legislador, de antemão, fixa o preceito secundário, isto é, a pena em abstrato para cada hipótese delitiva, a qual, no crime de furto simples (art. 155, *caput*, do CP), por exemplo, é de 01 a 04 anos de reclusão e multa.

Fixada a pena-base na forma prevista no art. 59 do CP – dentre outras disposições especiais, tal como o art. 42 da Lei n.º 11.343/06 –, dentro deste limite fixado pelo legislador, discute-se a possibilidade de se aplicar, na sequência, a pena intermediária abaixo do previsto inicialmente.

Quanto à primeira fase, no momento da fixação da pena-base, não há dúvidas e nenhuma controvérsia acerca da observância do quadrante imposto pelo legislador, mesmo por-

que o próprio art. 59, II, do CP, dispõe que o Juiz estabelecerá “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”. Também na terceira fase, ou seja, quando da incidência das causas de diminuição ou aumento de pena, não existe qualquer discussão sobre reduzir a pena além do mínimo legal ou mesmo aumentar acima do máximo abstratamente previsto. Porém, na segunda fase de aplicação da pena, especialmente no que diz respeito às atenuantes que é o ponto aqui abordado, a questão é deveras tormentosa.

Adianto que entendo pela necessidade de superação da súmula n.º 231 do STJ e, assim, pela possibilidade de variação do *quantum* de pena intermediária sem a observância dos limites estabelecidos no preceito secundário, pelo menos enquanto não houver previsão legal expressa em sentido contrário, tal como ocorre com a pena-base no mencionado art. 59, II, do CP ou mesmo como ocorria com a redação original do parágrafo único do art. 48 do CP.

A Constituição Federal prevê o princípio da individualização da pena no art. 5º, XLVI, o qual afirma expressamente que “a lei regulará a individualização pena”. Além disso, há importante mandamento constitucional acerca da proibição de penas cruéis, degradantes, de caráter perpétuo, de banimento, de morte e de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, da CF/88), expressando-se, assim, os princípios da dignidade no cumprimento das penas, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Cesare Beccaria (traduzido por CRETELLA JR. e CRETELLA, 2006, p. 44) já apregoava que é “necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que,

conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu”. Foi fecundada, assim, a ideia de proporcionalidade na aplicação das reprimendas penais.

Ainda, o art. 5º, XXXIX, da CF/88, é assertivo ao enunciar que não haverá crime sem prévia previsão legal e nem pena sem a respectiva cominação em lei. Eis o princípio da legalidade que é tão invocado na doutrina e na jurisprudência penal.

Recentemente, o próprio STJ (BRASIL, 2023), por iniciativa do Ministro Rogério Schietti Cruz, integrante da 6ª Turma, propôs a revisão da súmula n.º 231, inclusive promovendo audiência pública com o objetivo de ouvir entidades e especialistas sobre a matéria.

É com base nessas considerações iniciais, bem assim nessa possível reviravolta jurisprudencial, portanto, que deve ser pautada a presente abordagem. No entanto, importante consignar, de início, os fundamentos que ensejaram a criação do remoto enunciado de súmula ora questionado.

## 1. OS FUNDAMENTOS QUE ENSEJARAM O ENUNCIADO SUMULAR

O enunciado de súmula n.º 231 do STJ é antigo, foi aprovado pela 3ª Seção em 22/09/1999, completando, recentemente, 24 anos. E desde a sua edição, tal enunciado vem sendo aplicado em todo o território nacional, a despeito de não se tratar de orientação vinculante. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) editou o enunciado n.º 42 de súmula que foi aprovado pelo Grupo de Câmaras

Criminais, nos termos seguintes: “Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado” (MINAS GERAIS, 2016).

Veja-se, a seguir, alguns precedentes do STJ que motivaram a edição da súmula estudada:

RESP. PENAL. PENA. ATENUANTE. O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstracto) não se confunde com a aplicação (in concreto). A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o Juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo na lei. A segunda, sim, conduz a grau porque o legislador afetou o quantum da cominação (REsp n.º 15.691/PR, Relator Designado Ministro Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJe 03/05/1993).

PENAL. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE E CAUSA DE AUMENTO. FIXAÇÃO DA PENA. CRITÉRIOS. 1. O sistema adotado pelo Código Penal impede que, estabelecida a pena-base consideradas as circunstâncias judiciais, existindo circunstância atenuante, o Juiz diminua a pena abaixo do estabelecido em lei. Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo levando em conta a menoridade do réu, a pena não pode ser reduzida para quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado. É que as circunstâncias legais influem sobre o



resultado a que se chega na primeira fase, cujos limites, mínimo e máximo, não podem ser ultrapassados. Apenas na terceira fase, quando incidem as causas de diminuição e de aumento, é que aqueles limites podem ser ultrapassados. 2. Precedentes (REsp n.º 46.182/DF, Relator Ministro Jesus Costa Lima, 5ª Turma, DJe 16/05/1994).

PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/1976. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LIMITE DE INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES RECONHECIDAS. [...] III - As atenuantes (no caso, as do art. 65, inciso I e art. 65, inciso III, letra d, do Código Penal) nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal. Recurso conhecido e desprovido (REsp n.º 146.056/RS, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJe 10/11/1997)

Neste último precedente citado, consta o seguinte reforço argumentativo utilizado pelo douto Relator, o Ministro Felix Fischer:

A *quaestio* não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, ad *argumentandum*, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível con-

cepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista** in “Introdução Crítica ao Direito Penal” e H. H. **Jescheck**, in “Tratado de Derecho”, 4ª ed., Granada, 1993, p. 384-386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann e Achenbach**). *Terceiro*, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, *data venia*, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinquentes. Caso contrário, na *participação de somenos* (art. 29 § 1º do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse *menor participação* (o texto, todavia, só diz com a *participação ínfima*, cfr. ensinanças de **René A. Dotti** in “Reforma Penal Brasileira”, Ed. Forense, 1988, p. 98-99, e de **Jair Leonardo Lopes**, op. cit., p. 183). Por último, a expressão “*sempre atenuam*” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, *desde que a pena base não esteja no mínimo*, diga-se, *até aí, reprovação mínima do tipo*. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do *limite máximo* (o outro lado da ampla indeterminação). E, isto, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o *princípio da legalidade formal*.

Percebe-se, assim, que dentre os fundamentos para a edição da súmula está que os arts. 59, 67 e 68 do CP devem ser interpretados de modo a indicar um mínimo e um máximo de pena para cada delito. Inclusive, se não houvesse a estipulação de um limite, questionavam à época: a pena poderia chegar ao marco zero? Além disso, sobre a questão da eventual provocação da injustiça na aplicação da pena, também refutavam no sentido de que a aplicação da pena não poderia ser considerada uma competição entre os réus e, por fim, sobre a previsão no art. 65 do CP no sentido de que “sempre atenuam”, tal dispositivo – segundo fundamentaram – deve sofrer uma interpretação teleológica e não meramente literal, de modo que deve ser lido: “Sempre atenuam, *desde que a pena base não esteja no mínimo*”.

Outro fundamento que não foi citado nos precedentes acima é que o próprio Código Penal chegou a vedar expressamente a fixação de pena inferior ao mínimo da cominada ao crime para o caso de atenuantes. Isso é o que se depreende do revogado parágrafo único do art. 48 do CP com a redação original de 07 de dezembro de 1940.

Veja-se o que dispunha o texto legal:

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, **não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.** (grifo inserido)

Parcela da doutrina também aponta que se o Juiz decidiu aplicar a pena fora dos parâmetros estabelecidos em lei para o preceito secundário, tal situação configuraria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante. Veja-se, a título ilustrativo, as lições de Cleber Masson (2017, p. 750 a 751):

Além disso, as atenuantes genéricas, ainda que existam muitas delas no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1ª fase) for fixada no mínimo legal. Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante. Tais motivos levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 231: ‘A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal’.

Ainda em termos doutrinários, veja-se a posição de Damásio de Jesus e André Estefam (2020, p. 724): “O *quantum* da atenuação fica a critério do juiz. Entretanto, há um caso em que as circunstâncias atenuantes não têm incidência: quando a pena-base foi fixada no mínimo legal. Elas não podem atenuar a pena aquém do mínimo abstrato”.

Em interessante artigo sobre o tema em comento, Carlos Henrique Perpétuo Braga, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, identificou também importantes outros fundamentos invocados pelo STJ para a edição da súmu-

la, destacando-se, além desses já mencionados, a abominação ao “sistema da ampla indeterminação” e o da “relevância punitiva das agravantes e atenuantes”.

Segundo Braga (2020, p. 87), quanto ao sistema da ampla indeterminação, tem-se o seguinte:

Ponderou-se, ao tempo de se editar a súmula, que, se não existissem ‘limites claros nas duas primeiras operações’, ter-se-ia um sistema de ‘ampla indeterminação’, proporcionando ‘tratamentos infundadamente diferenciados’, o que ‘contraria o princípio da reserva legal e causa imensa insegurança jurídica tanto ao réu quanto à sociedade’ (BRASIL, 1997).

Ou seja, esse mencionado sistema de ‘ampla indeterminação’ (BRASIL, 1997) afrontaria o princípio da reserva legal.

Ou seja, questiona-se a liberdade do juiz ao aplicar a reprimenda penal e aponta-se, ainda, para uma possível violação aos princípios da reserva legal e da segurança jurídica.

No que tange à relevância punitiva das agravantes e atenuantes, Carlos Henrique Perpétuo Braga (ibidem, p. 94) constatou o seguinte argumento levado a efeito:

A edição da súmula alicerçou-se também na premissa de que a inexistência de limites às agravantes e às atenuantes conduziria ao reconhecimento de que elas possuiriam ‘relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica’ (BRASIL, 1997).

É como se insurgissem quanto ao tratamento dispensado à segunda fase de estimação da sanção penal, apontando uma dissonância com os elementos estruturantes do tipo penal, atribuindo, assim, maior peso à segunda fase do procedimento dosimétrico.

## 2. FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA

Apesar dos inúmeros e qualificados fundamentos e dos autores que defendem o entendimento esposado no enunciado n.º 231 das súmulas do STJ, há inúmeros outros defensores e também fundamentos que atestam a necessidade de superação e cancelamento da mencionada súmula.

De início, destaca-se o disposto no próprio art. 65, *caput*, do CP: “São circunstâncias que **sempre atenuam a pena**” (grifo inserido).

Como se percebe, inexistente qualquer condicionante para a incidência das causas atenuantes previstas nos incisos que seguem no citado texto legal e, ainda, fosse o caso de haver alguma limitação, não se utilizaria o advérbio “sempre”.

Nesse sentido, aliás, é o que defende Rogério Greco (2017, p. 711):

Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou de aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da Súmula n.º 231, expressou seu posicionamento no sentido de que ‘a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.’ Essa, infelizmente, tem

sido a posição da maioria de nossos autores, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo.

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?

Carlos Henrique Perpétuo Braga (ob. cit., p. 85) elucida bem a situação ao refutar o argumento do STJ acerca da necessidade de observância de limites objetivos:

Ora, a fundamentação para a redução da pena abaixo do mínimo, em se identificando uma circunstância atenuante, está na própria lei, que, longe de impor qualquer condição, crava o advérbio ‘sempre’ no art. 65, caput, do Código Penal: ‘São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena’ (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Inclusive, como visto mais acima, a redação original do Código Penal, em seu art. 48, parágrafo único, é que dispunha expressamente acerca da vedação de redução da pena abaixo

do mínimo da pena cominada no tipo, mas tal dispositivo foi expressamente revogado e não houve a sua reprodução no atual art. 65 do CP.

Cezar Roberto Bitencourt (Ibidem, p. 1.863) aponta o seguinte:

O equivocado entendimento de que ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84). Ademais, esse dispositivo disciplinava uma causa especial de diminuição de pena – quando o agente quis participar de crime menos grave –, mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. De notar que nem mesmo esse diploma revogado (parte geral) estendia tal previsão às circunstâncias atenuantes, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação. Lúcido, também nesse sentido, o magistério de Caníbal quando afirma: ‘É que estes posicionamentos respeitáveis estão, todos, embasados na orientação doutrinária e jurisprudencial anterior à reforma penal de 1984 que suprimiu o único dispositivo que a vedava, por extensão – e só por extensão – engendrada por orientação hermenêutica, que a atenuação da pena por incidência de atenuante não pudesse vir para aquém do mínimo. Isto é, se está raciocinando com base em direito não mais positivo’.



No mais, veja-se, também, que a posição de Rogério San-ches Cunha (2020, p. 536) é de que *“a orientação contida na súmula, sem amparo legal, ofende ao menos três princípios constitucionais: da legalidade, da isonomia e da individualização da pena”*.

De fato, o art. 5º, XXXIX, da CF/88 aponta que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*. No mesmo sentido, o CP, em seu art. 1º, já aponta que *“não há crime sem lei anterior que o defina”* e também que *“não há pena sem prévia cominação legal”*, tal como assim o faz a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, no art. 7 que trata sobre o *“Direito à Liberdade Pessoal”*. O princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, LXVI, da CF, assim dispõe: *“a lei regulará a individualização da pena”*. Portanto, cabe a lei dispor sobre a aplicação da sanção penal, e, no caso, como visto, o art. 65, caput, dispõe sobre a imposição de incidência das atenuantes de modo legítimo a efetivar a individualização da pena.

Não há que se falar em interpretação teleológica com base nos arts. 59, 67 e 68 do CP, como afirmado pelo Ministro Felix Fischer no REsp n.º 146.056/RS, posto que o art. 59 é direcionado para a fixação da pena-base (conforme mencionado na primeira parte do art. 68 do CP) e nenhum dos outros dois dispositivos legais fazem referência à limitação da incidência das atenuantes.

Em verdade, como afirmou Bitencourt (op. cit.), tal posicionamento constitui em indevida interpretação analógica, a qual é proibida no âmbito do Direito Penal e fere o princípio da legalidade estrita.

Afirma Leonardo Sica (2017, p. 113) que:

[...] Contudo, trata-se de interpretação equivocada, incompatível com o conteúdo semântico do princípio da legalidade e que só justifica por razões ideológicas. Tudo indica o contrário, pode o juiz aplicar pena abaixo do mínimo legal se constatar circunstâncias atenuantes no caso concreto.

Primeiramente, há que se lembrar que o princípio da legalidade funciona como garantia contra o uso excessivo ou indeterminado do poder punitivo. Logo, por decorrência lógica, só pode ser oposto como obstáculo ao aumento da punição não prevista em lei.

A previsão legal de atenuantes inominadas (art. 66 do CP), em oposição à inexistência de ‘agravantes inominadas’, revela, mediante interpretação teleológica razoavelmente simples, que o sistema de legalidade estrita está orientado para conter o exercício do poder punitivo, o que se dá por meio do estabelecimento de níveis máximos de sua imposição. Por óbvio, o sistema de contenção não requer, nem prevê, a necessidade inflexível de patamares mínimos, até porque não existem níveis mínimos de castigo e sofrimento que devem ser compulsoriamente impostos.

Ainda, há ferimento ao princípio da isonomia, como aponta Sanches (op. cit), na forma do art. 5º, *caput*, da CF, pois realmente para a prática de crimes em situações dissonantes é possível que se dê solução idêntica, prestigiando

ou desprestigiando algum dos apenados em detrimento de outro.

Veja-se, por exemplo, o caso de duas pessoas que cometem furto simples (art. 155, *caput*, do CP), ambas com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, sem a incidência de qualquer agravante. Nesse caso hipotético, se alguma delas confessar a prática delitiva (atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do CP), será tratada como se assim não procedesse, havendo uma situação dissonante e desprivilegiada com quem contribuiu para com a elucidação criminal, de modo que, inclusive, configuraria um desestímulo à confissão. É que a pena, de toda forma, estaria limitada ao mínimo legal e ambos os réus receberiam a mesma reprimenda, ainda que estejam em situações valoradas diferentemente pela própria legislação penal: um é réu confesso e o outro não.

Outra situação aberrante seria se, no mesmo caso acima, ambos os réus sem qualquer circunstância judicial negativa com relação à pena base, sendo ambos confessos para efeito de incidência da atenuante (art. 65, III, “d”, do CP), mas um deles reincidente e, portanto, presente a agravante (art. 61, I, do CP). Nessa hipótese, sendo possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão (REsp n. 1.947.845/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Turma, DJe de 24/6/2022), ambos receberiam a mesma pena, pois, fixadas no mínimo legal, a atenuante seria inócua para o réu primário, apesar de surtir efeito para o reincidente. Assim, novamente estar-se-á diante de um tratamento destoante, prestigiando ou ofertando ao reincidente pena igual a do réu primário.

Rogério Greco (ob. cit., p. 712) ainda fornece outro exemplo de injustiça para o caso da aplicação da pena em conformidade com a súmula n.º 231 do STJ e malferimento do princípio da isonomia:

A discussão não é meramente acadêmica, tendo repercussão prática importantíssima. Raciocinemos com um exemplo. Suponhamos que o agente, menor de 21 anos à época dos fatos, tenha praticado um delito de furto simples. O juiz, após analisar individualmente todas as circunstâncias judiciais, decide aplicar a pena-base em seu mínimo legal, vale dizer, um ano de reclusão. No segundo momento, verifica que nos autos foi comprovada a sua menoridade por intermédio de documento próprio e que não existem circunstâncias agravantes. Para a maioria de nossos doutrinadores, como também para o STJ, a pena-base não poderia ser reduzida aquém do seu mínimo, devendo, em flagrante desrespeito ao art. 65 do Código Penal, ser desprezada a circunstância atenuante prevista no inciso I do mencionado artigo. Se fosse aplicada, conforme determina a lei, a redução pela circunstância atenuante, em um mês por exemplo, a pena, nesse segundo momento, seria inferior a um ano. Somente a título de raciocínio, imaginemos que no caso concreto não houvesse causas de aumento ou diminuição de pena, que seriam observadas no terceiro instante da aplicação da pena, e a pena final fosse determinada em onze meses de reclusão. De acordo com o inciso V do art. 109 do Código Penal, a pena igual a um ano, ou, sendo superior, não excedente

a dois, prescreve em quatro anos; se inferior a um ano, a prescrição ocorrerá em 3 (três) anos, conforme determina o inciso VI, do citado art. 109, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010. No caso tido como exemplo, como o agente era menor de 21 anos de idade, nos termos do art. 115 do Código Penal, o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade. Assim, se aplicada pena de onze meses, obedecida a redução pela circunstância atenuante, o seu prazo prescricional seria de um ano e meio, o qual dificilmente não ocorreria entre os marcos interruptivos da prescrição.

Nesse embalo, tem-se que realmente há uma quebra da isonomia.

Outrossim, também é importante ressaltar a violação ao princípio da tripartição dos poderes (art. 2º da CF/88).

É que o legislador dispôs sobre a incidência das atenuantes que devem ser valoradas pelo julgador na aplicação da pena, de modo que não é possível engessá-lo acerca da *quantum* devido a título de redução, mormente quando a própria legislação assim não prevê.

Sica (ibidem, p. 113) aponta que “a impossibilidade de redução aquém da pena mínima escolhida pelo legislador, no limite, afeta o princípio da separação dos poderes”.

Braga, além disso, afirma o comprometimento da democracia com a súmula n.º 231 nos seguintes termos (Ob. cit., p. 87):

Essa interpretação manifestamente contrária ao texto de lei rompe com o fio condutor de uma história,

metaforicamente descrita por Dworkin (2003) como romance em cadeia, em que um dos capítulos reside, por que não, no exercício da função legislativa. E, mais ainda, rompe com o princípio do Estado Democrático de Direito, cuja vinculação a jurisdição não pode se fur-tar (DIAS, 2018, p. 160), decorrência lógica do sistema constitucional, 'resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito' (DIAS, 2018, p. 160), e de onde se extrai, também, a vinculação ao 'princípio da reserva legal ou da prevalência da lei' (DIAS, 2018, p. 165), que remete ao conjunto de normas jurídicas, quer constitucionais, quer inconstitucionais, balizadoras da função jurisdicional. A interpretação, na contramão daquilo que claramente estabelece a lei, não contribui para os fins da democracia”.

Já no que é pertinente a eventual desconfiança com relação à aplicação da pena pelos magistrados, de modo a se questionar eventual *quantum* de pena que seria aplicado, inclusive se poderia chegar ao marco zero, como apontou o Ministro Felix Fischer no REsp n.º 146.056/RS; tem-se que o princípio do juiz natural e competente para o processo e julgamento do caso concreto (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88), assim como o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88) e o próprio devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) com a observância da ampla defesa e do contraditório, inclusive com os recursos a eles inerentes (art. 5º, LV, da CF/88), já afastaria tal argumento e cisma injustificada.

Perpétuo Braga (*Ibidem*, p. 86) assim aponta:

Ademais, salta aos olhos uma desconfiança exacerbada relativamente à atuação do magistrado, ao tempo em que promove a redução da pena. Afinal, não lhe é dado o direito de se descuidar dos princípios implícitos que orientam a imposição da pena, v.g., o da suficiência e o da necessidade.

Destaque-se, ainda, que um flagrante descompasso na definição da pena pode ser corrigido nas instâncias superiores, em grau de recurso, como rotineiramente acontece, mesmo com as restrições trazidas pela Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999). Ou seja, a diversidade de entendimento entre as instâncias, ou mesmo nas instâncias, pode ocorrer quanto ao valor conferido às circunstâncias judiciais, ao montante de redução ou de aumento pela incidência das circunstâncias legais e até mesmo nas causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena.

*Concessa vênia*, não há mesmo qualquer justificativa para desprestigiar a decisão judicial.

A propósito, no que é pertinente ao questionamento do sistema da “ampla indeterminação”, também tem-se importantes esclarecimentos do autor acima citado (*ibidem*, p. 88 e 89):

Primeiro, ignora a capacidade das partes e do órgão estatal jurisdicional, subestimando-as para confrontar

o princípio da proporcionalidade à luz do caso concreto. Mais, esquece-se de que os pronunciamentos jurisdicionais se submetem a intenso controle das partes e das instâncias superiores – haja vista o caráter dialógico que deve nortear o processo constitucional –, capaz de corrigir descompasso entre a pena e a sua finalidade. Isso ocorre diariamente, repita-se, quando os tribunais reposicionam a pena fixada na instância inferior, por considerar os novos números mais condizentes com as finalidades de reprovação e de prevenção.

Há que se destacar a afirmação de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que enfatiza ser impossível ao legislador, que trabalha no campo da esfera abstrata, realizar uma correta aplicação da pena. Afinal, ele não dispõe da concretude fática, ou seja, “[...] a aplicação da pena ao caso concreto não se orienta apenas pelo princípio da legalidade. Ao contrário, neste momento da aplicação do direito ao fato histórico, cabe ao intérprete da lei adequar a pena a este.” (GOMES, 2003, p. 158).

E é exatamente essa conjugação entre a pena abstrata dada pelo legislador e aquela aplicada no caso concreto que dará “o verdadeiro ponto de equilíbrio entre as exigências da legalidade e de individualização da pena”. (GOMES, 2003, p. 160).

Segundo, porque os limites claros foram objeto de preocupação do legislador apenas no tocante à fixação da pena-base, por imposição do art. 59 do Código Penal.



[...]

Terceiro, porque nem mesmo a assertiva de que a pena mínima abstrata “constitui a garantia do bem tutelado, ou a medida da sanção necessária e proporcionada a sua proteção”, sustenta o entendimento sumular, à medida que, com a incidência das causas de aumento e de diminuição de pena, aqueles limites estariam comprometidos.

Desse modo, com base na ampla fundamentação acima, realmente os argumentos pelo cancelamento da súmula são melhores qualificados e devem prosperar.

Não é à toa que o STJ, por iniciativa do Ministro Rogério Schietti Cruz, Relator no REsp n.º 2.057.181, no REsp n.º 2.052.085 e no REsp n.º 1.869.764 selecionados para julgamento pelo rito qualificado, propôs a revisão e entende pelo cancelamento da súmula 231, inclusive realizando audiência pública para colher subsídios de especialistas, o que ocorreu no dia 17/05/2023.

Na mencionada sessão, o Ministério Público e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) defenderam a manutenção da súmula.

Porém, a maioria dos argumentos são no sentido de revisão/cancelamento do enunciado, tal como se observa da fala do conselheiro federal e procurador-geral da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ulisses Rabaneda dos Santos, ao apontar que os precedentes que levaram à edição da Súmula 231 estão defasados diante das diversas mudanças jurídicas e sociais que ocorreram no país. Veja-se:

Antes da alteração de 1984, a aplicação da pena respeitava o critério bifásico, em que as circunstâncias atenuantes e agravantes eram valoradas junto com a pena-base, de modo que, em razão disso, ela não era fixada abaixo do mínimo legal. Contudo, com a reforma penal de 1984, adotou-se o método trifásico: fixa-se primeiramente a pena-base, e consideram-se na sequência circunstâncias atenuantes e agravantes, incorporando-se ao cálculo, finalmente, as causas de aumento e diminuição da pena.

A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), por intermédio de seu representante Aury Lopes Júnior, também sustentou o equívoco do entendimento sumulado. Segundo Lopes Júnior (BRASIL, 2023), “seria praticamente impossível a aplicação de tantas atenuantes a ponto de se atingir o que ele chamou de ‘pena zero’”. Além do mais, argumentou:

Na excepcional situação de haver seis atenuantes, vamos resolver o caso por meio de uma questão de método, aplicando um critério sucessivo de incidência de atenuantes, e não cumulativo, como já se faz nas causas especiais de redução da pena. O argumento da ‘pena zero’ é uma falácia punitivista, pois isso nunca vai acontecer.

[...]

A lei é garantia de limite de poder. Não podemos alargar o espaço punitivo sem lei clara e indiscutível no seu conteúdo.

Por último, a coordenadora de política criminal da Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos (ANADep), Lúcia Helena Silva Barros de Oliveira, sustentou: “Decidam olhando para as consequências práticas da eventual manutenção da Súmula 231, para o cárcere brasileiro, para a população negra e para os princípios constitucionais”.

## CONCLUSÃO

Como se percebe dos argumentos deduzidos acima, do contraponto traçado, há patente necessidade de superação da súmula n.º 231 do STJ.

A fixação de limitação quanto a redução da pena sem previsão legal é que ofende a isonomia, a individualização da pena, a dignidade do apenado, a segurança jurídica, a proporcionalidade e a razoabilidade, além de configurar afronta ao Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade, no presente estudo, seria respeitado caso se seguisse a redação do art. 65, *caput*, do CP, pois, afinal, tal dispositivo prevê circunstâncias que “sempre atenuam a pena”.

A limitação a *contrário legis* da redução da pena privativa de liberdade configura utilização da analogia em prejuízo do réu.

Não há que se falar em sistema da “ampla indeterminação” ou de uma maior “relevância de agravantes e atenuantes” em detrimento dos elementos integrantes da estrutura do tipo penal, mas, sim, em observância aos direitos e garantias fundamentais do acusado, mormente a legalidade em sentido estrito.

As decisões judiciais devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF/88), o juízo prolator é naturalmente competente e imparcial (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88), sem contar que a reprimenda penal é aplicada tão somente após a consecução de um devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) em que se deve observar a ampla defesa e o contraditório, inclusive com os recursos a eles inerentes (art. 5º, LV, da CF/88).

Portanto, não se vislumbra qualquer motivo para a desconfiança com relação à decisão judicial que não aplica a súmula 231 do STJ.

Nesse ponto, cabe salientar, que não se braveja que o julgador não irá cometer qualquer erro ou mesmo que ele seja obrigado a proceder, sempre, com a redução da pena abaixo do limite legal quando estiver diante de uma atenuante. O que se defende é que o processo é dotado de natureza dialógica e que há recursos para eventuais dosimetrias realizadas de forma equivocada, assim como há para as causas de diminuição ou de aumento de pena, bem como para a própria fixação da pena-base.

Outrossim, não se defende um “garantismo hiperbólico monocular” (FISCHER, 2010, p. 48) como aponta parcela da doutrina brasileira, com a redução da pena do réu a qualquer custo. A questão não é a redução da pena, mas sim o seu impedimento sem qualquer fundamento legal e a contrário *legis*, tanto é assim que os questionamentos seriam amenizados caso a própria lei penal previsse a limitação da fixação da pena entre o mínimo e máximo constante no preceito secundário.

Nesse sentido, bem ressaltou Carlos Henrique Perpétuo Braga ao observar o Projeto de Lei n.º 236/2012, referente ao

novo Código Penal, que “elimina a expressão ‘sempre’ inserida no atual Código Penal” e que “estabelece claramente os limites a serem observados ao tempo em que se reconhecerem as atenuantes e, finalmente, admite, na terceira fase da dosimetria da sanção penal, que se reconheça a atenuante preterida na segunda etapa”, o que certamente resolverá a problemática relativa ao princípio da legalidade.

Também não há que se falar numa competição entre os réus em busca de uma pena mais branda, mas de mera efetivação e observância dos direitos e garantias fundamentais.

No mais, foram demonstrados inúmeros exemplos em que se tem um desestímulo à confissão caso esta não surta efeito com a redução da pena; em que se prestigia o reincidente equiparando-o ao réu primário, fixando-se penas iguais para ambos; ou mesmo desconsiderando o estado de maturidade do menor de 21 anos que comete crime, dentre tantas outras situações de não incidência das atenuantes ou da sua produção de efeitos.

Diante disso, no cenário atual, a melhor opção é realmente a superação do enunciado de súmula n.º 231 do STJ e seu efetivo cancelamento, em conformidade com o que é proposto no REsp n.º 2.057.181, no REsp n.º 2.052.085 e no REsp n.º 1.869.764, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi. Traduzido por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte Geral – Coleção Tratado de Direito Penal Vol 1**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

BRAGA, Carlos Henrique Perpétuo. **A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: uma (re)construção principiológico-constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 231**. 3ª Seção. Pesquisa de Jurisprudência, Súmulas, 22 setembro 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos; Brasília, DF.

BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos; Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Terceira Seção vai rediscutir possibilidade de pena abaixo do mínimo legal; relator convoca audiência pública**. Março de 2023. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/24032023-Terceira-Secao-vai-rediscutir-possibilidade-de-pena-abaixo-do-minimo-legal--relator-convoca-audiencia-publica.aspx>>. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 15.691/PR - Paraná**. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 03 mai. 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 46.182/DF - Distrito Federal**. Relator: Ministro Jesus Costa, 5ª Turma. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 16 mai. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 146.056/RS - Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Felix Fischer, 5ª Turma. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 10 nov. 1997.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos)**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos; Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 2.057.181/SE - Sergipe**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção. Pesquisa de Consulta Processual. Andamento. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%202057181>>. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 2.052.085/TO - Tocantins**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção. Pesquisa de Consulta Processual. Andamento. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%202052085>>. Acesso em: 26 set. 2023..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.869.764/MS - Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção. Pesquisa de Consulta Processual. Andamento. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201869764>>. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Audiência pública reúne entidades para debater súmula que impede penas abaixo do mínimo legal**. Maio de 2023. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17052023-Audiencia-publica-reune-entidades-para-debater-sumula-que-impede-penas-abaixo-do-minimo-legal.asp> x#:~:text=Ele%20destacou%20que%20a%20S%C3%BAmula,de%20Processo%20Civil%20(CPC).>. Acesso em: 26 set. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPODVI, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral Vol 1**. 19 ed. Niterói/RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. Atualização André Estefam. **Direito Penal Vol 1**. 37 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral Vol 1**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Grupo de Câmaras Criminais). **Enunciado 42**. Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado. Belo Horizonte: TJMG, [2016?]. Disponível em: <[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/arquivos/sumulas/Enunciados\\_Sumula\\_Grupo\\_Camaras\\_Criminais.pdf](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/arquivos/sumulas/Enunciados_Sumula_Grupo_Camaras_Criminais.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2023

SICA, Leonardo. COSTA MACHADO, Organizador; AZEVEDO, David Teixeira, Coordenador. **Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7 ed. Barueri/SP: Manole, 2017.



# POLÍCIAS, DIREITOS HUMANOS E A URGÊNCIA DE PERSPECTIVAS DIALÓGICAS.



Ana Cristina Nascimento Freire\*

## Resumo

A Constituição Federal de 1988 tem um Capítulo dedicado a Segurança Pública, que está dentro do Título relativo à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Apesar do destaque dado pelo Direito Brasileiro, o Brasil está entre um dos países do mundo nos quais as polícias mais matam e mais morrem. Evidentemente que Segurança Pública não tem como ser atingida sem a superação de desigualdades raciais, de gênero, econômicas, dentre outras variáveis determinantes na formação do País. Porém, o presente Artigo tem por recorte a relevância dos processos dialógicos entre polícias e estudiosos/militantes de Direitos Humanos. Parte-se, fundamentalmente, da análise de dados coletados em 2013, através de formulários semiabertos, preenchidos por 25 alunos do Programa de Pós-graduação *lato sensu* em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco. Partindo-se da premissa de que é preciso conhecer para reformular, objetiva-se destacar que, para o advento de uma País mais seguro, há necessidade de maior aproximação e compreensão das polícias e policiais, de modo que o conhecimento decorrente da soma de perspectivas, possa convergir em reunião de elementos e ações mais eficientes para efetivo cumprimento dos ditames constitucionais.

**Palavras chave:** Direitos Humanos, Polícias Brasileiras, Diálogo.

1 Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Exerceu o cargo de Escrivã da Polícia Civil de Pernambuco entre os anos de 2011 e 2014. Desde 2014 é Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Colaboradora da Comissão de Igualdade Racial da OAB/PE. Professora da Faculdade de Ciências Aplicadas de Limoeiro/PE – FACAL. Contato: anacnfreire@gmail.com

# THE NEED TO OVERCOME AND CANCELLETE SUMMARY 231 OF THE STJ



## **Abstract:**

The Federal Constitution of 1988 has a Chapter dedicated to Public Security, which is within the Title relating to the Defense of the State and Democratic Institutions. Despite the emphasis given to Direito Brasileiro, or Brazil is between two countries in the world, we have more police forces and more deaths. Evidently, Public Security does not have to be addressed without overcoming racial, gender, economic inequalities, among other variable determinants in the formation of the Country. Porém, o present Artigo tem by cutting to relevance two dialogical processes between police and scholars/militants of Human Rights. Part-is, fundamentally, an analysis of data collected in 2013, through semi-open forms, submitted by 25 students of the Postgraduate Program in the sense of Human Rights of the Federal University of Pernambuco. Starting out, it is assumed that it is necessary to know to reformulate, objectively, to highlight that, for the advent of a safer country, there is a need for greater approximation and understanding of the policies and police, so that the knowledge from which there are so many perspectives , we can converge on the most efficient gathering of elements and actions to effectively fulfill two constitutional goals.

*“Temos de imaginar o que fazer com os torturadores e os assassinos, como prevenir o seu surgimento no futuro sem deixar de reconhecer, o tempo todo, que eles são nós.”*

Lynn Hunt

*“É preciso, sobretudo não esquecer que tanto o PM arrogante como o objeto criminoso comum são indivíduos de nossa espécie, produtos da mesma sociedade em que vivemos, nós, seres humanos honestos e pacíficos (...).”*

J. A. Lindgren Alves

## INTRODUÇÃO

No Brasil, em 2013, ano das entrevistas que subsidiaram esta pesquisa, foi publicada a cifra de 56.337 homicídios registrados em 2012. E em 2023, ano da publicação deste Artigo, divulgou-se que 47.508 homicídios foram contabilizados em 2022.

Ante essas estatísticas que superam países em contextos de guerras declaradas, importa contextualizar que após período no qual é possível inferir que todas as pessoas tiveram acesso o significado assustador do termo “pandemia”, os dados de homicídios no Brasil já são considerados, há décadas, epidêmicos, ou seja, acima de 10 assassinatos para cada 100 mil habitantes.

Destacando a relevância do tema para o Direito Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 tem um Capítulo dedicado a Segurança Pública, que está dentro do Título relativo à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

Nesse sentido, nos termos do Art. 144, da Constituição Cidadã, as polícias Militares, Cíveis, Federal, Ferroviária Federal, Rodoviária Federal, e Penais (federal, estaduais e distrital), são órgãos responsáveis pela preservação da ordem pública, da incolumidade de pessoas e patrimônios.<sup>1</sup>

Importa ressaltar que das polícias supracitadas, as penais (federal, estaduais e distrital), foram acrescidas à Carta Magna através da Emenda Constitucional nº104/2019. Reconhecendo-se pleito antigo de Agentes Penitenciários e Prisionais.

Vale observar que instituições policiais, apesar de atuarem com competências diversas, possuem em comum o fato de serem formalmente designadas para contribuir com a proteção aos Direitos e Garantias Fundamentais e Humanos, de repercussão nacional e internacional.

No entanto, mesmo com o advento da CF/88, ou seja, ao longo de décadas, perpassando-se textos acadêmicos, reportagens e vivências diuturnas, nota-se que as polícias brasileiras são frequentemente citadas em meios formais e informais por violações de diversas garantias legalmente instituídas.

Pelo exposto, é facilmente constatável a necessidade latente de se estudar as corporações de segurança pública, especificamente em favor da consecução de melhores argumentos para a melhoria de seus arranjos institucionais.

---

1 Constituição Federal de 1988. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso: 27.09.2023

Assim, este artigo tem como objetivo primordial, lançar subsídios a respeito da necessidade de matérias específicas sobre as polícias em cursos que abordem Direitos Fundamentais e Humanos nas suas matérias formativas. Tudo, para que essas instituições de Segurança Pública e seus membros possam ser mais conhecidos, em benefício da construção de novas políticas públicas que possam efetivamente, em termos de segurança, preconizar mudanças relevantes, com diminuição de violências em todo o País.

Visando compreender como as polícias são conceituadas, foram coletados dados através de questionários semiabertos preenchidos em 2013, por alunos de uma das turmas de Especialização *latu senso* em Direitos Humanos, da Universidade Federal de Pernambuco.

Foram entrevistados 25 pós graduandos, sendo a maioria com graduação em Direito (9). Também foram identificadas as seguintes formações superiores: Serviço Social (4), Administração (2) Psicologia (2), Pedagogia (2), Licenciatura em Letras, Comunicação Social com duas especificações diversas (2), Ciências Jurídicas e Educação, Ciências Biológicas/Ambientais, Sociologia e Secretariado Executivo.

Importante observar ainda que seis pessoas já possuíam título acadêmico de especialistas *lato sensu* em áreas como: Gestão e Planejamento Educacional, Direito Ambiental, Licitações/Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal, Educação, Gestão e Políticas Ambientais, Direito Penal e Processual Penal, e Direito Público.

Todas as perguntas foram relacionadas as polícias brasileiras. Abordando-se desde áreas de atuação, até vivên-

cias pessoais dos entrevistados com essas instituições e seus membros.

Sendo importante destacar que, no período da pesquisa, as polícias penais ainda não constavam no rol Constitucional de órgãos da Segurança Pública, posto que, como já frisado, isso ocorreu em 2019, cerca de seis anos depois do preenchimento dos questionários.

Certamente os capítulos elencados neste artigo não fornecerão soluções para questões historicamente complexas que dizem respeito às relações entre polícias e estudiosos/militantes de Direitos Humanos. No entanto, os tópicos desse escrito atingirão com êxito seus objetivos, se fundamentarem ou até simplesmente suscitarem qualquer nível de consciência no sentido dos benefícios, importância, urgência e viabilidade de processos dialógicos.

## 1. PÓS-GRADUANDOS EM DIREITOS HUMANOS

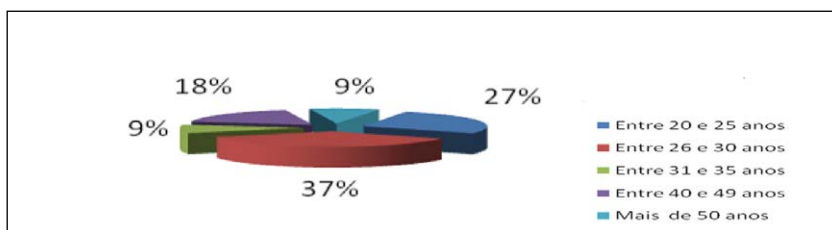
No Brasil, em junho de 2013, uma série de protestos por melhorias sociais envolveram milhares de cidadãos e cidadãs. Período em que análises preponderantemente negativas a respeito da atuação das polícias foram manifestas em meios midiáticos, conversas informais, redes sociais e especialmente em notas de repúdio de órgãos de defesa do Estado Democrático de Direito e seus conseqüentários.

Nesse período, visando-se um diagnóstico amostral de como as polícias brasileiras são conceituadas, gentilmente, alunos e alunas da primeira turma de Especialização em Direitos Humanos (*lato sensu*) da Universidade Federal de Per-

nambuco, preencheram, individualmente, questionário semiaberto relativo às polícias brasileiras.

As primeiras perguntas buscaram identificar formações acadêmicas dos entrevistados, que totalizaram 25 estudantes nas faixas etárias compreendidas entre 20 e 60 anos (Gráfico 1).

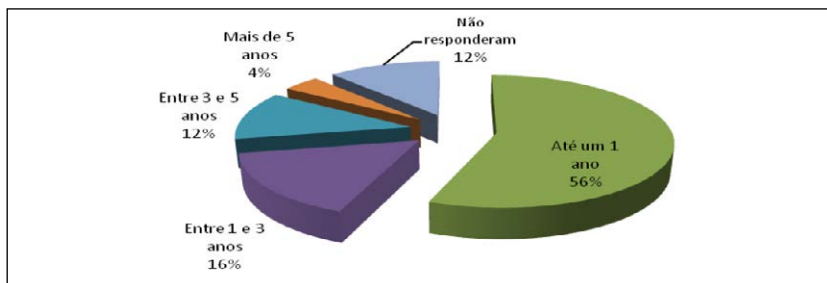
**Gráfico 01** - Faixa etária dos alunos pesquisados



### 1.1. Históricos acadêmicos

Oitenta e oito por cento (88%) das pessoas entrevistadas informaram algum período de estudos dedicados às temáticas de Direitos Humanos (Gráfico 2).

**Gráfico 02** - Tempo de estudos dedicados às temáticas de Direitos Humanos



As formações universitárias, por sua vez, se mostraram muito diversificadas (Gráfico 3). Esse dado se explica pelo fato de o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos na UFPE ser caracterizado por uma abordagem multidisciplinar, de modo que não limita o acesso a egressos de graduações de áreas específicas de conhecimento.

**Gráfico 03** - Formações universitárias dos entrevistados



Além das graduações (Direito, Serviço Social, Administração, Psicologia, Pedagogia, Licenciatura em Letras, Comunicação Social com duas especificações diversas, Ciências Jurídicas e Educação, Ciências Biológicas/Ambientais, Sociologia e Secretariado Executivo), importa observar que, dos vinte e cinco (25) entrevistados, seis (6) possuíam titulação de especialistas *lato sensu* em áreas como: Gestão e Planejamento Educacional, Direito Ambiental, Licitações/Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal, Educação, Gestão e Políticas Ambientais, Direito Penal e Processual Penal, e Direito Público.

Ainda no que diz respeito ao perfil acadêmico, foram direcionadas perguntas acerca das áreas de Direitos Humanos em que concentravam predominantemente seus estudos.



Analisando-se todos os questionários, nos quais poderiam ser apontadas mais de uma resposta, foram identificadas **44 áreas de concentração de estudos**: I – Filosofia; II – Direito do Trabalho; III – Trabalho em Direitos Humanos (Mercado de Trabalho); IV – Legislação dos Direitos Humanos (Educação em Direitos Humanos no PNEHDH); V – Gênero; VI – Direitos Políticos; VII – Políticas redistributivas; VIII – Educação; IX – Direitos da criança e do adolescente; X – Direitos dos portadores de transtornos psiquiátricos; XI – Justiça restaurativa; XII – Conciliação; XIII – Direitos humanos e cidadania; XIV – Direitos sociais; XV – Direito internacional; XVI – Políticas públicas; XVII – Sexualidade; XVIII – Meio ambiente e sociedade; XIX – Movimentos sociais do campo; XX – História XXI – Direitos das minorias; XXII – Sexualidade e cidadania; XXIII – Mediação de conflitos; XXIV – Educação em direitos humanos; XXV – Acesso à justiça; XXVI – Feminismo; XXVII – Livre orientação afetivo sexual/diversidade humana; XXVIII – Segurança pública / presídios; XXIX – Direitos humanos religiosos; XXX – Fundamentos dos Direitos Humanos; XXXI – Direitos Humanos dos idosos; XXXII – Direitos Humanos e decisões jurídicas e governamentais; XXXIII – Saúde e Direitos Humanos; XXXIV – Fraternidade política; XXXV – Consumidor; XXXVI – Mulheres; XXXVII – Educação popular de crianças e adolescentes; XXXVIII – Educação e linguagem para os direitos humanos; XXXIX – Mediação de conflitos e justiça restaurativa nas escolas; XL – Pobreza; XLI – Comunicação não violenta; XLII – Direito humano a alimentação; XLIII – Desenvolvimento territorial rural; XLIV – Desenvolvimento humano integral de crianças e adolescentes.

## 1.1. Efetivas atuações em áreas de Direitos Humanos

Visando dados relacionados com experiências, ou seja, trabalhos desenvolvidos de formas voluntárias ou remuneradas, abriu-se espaço nos questionários para informações além de áreas de estudos.

Das 25 pessoas entrevistadas, 8 responderam que nunca trabalharam com Direitos Humanos, enquanto que 17 afirmaram que já atuaram em áreas relacionadas com a temática.

Por se tratar de um questionamento semiaberto, ao qual cada pessoa poderia verter mais de uma atuação, foram identificadas nas respostas dos formulários **29 áreas de atuação** vinculadas ao campo dos Direitos Humanos: I - Direito do Trabalho e Causas Trabalhistas que tratam da dignidade do trabalhador; II - Formação de Jovens; III - Direitos de pessoas LGBT's; IV - Direitos da pessoa idosa; V - Direitos das mulheres; VI - Direito e educação; VII - Advocacia; VIII - Trabalho voluntário; IX - Produção acadêmica; X - Educação; XI - Meio ambiente e sociedade; XII - Movimentos sociais do campo; XIII - ONG's; XIV - Prevenção de abusos e exploração sexual de crianças e adolescentes; XV - Acesso à justiça; XVI - Feminismos/Masculinidades; XVII - Estatuto da Criança e do Adolescente; XVIII - Advocacia popular; XIX - Trabalho Infantil; XX - Acesso à universidade; XXI - Violência sexual infanto-juvenil; XXII - Cultura de paz; XXIII - Consumidor; XXIV - Mulher (questões de gênero); XXV - Crianças e adolescentes; XXVI - Educação popular; XXVII - Alfabetização; XXVIII - Direitos da criança e do adolescente; XXIX - Movimentos de trabalhadores rurais.

## 2. EQUÍVOCOS CONCEITUAIS ACERCA DAS POLÍCIAS

Noberto Bobbio, ao tratar da importância do diálogo, apontou a relevância de se aprender a respeitar as ideias dos Outros, de compreender antes de discutir, de discutir antes de questionar.<sup>2</sup>

Com base nessa necessidade premente de conhecimento como viabilizador do diálogo no âmbito dos direitos humanos, foram lançados os seguintes questionamentos: “Quais polícias atuam no Brasil?”. E infelizmente as respostas demonstraram latente desconhecimento formal acerca das instituições policiais brasileiras.

A Polícia Rodoviária Federal foi esquecida por 15 (quinze) entrevistados. Sendo a Polícia Civil a única citada por todos os 25 (vinte e cinco) entrevistados.

No entanto, muito mais preocupante do que a não indicação de instituições policiais que diuturnamente se inserem em meio ao convívio social, estão as citações de polícias inexistentes no Brasil, como “Polícia Administrativa”, “Polícia Municipal” e “Polícia Internacional”.

Proseguindo na abordagem dos conceitos básicos relativos às polícias brasileiras, os entrevistados foram questionados se saberiam definir fatores diferenciadores nas funções e âmbitos de atuação das Polícias Militares, Civas, Federal e Rodoviária Federal, e em caso positivo, foram convidados a exemplificar. Ocasão em que 8 (oito) responderam que não sabiam diferenciar, 2 (dois) se abstiveram de responder e 15

---

2 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Pág. 6.

(quinze) declararam saber as diferenças de competências das citadas corporações.

Outra questão importante, que define diversos arranjos institucionais frequentemente criticados por múltiplas camadas sociais, se relaciona com o Poder ao qual estão subordinadas as polícias civis e militares. Motivo que ensejou o seguinte questionamento: “Nos termos da Constituição Federal vigente, você sabe informar a que autoridade governamental as polícias civis e militares estão subordinadas?”.

Decompondo as respostas, se for considerada à risca o fato de a questão ter citado o termo “autoridade governamental”, apenas 5 entrevistados teriam acertado ao responderem “Governador de Estado”. No entanto, ultrapassando a rigidez dos termos é possível considerar que aqueles que responderam “Governo” (1 pessoa), “Governo estadual” (4 pessoas), “Poder Executivo” (2 pessoas), e “Estados federados” (2 pessoas), por interpretação extensiva, acertaram.

Entretanto, existiram equívocos de entrevistados que responderam que as polícias civis e militares tinham por autoridade governamental estadual a “Casa Civil” (1 pessoa), “Ministério da Defesa” (1 pessoa), “Poder Judiciário” (3 pessoas), “Justiça” (1 pessoa), “Polícia Federal” (1 pessoa), “Secretaria de Defesa Social” (1 pessoa), e “Distrito Federal” (1 pessoa).

Tal resultado corrobora uma das hipóteses motivadoras da pesquisa, a de que estudantes e militantes das diversas áreas relacionadas com Direitos Humanos, talvez necessitem verter olhares mais fundamentados em relação às problemáticas das polícias brasileiras, de modo que as reivindicações não deixem de considerar os arranjos institucionais, normas

e realidades fáticas. Inclusive, para que as responsabilidades sejam direcionadas e atribuídas aos setores e autoridades corretas.

Conforme leciona Ricardo Balesteri:

Se queremos, um dia, viver uma verdadeira “cultura de cidadania e direitos humanos”, precisamos ir além da acusação, somando esforços pela construção de um novo modelo de segurança pública. A parceria, portanto, entre a comunidade que se expressa através de suas organizações e a polícia, é fundamental para que alcancemos um patamar democrático mais pleno. (BALESTRERI, 1998, p. 4)<sup>3</sup>

Mas como contribuir na construção de um novo modelo de segurança pública, se há desconhecimento de dados basilares do já existentes? De que modo seria possível a viabilização de parcerias se sequer se reconhece no outro o potencial para protagonismo?

No ano anterior a pesquisa em comento, a Resolução nº 08, de 21 de dezembro de 2012<sup>4</sup>, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, em seu Artigo II, inciso XV, prescreveu que será assegurada a inclusão de conteúdos de Direitos Humanos nos concursos para provimento de cargos, e nos cursos de formação de agentes de segurança pública com enfoque historicamente fundamentado sobre a

---

3 BALESTRERI Ricardo Brisola. **Direitos Humanos**: Coisa de Polícia – Passo fundo-RS, CAPEC, Paster Editora, 1998.

4 Acessível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cddph/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia>

necessidade de ações e processos assecuratórios de política de segurança baseada na cidadania e nos Direitos Humanos.

Por outro lado, em 2013, na primeira turma do Programa de Especialização *lato sensu* em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco, dentre as 15 matérias obrigatórias, nenhuma tratava especificamente de temáticas relativas às Polícias ou Segurança Pública. Contudo, esse fato certamente se fez menos sentido, ante ampla oportunidade de acesso e presença de profissionais de segurança pública no corpo discente, além das pesquisas desenvolvidas no âmbito de todo o Programa, especialmente em nível de Mestrado.

### 3 POLÍCIAS E INFLUÊNCIAS MIDIÁTICAS: OLHARES NEGATIVOS ACERCA DAS POLÍCIAS BRASILEIRAS

Segundo Melina Risso, diretora executiva do Instituto Sou da Paz, “Poucos policiais são corruptos, mas eles acabam aparecendo mais do que a grande maioria que exerce a atividade honestamente”. (RUFINO, 2011, p. 34).<sup>5</sup>

Analisando esse contexto, o citado Instituto criou o Prêmio Polícia Cidadã, que “visa o reconhecimento da atividade policial que conta com pouca divulgação das boas ações, uma vez que a grande maioria das notícias veiculadas para a sociedade são ruins e violentas”. (Ibid, p. 34).

Ainda nessa seara de raciocínio, José Luiz Ratton, em seu artigo “Crimes, Políticas de Segurança Pública e Cidadania:

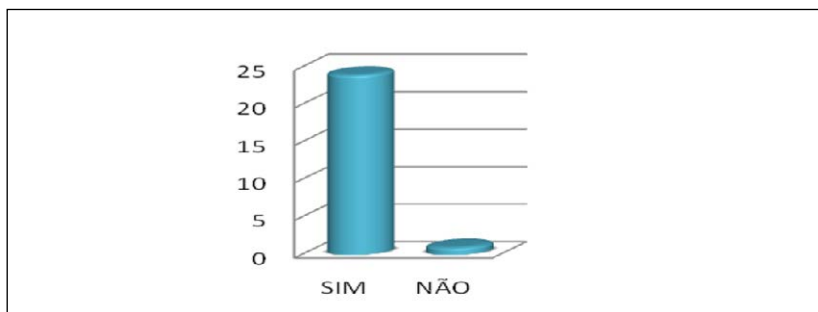
---

5 RUFINO, Thiago, Digno de prêmio: Bom desempenho das corporações policiais é reconhecido em homenagens concedidas por governos e sociedade civil, **Revista Soluções e Desafios na Segurança Pública**, 2ª edição, 2011. Pág. 34, acessível em [http://issuu.com/enzobertolini/docs/revista\\_solucoes\\_desafios\\_mar\\_abr\\_m](http://issuu.com/enzobertolini/docs/revista_solucoes_desafios_mar_abr_m)

Dilemas e Desafios”, cita “A mídia, televisiva, radiofônica e impressa, cujo alcance e capacidade de formação de opinião promovem a amplificação e distorção da percepção da violência urbana”. E destaca, que uma coisa é a “violência urbana”, outra, a percepção desta violência<sup>6</sup>.

Nesse contexto, de influências midiáticas, retornando ao questionário da pesquisa, primeiro foi perguntado se já haviam tomado conhecimento de críticas acerca da atuação das polícias no trato com direitos humanos. E, dos 25 (vinte e cinco) entrevistados, 24 (vinte e quatro) responderam que já tomaram conhecimento de críticas acerca da atuação das polícias no trato com direitos humanos (Gráfico 4).

**Gráfico 04** - Você já soube de críticas sobre a atuação de policiais no trato com Direitos Humanos

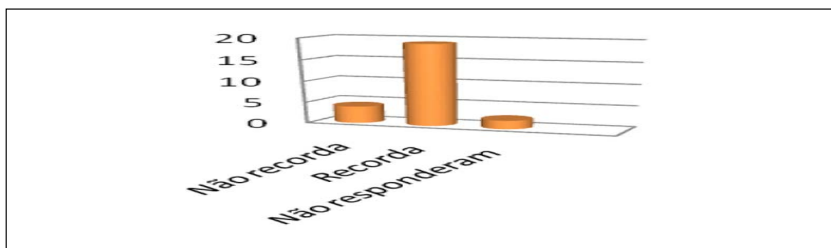


Conforme Gráfico 5, 19 (dezenove) entrevistados afirmaram que recordavam de críticas relativas a atuação policial,

6 RIQUE, Célia/BRITO Valdênia, Org. Educação em Cidadania. A polícia protetora dos direitos humanos. Gajop, Recife, 1999. Acessível em: [http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/A\\_Policia\\_Protetora\\_dos\\_Direitos\\_Humanos-coleanea\\_de\\_textos.pdf](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/A_Policia_Protetora_dos_Direitos_Humanos-coleanea_de_textos.pdf)

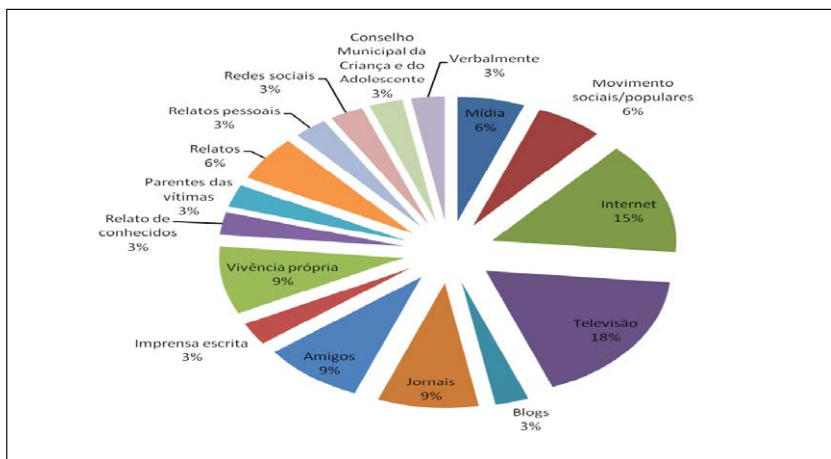
sendo importante considerar que se tratou de um questionamento aberto, abrindo-se espaço para mais de uma resposta.

**Gráfico 05** - Recorda de alguma crítica acerca da atuação de policiais no trato com Direitos Humanos



Ocorre que, dos meios citados, os midiáticos (“Mídia”, Internet, Televisão, Blogs, Jornais e Imprensa escrita) foram mencionados 18 vezes. (Gráfico 6).

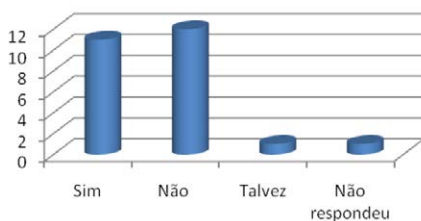
**Gráfico 06** - Meios pelos quais os entrevistados tomaram conhecimento de críticas acerca da atuação de policiais no trato com Direitos Humanos



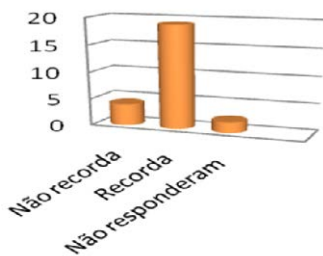


Analisando outra vertente, dos 25 entrevistados, 12 responderam que nunca tomaram conhecimento de elogios acerca da atuação das polícias no trato com direitos humanos (Gráfico 7 e 8).

**Gráfico 07** - Você já soube de elogios sobre a atuação de policiais no trato com Direitos Humanos

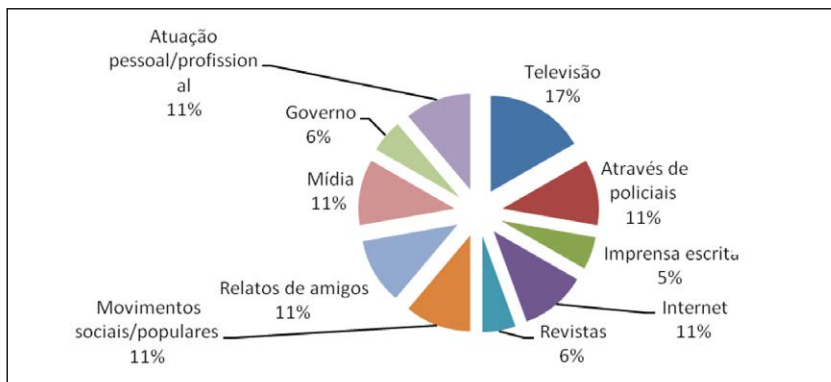


**Gráfico 08** - Recorda de algum elogio acerca da atuação de polícias brasileiras no trato com Direitos Humanos



Ainda acerca dos meios pelos quais souberam de elogios às polícias, as respostas dos 13 entrevistados foram expressas da seguinte forma: “Através de policiais”, “televisão”, “imprensa escrita”, “internet”, “revistas”, “mídia”, “movimentos sociais/populares”, “relatos de amigos”, “governo”, “atuação pessoal/profissional” (Gráfico 9).

**Gráfico 09** - Meios pelos quais os entrevistados tomaram conhecimento de elogios acerca da atuação de polícias brasileiras no trato com Direitos Humanos



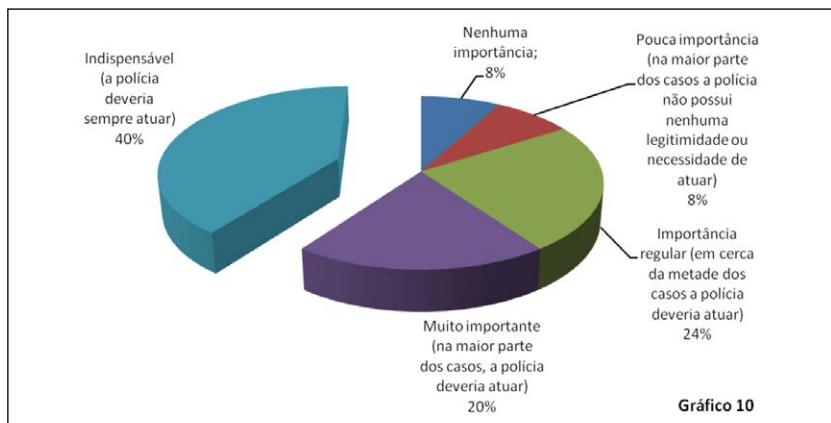
Assim, dentre os 10 meios citados para conhecimentos de elogios às polícias, os midiáticos foram mencionados em 50% das respostas (“Mídia” – 11%; Internet – 11%; Televisão – 17%; Revistas – 6% e Imprensa escrita – 5%).

Visando aprofundar na seara da necessidade de construções dialógicas, no curso do formulário, os entrevistados foram meneados a realizarem uma **análise teórica/objetiva** relativa à importância das polícias na consecução de direitos humanos (Gráfico 10). Em resposta, 20% dos entrevistados considerou que as polícias seriam muito importantes, enquanto que 40%, respondeu que as polícias seriam indispensáveis.

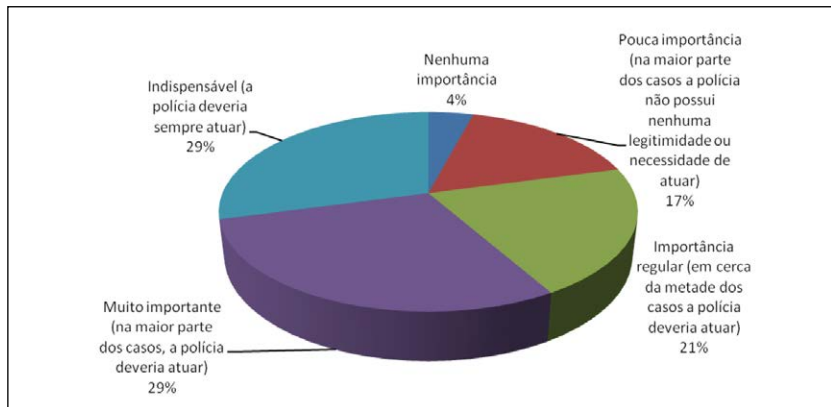
Após análise teórica acerca da importância das polícias, os entrevistados passaram pra questões cujas respostas deveriam partir de suas **vivências/subjetividades**. (Gráfico 11). Nesse momento, 58% dos entrevistados considerou que as polícias seriam muito importantes ou indispensáveis, resul-

tando em um decréscimo de 2% em comparação a resposta que partia do ponto de vista teórico/objetivo.

**Gráfico 10** - No âmbito teórico, os entrevistados avaliam a importância dos policiais

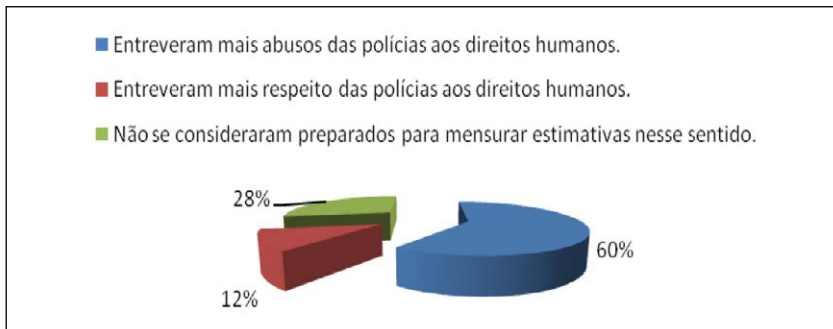


**Gráfico 11** - Considerando suas vivências, os entrevistados avaliaram a importância das polícias na consecução de Direitos Humanos do seguinte modo:



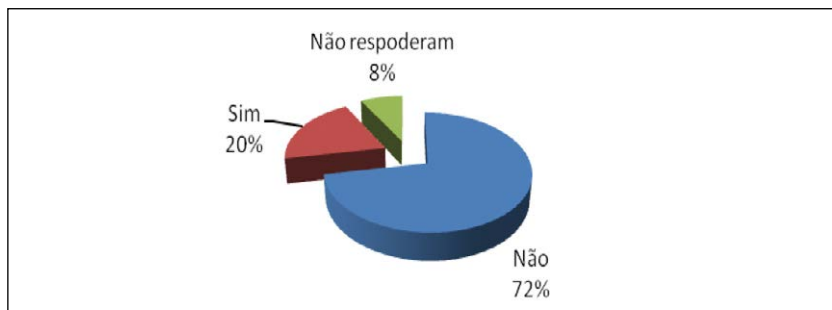
No que tange as relações entre polícias brasileiras e direitos humanos, 60% dos entrevistados entreveram mais abusos aos direitos humanos por parte das polícias. Em contrapartida, apenas 12% vislumbrou que as polícias respeitam mais do que violam direitos humanos. Cumprindo salientar ainda que 28% não se considerou preparado para mensurar estimativas nesse sentido (Gráfico 12).

**Gráfico 12** - No que tange as relações entre polícias brasileiras e Direitos Humanos, os entrevistados responderam o seguinte:



Apesar de 60% dos entrevistados terem avaliado as polícias como mais violadoras do que respeitadoras de Direitos Humanos, conforme se infere do Gráfico 12, 72% dos participantes da pesquisa nunca participaram de estudos ou eventos que tratassem das polícias e suas relações com as múltiplas áreas dos direitos humanos (Gráfico 13). Com esse dado, impossível não refletir acerca de possível resposta caso o mesmo questionamento fosse dirigido para policiais em relação a abusos aos seus Direitos Humanos, perpetrados através das próprias instituições que compõem. Ficando aqui a sugestão para outra pesquisa, se já não tiver sido realizada.

**Gráfico 13** - Questionados se academicamente e em suas práticas participaram de eventos ou publicações sobre polícias e suas relações com vertentes de Direitos Humanos, os entrevistados responderam



Cumpra observar que análise dos gráficos 12 e 13, pode levar a uma conclusão relevante para a presente pesquisa, a de que ao vislumbrarem mais abusos aos direitos humanos do que respeito por parte das polícias, os entrevistados não se fundamentaram em suas vivências práticas e nem acadêmicas. Denotando que tais considerações acerca das polícias, são profundamente influenciadas pelo senso comum, que por sua vez, conforme gráficos, 6 e 9 são preponderantemente estabelecidos por meios midiáticos.

Esse aspecto corrobora o raciocínio de Kanavillil Rajagopalan acerca do poder das influências midiática, preceitua que “Quem tem a mídia ao seu lado escolhe não só os termos para designar as forças de cada lado, mas também, ao escolher os termos, determina quem vai desempenhar o papel do mocinho e quem vai desempenhar o bandido”<sup>7</sup>. Importante ressaltar que no Brasil, emissoras de rádios e TV são concessões

7 RAJAGAPOLAN, Kanavillil. **Por uma linguística crítica: linguagem, identidade e a questão ética**. Ed. Parábola, 2008. P. 89.

públicas, ou seja, envolvem tanto interesses estatais como privados, e sempre envolvendo alguma relação de poder que tende a atender aos interesses de grupos governantes, bem como de famílias e empresários que possuem poderes econômicos para custearem emissoras de televisão, por exemplo.

Nessa complexidade, Rajagopalan cita a importância do raciocínio além da semântica como modo de compreensão e enfrentamento do fenômeno de nomeação. Segundo ele, nomear seria um ato político, ou seja, o primeiro aspecto midiático a ser constatado quando se objetiva influenciar a opinião pública.

Na mesma linha de raciocínio do autor, acrescente-se, verdadeira indústria de votos em discursos eleitorais, nos quais políticos oferecem soluções simples para a segurança pública, fazendo uso de medos e inseguranças de cidadãos e cidadãs, a exemplo de frases como “bandido bom é bandido morto”, “quem defende a legalização das drogas não pensa que seu filho pode ficar viciado”, “se bandido tem armas o cidadão de bem precisa ter”, e “Direitos Humanos para humanos direitos”.

Observemos que ao longo da história do Brasil, especialmente no que tange aos embates entre polícias e estudiosos/militantes de Direitos Humanos, diversos rótulos são reciprocamente atribuídos, demonstrando a ignorância, preconceitos e traumas de uns acerca dos outros. Dentre as rotulações estão: “Direitos DOS MANOS” e “Bandidos FARDADOS”.

Nesse sentido, Rajagopalan frisa que rótulos apenas descrevem opiniões, e opiniões podem ser contestadas, porque normalmente possuem lados diversos. O “perigo” então residiria na ingenuidade do leitor, que desavisadamente nutriria a crença em uma neutralidade midiática, principalmente em

contextos nos quais os julgamentos de valores são essenciais para definição e adoção de referenciais poderosos na definição em contextos de conflitos.<sup>8</sup>

Nesse contexto, indispensável reconhecer o quanto que a perspectiva multidisciplinar é enriquecedora. Posto que os dados resultantes deste Artigo foram coletados em 2013, e em 2023, a Estrutura Curricular do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da UFPE, se mostra atualizada e muitíssimo comprometida com estudos relacionados à Segurança Pública em suas múltiplas e complexas vertentes, inclusive com o advento de Disciplinas específicas sobre a temática.

Dentro da relevância e urgência dos processos dialógicos, Maria de Nazaré Tavares Zenaide em “Educação em direitos humanos: o educador que precisa ser educado”, ao abordar as polícias, destaca:

São dilemas que se manifestam quando da abordagem da imagem social da polícia, da relação polícia e direitos humanos, das relações de poder no interior da organização policial, do regimento disciplinar, do exercício e do acesso à justiça por parte do policial, da contradição entre a realidade social e os direitos humanos, da violência institucional e da atuação dos órgãos de direitos humanos, entre outros.<sup>9</sup>

---

8 RAJAGAPOLAN, Kanavillil. **Por uma linguística crítica: linguagem, identidade e a questão ética**. Ed. Parábola, 2008. P. 89.

9 RIQUE, Célia; SANTOS, Maria de Fátima de Souza (Orgs). **Direitos humanos nas representações sociais dos policiais**. Recife: Bagaço, 2004. p. 157. Acessível em: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/os-direitos-humanos-nas-representacoes-sociais-dos-policiais.pdf>

No mesmo sentido, Ana Tereza Lemos Nelson, abordando o desafio de educar para os direitos humanos, questiona: “Se o desconhecimento, a separação entre sociedade e polícia só sedimentam a relação conservadora a respeito do uso da força policial, por que, então, não se construir relações e conhecimentos que possam transformar essa relação?”<sup>10</sup>

A citada autora, ainda em seu artigo “Entre a educação em direitos humanos e a educação para os direitos humanos: por uma mudança de perspectiva”, alerta para a necessidade de conhecimentos institucionais aprofundados como condição de transformações efetivas nas polícias e suas relações com os direitos humanos:

Sem as condições concretas sociais e institucionais, a educação em direitos humanos fragiliza seus efeitos. Daí a complexidade que é a educação em direitos humanos com os policiais, uma vez que ela demanda mudanças em outros níveis, não só o da mentalidade dos praças e soldados acerca dos valores e o cumprimento dos direitos positivados. A educação em direitos humanos implica posturas críticas das práticas institucionais e da atuação do Estado.<sup>11</sup>

## CONCLUSÃO

Enfatizando a urgência de se repensar as estratégias para Segurança Pública no Brasil, nesta Conclusão, reescrevo o primeiro parágrafo da Introdução: No Brasil, em 2013, ano das

---

10 ----- p. 177,

11 ----- p. 171



entrevistas que subsidiaram esta pesquisa, foi publicada a cifra de 56.337 homicídios registrados em 2012. E em 2023, ano da publicação deste Artigo, divulgou-se que 47.508 homicídios foram contabilizados em 2022.

Dentre os diversos fatores que necessitam ser analisados com os citados dados, há a constatação da relevância de estudos pelos militantes/estudiosos de Direitos Humanos, da ampla gama de questões relacionadas à Segurança Pública, em especial das instituições policiais, seus membros e dificuldades. Assim como as polícias precisam agir como parceiras na proteção e defesa de Direitos Humanos, para além do que legalmente já é determinado.

Sendo necessário, portanto, perceber que ainda não foram superados antagonismos preponderantes de períodos diversos do Estado Democrático de Direito, anteriores a Constituição Federal de 1988, nos quais instituições policiais foram massivamente utilizadas para combaterem defensores de direitos humanos violados pelo Estado, sobretudo com força física. Ou seja, faz-se urgente impulsionar concepções além do senso comum imposto por meios midiáticos e/ou preconceitos.

Assim, denota-se basilar reconhecer que, para que ocorram avanços civilizatórios no âmbito da Segurança Pública, é preciso mais aproximação, ou seja, maior conhecimento acerca dos arranjos institucionais vigentes, não apenas da perspectiva formal, mas também das culturas institucionais, bem como das complexidades diuturnas das estruturas (inclusive simbólicas), sem desconsiderar seus bastidores.

Conclui-se, pois, que o desafio de efetivamente contribuir para avanços nas políticas da segurança pública, seja por parte de policiais, seja por parte de não policiais, demanda o mínimo de conhecimento interno e externo das realidades envolvidas. Perspectivas limitadas ao alcance do que cada pessoa vivencia ou estuda, tende a reverberar em prejuízos de articulações e reivindicações relevantes para a consecução de direitos constitucionais (ainda) amplamente violados.

Assim, em benefício de todas as pessoas afetadas, é indispensável que as estratégias de quem reivindica segurança pública sejam atualizadas, de modo que as convergências possam predominar ante as divergências, e isso não será possível sem encontros dialógicos, e, consequentemente através de ações mais conscientes e unificadas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Ferreira de. **Representações sociais de violência urbana para policiais civis da cidade do Recife**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Psicologia da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: O autor, 2011.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; Gauer, Gabriel José Chittó. Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória - breve reflexão transdisciplinar. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, 24, p. 105-114, jan./mar.2007.

BALESTRERI, Ricardo Brisola. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Passo Fundo: CAPEC, Paster Editora, 1998.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. A atração fatal existente entre mídia e criminalidade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, 14, p. 38-55, out./nov.2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 7ª reimpressão.

BOLDT, Raphael; Krohling, Aloísio. Direitos, fundamentais para quem? Mídia direito penal e criminalização da pobreza. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 893, p. 385-406, mar.2010.

CARDIA, Nancy. **O medo da polícia e as graves violações dos direitos humanos**. Tempo Social Rev. Sociol. São Paulo: USP: 249-265, maio de 1997.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mídia, violência e sistema penal . **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. SãoPaulo, 42, p. 225- 135, jan./mar.2003.

COMPARATO, Bruno Konder. **As ouvidorias de Polícia no Brasil: controle e participação**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo: O autor, 2005. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/rubenspinto/a\\_pdf/tese\\_bruno\\_comparato\\_ouvidorias.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/rubenspinto/a_pdf/tese_bruno_comparato_ouvidorias.pdf). Acesso em 12/07/2013.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 94, p. 199-238, jan./fev.2012.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Quando a mídia contagia a ética. **Advocacia Dinâmica - Informativo**. Recife, 19, p. 315-314, maio/2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares - GAJOP. **A Polícia como Protetora dos Direitos Humanos**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1999.

\_\_\_\_\_. **Violência e Crime no Brasil Contemporâneo: Homicídios e Políticas de Segurança Pública nas décadas de 1980 e 1990**. 1. ed. Brasília: Editora Cidade, 1996. v. 01. 120p.

\_\_\_\_\_. **Políticas Locais de Prevenção da Violência. A Segurança Cidadã em Debate.** 1. ed. Recife: Urbal/Provisual, 2012, v. 3, p. 10-23.

\_\_\_\_\_. **Crime, Políticas de Segurança Pública e Cidadania.** In: **Célia Rique; Valdênia Brito. (Org.). A Polícia Protetora dos Direitos Humanos - Educação para a Cidadania/Livro Texto.** Recife: GAJOP/FUNDAÇÃO FORD, 2001, v. , p. 57-60.

\_\_\_\_\_. **REVISTA DIREITOS HUMANOS GAJOP. Segurança, justiça e cidadania.** Recife: GAJOP, fev 1998.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Internacionais: construção de bases para o monitoramento das recomendações da ONU ao Brasil.** 1ª ed. Recife: dhInternacional - GAJOP, 2010 (Projeto de Monitoramento Internacional).

GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e justiça criminal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre, 21, p. 84-86, dez./jan 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia, Direito Penal e vingança popular. **Advocacia Dinâmica - Informativo.** Recife, 27, p. 494-492, jul.2009.

GOMES, Luiz Flávio. Santa Maria e a mídia populista: duas tragédias. **Advocacia Dinâmica - Informativo.** Recife, n.14, p. 214- 213, abr.2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos. Uma história.** São Paulo: Companhia das letras, 2009.

MARIMON, Saulo Bueno. **Policiando a Polícia: a Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004).** São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PEREIRA, Marcus Abílio e CARVALHO, Ernani. **Boaventura de Sousa Santos: por uma nova gramática do político e do social.** Lua Nova [online]. 2008.

RATTON, J. L. **Notas Introdutórias sobre violência policial no Brasil.** Revista da Faculdade de Direito de Olinda, Olinda, v. 6, p. 31-43, 2003.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto (org). **Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais.** Recife: PLATAFORMA Internacional de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento, 2004.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G.; FREITAS, Fábio F. B. Freitas. **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Gajop, Bagaço, 2002. 296 p.

RAJAGAPOLAN, Kanavillil. **Por uma linguística crítica: linguagem, identidade e a questão ética**. Ed. Parábola, 2008.

Revista **Direitos Humanos de Todos e Todas**. São Paulo: Abong - Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. Mundo Circundante, mídia e construção do direito. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, 235, p. 39, jul./dez.2010.

RIQUE, Célia Rique; SOUZA, Maria de Fátima de Souza. **Os Direitos Humanos nas representações sociais dos policiais**. Recife: Bagaço, 2004, 214 p.

PEREIRA, Marcus Abílio e CARVALHO, Ernani. **Boaventura de Sousa Santos: por uma nova gramática do político e do social**. Lua Nova [online]: 2008.

SANTOS, Antonio Carlos Coelho dos. O ministério público, o réu e a mídia. **Revista do Ministério Público - Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 17, p. 73- 88, jan./jun.2003.

SEMENTE, Marcia (org). Educação em **Direitos Humanos e diversidade**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, 334 p.

SILVA, Rosimeri Aquino da, TASCETTO, Leônidas Roberto Taschetto. **Direitos humanos e polícia**. Acessado em: < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view-File/4869/3645>>. Acessado em 13 jan 2013.

VELOSO, Fabio Geraldo. Políticos, mídia e o fenômeno criminal no Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, 345, p. 95-100, jul.2006.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVERUCHA, Jorge. **Polícia Civil de Pernambuco: o desafio da reforma**. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

\_\_\_\_\_. **O papel da ouvidoria de polícia**. <http://www.scielo.br/pdf/soc/n20/a10n20.pdf>. Acesso em 13/07/2013.

Ana Cristina Nascimento Freire

Ana Paula Barreto Rodrigues

Aryane Ruiz Raposo de Melo

Bruno Rodrigues Fonseca

Daniely Zampronio Laurentino de Albuquerque

Grazielli Gonçalves Gozer

Lorena Frederico Soares

Luísa Filardi Siqueira

Patrick Carvalho Silva

Polliana Salete Behm Haupenthal

Vitor Barros Mouro

Yago Abreu Barbo